

Ministerie van Economische Zaken en  
Klimaat  
Ministerie van Justitie en Veiligheid

Ons kenmerk

Uw kenmerk

Doorkiesnummer

Datum

6 oktober 2020

Geachte Ministers,

In het consultatiedocument ‘Wet toetsing economie en nationale veiligheid’ wordt een brede, algemene toets geïntroduceerd op economische activiteiten die de nationale veiligheid kunnen bedreigen. Een algemene investeringstoets impliceert een grote verandering voor de Nederlandse omgang met (buitenlandse) investeringen en overnames. In het verleden wees de Nederlandse overheid een dergelijke algemene investeringstoets af. De omslag past in een trend van toenemende zorgen, ook op Europees niveau, over geopolitiek gedreven activiteiten van buitenlandse mogendheden die gevolgen kunnen hebben voor de nationale veiligheid. De concept-MvT schetst deze ontwikkelingen, maar het blijft moeilijk in te schatten hoe groot de bedreiging van de nationale veiligheid thans in werkelijkheid is. De ‘ex ante analyses’ die voor verschillende sectoren met vitale processen zijn uitgevoerd in de afgelopen jaren, leken niet te duiden op heel grote risico’s en kwetsbaarheden, terwijl voor de kwetsbaar geachte telecomsector reeds een nieuwe sectorspecifieke toets is ingevoerd. Daarmee is de noodzaak voor de beoogde algemene veiligheidstoets moeilijk te beoordelen. Het heeft er de schijn van dat de algemene investeringstoets mede is bedoeld als preventief beschermingsmechanisme voor risico’s die zich met een wisselende mate van waarschijnlijkheid zouden kunnen voordoen in de toekomst.

Een zorgpunt bij een algemene investeringstoets met ingrijpende overheidsbevoegdheden is de mogelijk negatieve effecten ervan op het Nederlandse investeringsklimaat. Het consultatiedocument onderkent die zorg terecht en tracht te beschrijven waarom het middel proportioneel en effectief is.

Hieronder volgen enkele specifieke opmerkingen bij onderdelen van het consultatiedocument, die zowel betrekking hebben op de ‘waterdichtheid’ van de voorgestelde toets als het investeringsklimaat en de rechtszekerheid. Ook worden enkele opmerkingen gemaakt over de consistentie tussen de (terminologie bij de) algemene en sectorale investeringstoetsen, die niet op alle punten optimaal lijkt.

*Reikwijdte van de toets: welke (doel)ondernemingen vallen onder de toets?*

De investeringstoets ziet op wijziging van zeggenschap of significante invloed in bepaalde soorten ‘doelondernemingen’. Het gaat om op (a) ondernemingen gevestigd in Nederland, die van wezenlijk belang zijn voor de continuïteit en weerbaarheid van ‘vitale processen’ of die actief zijn op het gebied van ‘sensitieve technologie’, of (b) ondernemingen die zeggenschap / significante

invloed hebben in een dergelijke onderneming.

Ten aanzien van de reikwijdte komen enkele vragen op inzake het internationaal privaatrecht (ipr) en de internationale werking van de wet. Doelondernemingen binnen de hierboven genoemde categorie (a) dienen ‘gevestigd in Nederland’ te zijn om onder de investeringstoets te vallen. Het consultatiedocument definieert niet nader wat dit betekent. In Nederland geldt als uitgangspunt voor een rechtspersoon dat de plaats van de statutaire zetel bepalend is voor de vraag waar hij is gevestigd (zie art. 1:10 lid 2 BW) en welk recht op deze rechtspersoon van toepassing is (art. 10:118 BW). Dit is de incorporatieleer. De plaats van het hoofdkantoor is niet doorslaggevend, zoals geldt bij de werkelijke zetelleer die in sommige lidstaten wordt gehanteerd. Dit zou impliceren dat bijvoorbeeld wijzigingen in zeggenschap in een kapitaalvennootschap naar buitenlands recht met hoofdkantoor in Nederland in beginsel niet onder de investeringstoets valt. Vermoedelijk is dit – door de aansluiting bij het ondernemingsbegrip – anders indien in Nederland een zelfstandige economische eenheid of bijkantoor van de buitenlandse rechtspersoon is gevestigd van waaruit producten of diensten worden geleverd. Waar de concept-MvT opmerkt dat omzeiling van toetsing via keuze van een andere rechtsvorm niet mogelijk is, komt dus de vraag op of dit ook geldt bij keuze voor een buitenlandse rechtsvorm. Een tweede kwestie betreft doelondernemingen binnen categorie (b), kort gezegd de ondernemingen die zeggenschap hebben in ondernemingen die van belang zijn voor de nationale veiligheid. Het lijkt erop alsof deze eerstgenoemde ondernemingen niet in Nederland hoeven te zijn gevestigd. Het lijkt dus te kunnen gaan om een buitenlandse moeder-/houdstermaatschappij. Wijzigingen in zeggenschap in deze *buitenlandse* houdstermaatschappij zouden onderworpen zijn aan toetsing, als ik het consultatiedocument goed begrijp. Daarmee reikt de algemene investeringstoets tot over de Nederlandse grenzen en kan bijvoorbeeld van toepassing zijn op buitenlandse investeerders in een buitenlandse moeder. Deze extraterritorialiteit is ingrijpend, ook voor het investeringsklimaat. Leidt het niet tot negatieve invloed op de bereidheid om te investeren in vitale processen c.q. sensitieve technologie? En welke bevoegdheden van de Minister zijn effectief uit te oefenen in zulke buitenlandse verhoudingen? Het zou wenselijk zijn als de MvT bovenstaande kwesties kan verhelderen en/of de reikwijdte wordt heroverwogen.

Bij AMvB worden processen aangewezen die vitaal zijn omdat de verstoring, aantasting of uitval van die processen leidt tot ernstige maatschappelijke ontwrichting (art. 3 lid 1). Bij AMvB kunnen voorts technologieën worden aangewezen als sensitieve technologie (art. 3 lid 4). Een vraag die hier opkomt in verband met het investeringsklimaat en de rechtszekerheid is hoe gedetailleerd en concreet de omschrijving van vitale processen c.q. sensitieve technologie in een AMvB zal worden. De openbare lijst met vitale infrastructuur is thans zeer beknopt omschreven, hetgeen vragen kan oproepen in hoeverre ondernemingen die producten en/of diensten leveren binnen een vitaal proces onder de toets vallen. In de Wet ongewenste zeggenschap telecommunicatie en het bijbehorende Besluit ongewenste zeggenschap telecommunicatie is uitvoerig uitgewerkt wie als ‘telecommunicatiepartij’ kan worden aangemerkt; de vraag is in hoeverre dit ook zal gebeuren bij ondernemingen die actief zijn binnen andere vitale processen.

Ten aanzien van sensitieve technologie komt nog de vraag op hoe de opsomming van art. 3 in het consultatiedocument zich verhoudt tot de ruime opsomming van ‘kritieke’ technologie in art. 4 Verordening (EU) 2019/452. De opsomming in de Verordening omvat artificiële intelligentie, robotica, halfgeleiders, cyberbeveiliging, lucht- en ruimtevaart, defensie, energieopslag, quantum- en nucleaire technologieën alsmede nano- en biotechnologieën. Niet al deze technologieën lijken thans reeds onder art. 3 van het consultatiedocument te worden opgenomen. Is dit welbewust en wat is hiervoor de reden?

*Reikwijdte: welke activiteiten vallen onder de toets?*

Activiteiten die leiden tot wijzigingen in zeggenschap of significante invloed in doelondernemingen zijn onderworpen aan toetsing. Bij zeggenschap gaat om het de mogelijkheid

om op grond van feitelijke of juridische omstandigheden een beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van een onderneming (handelen in overleg meegerekend).

Opmerkelijk is dat bovenstaande definitie van zeggenschap, afkomstig uit de Mededingingswet, enigszins afwijkt van de keuze die de wetgever heeft gemaakt in de recente Wet ongewenste zeggenschap telecommunicatie. Daar gaat het om overwegende zeggenschap, in de zin van ten minste 30% van de stemmen in de AV, het kunnen benoemen van meer dan de helft van bestuurders en commissarissen, het houden van prioriteitsaandelen, e.d. De concept-MvT merkt op dat in dit geval van de algemene investeringstoets gekozen is voor een materiële definitie gebaseerd op de omstandigheden van het geval. Elke juridische of feitelijke constructie die wordt opgezet en die resulteert in beslissende invloed, wordt aldus gedekt. Naar aanleiding van de hier gemaakte keuze komt de vraag op wat de verhouding is met de definitie van zeggenschap in de Wet ongewenste zeggenschap telecommunicatie en in hoeverre deze laatste definitie achteraf gezien wellicht onvoldoende ruim is.

Waar bij een investeringstoets meestal wordt gedacht aan toetsing van overnames van kapitaalvennootschappen door ongewenste investeerders, breidt het consultatiedocument de activiteiten die onderworpen zijn aan toetsing nadrukkelijk uit, naar fusies, joint ventures, overdracht van cruciale vermogensbestanddelen of andere rechtshandelingen. Een ruim aantal activiteiten is dus onderworpen aan toetsing. De recente Wet ongewenste zeggenschap telecommunicatie lijkt een engere reikwijdte te hebben. Ook bij de oudere sectorale toetsen die zijn opgenomen in de Elektriciteitswet, de Gaswet en de Wet op het financieel toezicht speelt de vraag hoe de reikwijdte zich verhoudt tot de voorgestelde nieuwe activiteitentoets. Een vraag die opkomt is of de algemene en modernere investeringstoets gaat functioneren als vangnet voor de mogelijk te beperkte reikwijdte van de oudere sectorale toetsen.

#### *Reikwijdte: verhouding algemene en sectorale toetsen*

De algemene investeringstoets geldt niet in de situatie dat er reeds een sectorspecifieke nationale veiligheidstoets geldt voor de activiteit (art. 2 lid 2 sub b). In dat geval prevaleert de sectorspecifieke toets. Dit klinkt op het eerste gezicht logisch, maar deze uitzondering roept niettemin enkele vragen op. Denkbaar is dat een bepaalde activiteit of investering ziet op ondernemingen in een sector waarvoor een sectorspecifieke toets geldt, maar (net) niet binnen de reikwijdte valt van de sectorspecifieke toets. Zo geldt voor de nieuwe toets in de telecomsector dat overwegende zeggenschap in een telecommunicatiepartij moet leiden tot ‘relevante invloed’ in die sector, alvorens onderworpen te zijn aan toetsing. Wat nu als de zeggenschap niet leidt tot ‘relevante invloed’ en de sectorspecifieke toets dus niet van toepassing is? In hoeverre kan dan de algemene investeringstoets alsnog van toepassing zijn? Een variant hierop: wat is rechtens als de activiteit ziet op het verwerven van cruciale vermogensbestanddelen van een telecommunicatiepartij die wel relevante invloed heeft in de telecomsector? De toets in de telecomsector lijkt deze situatie niet af te dekken, maar er ontstaan mogelijk wel veiligheidsrisico’s. Het lijkt de bedoeling dat de algemene investeringstoets functioneert als vangnet, maar het is dus de vraag hoe dit precies werkt in sectoren waar reeds een – mogelijk onvolmaakte – sectorspecifieke toets geldt.

De verhouding tussen de algemene en sectorspecifieke investeringstoets roept de vraag op in hoeverre überhaupt nog behoefte bestaat aan een sectorspecifieke toets. Volgens de toelichting is er in bepaalde sectoren behoefte aan ‘maatwerk’, wat de ratio is voor een sectorspecifieke toets. De algemene investeringstoets lijkt echter zodanig ruim opgezet dat alle denkbare risico’s kunnen worden ondervangen. Bovendien lijken de huidige sectorspecifieke toetsen niet strenger te zijn dan de algemene investeringstoets, zoals bijvoorbeeld in Duitsland. Waar een sectorspecifieke toets strenger is (bijvoorbeeld een lagere zeggenschapsdrempel die screening activeert of meer bevoegdheden voor de Minister), is de logica van een algemene investeringstoets meer evident. In Nederland kan de omgekeerde situatie te ontstaan: de algemene investeringstoets gaat qua

gereguleerde activiteiten en bevoegdheden mogelijk verder dan de sectorspecifieke toetsen. Tegen een algemene investeringstoets kan worden ingebracht dat deze minder snel proportioneel is dan een sectorspecifieke toets waarin specifiekere omstandigheden kunnen worden benoemd. Dit is ook van belang tegen de achtergrond van het Europese recht, waarin door het Europese Hof van Justitie in het verleden tamelijk strenge eisen zijn gesteld alvorens een vorm van ex ante toetsing proportioneel wordt geacht.

Een laatste opmerking is dat de gewenste onderlinge samenhang tussen algemene en sectorspecifieke investeringstoetsing zou kunnen nopen tot aanvulling of wijziging van de sectorale toetsen (voor zover mogelijk op grond van Europees recht), bijvoorbeeld om de toetsingsgronden of bevoegdheden te actualiseren, verbeteren of beter af te stemmen. Het consultatiedocument voorziet hier niet in.

### *Ontheffing bij financiële nood*

Art. 21 biedt de verwerfer de mogelijkheid om in afwachting van het toetsingsbesluit de onderneming liquiditeit te verschaffen in geval van dreigend faillissement. Indien de verwerfer hiervan gebruik maakt, wordt hij gedurende de ontheffingsperiode onder voorwaarden ontheven van het verbod op het doen van de activiteit. Gedurende de ontheffingsperiode kan de verwerfer geen niet-financiële invloed uitoefenen op de onderneming.

Het is de vraag of de uitsluiting van zeggenschapsrechten gedurende de ontheffingsperiode in de praktijk niet averechts uitpakt. Mogelijk zijn maar weinig investeerders bereid om aanzienlijke financiële injecties te doen zonder zeggenschap te verwerven. In dat geval zou het doel van de wet – het verzekeren van de continuïteit van het vitale proces – ondergraven worden. Het verdient dan ook overweging om toe te voegen dat de Minister ook ontheffing kan verlenen van het verbod om zeggenschapsrechten uit te oefenen bij financiële nood (art. 21 lid 3), al dan niet onder nader te stellen voorwaarden. Voorstelbaar is dat zeggenschap in een concreet geval zou worden uitgeoefend na goedkeuring van het desbetreffende besluit door de Minister.

### *Nationale veiligheid: definitie*

Getoetst wordt of een activiteit een bedreiging vormt voor de nationale veiligheid. Nationale veiligheid wordt in art. 1 gedefinieerd onder verwijzing naar ‘openbare veiligheid’ in de zin van art. 45 lid 3, art. 52 lid 1 en art. 65 lid 1 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Het gaat hier om de mogelijkheid om inbreuk te maken op verdragsvrijheden als het vrij verkeer van kapitaal, de vestigingsvrijheid en het vrije verkeer van goederen. Opmerkelijk is dat openbare orde géén toetsingsgrond is, anders dan in het VWEU waar openbare orde en openbare veiligheid gezamenlijk worden genoemd. Ook in Screeningsverordening (EU) 2019/452 worden openbare orde en veiligheid samen genoemd (art. 4). In de Wet ongewenste zeggenschap telecommunicatie is de toetsingsgrond ‘bedreiging van het publiek belang’, waaronder wordt verstaan openbare orde of openbare veiligheid in de zin van het VWEU, alsmede veiligheid in de zin van art. 346 VWEU dat ziet op veiligheid ten aanzien van militaire goederen. Meer uniforme terminologie in toetsingsgronden lijkt gewenst. Het lijkt in ieder geval gewenst om in de Wet toetsing economie en nationale veiligheid een verwijzing naar art. 346 VWEU toe te voegen. Ook zou nader toegelicht kunnen worden waarom openbare orde géén toetsingsgrond is. De vraag is ook hoe goed de toetsingsgronden nationale veiligheid en openbare orde in de praktijk te scheiden zijn.

### *Nationale veiligheid: inhoud en uitbreiding van toetsingscriteria*

Het wetsvoorstel noemt diverse factoren ter beoordeling veiligheidsrisico’s. De vraag komt op of deze voldoende duidelijk zijn voor (potentiële) investeerders. Het lijkt moeilijk de criteria veel

preciezer te maken dan ze nu zijn geformuleerd. De meeste winst is wellicht te behalen aan de hand van zo veel mogelijk concrete voorbeelden van activiteiten en hoe zij beoordeeld zouden worden. Inspiratie kan worden ontleend aan het Amerikaanse systeem van investment screening. Het Amerikaanse *Treasury Department* heeft in 2020 een uitvoerige Regulation gepubliceerd waarin meer dan 100 voorbeelden worden gegeven hoe investeringen op grond van nationale veiligheid zouden worden beoordeeld.<sup>1</sup>

Bij AMvB kunnen aanvullende factoren worden aangewezen die bij beoordeling van risico's voor de nationale veiligheid worden betrokken (art. 7 lid 4). De bevoegdheid om aanvullende criteria te formuleren biedt flexibiliteit en de mogelijkheid om toetsing snel te actualiseren. Niettemin kunnen vanuit het investeringsklimaat enkele vraagtekens worden geplaatst. Vanuit investeerdersperspectief is van belang of de criteria ook lopende een toetsingsprocedure kunnen worden uitgebreid, met directe toepassing. Dit is een geval waarin de spelregels dan tijdens de wedstrijd worden aangepast. De rechtszekerheid voor investeerders komt hiermee in het gedrang, ook al is in theorie voorzienbaar dat de overheid de toetsingscriteria uitbreidt. Een vraag is ook of aanvulling van screeningscriteria aanleiding kan zijn tot hertoetsing wegens veranderde omstandigheden, hetgeen de rechtszekerheid voor investeerders eveneens ondermijnt. Het zou wenselijk zijn als de toelichting hierop ingaat.

Prof. mr. B.J. (Bas) de Jong  
Hoogleraar financiële markten vanwege de VEB

Nijmegen, 6 oktober 2020

---

<sup>1</sup> 31 CFR. 800 (2020), <https://home.treasury.gov/system/files/206/Part-800-Final-Rule-Jan-17-2020.pdf>.