

Analyse VK-model

1 Aanleiding en probleemstelling

In de kabinetsnotitie over staatsfondsen (SWF's) van 15 februari jl. (Kamerstukken II 2007-2008, 31350, nr. 1) wordt gerefereerd aan de mogelijkheden voor toetsing van buitenlandse investeringen in het Verenigd Koninkrijk onder de Enterprise Act 2002 uit hoofde van overwegingen met betrekking tot het publieke belang, zoals nationale veiligheid of pluraliteit van de media (hierna: het VK-model). Het VK-model is derhalve sectoroverstijgend. Hierbij is aangegeven dat het VK-model een nader te onderzoeken optie is met het oog op het nemen van eventuele nadere beleidsmaatregelen door het kabinet ten aanzien van SWF's. Deze analyse komt tegemoet aan de toezegging die herhaald is bij het AO staatsfondsen van 1 april jongstleden. Centraal in deze analyse staat de vraag: 'Wat kan de toegevoegde waarde zijn van invoering van het VK-model voor de borging van publieke belangen in Nederland?'. Belangrijke toetsstenen hierbij zijn de verwachte effectiviteit, inpasbaarheid in Nederlandse praktijk en in het Europees recht, en ingeschatte proportionaliteit.

Deze analyse schetst in paragraaf twee de context (de relevante EU en Nederlandse regelgeving) en beschrijft in paragraaf drie de geschiedenis en inhoud van het VK-model, inclusief een overzicht van de toepassingen van dit model. Paragraaf vier gaat vervolgens in op de huidige mogelijkheden binnen Nederland om publieke belangen te borgen. Deze notitie sluit af met een analyse van de toegevoegde waarde die het VK-model kan hebben in Nederland. Vanuit een pragmatisch oogpunt is gekozen voor een analyse die primair uitgaat van de tot nu toe gebruikte toepassing van het VK-model in de defensie- en mediasector. In aanvulling op deze twee sectoren zal voorliggende notitie ingaan op de energiesector.

2 Context: concentratiecontrole in EU en Nederland

2.1 Concentratiecontrole in de EU

Concentratiecontrole – controle op fusies, overnames en veranderingen in zeggenschap over een onderneming – is Europeesrechtelijk gezien een betrekkelijk nieuw fenomeen. De eerste Europese concentratieverordening dateert uit de jaren tachtig. Reden voor de invoering van concentratiecontrole op EU niveau was dat de Europese Commissie (EC) zich geconfronteerd zag met concentraties tussen ondernemingen (en daaruit voortvloeiende machtsposities) die een negatief effect op de mededinging binnen de Europese markt hadden, maar waartegen zij op grond van het EG verdrag maar zeer beperkt kon optreden. Mede naar aanleiding van de introductie van de Europese concentratiecontrole is Nederland ook begonnen met concentratiecontrole op nationaal niveau.

Op dit moment worden concentraties door de EC gecontroleerd op basis van Verordening 139/2004¹, ook wel de Concentratieverordening (CoVo) genaamd. Op grond van de CoVo is de EC exclusief bevoegd in geval van een concentratie met een communautaire dimensie. Een concentratie heeft een communautaire dimensie wanneer de omzet van de bij de concentratie betrokken ondernemingen boven bepaalde drempelwaarden uitkomt². Indien een concentratie geen communautaire dimensie

¹ Verordening 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb EU 29 januari 2004, L024, pagina 1 e.v.

² Belangrijkste drempelwaarden van de CoVo zijn te vinden in artikel 1, lid 2 CoVo. Ingevolge dit artikel heeft een concentratie een communautaire dimensie indien de totale omzet die over de gehele wereld door alle betrokken ondernemingen tezamen is behaald, meer is dan €5 mld en ten minste twee van de betrokken ondernemingen

heeft, zijn de nationale mededingingsautoriteiten bevoegd om een voorgenomen concentratie te beoordelen mits de concentratie binnen het toepassingsbereik van het Nederlandse concentratietoezicht valt, zoals gedefinieerd in artikel 29 Mededingingswet (toepassingsbereik is nader omschreven in paragraaf 2.2).

Er zijn weinig uitzonderingen op de exclusieve bevoegdheid van de EC om concentraties met communautaire dimensie te beoordelen. Een belangrijke uitzondering op deze exclusieve bevoegdheid betreft artikel 21, lid 4 CoVo. Op basis van dit artikel kunnen de lidstaten passende maatregelen nemen ter bescherming van gewettigde belangen, die niet al door de EC op grond van de CoVo in aanmerking worden genomen. De EC blijft in dat geval verantwoordelijk voor de beoordeling van de concentratie op mededingingsaspecten. De lidstaat moet dan aangeven op welke gewettigde belangen hij een beroep doet. De maatregelen die de lidstaat neemt moeten verenigbaar zijn met het EG verdrag en de algemene rechtsbeginselen, zoals proportionaliteit en noodzakelijkheid.

Artikel 21, lid 4 CoVo noemt een aantal gewettigde belangen: openbare veiligheid, pluraliteit van de media en financiële toezichtregels. Uit de Interpretatieve verklaring van de Europese Commissie (EC) ten aanzien van de oude CoVo (Verordening 4064/89, waarin artikel 21, lid 4 van de huidige CoVo ook was opgenomen) valt af te leiden wat de EC onder deze drie begrippen verstaat.³ Zo heeft de verwijzing naar toezichtregels in artikel 21, lid 4 CoVo betrekking op toezicht op financiële instellingen door nationale toezichtorganen. In het algemeen kan er vanuit worden gegaan dat de EC de begrippen in artikel 21 lid 4 CoVo zal uitleggen conform de jurisprudentie van het Hof van Justitie inzake de (uitzonderingen op) de vrij verkeer bepalingen.

Indien een lidstaat een beroep wenst te doen op gewettigde belangen die niet in artikel 21 lid 4 CoVo zijn genoemd moeten deze eerst door de EC erkend worden (artikel 21, lid 5 CoVo). Eventuele maatregelen die de lidstaat neemt ten aanzien van de concentratie moeten passend zijn (proportionaliteitseis) en niet in strijd zijn met het Gemeenschapsrecht.

2.2 Concentratiecontrole in Nederland

In de Nederlandse Mededingingswet is gekozen voor een systeem van preventieve toetsing van concentraties van ondernemingen (dat wil zeggen fusies, *joint ventures*, overnames of andere wijzen waarop beslissende zeggenschap over een onderneming wordt verkregen), waarvan de omzet boven bepaalde omzeldrempels ligt. Dit houdt in dat voorgenomen concentraties moeten worden gemeld bij de NMa en niet tot stand gebracht mogen worden voordat de NMa de concentratie heeft beoordeeld en – wanneer relevant – een vergunning heeft afgegeven.

Het concentratietoezicht is in het algemeen alleen van toepassing op concentraties waarbij de ondernemingen samen jaarlijks in totaal meer dan €113,45 mln. wereldwijd omzetten en minstens twee van hen binnen Nederland ieder een jaaromzet van minimaal €30 mln. behalen⁴. Concentraties

elk afzonderlijk een omzet hebben behaald die meer dan €250 mln bedraagt. Indien elk van de betrokken ondernemingen meer dan twee derde van haar totale omzet binnen de Gemeenschap in een en dezelfde lidstaat behaalt is geen sprake van een communautaire dimensie.

³ Notes on Council Regulation 4064/89 te raadplegen op de website van de Europese Commissie <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/regulation/notes.html>

⁴ Voor ondernemingen die zorg verlenen gelden tijdelijk verlaagde omzeldrempels (Besluit tijdelijke verruiming van het toepassingsbereik van het concentratietoezicht op ondernemingen die zorg verlenen, Staatsblad 2007, 518)

van ondernemingen die deze omzeldrempels niet halen zijn toegestaan zonder voorafgaande melding; concentraties met een totale omzet wereldwijd van meer dan €5 mld. vallen in principe onder de exclusieve bevoegdheid van de EC. Dit impliceert dat het Nederlandse concentratietoezicht niet toeziet op de situatie waarbij een buitenlandse institutionele belegger zeggenschap verkrijgt in één bedrijf met een omzet in Nederland, terwijl de investerende partij zelf geen omzet in Nederland behaalt. Wel voorkomt het concentratietoezicht van de NMa het opbouwen van een economische machtspositie in Nederland, doordat het toeziet op fusies, overnames of verkrijging van zeggenschap door partijen die reeds omzet binnen Nederland genereren.

Het proces van het Nederlandse concentratietoezicht bestaat uit de volgende stappen:

- Eerste fase: Na melding beoordeelt de NMa binnen vier weken of de concentratie leidt tot een significante beperking van de daadwerkelijke mededinging, bijvoorbeeld als gevolg van het ontstaan of versterken van een (reeds bestaande) economische machtspositie. Indien de NMa tot dat oordeel komt is een vergunning vereist.
- Tweede fase: Als de ondernemingen een vergunning aanvragen doet de NMa in dertien weken diepgaand onderzoek om te beoordelen of de concentratie leidt tot een significante beperking van de daadwerkelijke mededinging, bijvoorbeeld als gevolg van het ontstaan of versterken van een (reeds bestaande) economische machtspositie. Als dat het geval is worden voorwaarden aan de concentratie verbonden of in het uiterste geval wordt geen vergunning verleend en kan de concentratie geen doorgang vinden.

In Nederland bestaat geen standaard bevoegdheid van de Minister van Economische Zaken om fusies en overnames op grond van het publiek belang te beoordelen. In geval de NMa weigert om een vergunning voor een concentratie af te geven, kan de Minister van Economische Zaken daarentegen wel besluiten om op grond van gewichtige redenen van algemeen belang alsnog een vergunning te verlenen (artikel 49 Mw). De concentratie kan dan alsnog tot stand worden gebracht. Wat precies onder de noemer 'algemeen belang' valt is niet nader gedefinieerd. Volgens de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel kan het gaan om uiteenlopende overwegingen van economische en niet-economische aard⁵. Indien de Minister besluit om alsnog een vergunning voor een concentratie te verlenen nadat de NMa deze geweigerd heeft, dient dit te gebeuren met instemming van de Ministerraad.

Voorwaarden verbinden aan of verbieden van een concentratie, kan onder het algemene Nederlandse concentratietoezicht dus alleen op grond van mededingingsoverwegingen. Publieke belangen kunnen alleen worden meegenomen in de beoordeling van een concentratie nadat de NMa heeft geweigerd om een vergunning af te geven.

3 Concentratiecontrole in het Verenigd Koninkrijk en de public interest toets

3.1 Geschiedenis

De concentratiecontrole zoals deze bestaat in het VK, is ouder dan de concentratiecontrole op EU niveau en in Nederland. De eerste vorm van concentratiecontrole in het VK ontwikkelde zich in de jaren zestig, mede als gevolg van de publieke onrust die ontstond na een aantal grote overnames en de onmacht van de overheid om deze overnames aan een vorm van toetsing te onderwerpen. De angst was in die tijd dat als gevolg van overnames, grote ondernemingen met een machtspositie of

⁵ Kamerstukken II, 1995-1996, 24707 nr. 3, punt 10.8

monopolie zouden kunnen ontstaan met negatieve gevolgen voor het publiek belang. Er bestond toen overigens al wel een beperkte vorm van toetsing op monopolies en machtsposities als gevolg van oneerlijke handelspraktijken via de Monopolies and Restrictive Practices Act 1948. In deze wetgeving figureerde een niet nader gedefinieerde publieke belangen test als toetssteen. Deze test maakte het mogelijk om allerlei publieke belangen bij de beoordeling van monopolies te betrekken.

Bij het formuleren van het regime van concentratiecontrole is door de toenmalige Britse wetgever dan ook gekozen om bij deze reeds bestaande test van monopolies aan te sluiten. Belangrijkste vraag bij de beoordeling van een concentratie werd of de concentratie zou leiden tot een monopolie dat zou kunnen opereren in strijd met het publieke belang. Verder werd ervoor gekozen om een belangrijk deel van de beslissingen bij de politiek neer te leggen, door de Secretary of State of Trade and Industry (SoS)⁶ verantwoordelijk te maken voor doorverwijzingen en eindbeslissingen inzake concentraties. Andere uitgangspunten die een rol speelden bij formulering van het eerste Britse concentratiecontroleregime waren: een positieve grondhouding ten aanzien van fusies, nadruk op de administratieve aard van concentratiecontrole, beoordeling van de economische impact van concentraties op grond van een monopolietest (m.a.w. leidt een concentratie tot een monopolie?), politisering van procedures en toetsingscriteria, en een grote nadruk op zelfregulering van de industrie.

In 1965 is de *Monopolies and Mergers Act 1965* – inclusief de toets op concentraties – door het Britse parlement aangenomen. Deze is later vervangen door de *Fair Trade Act 1973*, waarbij de publieke belangen test gehandhaafd bleef maar wel een poging is gedaan om de enigszins vage publieke belangen test nader te concretiseren door een aantal criteria in de wet op te nemen. Een van de elementen van de publieke belangen test die in de wet werd opgenomen, was het in stand houden van effectieve mededinging. Naast de criteria in de wet stond het de autoriteiten nog steeds vrij om elk in hun ogen relevant criterium bij hun beoordeling te betrekken. In de praktijk ontwikkelde de publieke belangen toets zich echter steeds meer tot een toets op louter mededingingsrechtelijke aspecten van een concentratie.

De procedure onder de *Fair Trading Act 1973* was als volgt: de Directeur Generaal *Fair Trading* was als hoofd van de Office of Fair Trading (nu Britse mededingingsautoriteit) verantwoordelijk voor het opstellen van een voorlopige beoordeling van een voorgenomen concentratie. Deze beoordeling werd aan de SoS gestuurd. Deze bepaalde vervolgens of een concentratie al dan niet werd doorverwezen naar de Monopolies and Merger Commission (voorloper van de huidige Competition Commission) voor een diepgaande analyse. Naar aanleiding van het advies van deze commissie kon de SoS actie ondernemen wanneer deze dat nodig achtte.

In 1998 werden via de *Competition Act 1998* aan het regime voor concentratiecontrole (zoals neergelegd in de *Fair Trade Act 1973*) aanvullende bevoegdheden toegevoegd met betrekking tot controle op mededingingsversturende afspraken en machtsposities. Doel hiervan was om het Britse

⁶ Inmiddels hernoemd tot de *Secretary for Business, Enterprise and Regulatory Reform* (BERR). In het Verenigd Koninkrijk is de titel Secretary of State de naam van het hoogste ambt onder de kroon, te vergelijken met de positie van een minister in Nederland.

regime meer in lijn te brengen met het EU regime. Aan de concentratiecontrole zoals de op dat moment bestond, werd echter niets veranderd.

De daaropvolgende en tot op heden laatste wijziging in de Britse concentratiecontrole is de *Enterprise Act 2002* (EA 2002), de opvolger van de *Competition Act 1998*.⁷ Er waren volgens de Britse wetgever een aantal redenen om tot een herziening van de concentratiecontrole over te gaan.

- Ten eerste was de ontwikkeling van het Britse mededingingsrecht en vooral de concentratiecontrole, tot de introductie van de EA 2002, nogal lukraak en gefragmenteerd. Als gevolg daarvan kregen de uitvoerende instellingen – het *Office of Fair Trading* (OFT) en de *Competition Commission* (CC) – aanzienlijke kritiek op de wijze waarop zij het mededingingsrecht toepasten.
- Ten tweede werden er vraagtekens gesteld bij de exclusieve bevoegdheid van de SoS om concentraties naar de CC te verwijzen voor advies. Bovendien had de SoS de bevoegdheid om eindbeslissingen te nemen ten aanzien van concentraties. Deze grote rol van de SoS leidde tot een politisering van de Britse concentratiecontrole met als gevolg achterdocht bij de betrokken ondernemingen en onzekerheid omtrent de (uitkomst van) procedures.
- Ten derde werd er geklaagd dat de onduidelijke publieke belangen toets onvoldoende nadruk legde op een economische analyse van de mededingingsrechtelijke aspecten van een concentratie. Hierdoor kreeg de SoS te veel beoordelingsvrijheid om een concentratie al dan niet te verwijzen naar de CC.

Doel van de nieuwe EA 2002 was dan ook om de (rechts)zekerheid over de toepassing van het mededingingsrecht in concentratiezaken te vergroten, de ruimte voor politisering van de procedure te beperken en een overgang naar een duidelijk – op economische mededingingsoverwegingen gebaseerd – systeem te bewerkstelligen. Hiertoe werd de rol van de SoS bij de toetsing van concentraties grotendeels toevertrouwd aan onafhankelijke overheidsorganen als de OFT en CC. Ook werd de brede publieke belangen test vervangen door een toets op de effecten van de concentratie voor de mededinging (de “*significant lessening of competition test*”). De SoS behield zijn bevoegdheden ten aanzien van de concentratiecontrole op grond van het publieke belang alleen in een aantal in de wet geclausuleerde gevallen. Het betreft dan nationale veiligheid (waaronder ook de openbare veiligheid wordt verstaan), publieke belangen die spelen bij krantenconcentraties en publieke belangen die spelen bij mediaconcentraties.⁸

3.2 Publieke belangen: bevoegdheid SoS

Ondanks dat het Britse mededingingsrecht grotendeels door de EA 2002 gedepolitiseerd is, heeft de SoS in een beperkt aantal gevallen zijn bevoegdheid behouden om in te grijpen bij concentraties, op gronden van algemeen belang. De reden daarvoor was de overtuiging dat de SoS zou moeten kunnen ingrijpen in een aantal uitzonderlijke sectoren, waar interveniëren op grond van publieke belangen mogelijk gewenst zou zijn. Onafhankelijke toezichtorganen waren en zijn in de ogen van de Britse

⁷ Naast de algemene mededingingsregels in de EA 2002 kent ook het VK, net zoals in NL, een aantal sectorale mededingingsregelingen voor geliberaliseerde sectoren. De sectoren waarvoor in het VK bijzondere mededingingsregels gelden zijn gas, elektriciteit, spoorwegen, media, telecommunicatie, water, post en financiële diensten. De meesten hebben ook hun eigen toezichthouder vergelijkbaar met de OPTA en de Energiekamer.

⁸ De laatste twee categorieën publieke belangen zijn in de EA 2002 ingevoegd middels de *Communications Act 2003*. Daarvoor gold een apart regime voor kranten- en mediaconcentraties.

wetgever onvoldoende toegerust om een oordeel te vellen over publieke belangen, die naar hun aard een politiek karakter hebben.

Op basis van de EA 2002 heeft de SoS drie mogelijkheden om in het publieke belang te interveniëren in het proces van concentratiecontrole, namelijk in geval van: a) een 'public interest merger', b) een 'special public interest merger' of c) een concentratie met communautaire dimensie.

a. Public interest merger

Er is sprake van een *public interest merger* wanneer de concentratie aan de drempels, zoals vastgelegd in de EA 2002, voldoet⁹ en één van de publieke belangen, zoals die zijn beschreven in de EA 2002, bij de concentratie mogelijk in het geding is. In een dergelijk geval komt de concentratie dus in aanmerking voor zowel de reguliere concentratiecontrole op basis van effectieve mededinging, als voor controle op grond van publieke belangen.

b. Special public interest merger

Een *special public interest merger* heeft betrekking op die gevallen waarin niet voldaan wordt aan de wettelijke vastgelegde drempels, maar waarin wel één van de wettelijk opgesomde publieke belangen speelt. Daarnaast moet er sprake zijn van één van de volgende situaties: 1) het gaat om een defensieconcentratie waarbij een aannemer in dienst van de overheid betrokken is, 2) het gaat om krantenconcentratie waarbij meer dan een kwart van de kranten in een bepaalde categorie door één van de betrokken ondernemingen wordt gepubliceerd of 3) het gaat om een mediaconcentratie waarbij meer dan een kwart van de uitzendingen in een bepaald segment door één van de betrokken ondernemingen wordt uitgezonden.

In dit geval spelen er geen mededingingsaspecten die relevant zijn voor de beoordeling van de concentratie en ligt de nadruk op de publieke belangen. De rol van de onafhankelijke toezichthouders, OFT en CC, is in dit geval dan ook wezenlijk anders.

c. Relevante concentratie met communautaire dimensie

In de EA 2002 is tot slot ook een bevoegdheid voor de SoS opgenomen om te kunnen interveniëren op grond van het publieke belang, vooral nationale veiligheid, wanneer een concentratie een communautaire dimensie heeft. In een dergelijk geval zijn de nationale mededingingsautoriteiten (OFT en CC) ingevolge artikel 21 lid 3 CoVo niet bevoegd om hun eigen wetgeving op de concentratie toe te passen; de EC is exclusief bevoegd ten aanzien van de mededingingsaspecten van de zaak. Wel kunnen de lidstaten op grond van artikel 21 lid 4 CoVo passende maatregelen nemen om gewettigde belangen te beschermen die niet al door de EC worden afgewogen. De SoS is namens het VK bevoegd om dit te doen. De rol van OFT en CC is hierbij beperkt tot een beoordeling van de relevante publieke belangen en advisering aan de SoS. De EC kan de door de SoS aangekondigde maatregelen door het Europese Hof van Justitie laten toetsen.

3.3 Definiëring publieke belangen

⁹ Voorwaarden zijn dat twee of meer ondernemingen ophouden onafhankelijk van elkaar te bestaan en dat de omzet van de onderneming die wordt overgenomen hoger is dan £ 70 mln., of dat meer dan 25% van de goederen of diensten die in het VK of een substantieel deel ervan geleverd wordt door een van de betrokken partijen.

Op grond van voornoemde bevoegdheden kan de SoS interveniëren bij ophanden zijnde fusies en overnames, indien deze gevolgen hebben voor het publiek belang. In EA 2002 is geregeld dat de bevoegdheid van SoS betrekking heeft op nationale veiligheid (waaronder openbare veiligheid), publieke belangen die gerelateerd zijn aan krantenconcentraties en publieke belangen die gerelateerd zijn aan mediaconcentraties. Onder het publieke belang nationale veiligheid worden voornamelijk de Britse belangen in de defensiesector verstaan. Ten aanzien van de term openbare veiligheid wordt er in de EA 2002 aangesloten bij de definitie van openbare veiligheid zoals de EU die hanteert in artikel 21 lid 4 van de CoVo. Uit de Interpretatieve verklaring van de EC ten aanzien van de oude CoVo (Verordening 4064/89) valt af te leiden dat de EC voor wat betreft de uitleg van het begrip openbare veiligheid aansluit bij artikel 296, lid 2 EG (staatsveiligheid) en artikel 30 EG (beperkingen op het vrij verkeer van goederen). De jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie inzake, met name, artikel 30 EG dient daarbij ook als leidraad. In deze jurisprudentie geeft het Hof inzicht onder welke voorwaarden een publiek belang onder de noemer openbare veiligheid valt. Publieke belangen die spelen bij kranten- en mediaconcentraties zijn pluraliteit van de media en voldoende toegang van het publiek tot informatie.

De SoS heeft de mogelijkheid om de definitie van publieke belangen uit te breiden. Voor elk van de voornoemde interventiemogelijkheden geldt echter een andere procedure. Voor '*public interest mergers*' kan de SoS de definitie van publieke belangen via *secondary legislation* uitbreiden. Daar is dan wel instemming van het parlement voor nodig¹⁰. De van toepassing zijnde publieke belangen die gelden voor '*special public interest mergers*' kunnen alleen bij wet gewijzigd worden. Voor concentraties met een communautaire dimensie zal uitbreiding van gedefinieerde publieke belangen getoetst moeten worden bij de Europese Commissie.

3.4 Proces concentratiecontrole

In het VK wordt normalerwijze de volgende procedure gevolgd in concentratiezaken:

- In het Verenigd Koninkrijk bestaat geen meldingsplicht, dus concentraties boven de omzetrempel hoeven niet vooraf aangemeld te worden bij het OFT. In de praktijk gebeurt dit wel vaak in verband met rechtszekerheid. OFT doet dan een eerste beoordeling van de concentratie. Het onderzoekt of er sprake is van een concentratie die voldoet aan de wettelijke drempels en of de concentratie kan leiden tot een significante belemmering van de mededinging. Indien nodig kan OFT voorwaarden aan de concentratie verbinden of deze geheel verbieden.
- Indien OFT van oordeel is dat de fusie of overname leidt tot een significante belemmering van de mededinging kan het de zaak doorverwijzen naar de CC voor een diepgaand onderzoek. De CC kan vervolgens voorwaarden aan de concentratie verbinden of deze geheel verbieden.

In geval van een '*public interest merger*', een '*special public interest merger*' of een concentratie met EU dimensie is de procedure als volgt:

- Zowel OFT als CC zijn verplicht om aan SoS te melden wanneer er publieke belangen kunnen spelen bij een concentratie.
- Indien een wettelijk omschreven publiek belang met een concentratie gemoeid is, kan de SoS ingrijpen. Dit gebeurt door middel van het versturen van een (*special*) *intervention notice* of een *European intervention notice* waarin gespecificeerd wordt welke publieke belangen volgens de

¹⁰ Ten tijde van het debat over de EA 2002 in het Britse parlement heeft de toenmalige Britse regering aangegeven dat het niet haar intentie is om de publieke belangen zoals opgesomd in de EA 2002 uit te breiden.

SoS relevant zijn ten aanzien van de concentratie. De SoS kan overigens alleen interveniëren indien OFT de zaak nog niet heeft doorverwezen naar de CC.

- OFT zal naar aanleiding van de *intervention notice* een rapport opstellen waarin wordt ingegaan op de eventuele mededingingsaspecten en de publieke belangen die door de SoS zijn geïdentificeerd. Over het algemeen beperkt OFT zich in de praktijk slechts tot de mededingingsaspecten (behalve bij concentraties met EU dimensie) en het opsommen van de zienswijzen betreffende de publieke belangen die het heeft ontvangen, aangezien het zich niet bevoegd voelt om over publieke belangen te oordelen. In geval van concentraties in de kranten- of mediasector wordt ook Ofcom (*Office of Communications*; sectorale toezichthouder op gebied van media en telecommunicatie) geraadpleegd. Voor concentraties die gevolgen kunnen hebben voor de nationale veiligheid wordt het Britse Ministerie van Defensie geconsulteerd.
- Als SoS op basis van dit rapport risico's ziet voor het publiek belang kan hij de zaak doorverwijzen naar CC. CC adviseert SoS vervolgens ten aanzien van het nemen van eventuele maatregelen.
- Op basis van dit advies van de CC neemt de SoS een beslissing ten aanzien van het publieke belang: SoS kan de concentratie verbieden of voorwaarden eraan verbinden. De SoS is wettelijk verplicht om het oordeel van OFT en de CC te volgen inzake de mededingingsaspecten, maar kan zelf besluiten over aspecten betreffende publieke belangen.

3.5 Toepassing VK-model

Sinds de inwerkingtreding van EA 2002 zijn er zeven zaken geweest waarin de SoS een *intervention notice* heeft gestuurd naar OFT. Zes vielen onder de noemer nationale veiligheid (concentraties in de defensiesector) en één onder de noemer mediaconcentraties. Tot op heden zijn er geen *intervention notices* door de SoS uitgevaardigd in het kader van een krantenconcentratie. Hieronder wordt de enige zaak op het gebied van media en twee zaken op het gebied van nationale veiligheid (defensie) besproken. Er is bij de nationale veiligheidszaken gekozen voor twee zaken waarin de SoS op basis van verschillende bevoegdheden intervenieerde op grond van het publieke belang. De overige vier zaken ten aanzien van nationale veiligheid zijn vergelijkbaar met deze twee zaken en worden derhalve niet separaat besproken.

Zaak: British Sky Broadcasting Group (2006 - 2008)

- Sector: media
- Type zaak: *public interest merger*
- Korte omschrijving: BSKyB wilde eind 2006 17,9% van de aandelen van concurrent ITV overnemen. Door de verwerving van de deelneming zou BSKyB de grootste aandeelhouder van ITV worden en daardoor in staat zijn om het strategische (en commerciële) gedrag van ITV te bepalen. Naar aanleiding van de aankondiging door BSKyB dat het een deelneming had verworven in ITV, heeft de SoS op 27 februari 2007 een *intervention notice* uitgebracht. Hierin gaf hij aan dat er mogelijk een publiek belang speelde bij deze concentratie, namelijk pluriformiteit van de media.
- Verder proces: OFT en Ofcom hebben een eerste onderzoek gedaan, waaruit naar voren kwam dat de concentratie mogelijk leidde tot een verslechtering van de mededinging en dat publiek belang hierbij ook een rol speelde. De SoS heeft de zaak vervolgens doorverwezen naar de CC. De CC concludeerde in haar rapport van 20 december 2007 dat de overname niet in strijd was met 'public interest' omdat de pluraliteit van de media voldoende geborgd was via bestaande regulering en het niet waarschijnlijk was dat BSKyB via zijn deelneming de mogelijkheid had om het beleid van ITV op zodanige wijze te beïnvloeden dat dit in strijd zou zijn met het algemeen

belang. Wel kwam de CC tot de conclusie dat de mededinging op de Britse markt significant zou kunnen worden belemmerd als gevolg van de concentratie.

- Actie SoS: De SoS heeft de CC gevolgd in haar conclusie ten aanzien van de mededingingsaspecten en begin 2008 de afstoting van een aantal belangen van BSKyB gelast. Deze beslissing heeft plaatsgevonden op grond van mededinging, niet op grond van het publieke belang.

Zaak: Lockheed Martin UK Holdings Limited en Insys Group Limited (2005)

- Sector: Defensie
- Type zaak: *special public interest merger*
- Korte omschrijving: Op 16 augustus 2005 werd bekend dat Lockheed Martin UK Holdings Limited (LMUK), een 100% dochter van de Lockheed Martin Corporation geïncorporeerd in de VS (LMC), de Insys Group Limited wilde overnemen (Insys). De activiteiten van LMC liggen in het onderzoek, ontwerpen, ontwikkelen en produceren van geavanceerde technologische systemen, producten en diensten. Insys is een onderneming die gespecialiseerd is in onderzoek en ontwikkeling van defensiesystemen. In die hoedanigheid levert zij geïntegreerde systeemoplossingen aan het Britse leger. Door de overname zou LMUK volledige zeggenschap kunnen uitoefenen over Insys. De SoS publiceerde op 17 augustus 2005 een special intervention notice, waarin hij aangaf dat de concentratie van invloed kon zijn op de nationale veiligheid. De SoS publiceerde een special intervention notice omdat de overname niet voldeed aan de omzetrempels uit de EA 2002.
- Verder proces: OFT heeft op 19 september 2005 een rapport uitgebracht. Daarin concludeerde zij dat zij geen jurisdictie had om de concentratie te toetsen op mededingingsaspecten omdat niet werd voldaan aan de omzetrempels. Ten aanzien van het publieke belang gaf OFT aan dat zij niet de expertise had om te oordelen over nationale veiligheidsaspecten. OFT heeft wel naar aanleiding van de special intervention notice een consultatie gehouden. Het Britse Ministry of Defense (MoD) was de enige respondent. In zijn response gaf MoD aan dat Insys belangrijke en unieke capaciteiten en ervaring had op het gebied van de integratie van wapen-, gevechts-, en communicatiesystemen. Deze capaciteiten waren in grote mate afhankelijk van staatsgeheime technologie en informatie, die alleen beschikbaar was voor Britse onderdanen. MoD vreesde dat zonder toezeggingen van LMC, LMC ervoor zou kiezen om zijn activiteiten op zodanige wijze met Insys te integreren dat essentiële capaciteiten voor het VK verloren zouden kunnen gaan, of naar het buitenland zouden worden verplaatst. Ook de mogelijke combinatie van Britse technologie met Amerikaanse technologie was in de ogen van MoD problematisch, omdat dan ook stringente Amerikaanse wetgeving inzake defensietechnologie van toepassing op de Britse technologie zou worden. Dit zou consequenties voor de nationale veiligheid van het VK kunnen hebben. De MoD heeft daarom voorgesteld een aantal voorwaarden te verbinden aan de concentratie die ervoor moesten zorgen dat de defensie activiteiten van Insys en de relevante technologie en informatie voor het VK behouden zouden blijven.
- Actie SoS: SoS heeft MoD gevolgd en garanties van LMC en LMUK gelast, betreffende (i) behoud van de strategische capaciteit van Insys voor het VK en (ii) bescherming van gevoelige informatie en intellectuele eigendomsrechten van het Ministry of Defense. LMC en LMUK hebben deze garanties afgegeven. De zaak hoefde daardoor niet meer te worden doorverwezen naar de CC.

Zaak General Electric Company en Smiths Group plc (2007)

- Sector: Defensie
- Type zaak: EU interventie

- Korte omschrijving: Op 15 januari 2007 kondigde Smiths Group plc (Smiths) aan dat het overeengekomen was om zijn ruimtevaarttechnologie divisie, Smiths Aerospace, aan GE Aviation UK, een onderdeel van General Electric Company (GE, VS), te verkopen. Smiths Aerospace is een belangrijke leverancier voor high-tech systemen voor de Britse luchtmacht. Op 14 maart 2007 is de transactie aangemeld bij de EC op basis van de CoVo omdat de concentratie een communautaire dimensie had. Vanwege de nationale veiligheidsaspecten verbonden aan de concentratie, heeft de SoS op 20 maart 2007 een *European intervention notice* uitgebracht.
- Verder proces: OFT heeft op 10 april 2007 een rapport uitgebracht. Daarin concludeerde zij dat de EC exclusieve competentie had met betrekking tot de mededingingsaspecten van de concentratie. OFT merkte verder op dat lidstaten op grond van artikel 21 lid 4 CoVo bevoegd zijn om passende maatregelen te nemen ter bescherming van andere gewettigde belangen dan de belangen die op grond van de CoVo door de EC worden afgewogen.
 Ten aanzien van het publieke belang gaf OFT aan dat zij niet de expertise had om te oordelen over nationale veiligheidsaspecten. OFT heeft naar aanleiding van de *European intervention notice* een consultatie gehouden. Het Britse Ministry of Defense (MoD) was de enige respondent. MoD signaleerde in zijn response drie zorgen ten aanzien van de nationale veiligheid: eigendomsoverdracht van Smiths buiten het VK, het behoud van strategische activiteiten in het VK en de bescherming van staatsgeheime technologie en informatie. MoD gaf aan dat Smiths cruciale capaciteit en ervaring had op het gebied van de integratie van wapensystemen. Smiths is bijvoorbeeld leverancier van een aantal (sub)systemen voor wapensystemen die gebruikt worden bij verschillende (toekomstige) luchtvaartuigen. Deze capaciteiten zijn in grote mate afhankelijk van staatsgeheime technologie en informatie, die alleen beschikbaar was voor Britse onderdanen. MoD vreesde dat zonder toezeggingen van GE, GE ervoor zou kiezen om zijn activiteiten op zodanige wijze met Smiths te integreren dat essentiële capaciteiten voor het VK verloren zouden kunnen gaan, of naar het buitenland zouden worden verplaatst. Ook de mogelijke combinatie van Britse technologie met Amerikaanse technologie was in de ogen van MoD problematisch, omdat dan ook stringente Amerikaanse wetgeving inzake defensietechnologie van toepassing op de Britse technologie zou worden. Dit zou consequenties voor de nationale veiligheid van het VK kunnen hebben. De MoD heeft daarom voorgesteld een aantal voorwaarden te verbinden aan de concentratie die ervoor moesten zorgen dat de defensie activiteiten van Smiths en de relevante technologie en informatie voor het VK behouden zouden blijven.
- Actie SoS: SoS heeft MoD gevolgd en garanties van GE gelast, betreffende (i) behoud van de strategische capaciteit van Smiths Aerospace voor het VK en (ii) bescherming van gevoelige informatie en intellectuele eigendomsrechten van het Ministry of Defense. GE heeft deze garanties afgegeven. De zaak hoefde daardoor niet meer te worden doorverwezen naar de CC. Voor wat betreft de mededingingsaspecten is de zaak verder afgedaan door de EC.

4. Borging publieke belangen in Nederland

In de kabinetsnotitie over SWF's van 15 februari jl. (Kamerstukken II 2007-2008, 31350, nr. 1) is aangegeven op welke wijze de publieke belangen in Nederland zijn geborgd. Op hoofdlijnen worden de publieke belangen in Nederland geborgd middels:

- Generieke wet- en regelgeving: vennootschapswetgeving, financiële toezichtwetgeving, mededingingswetgeving, de corporate governanceregels en het staatsdeelnemingenbeleid.
- Specifieke wet- en regelgeving op sectorniveau: SWF's zullen zich net als andere (binnenlandse en buitenlandse) beleggers en investeerders aan deze aanvullende sectorale wetten en regels

moeten houden. De ministers van Economische Zaken en Financiën hebben recentelijk een overzicht van de borging van het publieke belang middels sectorale wet- en regelgeving naar de Tweede Kamer gestuurd (Kamerstukken II 2007-2008, 31350, nr. 6).

Om te bezien of dit Britse systeem van toegevoegde waarde kan zijn in Nederland wordt eerst de Nederlandse sectorale wet- en regelgeving beschreven voor de sectoren waarin het VK-model is toegepast: bij media en bij nationale veiligheid. Vervolgens wordt bekeken of de Nederlandse wet- en regelgeving voldoende zou zijn geweest om de publieke belangen te borgen in de drie voorbeelden van de toepassingspraktijk van het VK-model (zoals beschreven in paragraaf 3.5).

4.1 Nederlandse sectorale wet- en regelgeving

Nationale veiligheid

Publieke belangen op het gebied van nationale veiligheid en defensie zijn de bescherming van vertrouwelijke informatie/kennis en leveringszekerheid. In de sector defensie en veiligheid worden publieke belangen ten aanzien van nationale veiligheid (kennis etc.) geborgd in de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, het Besluit voorschift informatiebeveiliging rijksdienst en het Besluit voorschift informatiebeveiliging bijzondere informatie. Via de Algemene Beveiligingseisen voor Defensieopdrachten 2006 (ABDO 2006) zijn deze ook van toepassing op private partijen die toegang hebben tot vertrouwelijke informatie van het Ministerie van Defensie. Wanneer een private partij met toegang tot kennis/informatie wordt overgenomen door een buitenlandse entiteit kan de directeur van de Militaire Inlichtingen en Veiligheidsdienst (MIVD) besluiten tot opschorten van de toegang tot vertrouwelijke kennis/informatie. Wanneer de nieuwe eigenaar de voorwaarden zoals vastgelegd in de ABDO 2006 niet accepteert, kan het contract worden opgezegd.

Media

Het publieke belang in de mediasector betreft de pluraliteit van de media. In de mediasector wordt pluraliteit van de Media geborgd middels de Mediawet. Daarnaast beperkt de Tijdelijke wet mediaconcentraties – geldig tot 1 januari 2010 maar met de mogelijkheid tot verlenging bij Koninklijk Besluit – de groei door concentraties van het marktaandeel van ondernemingen in dagbladen, radio en televisie. De NMa is belast met de uitvoering van deze wet. Specifiek kan de NMa interveniëren wanneer:

- Het gebruikersaandeel na de mediaconcentratie meer dan vijfendertig procent op de gebruikersmarkt voor dagbladen bedraagt; of
- De mediaconcentratie betrekking heeft op een combinatie van twee of drie van de gebruikersmarkten voor dagbladen, televisieprogramma's of radioprogramma's, het resultaat heeft dat de opgetelde gebruikersmarktaandelen op de betrokken gebruikersmarkten meer dan negentig procent bedragen.

De Tijdelijke wet mediaconcentraties wordt in 2009 geëvalueerd. Daarbij zal door het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap bezien worden of de pluraliteit van de media in Nederland afdoende wordt beschermd¹¹.

¹¹ Ontwikkelingen rond PCM (Apax) en Wegener (Mecom) hebben geleid tot zorg in politiek en samenleving of de publieke functie van landelijke en regionale dagbladen voldoende is beschermd tegen de (sterk) verhoogde rendementseisen van bepaalde grootaandeelhouders. Door het formuleren van dergelijke rendementseisen kunnen (groot)aandeelhouders in mediabedrijven economische schade aanrichten waardoor de pluraliteit van het nieuws- en informatieaanbod aangetast kan worden. De vraag welke rendementseisen aandeelhouders opleggen aan hun bedrijven valt echter buiten het bestek van de discussie over concentratie in het kader van het VK-model.

Energie

Het publieke belang in de energiesector – de netwerken – wordt geborgd middels de Wet Onafhankelijk Netbeheer. Daarnaast worden de publieke belangen van voorzienings- en leveringszekerheid geborgd middels de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet. Een gedetailleerde beschrijving van deze borging is opgenomen in de hierboven genoemde Kamerbrief inzake de sectorale wet- en regelgeving (Kamerstukken II 2007-2008, 31350, nr. 6).

Recentelijk heeft de Commissie Kist het Rijk geadviseerd te bezien of aanvullend concentratietoezicht in de energiesector wenselijk is, met name indien de overnemende partij onder buitenlandse politieke invloed staat. Inmiddels zijn de conclusies van de Commissie Kist ingehaald door de actualiteit: op Europees Raadsniveau is in het Derde Energiepakket een zogenaamde Level Playing Field Clausule op politiek niveau aangenomen. Dit houdt in dat Lidstaten de mogelijkheid hebben om op nationaal niveau maatregelen te nemen tegen overnames van hun gesplitste energiebedrijven, indien de overname gedaan wordt door een bedrijf uit een land waar het hoogspanningsnetwerk niet afgesplitst is, en een dwingende reden van algemeen belang in het geding is. De clausule verwijst voor gronden van algemeen belang naar de gronden die in artikel 30 EG zijn opgesomd, waaronder openbare veiligheid en volksgezondheid. Aangezien in Nederland sprake is van een verplichte splitsing (van hoogspanningsnetwerk en distributienetwerken), zou Nederland via deze clausule in kunnen grijpen in de productie- en leveringsgedeelten van de energiesector indien publieke belangen in het geding komen. De Level Playing Field Clausule is nog niet definitief en kan nog wijzigen, maar het is de verwachting dat de richtlijnen waarin deze clausule is opgenomen in 2009 definitief zullen worden vastgesteld.

4.2 Vergelijking Nederlandse mogelijkheden met VK-model¹²

Indien gekeken wordt naar de toepassing van het VK-model, blijkt dat de zaken vooral betrekking hebben op de defensiesector en – in mindere mate – de mediasector. De vraag rijst of in deze zaken – indien zij in Nederland hadden plaatsgevonden – de mogelijkheid had bestaan in te grijpen op grond van het Nederlandse instrumentarium ter borging van publieke belangen.

Zaak: British Sky Broadcasting Group en ITV

De aankoop van 17,9% van de aandelen in ITV door BSKyB is geblokkeerd op grond van Britse mededingingswetgeving. In Nederland zou de NMa de mededingingsaspecten van deze zaak beoordelen. De uitkomst van een dergelijke procedure door de NMa ten aanzien van de mededingingsaspecten is niet in te schatten, en gaat ook voorbij aan het doel van deze analyse.

Voor deze notitie is relevant of in Nederland mogelijkheden bestaan om het publieke belang uit deze zaak te borgen. Het publieke belang pluraliteit van de media is in Nederland geborgd via de Mediawet en de Tijdelijke wet op de mediaconcentraties. Het gecombineerde marktaandeel van BSKyB en ITV is lager dan de grenswaarde genoemd in de Tijdelijke wet op de mediaconcentraties. In Nederland zou derhalve – net als in het VK – geconcludeerd zijn dat bij deze transactie de pluraliteit van de media niet in gevaar komt. Indien het gecombineerde marktaandeel wél boven de grenswaarde uit zou zijn gekomen, had Nederland de mogelijkheid gehad de voorgenomen fusie te blokkeren.

¹² Overigens wil de vergelijking van de Nederlandse situatie met het VK-model niet zeggen dat de Britse autoriteiten naast het VK-model geen andere mogelijkheden hebben benut om het publieke belang te borgen.

Zaak: Lockheed Martin UK Holdings Limited en Insys Group Limited

De Britse SoS besloot te interveniëren in deze overname omdat de leveringszekerheid van militair materieel en de bescherming van gevoelige informatie en intellectuele eigendomsrechten van het Ministerie van Defensie in het geding waren. Daarnaast zou de integratie van Britse met Amerikaanse technologie problematisch kunnen zijn, aangezien dan stringente Amerikaanse wetgeving betreffende defensietechnologie op Britse technologie van toepassing zou worden. Nadat hier garanties voor waren afgegeven door de betrokken bedrijven stond de SoS de overname alsnog toe.

In Nederland kan het Ministerie van Defensie voorwaarden stellen aan continuering van de contractuele relatie met betrekking tot bescherming van vertrouwelijke informatie en kennis. Indien de nieuwe eigenaar niet akkoord gaat met deze voorwaarden (zoals vastgelegd in ABDO 2006) kan het Ministerie van Defensie het contract opzeggen en toegang tot vertrouwelijke informatie en kennis blokkeren. Wat betreft de toepassing van buitenlandse wetgeving betreffende defensietechnologie op Nederlandse technologie zou het Ministerie van Defensie aanvullende voorwaarden kunnen stellen aan voortzetting van de contractuele relatie. In deze zaak zou de bescherming van vertrouwelijke informatie en kennis dus gewaarborgd zijn.

De leveringszekerheid zou in gevaar kunnen komen wanneer de nieuwe eigenaar niet akkoord gaat met de gestelde voorwaarden; het contract kan op dat moment verbroken worden waardoor de levering stilvalt. Dit kan een probleem vormen voor de leveringszekerheid, indien er geen andere leveranciers beschikbaar zijn. Daarnaast kan het verbreken van een contractuele relatie tot economische kosten leiden, zoals het (gedeeltelijke) verlies van reeds gedane investeringen en opgedane kennis en de kosten van het opnieuw uitbesteden van het project.

Zaak: General Electric Company en Smiths Group plc

De reden voor de Britse SoS om te interveniëren is hetzelfde als in de hierboven beschreven zaak: risico voor leveringszekerheid en voor de bescherming van gevoelige informatie en intellectuele eigendomsrechten. Ook in deze zaak stond de SoS de overname alsnog toe nadat garanties waren afgegeven door de betrokken bedrijven.

Net als bij de hierboven beschreven overname is de bescherming van vertrouwelijke informatie en kennis gewaarborgd door de ABDO 2006. Maar ook in deze zaak komt het andere publieke belang – leveringszekerheid – mogelijk in gevaar wanneer de nieuwe eigenaar niet akkoord gaat met de gestelde voorwaarden.

5 Toegevoegde waarde van invoering VK-model in Nederland

Aanpassen van het bestaande Nederlandse mededingingsbeleid door invoering van het VK-model is slechts zinvol indien invoering bescherming biedt voor publieke belangen die onder het huidige controleregime niet afdoende geborgd zijn. Bovendien zouden de baten van een dergelijke aanpassing moeten opwegen tegen de kosten. Hieronder zullen aan de hand van de volgende criteria de overwegingen met betrekking tot een mogelijke invoering van het VK-model in Nederland worden geschetst: de verwachte effectiviteit, inpasbaarheid in Nederlandse praktijk en in het Europees recht, en ingeschatte proportionaliteit.

5.1 Effectiviteit

In algemene zin geldt dat niet elke verwerving van aandelen in een onderneming een concentratie is die op grond van het mededingingsrecht getoetst hoeft te worden. Hierdoor grijpt het VK-model niet in op transacties waarbij staatsfondsen een minderheidsaandeel nemen en geen zeggenschap over de onderneming uitoefenen. Het VK-model biedt dus alleen de mogelijkheid om in te grijpen bij een fusie, overname of verwerving van een (zeggenschap gevende) positie. Mocht na het verlenen van goedkeuring blijken dat publieke belangen toch in het geding komen, dan bestaat onder het VK-model geen mogelijkheid meer om in te grijpen.

Gelet op de bestaande borging in energiesector en uitgaande van een definitieve vaststelling van het Derde Energiepakket lijkt op basis van de huidige inzichten dat invoering van het VK-model geen toegevoegde waarde heeft in de energiesector. De publieke belangen die in het VK via de concentratiecontrole kunnen worden beschermd, zijn in Nederland ook beschermd; zij het op andere wijze. Tijdens de analyse is niet gebleken dat er gebieden zijn waar op basis van het VK-model wel ingrijpen mogelijk is, terwijl dat in de Nederlandse situatie niet zo zou zijn.

Ten aanzien van de mediasector is geconcludeerd dat er sectorale wet- en regelgeving bestaat ter borging van de pluraliteit van de media. Eventuele zorgen rondom aandeelhoudersgedrag in de mediasector worden door het Ministerie van OCW meegenomen in de evaluatie van de Tijdelijke wet mediaconcentraties. Omdat het VK-model geen mogelijkheid biedt tot ingrijpen nadat een fusie of overname tot stand is gekomen, heeft invoering van het VK-model geen toegevoegde waarde om eventuele zorgen rondom aandeelhoudersgedrag te adresseren en derhalve bij te dragen aan de borging van publieke belangen in de mediasector.

Betreffende de defensie-industrie is de bescherming van gevoelige informatie en kennis in Nederland afdoende gewaarborgd. Voor de leveringszekerheid geldt dit in mindere mate. Het Ministerie van Defensie heeft de mogelijkheid een contractuele relatie te beëindigen wanneer de nieuwe eigenaar van een leverancier geen garanties betreffende de bescherming van informatie en kennis wil afgeven, maar daarbij kunnen reeds gedane investeringen en opgedane kennis (gedeeltelijk) verloren gaan. Bovendien zou het project opnieuw moeten worden uitbesteed.

In principe is er geen economische rationale voor de nieuwe eigenaar om de voorwaarden van het ministerie van Defensie niet te accepteren, aangezien deze dan orders van het ministerie misloopt. Desalniettemin kan het verwisselen van leverancier problemen opleveren indien de huidige leverancier specifieke kennis en productiecapaciteit heeft. De ervaringen hiermee bij Defensie zijn echter incidenteel en fragmentarisch. Hierbij moet bovendien worden aangetekend dat de Britse situatie met betrekking tot de defensie-industrie fundamenteel anders is dan de Nederlandse situatie. De twee voorbeelden van toepassing van het VK-model in de defensie-industrie betreffen 'pure' defensie-industrie (leveranciers van hoofdwapensystemen) terwijl Nederland daarentegen beschikt over een bescheidener en meer op niches van de markt gerichte defensiegerelateerde industrie. Deze bestaat voornamelijk uit ongeveer 250 middelgrote en kleinere ondernemingen met doorgaans zowel civiele als defensieactiviteiten. Tenslotte kan het VK-model alleen van betekenis zijn voor leveringszekerheid in de defensiesector in gevallen waar Nederlandse bedrijven leverancier van Defensie zijn. Een groot deel van de defensiecontracten is echter gesloten met buitenlandse partijen. Nederland kan uiteraard niet ingrijpen bij overnames in het buitenland, ook al zou het VK-model worden ingevoerd.

5.2 Inpasbaarheid in de Nederlandse praktijk en in het Europees recht

De invoering van elementen van het VK-model levert weinig problemen op qua inpasbaarheid binnen Europese wetgeving, aangezien de gebruikte definitie van publieke belangen refereert aan de CoVo. Het is derhalve mogelijk om elementen van het VK-model in te passen in de Nederlandse praktijk, maar dit zou wel betekenen dat het systeem van concentratiecontrole op een aantal punten fundamenteel moet worden aangepast. In grote lijnen zou men dan kunnen denken aan het opnemen van een regeling in de Mededingingswet die de Minister van Economische Zaken de bevoegdheid geeft om – wanneer bepaalde publieke belangen spelen – voorwaarden te kunnen verbinden aan een concentratie of deze te kunnen verbieden. Bij inpassing van deze bevoegdheid in de Mededingingswet zou dit in principe neerkomen op het omgekeerde van de huidige bevoegdheid van de Minister van Economische Zaken conform artikel 49 Mw (alsnog toestaan van een door de NMa afgekeurde concentratie) namelijk een concentratie die de NMa heeft goedgekeurd alsnog te kunnen verbieden. Dit kan overigens leiden tot een politisering van de concentratiecontrole. De mogelijkheid van politieke inmenging kan leiden tot onduidelijkheid over wel of niet goedkeuren van een concentratie en daarmee schade toebrengen aan het open Nederlandse vestigingsklimaat, terwijl het huidige Nederlandse systeem van concentratiecontrole bekend staat als effectief en kwalitatief goed.

5.3 Ingeschatte proportionaliteit

Het VK-model bevat een toets ten aanzien van publieke belangen, zoals nationale veiligheid en pluraliteit van de media. Zoals hierboven staat aangegeven, heeft het VK-model weliswaar mogelijk toegevoegde waarde met betrekking tot de leveringszekerheid in de defensiesector, maar is de toegevoegde waarde in overige sectoren beperkt. Het één op één overnemen van het VK-model wordt daarom niet proportioneel geacht; de generieke aard van het model is te breed voor het specifieke belang dat mogelijk gediend is bij invoering.

6 Conclusie: toegevoegde waarde invoering VK-model in Nederland

De hierboven uitgevoerde analyse geeft aan dat elementen van het VK-model in principe inpasbaar zijn in de Nederlandse praktijk en het Europees recht. Gegeven de afbakening van het VK-model, leent dit model zich echter alleen tot het ingrijpen op een beperkt aantal publieke belangen. Uit de analyse blijkt dat invoering van het VK-model binnen het Nederlandse concentratietoezicht uitsluitend een toegevoegde waarde kan hebben voor de leveringszekerheid in de defensiesector in gevallen waar Nederlandse bedrijven leverancier van Defensie zijn. In de overige sectoren lijkt invoering van het VK-model geen toegevoegde waarde te hebben. Bovendien kent het VK-model een aantal beperkingen, waaronder de mogelijkheid dat invoering in Nederland kan leiden tot een politisering van de concentratiecontrole, die negatieve gevolgen kan hebben voor de rechtszekerheid en het open Nederlandse vestigingsklimaat. Gegeven de beperkte toegevoegde waarde en de mogelijk bredere negatieve gevolgen is een op een invoering van het VK-model binnen Nederland niet proportioneel.

Desalniettemin zal nader geïnventariseerd worden of er gevallen zijn, waarin er voor de zekerheid van leveringen aan Defensie een risico kan bestaan. Zo nodig kunnen naar aanleiding daarvan aanvullende sectorspecifieke maatregelen worden voorgesteld. Ten aanzien van de mediasector is geconcludeerd dat zorgen kunnen bestaan rondom het gedrag van aandeelhouders, maar dat invoering van het VK-model geen toegevoegde waarde heeft om die zorgen ten aanzien van bestaande aandeelhouders te adresseren. Het ministerie van OCW zal tijdens de evaluatie van de Tijdelijke wet mediaconcentraties bezien of de pluraliteit van de media in Nederland afdoende wordt beschermd en zal zo nodig aanvullende sectorspecifieke maatregelen voorstellen.