

Consultatieverslag

Inleiding

Vanaf 8 september tot en met 7 oktober is in het wetsvoorstel Wet economie en nationale veiligheid¹ publiekelijk geconsulteerd via internetconsultatie.nl. Dit wetsvoorstel is eerder aangekondigd als een investeringstoets op risico's voor de nationale veiligheid². Met dit wetsvoorstel wordt gevolg gegeven aan de bescherming van de nationale veiligheid door een toets in te voeren op activiteiten die leiden tot wijzigingen in de zeggenschap of invloed op ondernemingen die van wezenlijk belang zijn voor de vitale processen of die actief zijn op het gebied van sensitieve technologie.

Alle onderdelen van het wetsvoorstel stonden open voor reactie en er waren vooraf geen specifieke vragen aan het publiek voorgelegd. Er zijn in totaal 14 reacties binnengekomen, waarvan 11 openbare reacties. De reacties waren vooral afkomstig van belangenorganisaties³, maar er hebben ook enkele individuele personen gereageerd. Daarnaast zijn er ook reacties ontvangen van experts vanuit Allen and Overy en de Radboud Universiteit Nijmegen. Het Adviescollege Toetsing Regeldruk (ATR) was apart aangeschreven, maar heeft zijn reactie ook openbaar gemaakt via internetconsultatie.nl.

Het wetsvoorstel heeft een zorgvuldig wetgevingsproces doorlopen, waaronder verschillende consultaties en adviezen. Dit consultatieverslag is een reflectie op de internetconsultatie en het advies van het Adviescollege Toetsing Regeldruk. Daarnaast zijn er ook adviezen ontvangen van de Rad voor de Rechtspraak (RvdR) en de Autoriteit Persoonsgegevens (AP). Voor zover deze adviezen raakten aan de reacties in de internetconsultatie zijn deze ook meegenomen in dit verslag. Deze consultatie en adviezen hebben geleid tot belangrijke aanpassingen aan het wetsvoorstel. Daarna heeft de Raad van State advies uitgebracht over het (aangepaste) wetsvoorstel. Dit heeft opnieuw geleid tot omvangrijke aanpassingen aan het wetsvoorstel. In het uiteindelijke wetsvoorstel is het advies van de Raad van State verwerkt. Dit consultatieverslag kan niet gelezen worden als reflectie op het uiteindelijke wetsvoorstel, omdat het advies van de Raad van State hierin nog niet is meegenomen. Voor een reflectie op het wetsvoorstel dat naar de Tweede Kamer is verzonden, wordt daarom verwezen naar het wetsvoorstel en de consultatieparagraaf in de memorie van toelichting zoals gepubliceerd op de website van de Tweede Kamer.

Samenvatting

In de reacties op de internetconsultatie is over het algemeen constructief gereageerd op het wetsvoorstel. In bepaalde gevallen is er ook expliciet begrip en steun uitgesproken voor de invoering van een stelsel van investeringstoetsing. VNO-NCW en MKB-Nederland schrijven bijvoorbeeld dat ze het doel van het wetsvoorstel ondersteunen: "We vinden het van belang dat vitale processen en sensitieve technologie gerelateerd aan nationale veiligheid in Nederland bescherming krijgen door middel van de invoering van een investeringstoets."

Er wordt door deze en andere organisaties en personen ook kritisch gereageerd op onderdelen van het wetsvoorstel. Het wordt erg gewaardeerd dat er vanuit allerlei expertises en belangen meegedacht wordt met het wetsvoorstel. Kritische opmerkingen zijn zorgvuldig gewogen en hebben tot aanpassingen in het wetsvoorstel en de memorie van toelichting geleid. Alle reacties zijn langs dezelfde uitgangspunten beoordeeld die tot dit wetsvoorstel hebben geleid. Het belangrijkste uitgangspunt is daarbij dat alleen sectoren waarbij activiteiten tot een risico voor de nationale veiligheid kunnen leiden onder het wetsvoorstel vallen. Hiermee wordt onnodige bijvangst en verzwaring van de regeldruk voorkomen bij activiteiten waarbij vooraf al duidelijk is dat er geen risico voor de nationale veiligheid kan ontstaan als gevolg van de investering, fusie of overname.

¹ De citeertitel van het conceptwetsvoorstel is inmiddels veranderd naar *Wet veiligheidstoets investeringen, fusies en overnames*.

² Kamerstuk 30 821, nr. 97).

³ De belangenorganisaties die openbaar gereageerd hebben zijn Stichting Eumedion, Vereniging voor Effectenbezitters, DACSI, Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de NOvA en KNB, VNO-NCW en MKB Nederland (gezamenlijk) en de Nederlandse Vereniging van Banken.

De belangrijkste aanpassingen aan het wetsvoorstel of de memorie van toelichting worden hieronder besproken. Een uitgebreider verslag naar aanleiding van de internetconsultatie wordt gegeven in paragraaf 10 van de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel. Deze wordt openbaar gemaakt op de website van de Tweede Kamer nadat het wetsvoorstel aan het Parlement is aangeboden. De meest in het oog springende aanpassingen betreffen

- het proces waarmee bedrijven onder de reikwijdte van het wetsvoorstel gebracht kunnen worden;
- een volledige herziening van artikel 19 (en bijbehorende toelichting) op grond waarvan er een ontheffing aangevraagd kan worden van het verbod om een activiteit uit te voeren als er geen mededeling is gedaan of toetsingsbesluit is genomen, mits er aan het gestelde criterium van het algemeen belang wordt voldaan;
- een tegemoetkoming aan de geuite bezwaren met betrekking tot (aspecten van) de medewerkingsplicht van partijen in de bewaarketen met betrekking tot de opdracht tot vervreemding en terugbrenging van het aandelenbelang, de uitlevering van het aandelenbelang en de schorsing van bepaalde aandeelhoudersrechten;
- een volledige heroverweging van de procedure tot heropening van een eerder genomen toetsingsbesluit; en
- een beperking van de reikwijdte van de peildatum van 2 juni 2020.

Verslag

Reikwijdte

Door verschillende organisaties is commentaar gegeven ten aanzien van het voornemen van het kabinet om vitale processen en aanbieders vast te stellen bij algemene maatregel van bestuur. Het commentaar is onder meer dat bedrijven op voorhand en op basis van objectieve criteria willen weten voor welke ondernemingen er een meldingsplicht geldt. Het kabinet kiest voor uitwerking bij algemene maatregel van bestuur. Dit ligt in lijn met de werkwijze bij de Wet beveiliging netwerk- en informatiesystemen, waarbij ook de reikwijdte van categorieën vitale aanbieders is vastgesteld bij algemene maatregel van bestuur. Dit niveau van regelgeving biedt duidelijkheid en rechtszekerheid, en behoudt de flexibiliteit die nodig is wanneer een aangescherpt dreigingsbeeld leidt tot aanmerking van een nieuw vitaal proces.

Na de internetconsultatie is er ook een onderscheid gemaakt in de categorie ondernemingen die vitale processen uitvoeren (zogenaamde vitale aanbieders) en toeleveranciers van vitale aanbieders. Ook is het proces waarmee bedrijven onder de reikwijdte van het wetsvoorstel worden gebracht nader toegelicht in de memorie van toelichting.

In het bijzonder is de wijze waarop sensitieve technologie onder reikwijdte van het wetsvoorstel wordt gebracht verder toegelicht. Hierbij is aangegeven dat zorgvuldigheid en deskundige adviezen cruciaal zijn om het toepassingsbereik van het wetsvoorstel te bepalen voor ondernemingen die sensitieve technologie ontwikkelen en exploiteren. Bij het op een zorgvuldige wijze onder het wetsvoorstel brengen van sensitieve technologieën maakt de regering onder meer gebruik van de eigen expertise rondom nationale veiligheidskwetsies en technologie. Verder kan de regering ook op aanvraag advies inwinnen bij bijvoorbeeld het Analistennetwerk Nationale Veiligheid over (opkomende) technologische toepassingen die raken aan de nationale veiligheid. Het Analistennetwerk is een kennisnetwerk dat sinds 2011 analyses maakt van risico's en bedreigingen voor de nationale veiligheid. Het netwerk kent een vaste kern van zes organisaties, te weten het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu, TNO, het Nederlands Instituut voor Internationale Betrekkingen Clingendael, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum, Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst en ISS/Erasmus Universiteit Rotterdam. Daarnaast kan naar gelang het voorliggende vraagstuk specifieke, aanvullende expertise worden geleverd door andere organisaties in het netwerk.

Diezelfde behoefte aan zorgvuldigheid en deskundigheid vraagt ook aanvullende expertise die gegenereerd kan worden door een tripartite samenwerking gebaseerd op de gouden driehoek van bedrijfsleven, kennisinstellingen en overheid. Er wordt daarvoor een structureel ingebed expertoverleg opgezet waarin het relevante hoogtechnologische bedrijfsleven vertegenwoordigd is, samen met kennisinstellingen en experts vanuit de overheid. Vanuit dit expertoverleg kan op vertrouwelijke wijze input worden vergaard ten aanzien van technologieën en hun toepassingsmogelijkheden, de positie van het Nederlandse bedrijfsleven in mondiale waardenketens en marktdynamiek en risico's rondom *reversed engineering* of het weglekken van kennis. Dit overleg wordt sowieso geraadpleegd voorafgaand aan enig voorstel voor de totstandkoming of wijziging van een algemene maatregel van bestuur die de reikwijdte van het wetsvoorstel voor sensitieve technologie nader uitwerkt.

Begrip nationale veiligheid

In de reacties van onder meer VNO-NCW en MKB Nederland en enkele burgers wordt gevraagd om het begrip nationale veiligheid meer invulling te geven door het scherper te definiëren of de relatie ten aanzien van de in het wetsvoorstel opgenomen verwijzing naar de begrippen in Europese verdragen 'openbare veiligheid' en 'wezenlijke belangen van de veiligheid van de staat' verder te verduidelijken.

In dit verband is het belangrijk om op te merken dat de invulling van nationale veiligheid een dynamische praktijk is en daarom een open begrip dient te blijven. Nationale veiligheid is immers zeer contextafhankelijk omdat het per plaats, tijd en situatie verschilt. Nationale veiligheid wordt onder andere bepaald door de geopolitieke en sociaal-politieke context en de technologische mogelijkheden van het moment. Vanwege deze dynamische praktijk is noch in de Europese Unie noch in andere lidstaten het begrip nationale veiligheid een afgebakend begrip.

In het wetsvoorstel zijn beoordelingscriteria opgesteld aan de hand waarvan een risicoanalyse plaats zal vinden. Het doel van deze beoordelingscriteria is niet om nationale veiligheid als begrip in te kaderen, maar wel om de kenbaarheid en voorstelbaarheid over de manier waarop de toets toegepast wordt te vergroten. Dit komt de rechtszekerheid en investeringszekerheid van het bedrijfsleven ten goede.

Beoordelingscriteria

De Nederlandse Vereniging van Banken stelt in haar reactie dat er in het wetsvoorstel geen objectieve en duidelijke toetsingscriteria van de voorgenomen activiteiten zijn opgenomen. Naar aanleiding van onder meer deze reactie is de toelichting op enkele punten aangevuld en verduidelijkt.

Er is onder meer verduidelijkt waarom het van belang is voor de beoordeling dat de verwerver transparant is over, en inzicht geeft in, zijn eigendomsstructuur en -verhoudingen. Hiermee kunnen immers de relevante actoren naar boven komen die ongewenste invloed op de verwerver uit kunnen oefenen. Daarbij kan natuurlijk gedacht worden aan bijvoorbeeld grote aandelenbelangen, gelieerde aandelenbelangen van verschillende bevriende partijen, bijzondere zeggenschapsrechten al dan niet vastgelegd in een aandeelhoudersovereenkomst, de samenstelling van bestuur en raad van commissarissen en de daarmee samenhangende benoemingsrechten. Het niet verstrekken van relevante informatie of het ontbreken van een transparante eigendomsstructuur kan duiden op oneigenlijke motieven zoals het actief verhullen van de uiteindelijke eigenaar van de verwerver. Ook is een gebrek aan transparantie een kwetsbaarheid die het mogelijk maakt dat een vorm van zeggenschap over de verwerver bestaat zonder dat de verwerver zelf zich hiervan bewust is, bijvoorbeeld door het gebruik van een groot aantal tussenliggende houdstermaatschappijen in verschillende jurisdicties en coördinatie tussen deze maatschappijen via onderliggende samenwerkingsafspraken of feitelijke controle.

Voorts is nader ingegaan op het belang van de beoordelingsfactor over de veiligheidssituatie in het land waarvan een verwerver ingezetene is, in het land waarin het hoofdbestuur van een verwerver gevestigd is of in de landen van de omliggende regio. Door opname hiervan in het wetsvoorstel kan rekening worden gehouden met het risico dat door juridische of feitelijke (dwang)maatregelen van een overheid een verwerver of diens aandeelhouders of bestuurders de facto hun beslisautonomie kunnen verliezen. In dat verband wordt namelijk aangenomen dat een verwerver die in de doelonderneming investeert, onder de invloed kan staan van de staat waarvan hij ingezetene is. Een vergelijkbare aanname geldt voor het hoofdbestuur van de verwerver. Als de veiligheidssituatie in dat land onzeker of slechts is, kan de overheid van dat land plotseling de verwerver onder druk zetten of de feitelijke controle overnemen over de zeggenschap of de invloed in de doelonderneming. Dit risico is ook aanwezig als het desbetreffende land – door externe druk van één of meer omringende landen of door de instabiele of onveilige nabije omgeving - zich genooddaakt voelt om bijvoorbeeld de controle te verwerven over een relevante onderneming met gevoelige technologie. Ook biedt deze factor de mogelijkheid om rekening te houden met de gevolgen voor de nationale veiligheid als bijvoorbeeld een verwerver uit een land waarvan de omliggende regio instabiel is, een doelonderneming verwerft met gespecialiseerde kennis over rakettechnologie. De verwerving zelf kan namelijk tot een reactie van omringende landen leiden, door bijvoorbeeld een wapenwedloop, zelfs als via exportcontrole de technologie niet of met strenge restricties kan worden uitgevoerd. Deze beoordelingsfactor is evenwel een element in de beoordeling dat veelal buiten de beheersmacht van de verwerver ligt en dus ook niet verwijtbaar is, maar wel meegenomen moet worden in de beoordeling op de risico's voor de nationale veiligheid. Deze factor zal op zichzelf niet voldoende grondslag zijn om een voorgenomen activiteit te verbieden, maar zal bijvoorbeeld wel een belangrijke rol kunnen spelen bij de weging samen met andere factoren of bij de voorschriften die op grond van het wetsvoorstel aan een toetsingsbesluit verbonden kunnen worden.

Prof. mr. B.J. de Jong van het Van der Heijden Instituut geeft in een reactie daarentegen ook aan dat het moeilijk is de beoordelingsfactoren veel preciezer te maken dan ze nu zijn geformuleerd in

artikel 7 van het wetsvoorstel. Hij suggereert dat de meeste winst te behalen is door zo veel mogelijk concrete voorbeelden van activiteiten en hoe zij beoordeeld zouden worden te geven. Hij wijst hiervoor als inspiratiebron op de informatie die het US Treasury Department in 2020 heeft gegeven over hoe investeringen op grond van nationale veiligheid zouden worden beoordeeld. Deze suggestie zal worden meegenomen bij de praktische uitwerking van de voorlichtingstaak die naar aanleiding van de internetconsultatie opgenomen is in het wetsvoorstel.

Op grond van het gewijzigde wetsvoorstel kan, bij twijfel of een bepaalde activiteit onder de reikwijdte van het wetsvoorstel valt, contact opgenomen worden met het Bureau Toetsing Investerings (BTI) van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat. Het kan bijvoorbeeld lastig zijn om te beoordelen of bepaalde vermogensbestanddelen essentieel zijn voor het kunnen functioneren als doelonderneming, zeker als de beoordeling gedaan moet worden door een meldingsplichtige die wat verder van het proces af staat (zoals een curator in faillissement). De informatie wordt zo spoedig mogelijk verstrekt. Het BTI zal tevens een handleiding opstellen waarin beschrijvingen komen te staan van casussen die onder de reikwijdte van het wetsvoorstel vallen. Deze handleiding zal in de loop der tijd aangevuld worden met casussen die het BTI behandeld heeft. De handleiding zal op de website van het BTI komen te staan, maar partijen zullen, op grond van het wetsvoorstel, ook expliciet gewezen worden op de handleiding als hun casus vergelijkbaar is met een casus in de handleiding.

Termijnen

Respondenten zoals de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en het Koninklijk Notarieel Broederschap, VNO-NCW en MKB Nederland en advocatenkantoor Allen & Overly merken op dat vanwege het belang van de verwerver of de doelonderneming om snel zekerheid te krijgen over de voorgenomen transactie de doorlooptijd in het onderzoek tamelijk of erg lang is. Ook wordt hierbij aangegeven dat een eventuele verlenging van de standaardtermijn alleen bij uitzonderingsgevallen en met gegronde redenen mogelijk zou moeten zijn.

In reactie hierop wordt allereerst opgemerkt dat de genoemde termijnen maximale termijnen zijn. Voorgenomen transacties zonder bijzondere risico's en voorzien van de juiste informatie zullen ruimschoots binnen deze termijn beoordeeld kunnen worden. De termijn van 8 weken in de eerste fase na een melding en ook de mogelijke verlenging van 6 maanden in de tweede fase is bedoeld voor die voorgenomen transacties waar onduidelijkheden bestaan over de identiteit van de verkrijger of de mogelijke risico's voor de nationale veiligheid. De verantwoordelijke minister heeft deze termijn nodig om aanvullend onderzoek te kunnen doen bij de verschillende binnenlandse en buitenlandse ketenpartners.

Een respondent verwijst ook naar de wettelijke situatie in Duitsland als een mogelijk alternatief. In Duitsland geldt een termijn van vier maanden nadat alle noodzakelijke informatie is ontvangen, ook eventuele aanvullend verzochte informatie. Hierdoor krijgt de verwerver of doelonderneming derhalve mogelijkerwijs evenmin de noodzakelijke snelle duidelijkheid, aangezien gedurende de beoordeling aanvullende informatie kan worden verzocht en de termijn van vier maanden pas aanvangt nadat deze informatie is ontvangen. Deze suggestie wordt gelet op de doorlooptijden die nodig kunnen zijn niet overgenomen. Voor wat betreft de noodzakelijkheid voor een motivering die de verlenging van de termijn toelicht, wordt deze suggestie overgenomen.

Significante invloed

Verscheidene reacties geven aan dat niet duidelijk is wanneer een kapitaalverschaffer significante invloed heeft. Naar aanleiding hiervan zijn voorschriften in het wetsvoorstel opgenomen die meer inzicht bieden wanneer het verkrijgen of vergroten van significante invloed aan de orde is. Het voorstel voorziet daarom in een algemene maatregel van bestuur die per aangewezen specifieke categorie van ondernemingen bepaalt welk percentage van de stemmen in de algemene vergadering minimaal vereist is voor significante invloed en welke andere in het voorstel genoemde onderdelen die significante invloed bepalen van toepassing zijn. De toetsingsdrempels in het voorstel zijn tien, twintig of vijfentwintig procent van het percentage van stemmen in de algemene vergadering van een onderneming. Daarnaast kan nader in het wetsvoorstel omschreven invloed op benoeming of ontslag van een of meer bestuurders significante invloed tot gevolg hebben. Deze drempels zijn omwille van rechtszekerheid en kenbaarheid in het wetsvoorstel zelf opgenomen. Welke van deze drempels van toepassing is op een categorie van ondernemingen wordt bij algemene maatregel van bestuur bepaald aan de hand van de aard van de activiteiten van deze ondernemingen, eventueel in samenhang met het type inrichting. Op die manier wordt zo goed mogelijk rekening gehouden met de karakteristieken van onderscheidenlijke type ondernemingen en wordt vermeden dat er een overbodige meldingsplicht ontstaat. Voor de bepaling bij algemene maatregel van bestuur bij welke van deze toetsingsdrempels van toepassing is, wordt gekeken naar de invloed die met de verkrijging of vergroting van deze significante invloed op de strategie, de activiteiten en de bedrijfsvoering van de onderneming kan

worden verkregen. Ook wordt gekeken naar de mogelijkheid dat een verwerver toegang krijgt tot (bedrijfs)gevoelige of gerubriceerde informatie, of tot het gebruik van sensitieve technologie waarover de onderneming beschikt of om de inzet van deze technologie voor bepaalde bedrijfsactiviteiten. Dit is bijvoorbeeld bij bepaalde sensitieve technologieën te overwegen waarbij er al in een veel eerder stadium dan bij het verwerven van de zeggenschap risico's voor de nationale veiligheid kunnen ontstaan. Denk hierbij aan bepaalde sensitieve technologieën die zo kwetsbaar of gevaarlijk zijn, dat zelfs het uitoefenen van een bepaalde mate van invloed door middel van het agenderen of druk uitoefenen in de vergadering van aandeelhouders onwenselijk kan zijn.

Door op deze manier bij algemene maatregel van bestuur specifieke categorieën bij een lager percentage van de stemmen of invloed op benoeming of ontslag van een of meer bestuurders binnen het toetsingsbereik te brengen, wordt vooral het risico op de aantasting van de integriteit en exclusiviteit van kennis en informatie beheersbaar gemaakt.

De aan te wijzen specifieke categorieën ondernemingen waarvoor de aanwezigheid of vergroting van significante invloed een meldingsplicht inhouden, vormen een deelverzameling uit de ondernemingen waarvoor een meldplicht hoe dan ook al geldt ingeval van zeggenschap. Het aantal ondernemingen dat onder het toepassingsbereik van het wetsvoorstel valt, wordt derhalve hierdoor niet vergroot.

Het is de verwachting dat deze aanpassingen in het wetsvoorstel meer houvast en duidelijkheid bieden bij de vaststelling of van het verkrijgen of vergroten van significante invloed sprake is vergeleken met het geconsulteerde voorontwerp.

Faillissement en dreigende insolventie

Naar aanleiding van de internetconsultatie waarin verschillende instanties, waaronder VEB en de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de NOa en KNB, stelden dat de beperkende voorwaarden voor ontheffing hun doel voorbij schoten, is artikel 19 en de toelichting in paragraaf 2.2.5 herzien.

De mogelijkheid in het geconsulteerde wetsvoorstel om in het geval van (dreigende) insolventie of faillissement een ontheffing te verlenen van het verbod om een activiteit uit te voeren voordat er een mededeling is gedaan dat er geen toetsingsbesluit vereist is of voordat een toetsingsbesluit is genomen, is komen te vervallen. In plaats daarvan kan er, op grond van artikel 19 van het herziene voorstel, een ontheffing aangevraagd worden van het verbod om een activiteit uit te voeren als het algemeen belang in het geding is, met een risico op economische, fysieke of sociaalmaatschappelijke schade aan de samenleving of delen daarvan, indien de ontheffing niet wordt verleend. Hierdoor kan ook in situaties van bijvoorbeeld faillissement ontheffing verleend worden. Het verlenen van een ontheffing betreft een discretionaire bevoegdheid van de minister. In het geval van ontheffing wordt er op grond van het herziene wetsvoorstel ook meer maatwerk geleverd gedurende de ontheffingsperiode. In het geconsulteerde voorstel werd de verwerver automatisch geschorst in al zijn rechten, met uitzondering van zijn financiële rechten. Deze automatisch schorsing is komen te vervallen. Maar omdat het verlenen van een ontheffing betekent dat een activiteit plaats kan vinden zonder dat er een grondige risicoanalyse heeft plaatsgevonden en er een evt. toetsingsbesluit is genomen, kan de minister bij het verlenen van een ontheffing beperkingen en voorschriften opleggen die gedurende de ontheffingstermijn moeten voorkomen dat er risico's voor de nationale veiligheid ontstaan. In aanvulling op deze beperkingen en voorschriften kan de minister ook besluiten om een of meerdere personen aan te wijzen die opdrachten kunnen verstrekken aan zowel de doelonderneming als aan de verwerver – voor zover de opdrachten aan de verwerver betrekking hebben op de bedrijfsvoering, kennis of vermogensbestanddelen waarover de verwerver het bezit, de zeggenschap of significante invloed heeft verworven met de activiteit waarvoor de ontheffing is verleend.

Naar aanleiding van de reactie van de Nederlandse Vereniging van Banken wordt opgemerkt dat ook banken kunnen hier gebruik van kunnen maken.

Doorzoeken van de woning

VNO-NCW en MKB Nederland merken in hun gezamenlijke reactie op dat de bevoegdheid tot het doorzoeken van de woning in geen enkele verhouding staat tot het doel van de melding binnen het geconsulteerde wetsvoorstel, in het bijzonder omdat het risico van het niet verkrijgen van de juiste informatie al voldoende wordt afgedekt. Daarbij wordt opgemerkt dat een overtreding van de wet is aangemerkt als een economisch delict, waarbij de strafrechtelijke onderzoeksmethodes al ingezet kunnen worden. Er lijkt dus geen enkele noodzaak om al in het kader van het inwinnen van informatie deze uitzonderlijke bevoegdheid in te zetten.

Allereerst dient te worden opgemerkt dat de mogelijke inzet van strafrechtelijke onderzoeksmethodes op grond van de Wet Economische Delicten pas kan plaatsvinden na voltooiing van een transactie, ofwel pas nadat er geconstateerd is dat er een overtreding is geweest doordat een goedkeuring van de activiteit gebaseerd was op onjuiste of onvolledige

informatie. Hierdoor kunnen de mogelijke risico's voor de nationale veiligheid zich derhalve reeds hebben gemanifesteerd. Juist vanwege deze zwaarwegende belangen van nationale veiligheid dient bij een besluit op grond van dit wetsvoorstel alle relevante informatie bij de verantwoordelijke minister bekend te zijn. Alleen als in uitzonderingsgevallen duidelijke aanwijzingen zijn dat de relevante informatie mogelijk aanwezig is in een woning zal deze zware bevoegdheid worden toegepast. Deze suggesties zijn derhalve niet overgenomen.

Medewerkingsplicht bewaarketen

In de reacties van Eumedion, Vereniging van Effectenverkeer Bezitters (VEB) en DACSI (vereniging van gebruikers en aanbieders in Nederland van de effecteninfrastructuur) wordt kritisch gereageerd op (aspecten van) de medewerkingsplicht van partijen in de bewaarketen met betrekking tot de opdracht tot vervreemding en terugbrenging van het aandelenbelang, de uitlevering van het aandelenbelang en de schorsing van bepaalde aandeelhoudersrechten.

Naar aanleiding hiervan is langs verschillende sporen getracht waar mogelijk tegemoet te komen aan de geuite bezwaren zonder afbreuk te doen aan de bescherming van het belang van de nationale veiligheid. Daartoe zijn verscheidene artikelen die de bewaarketen betreffen aangepast. In grote lijnen hebben er wijzigingen plaatsgevonden langs drie sporen.

Het eerste spoor betreft de identificatie van de verwerper in het geval de eigendomsstructuur en -verhoudingen van die verwerper niet duidelijk zijn. Het wetsvoorstel bevat nu een meeromvattende en verderstreckende uitwerking van het uit te voeren onderzoek naar de identiteit van de verwerper en de laatste partij in de bewaarketen. De uitgewerkte systematiek past beter bij die voor de SRD2-richtlijn geldt, waar om werd verzocht. Ook wordt hiermee een uiterste inspanning geleverd om de identiteit van de achterliggende verwerper alsnog te achterhalen.

Een tweede spoor dat is uitgewerkt richt zich op de vervreemding of terugbrenging van een aandelenbelang, indien is gebleken dat de verwerper niet bereid is om daaraan medewerking te verlenen. Het wetsvoorstel werkt thans uit dat in dat geval de bekende partij in de bewaarketen die het dichtst bij de verwerper staat als eerste de opdracht krijgt over te gaan tot vervreemding of terugbrenging van een aandelenbelang. Indien deze als laatste geïdentificeerde partij in de bewaarketen die medewerking in weerwil van de verplichting daartoe niet verleent, schuift de medewerkingsplicht door naar de volgende in de keten en zo verder totdat een partij wordt bereikt die wel meedoet. Daarbij vindt deze vermindering alleen plaats ten laste van de verwerper of degene die dat geacht wordt te zijn.

Het derde spoor is ontwikkeld voor het geval geen enkele partij in de bewaarketen uitvoering geeft aan de opdracht tot vervreemding of terugbrenging van het aandelenbelang. In dat geval wordt teruggekeerd naar het startpunt van de bewaarketen. De minister verplicht de beursgenoteerde doelonderneming aan het centraal instituut of de instelling buiten de Europese Unie met een functie vergelijkbaar met die van centraal instituut de opdracht te verstrekken het aandelenbelang waarvoor de verwerper direct of indirect deelgenoot is in een depot van dat instituut of die instelling met uitsluiting van anderen te leveren aan de verwerper. De verwerper is als deelgenoot reeds rechthebbende, maar door de levering wordt het aandelenbelang uit het depot gehaald en komt dit op naam van de verwerper te staan. Hiermee wordt het mogelijk dit aandelenbelang van de verwerper afzonderlijk te vervreemden of terug te brengen. De toepassing van dit derde spoor is een uiterste middel indien alle andere opties geen uitkomst bieden.

Tot slot is in reactie op ontvangen commentaar de verplichting in het wetsvoorstel tot medewerking van professionele partijen uit de bewaarketen om effectief gevolg te geven aan de schorsing vervallen. Aan de hand van de onderscheidenlijk sporen wordt zoveel als mogelijk recht gedaan aan de belangen van deelgenoten, cliënten en partijen in de bewaarketen zonder dat bescherming tegen risico's voor de nationale veiligheid illusoir wordt.

Heropening toetsingsprocedure en rechtsbescherming

In de gezamenlijke reactie van VNO-NCW en MKB Nederland wordt ingegaan op de rechtsbescherming die wordt geboden, waaronder ook specifieke vragen zijn gesteld over de werking van de procedure tot heropening ingeval van een zwaarwegende risico voor de nationale veiligheid waarvoor op grond van artikel 10, derde lid, van het geconsulteerde wetsvoorstel rechterlijke machtiging van de voorlopige voorzieningenrechter vereist was. Er wordt verzocht in de memorie van toelichting hier nader op in te gaan en het wetsvoorstel voor zover nodig aan te passen. Na de internetconsultatie en het advies van de Raad voor de Rechtspraak (RvdR) heeft een volledige heroverweging plaatsgevonden van de procedure tot heropening.

De RvdR geeft namelijk aan dat bij een heropening van een eerder getoetste casus niet duidelijk is van welke voorzieningenrechter een machtiging van de rechtbank Rotterdam vereist is. De RvdR merkt op dat niet duidelijk of dit de bestuursrechtelijke voorzieningenrechter moet zijn en als dat het geval is dient in een procesrechtelijke inkadering te worden voorzien nu de Algemene wet bestuursrecht (Awb) niet voorziet in een kader voor een dergelijke verzoekschriftprocedure.

Er heeft daarom een volledige heroverweging plaatsgevonden ten aanzien van de haalbaarheid van een aparte rechterlijke machtiging tot heropening. Het is een juiste constatering dat de Awb niet voorziet in een procedure waarbij de bestuursrechter een voorgenomen besluit op verzoek van een bestuursorgaan eerst kan toetsen op het voldoen aan bepaalde criteria of maatstaven. De systematiek van de Awb is er niet op geënt een voorgenomen besluit eerst aan een rechterlijke machtiging te kunnen onderwerpen, zodat hierbij geen aansluiting gezocht kan worden. De Awb heeft besluiten tot onderwerp die door een bestuursorgaan zijn genomen, met inbegrip van voorbereidingsbesluiten. Deze afbakening in de Awb staat er aan in de weg om een aparte procedure in dit wetsvoorstel op te nemen waarbij de rechter zich een oordeel vormt over een nog niet tot stand gekomen en daarmee voorgenomen bestuursrechtelijk besluit. Dit zou in feite tot een ongewenste verbreding van de reikwijdte van de Awb leiden, waarbij is meegewogen dat er een staatsrechtelijk spanningsveld ontstaat als een rechter een verantwoordelijkheid toebedeeld krijgt bij de totstandkoming van bestuurlijke besluitvorming. Om soortgelijke redenen is het niet passend om de rechter-commissaris of de burgerlijke rechter deze taak te laten vervullen, die bovendien over expertise beschikken die overwegend op andere terreinen dan het bestuursrecht liggen. De uitkomst van deze afweging laat onverlet dat het wenselijk is dat niet eerder dan na een zwaarwegende en weloverwogen beoordeling tot een heropening mag worden overgegaan. Om daar op passende wijze invulling aan te geven, bepaalt het wetsvoorstel dat de minister uitsluitend in overeenstemming met de ministerraad tot een besluit tot heropening mag overgaan, indien een van beide omstandigheden vervuld is die het wetsvoorstel daaraan stelt. Tegen dit heropeningsbesluit staat vervolgens bezwaar en vervolgens beroep bij de rechtbank Rotterdam (sector bestuursrecht) open. Hoger beroep is mogelijk bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

Peildatum

VNO-NCW en MKB-NL zijn bezorgd over de peildatum, die in artikel 36 van het wetsvoorstel is opgenomen. Ze zijn van mening dat de peildatum geschrapt dient te worden, of in ieder geval de terugkijktermijn niet langer mag zijn dan 6 maanden voorafgaand aan de inwerkingtreding van het wetsvoorstel. De terugkijktermijn is gefixeerd op 2 juni 2020. Dit betekent dat hoe langer het duurt voordat dit wetsvoorstel door beide Kamers der Staten-Generaal wordt aangenomen, hoe verder in de tijd hij terugwerkt. Dit maakt het middel volgens VNO-NCW en MKB-NL minder proportioneel. Bovendien is er in artikel 36 geen einddatum opgenomen.

Er wordt vastgehouden aan de peildatum van 2 juni 2020. Dit is de datum waarop de terugkijktermijn is aangekondigd bij Kamerbrief⁴. Wel is er naar aanleiding van de reactie een einddatum opgenomen in artikel 36. De minister mag de betrokkenen uiterlijk binnen acht maanden na inwerkingtreding van de wet nog gelasten een melding te doen. Dit geeft de minister de nodige tijd om zorgvuldig te onderzoeken en af te wegen of het noodzakelijk is voor de nationale veiligheid om een zaak te toetsen, maar geeft ondernemingen ook de rechtszekerheid dat heropening na die acht maanden niet meer aan de orde is.

Ook is besloten de reikwijdte van artikel 36 te beperken. Uit de internetconsultatie is gebleken dat er nog veel onduidelijkheid is over de gevolgen van het wetsvoorstel voor toeleveranciers van vitale processen en over het bij algemene maatregel van bestuur uitbreiden van sensitieve technologieën onder de reikwijdte van het voorstel. Daarom is nu in het vijfde lid opgenomen dat artikel 36 niet van toepassing is op deze twee categorieën.

Adviescollege toetsing regeldruk

Het dictum van het Adviescollege toetsing regeldruk was dat het wetsvoorstel ingediend kon worden mits er aan twee adviespunten voldaan werd. Het eerste adviespunt betrof een herberekening op basis van een lager tarief voor hoogopgeleide medewerkers van de kosten voor ondernemingen die voortkomen uit een toetsingsproces. Het tweede advies betrof het in kaart brengen van de regeldrukeffecten met behulp van scenario's. Beide adviespunten zijn overgenomen.

Dit heeft geleid tot een uitsplitsing van de regeldrukeffecten in een simpele activiteit en een complexe activiteit. Bij het melden van een simpele activiteit wordt ervan uitgegaan dat er zowel interne als externe adviseurs betrokken zijn en dat er in één vijfde van de gevallen om extra informatie gevraagd zal worden. Bij een simpele activiteit gaat het bijvoorbeeld om een binnenlandse overname van een mkb'er. Bij het melden van een complexe activiteit wordt ervan uitgegaan dat er zowel interne als externe adviseurs betrokken zijn en dat er in drie vijfde van de gevallen om extra informatie gevraagd zal worden. Bij een complexe activiteit gaat het bijvoorbeeld om een fusie tussen twee multinationals. Voor de inschatting van de kosten hieronder is gebruikgemaakt van het Handboek regeldrukkosten, in het bijzonder de tijdbestedingstabel bedrijven en de standaarduurtarieven.

⁴ Kamerstukken II 2019/20, 30821, nr. 113.

Scenario simpele activiteit

In het scenario dat er een simpele activiteit getoetst wordt, wordt ervan uitgegaan dat er ongeveer 21 uur aan interne advisering en 19 uur aan externe advisering nodig is om een volledige melding te doen. In het geval van het aanleveren van extra informatie zal hier nog eens 15 uur aan intern advies en 3 uur aan extern advies voor nodig zijn. Er wordt hier uitgegaan van een standaarduurtarief van 54 euro voor hoogopgeleide medewerkers en 400 euro als uurtarief bij externe advisering. Ervan uitgaande dat in een vijfde van de simpele er om aanvullende informatie gevraagd wordt kost het melden van een zo'n activiteit gemiddeld 9.136 euro.

Scenario complexe activiteit

In het scenario dat er een complexe activiteit getoetst wordt, wordt ervan uitgegaan dat er ongeveer 70 uur aan interne advisering en 117 uur aan externe advisering nodig is om een volledige melding te doen. In het geval van het aanleveren van extra informatie zal hier nog eens 120 uur aan intern advies en 120 uur aan extern advies voor nodig zijn. Er wordt hier uitgegaan van een standaarduurtarief van 54 euro voor hoogopgeleide medewerkers en 400 euro als uurtarief bij externe advisering. Ervan uitgaande dat in drie vijfde van de complexe activiteiten er om aanvullende informatie gevraagd wordt kost het melden van een zo'n activiteit gemiddeld 83.268 euro.

De bovengenoemde lasten betreffen uitsluitend eenmalige lasten. De exacte omvang van het aantal meldingen is onbekend. Niettemin wordt er uitgegaan van 30 zaken per jaar, waarvan ongeveer 5 complexe zaken. Dit levert een totaaleffect van administratieve lasten per jaar op van naar schatting 644.740 euro, waarvan tweederdedeel ten laste komt van complexe activiteiten van grote bedrijven.

Hierbij dient opgemerkt te worden dat de in het wetsvoorstel bedoelde activiteiten in het bedrijfsleven vaak omvangrijke trajecten zijn, zeker als het gaat om grote en complexe transacties. Daarbij zijn standaard vaak adviseurs vanuit verschillende specialismen betrokken, zoals juristen, accountants, overnamespecialisten, consultants en fiscalisten. Het is de verwachting dat de wetgeving waar het hier om gaat een standaard onderdeel zal worden van de totale overnameadviespraktijk.