

Allen & Overy LLP

Apollolaan 15
1077 AB Amsterdam

Postbus 75440
1070 AK Amsterdam

Tel +31 (0) 20 674 1000
Fax +31 (0) 20 674 1111

De Minister van Economische Zaken en Klimaat
De Minister van Justitie en Veiligheid

Amsterdam, 7 oktober 2020
Onderwerp **Consultatie wet toetsing economie en nationale veiligheid**
Ons kenmerk 0098050-0000543 EUO3: 2001803826.2
Van Tim Stevens
Telefoon +31206741408
Mobiel +31651220047

E-mail Tim.Stevens@allenoverly.com

Excellentie,

Met deze brief maakt Allen & Overy LLP graag gebruik van de sinds 8 september 2020 geboden mogelijkheid om te reageren op het voorontwerp ‘Regels tot invoering van een toets betreffende activiteiten die een risico kunnen vormen voor de nationale veiligheid gezien het effect hiervan op ondernemingen die van wezenlijk belang zijn voor vitale processen of actief zijn op het gebied van sensitieve technologie (Wet toetsing economie en nationale veiligheid)’ (het **Voorstel**).

Sectorale benadering; biedt het Voorstel de bescherming die bedoeld is?

Het Voorstel is alleen van toepassing op ondernemingen die verantwoordelijk zijn voor “vitale processen” of “sensitieve technologie”. Wat te gelden heeft als een vitaal proces of een sensitieve technologie wordt bij algemene maatregel van bestuur bepaald.

- Uit de toelichting volgt dat het ministerie zich een redelijk beeld heeft kunnen vormen van het aantal bedrijven dat actief is binnen de vitale processen. Uit de toelichting volgt echter indirect dat er nog significante onduidelijkheid bestaat over welke toeleveranciers van deze vitale bedrijven onder de reikwijdte van de wet zullen worden gebracht. De circa 120 veelal grote bedrijven die in Nederland binnen de ‘vitale processen’ actief zijn, zullen doorgaans door een groot aantal toeleveranciers bediend worden. Ten behoeve van de rechtszekerheid van al deze toeleveranciers dient meer duidelijkheid te worden verschaft wanneer een toeleverancier wel of niet onder de reikwijdte van de wet zal vallen.

- Vanwege de kenbaarheid wordt wat betreft sensitieve technologieën aangesloten bij de *dual use* wetgeving, met de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur andere technologieën aan deze lijst toe te voegen. Omdat de markt constant verandert, ontstaat er als gevolg van deze vooraf opgestelde lijst een risico dat pas achteraf een technologie “sensitief” blijkt te zijn, of een bepaald proces of toeleverancier vitaal. Wat op enig moment niet gezien wordt als een veiligheidsrisico, kan dat op een later moment wel worden.
- Nu is een AmvB sneller aangepast dan een wet, maar misschien niet snel genoeg om een overname te kunnen blokkeren. De net ingevoerde Wet Ongewenste Zeggenschap Telecom (WOZT) kent ook een verbodsmogelijkheid op het “houden” van een telecommunicatiepartij, maar het Voorstel kent alleen een verbod op een “activiteit” (kortweg een investering of verwerving), maar niet op het houden van een belang in een onderneming. Als een proces of een technologie niet op de lijst staat, is de investering of transactie niet verboden en kan die naderhand ook niet meer terug worden gedraaid op basis van het Voorstel. Te overwegen is om ook het “houden” onder het begrip “activiteit” te laten vallen. Alternatief zou zijn om de minister de aanvullende bevoegdheid te geven om in te grijpen op aangekondigde maar nog niet doorgevoerde activiteiten, en een toetsing af te dwingen ook al is de AmvB (nog) niet aangepast.
- Overigens bevelen wij aan om de verhouding tussen het Voorstel en de sector-specifieke toetsen te verduidelijken door de terminologie gelijk te trekken. In artikel 2, lid 2 van het Voorstel is opgenomen dat deze wet niet van toepassing is indien er op de activiteit een sectorspecifieke toets uit hoofde van de nationale veiligheid van toepassing is. Nationale veiligheid wordt gedefinieerd als de openbare veiligheid in de zin van het VWEU. Het is wellicht duidelijker wanneer alleen gesproken wordt over openbare veiligheid. Dit sluit aan bij de “*level playing field*” clause in de Elektriciteitswet en de Gaswet, waarin staat dat de minister voorwaarden kan verbinden aan de overnames van grote elektriciteitscentrales of LNG-installaties in het belang van de openbare veiligheid. Dit sluit ook aan bij de (mogelijke) meldingsplicht op grond van artikel 6.8 van de (toekomstige) Wet collectieve warmtevoorziening. In de WOZT wordt echter aangehaakt bij het publiek belang dat vervolgens weer gedefinieerd wordt als openbare orde of de openbare veiligheid zoals bedoeld in het VWEU.
- Voorts zou verduidelijkt moeten worden dat de Wet toetsing economie en nationale veiligheid niet van toepassing is indien er op de activiteit een sectorspecifieke toets van toepassing is, ongeacht of er op grond van de sectorspecifieke regelgeving een meldplicht ontstaat. Het is momenteel namelijk nog onvoldoende duidelijk vastgelegd dat het Voorstel niet van toepassing zal zijn op overnames van, bijvoorbeeld, elektriciteitscentrales met een vermogen van minder dan 250 Mw, of van telecommunicatie partijen die niet voldoen aan het ‘relevante invloed’ criterium.

Uitbreiding naar doelondernemingen “actief” (in plaats van “gevestigd”) in Nederland

- De investeringstoets van het Voorstel komt pas in beeld als de onderneming in Nederland “gevestigd” is. De memorie van toelichting vermeldt niet wat hieronder moet worden verstaan. Een Nederlandse BV of NV is duidelijk hier gevestigd. Maar of een buitenlandse vennootschap die hier actief is ook onder het Voorstel valt is onduidelijk. Naar Nederlands recht ‘woont’ een rechtspersoon waar hij statutair gevestigd is, maar het begrip “onderneming” is niet beperkt tot rechtspersonen in het Voorstel. Dit zou verduidelijkt moeten worden.
- Een andere vraag is of dit begrip “vestiging” nodig is, en niet beter aangeknoopt kan worden bij de plaats waar de economische activiteit ontplooid wordt. Een buitenlandse rechtspersoon die in de Nederlandse economie een vitale functie vervult, zou eigenlijk net zo onder de voorgestelde regeling moeten vallen als Nederlandse rechtspersonen. De rechtsvorm berust uiteindelijk op een keuze van de onderneming, is in zekere zin toevallig, en kan eenvoudig gewijzigd worden, ook grensoverschrijdend, dus de toepasselijkheid van een wet die de nationale veiligheid poogt te beschermen zou daar niet van afhankelijk moeten zijn.

Uitbreiding naar activa of technologie zelf

Een andere vraag is of het Voorstel de eigendom van vitale activa zelf voldoende beschermt. Zo is de vraag of sensitieve technologie nu daadwerkelijk beschermd wordt, zoals het Voorstel expliciet beoogt. Allereerst is natuurlijk de vraag wat sensitieve technologieën zijn. Art. 3 van het Voorstel noemt als eerste technologieën voor tweërlei gebruik en militaire goederen, maar opent ook de mogelijkheid dat andersoortige technologie bij AmvB aangewezen wordt, mits die technologie wel enig raakvlak heeft met vitale processen of nationale veiligheid. Het Voorstel beperkt zich tot ondernemingen. Het kopen van een onderneming die een sensitieve technologie bezit of exploiteert, is meldingsplichtig, maar het kopen van de activa zelf of de technologie zelf niet. Hoewel de export van *dual use* technologieën (onder meer via licentiëring) aan exportcontrole is onderworpen, geldt dat niet voor andere sensitieve technologieën. Dergelijke activa transacties zijn alleen een meldingsplichtige “activiteit” indien die activa of technologie “essentieel zijn voor het kunnen functioneren als onderneming die van wezenlijk belang is voor de continuïteit en weerbaarheid van vitale processen of die actief is op het gebied van sensitieve technologie”¹. Dus alleen als de vennootschap na de transactie niet langer als onderneming kan functioneren. Dit is eigenlijk irrelevant: het gaat er om of de activa of de technologie het land verlaten. Een vollediger bescherming zou kunnen worden verkregen als het bereik van de voorgestelde regeling zou worden uitgebreid naar de verwerving van de sensitieve technologie, of vermogensbestanddelen die essentieel zijn voor die sensitieve technologie of een vitaal proces.

Termijnen

- De termijnen voor het toetsingsbesluit, zoals opgenomen in art. 6 van het Voorstel, zijn lang. De maximale termijn is 11 maanden, te verlengen met de tijd die nodig is om vragen te beantwoorden. Deze termijnen verstoren de termijnen die staan voor een openbaar bod (10 weken plus maximale verlenging van 10 weken) alsmede die voor een juridische fusie of splitsing (6 maanden na deponering). Indien de termijnen in het Voorstel worden gehandhaafd, zouden die andere termijnen verlengd moeten worden.
- Indien de doelonderneming beursgenoteerd is, dan is de voortgang van het toetsingsproces voorwetenschap in de zin van art. 7 EU Verordening Marktmissbruik. De minister zou daarom duidelijk moeten communiceren over elke ontwikkeling of verlenging. Uit art. 6 lid 3 van het Voorstel volgt bijvoorbeeld niet wanneer de minister moet laten weten dat de termijn met (maximaal) 3 maanden wordt verlengd omdat de melding onder de reikwijdte van de FDI-screeningsverordening valt.

Overig commentaar

- In de toelichting op artikel 2 van het Voorstel wordt opgemerkt dat bij twijfel of een bepaalde activiteit onder de reikwijdte van de regeling valt, contact kan worden opgenomen met het Bureau toetsing investeringen. Wij menen dat het de voorkeur verdient, deze mogelijkheid op te nemen in de wet zelf en ook een termijn hieraan te verbinden. Als het antwoord ontkennend luidt (dus de transactie valt niet onder de wet), dan moeten partijen daar van op aan kunnen.
- Op grond van art. 8 lid 1 sub h kan er op last van de minister een raad van commissarissen wordt ingesteld. Wij zouden menen dat dit ook zou moeten kunnen worden vormgegeven door middel van een one tier board (art. 2:129a/239a BW), bijvoorbeeld als dit beter past in de (internationale) context waarin de vennootschap mogelijk opereert, en vragen ons af waarom die mogelijkheid niet is opgenomen.
- Het uitvoeren van een activiteit in strijd met een opgelegd verbod van de minister is ingevolge het voorgestelde art. 11 leden 1 en 2 nietig (behoudens bij een beursvennootschap). Dit roept de vraag op hoe dit zich verhoudt tot de stringente voorschriften van art. 108 Richtlijn 2017/1132/EU inzake

¹ Zie art. 2 lid 1 sub d van het Voorstel.

nietigheid van een juridische fusie. Volgens artikel 108 moet de nietigheid worden uitgesproken door een rechter of een overheidsinstantie indien tegen een dergelijke beslissing beroep bij de rechter mogelijk is. In het Voorstel wordt de nietigheid echter niet uitgesproken door een rechter of een overheidsinstantie, maar treedt die van rechtswege in. Dat lijkt in strijd te zijn met art. 108 uit Richtlijn 2017/1132/EU.

- In verschillende artikelen van het Voorstel wordt bepaald: “de met een activiteit verworven rechten worden niet uitgeoefend” (art. 17 lid 1, art. 21 lid 3). De bedoelde rechten zijn onder andere stemrechten. Als de stemmen toch worden uitgeoefend, is het resulterende besluit dan toch geldig of ongeldig?
- Bij overtreding van art. 4 van het Voorstel, een activiteit die niet gemeld is, is de sanctie van art. 17 opschorting van de rechten met uitzondering van de financiële aanspraken (zoals uitkering van dividend of ten laste van reserves). Reden hiervoor is volgens de toelichting dat ‘dat recht geen acute risico’s voor de nationale veiligheid kan opleveren’ (toelichting, art. 17). Het is de vraag of deze uitzondering terecht is. Ook de financiële rechten creëren een afhankelijkheid. En het benadeelt de verkoper: als de transactie uiteindelijk nietig is of vernietigd wordt of ongedaan gemaakt wordt, dan krijgt hij de aandelen terug, moet hij de koopprijs terugbetalen maar het dividend kan hij niet terugvorderen.
- In art. 18 van het Voorstel wordt bepaald dat bepaalde instellingen in het buitenland mee moeten werken aan het gevolg geven aan een schorsing van rechten op aandelen (ogv. art. 17), bijvoorbeeld als het aandelenbelang van een verwerver in een doelonderneming die beursgenoteerd is niet tijdig wordt teruggebracht zoals bedoeld in art. 13-15 Voorstel. Wij vragen ons af waar deze extraterritoriale werking op gebaseerd is en hoe dit kan worden gehandhaafd in het buitenland.

Tot een nadere toelichting op onze bovenstaande bevindingen over het Voorstel zijn wij uiteraard graag bereid.

Hoogachtend,

Tim Stevens

Marinus Winters

Jochem de Kok