

Zijne Excellentie  
Ir. E.D. Wiebes MBA  
Minister van Economische Zaken en Klimaat  
ministerezk@minez.nl

Zijne Excellentie  
Mr. F.B.J. Grapperhaus  
Minister van Justitie en Veiligheid  
minister@minvenj.nl

Briefnummerp  
20/10.266/PJ/Mge

Onderwerp  
Consultatie voorontwerp Wet toetsing  
economie en nationale veiligheid

Den Haag  
8 oktober 2020

Telefoonnummer  
070-3490407

E-Mail  
Jager@vnoncw-mkb.nl

Excellenties,

VNO-NCW en MKB-Nederland maken graag gebruik van de gelegenheid te reageren op het voorontwerp van de Wet toetsing economie en nationale veiligheid ('Voorontwerp'), dat op 8 september 2020 in consultatie is gegaan.

Sinds 2019 is een EU-Verordening van kracht die in geval van directe buitenlandse investeringen in de EU verplicht tot het uitwisselen van informatie tussen lidstaten en de Europese Commissie en een kader biedt voor het toetsen van dergelijke investeringen op basis van openbare en orde en nationale veiligheid.<sup>1</sup>

Achtergrond van deze verordening was de toenemende geopolitieke dimensie van internationale investeringen. Er is een vervlechting van technologie, geopolitiek en veiligheid gaande. Daarbij spelen eveneens militaire en ethische dimensies mee (denk aan de export van AI-technologie m.b.t. gezichtsherkenning of kwantumkennis die de machtsbalans in de ruimte kan doen kantelen). De industriële infrastructuur wordt hierdoor door veel landen meer gezien vanuit het oogpunt van nationale veiligheid.

---

<sup>1</sup> Verordening (EU) 2019/452 van het Europees Parlement en de Raad van 19 maart 2019 tot vaststelling van een kader voor de screening van buitenlandse directe investeringen in de Unie, PbEU 2019, L 79 I/1-14.

Hoewel deze verordening de lidstaten niet verplicht tot de invoering van een investeringstoets, heeft Nederland daartoe besloten. De invoering daarvan wordt vormgegeven in het Voorontwerp. Doel daarvan is het vastleggen van regels ter voorkoming van – de nationale veiligheid bedreigende – economische activiteiten.

VNO-NCW en MKB-Nederland ondersteunen het doel van dit Voorontwerp. 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. Dit Voorontwerp – in samenhang met vergelijkbare wetten in andere Europese lidstaten – zal ervoor zorgen dat het mogelijk blijft om binnen het bestaande netwerk van leveranciers en partners samen te werken aan nieuwe technologie, zonder de vrees dat deze technologie in verkeerde handen komt te vallen.

Onzes inziens is het positief dat het kabinet in deze toets de balans zoekt tussen nationale veiligheid en een open economie en dat het aangeeft een investeringstoets alleen in te zetten indien er geen alternatieve beschermingsmaatregelen voorhanden zijn én alleen indien de nationale veiligheid in het geding is. Verder is het positief dat het kabinet de toets als een vangnet positioneert en niet allerlei sectorspecifieke wetten laat vervangen.

VNO-NCW en MKB-Nederland bezien het Voorontwerp ook in het licht van onze open economie en een vrij investeringsklimaat. We vinden daarom ook dat het van belang is dat de scope van het Voorontwerp zo beperkt en duidelijk mogelijk is teneinde aldus het investeringsklimaat zo min mogelijk schade te berokkenen. Op deze twee punten (beperktheid en duidelijkheid) hebben we nog wel een aantal kanttekeningen bij het Voorontwerp.

In de kern komen deze erop neer dat:

- er een meer heldere scope en duidelijke afbakening moet komen van de in het voorontwerp belangrijke begrippen als ‘nationale veiligheid’ en ‘sensitieve technologie’. Ook is niet duidelijk welke processen onder het Voorontwerp als ‘vitaal’ zullen worden gekwalificeerd en of uitbreiding van de lijst met vitale processen ook mogelijk is;
- een helder proces ontbreekt over de wijze waarop nieuwe technologieën eventueel worden toegevoegd aan de lijst ‘sensitieve technologieën’. Ook zou het raadzaam zijn dat het bedrijfsleven wordt betrokken bij uitbreiding van de lijst met sensitieve technologieën, zodat mede de relevante kennis en expertise van het bedrijfsleven rondom dit soort technologie kan worden benut;
- een aantal procedures onduidelijk is of erg ruim omschreven:
  - zo is niet duidelijk hoe de wetgever de regeling dient te handhaven jegens een indirecte buitenlandse investeerder;

- ook kan de beslistermijn te eenvoudig worden verlengd en aan opschorting in geval van een verzoek om aanvullende informatie wordt geen maximum gesteld;
- verder is de mogelijkheid om in het kader van informatievergaring een woning van bijv. een bestuurder te kunnen doorzoeken onnodig;
- daarnaast is het in het kader van het door een bank bij een (uit oogpunt van sanering) noodzakelijke omzetting van schuld in aandelen of als pandhouder van verpande aandelen verwerven van zeggenschap in een entiteit, een en ander ter afwending van een (dreigend) faillissement van die laatste, niet proportioneel dat de bank daarvoor een ontheffing aan zou moeten vragen, noch dat die verwerving binnen het toepassingsbereik van het Voorontwerp zou vallen.

Bovendien hebben we zorgen over de peildatum die nu op 2 juni 2020 staat. Dat is erg lang wanneer een wet pas einde volgend jaar wordt ingevoerd. Verder is sprake van een fors aantal administratieve procedures voor de bedrijven waar het om gaat.

In de bijlage wordt (mede) het bovestaande uitgewerkt en toegelicht. VNO-NCW en MKB-Nederland verzoeken daarmee rekening te houden bij de eventuele aanpassing/wijziging van het Voorontwerp.

Tot nadere toelichting zijn wij graag bereid.

Hoogachtend

Guusje Dolsma  
Waarnemend directeur Beleid

Bijlage

## Bijlage

bij brief d.d. 8 oktober 2020 met kenmerk 20/10.266/PJ/Mge

### Reactie consultatie investeringstoets

#### 1. Inleiding

Op 11 oktober 2020 is de – reeds op 10 april 2019 in werking getreden – Verordening (EU) 2019/452 van het Europees Parlement en de Raad van 19 maart 2019 tot vaststelling van een kader voor de screening van buitenlandse directe investeringen in de Unie (hierna: de FDI-screeningsverordening) van toepassing.<sup>2</sup> Het blijft echter uitsluitend de verantwoordelijkheid van de betrokken lidstaat om te besluiten een screeningsmechanisme in te voeren of een bepaalde buitenlandse directe investering te screenen.<sup>3</sup> Volledige vrijheid dienaangaande wordt lidstaten echter niet gelaten. Art. 3, eerste lid, FDI-screeningsverordening bepaalt namelijk dat de lidstaten ‘[o]vereenkomstig’ deze verordening screeningsmechanismen met betrekking tot buitenlandse directe investeringen op hun grondgebied kunnen handhaven, wijzigen of vaststellen, dit om redenen van veiligheid of openbare orde. Vervolgens wordt daartoe in de leden 2 tot en met 6 een aantal specifieke eisen genoemd. In art. 4 FD-screeningsverordening wordt tot slot een aantal suggesties gedaan in de vorm van factoren die lidstaten bij hun beoordeling of een buitenlandse directe investering gevolgen kan hebben voor de veiligheid of de openbare orde, in aanmerking kunnen nemen. Hoewel deze verordening daar dus niet toe verplicht, is bij Kamerbrief van 18 april 2019 aangekondigd dat het kabinet werkt aan (een uitwerking van) een investeringstoets op nationale veiligheidsrisico’s.<sup>4</sup> Dat is uitgemond in het voorontwerp van de Wet toetsing economie en nationale veiligheid (hierna: het Voorontwerp), dat thans ter consultatie voorligt en waarop hieronder zal worden ingegaan.

#### 2. Artikel 1 – begrip nationale veiligheid

Het voorontwerp bevat een wettelijk regime ter bescherming van de nationale veiligheid. Beoordeeld dient dan ook te worden of een bepaalde activiteit kan leiden tot een risico daarvoor. Onder ‘nationale veiligheid’ wordt blijkens art. 1 Voorontwerp het volgende verstaan:

*‘nationale veiligheid: openbare veiligheid als bedoeld in de artikelen 45, derde lid, 52, eerste lid, en 65, eerste lid, onderdeel b, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie in Nederland, en wezenlijke belangen van de veiligheid van de staat als bedoeld in artikel 346, eerste lid, onderdeel a, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie in Nederland;’* (onderstr. RPJ)

In die (VWEU-)artikelen komen de onderstreepte begrippen voor. Het VWEU bevat echter geen definitie daarvan.<sup>5</sup> Evenmin geeft het VEU of de FDI-screeningsverordening die. Hetzelfde geldt voor de Unierechtspraak.<sup>6</sup> Dat is ook begrijpelijk. Immers, art. 4, tweede lid, VEU bepaalt dat

<sup>2</sup> PbEU 2019, L 79 I/1-14. Zie art. 17 FDI-screeningsverordening.

<sup>3</sup> Considerans, onder 8, laatste volzin, van de FDI-screeningsverordening. Zie ook art. 1, derde lid, ervan.

<sup>4</sup> Kamerstukken II 2018/19, 30821, 72. Zie ook Kamerstukken II 2019/20, 30821, 97.

<sup>5</sup> Dat in de definitie van het begrip nationale veiligheid wordt verwezen naar de ‘omschrijving’ van het begrip nationale veiligheid in de verschillende VWEU-artikelen (zie de toelichting bij het begrip nationale veiligheid als bedoeld in art. 1 Voorontwerp), ontgaat dan ook.

<sup>6</sup> In de toelichting bij het begrip nationale veiligheid als bedoeld in art. 1 Voorontwerp wordt opgemerkt dat ‘[w]at precies onder openbare veiligheid moet worden verstaan is verder uitgewerkt in de jurisprudentie van het Hof van

met name de nationale veiligheid de ‘uitsluitende’ verantwoordelijkheid van elke lidstaat blijft. A-G Mayras merkte dan ook op dat:

‘ook al is het algemene voorbehoud ten aanzien van de openbare orde, dat zowel in artikel 48 als in artikel 56 is vervat, een beperkte en stricto sensu uit te leggen uitzondering op de Verdragsbeginselen inzake het vrije verkeer en de vrije vestiging, toch geloven wij niet, anders dan de Commissie, dat het mogelijk is tot een communautair begrip openbare veiligheid te komen. Een dergelijk begrip blijft – althans voor het ogenblik – nationaal en dit is ook in overeenstemming met de werkelijkheid, waar de eisen van openbare veiligheid van Staat tot staat in tijd en ruimte verschillen’.<sup>7</sup> (onderstr. RPJ)

Daarmee zijn wij terug bij het begin: wat wordt verstaan onder ‘nationale veiligheid’? We weten dat dit begrip niet grenzeloos kan zijn (geen *carte blanche*). Het sluit immers (bewust; zie *infra*) aan bij het Unierechtelijke begrip ‘openbare veiligheid’. Dat betekent dat de daaraan door het Hof van Justitie gestelde grenzen in aanmerking moeten worden genomen bij de invulling daarvan. Maar daarbinnen staat dat laatste ter discretie van Nederland, voor zover de Unierechter dat zelf al niet heeft gedaan.

Het hier bedoelde begrip zal moeten worden ingevuld. Dat houdt verband met twee redenen. Ten eerste controle. Er moet gecontroleerd kunnen worden of het begrip nationale veiligheid niet te ruim wordt geïnterpreteerd of wordt vermengd met protectionistische/politieke doeleinden.<sup>8</sup> Immers, door in de definitie van dat begrip aan te sluiten bij het Unierechtelijke begrip openbare veiligheid ‘wordt beoogd te verzekeren dat de beperkingen op het vrij verkeer van kapitaal, goederen en diensten die dit wetsvoorstel met zich meebrengt, uitsluitend worden opgelegd met een volgens het VWEU gerechtvaardigd doel’.<sup>9</sup> Weliswaar mogen de individuele lidstaten zelf laatstbedoeld begrip invullen,<sup>10</sup> en daarmee afwijken van die (fundamentele) vrijheden, maar uit vaste rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat de inhoud daarvan niet eenzijdig door de onderscheiden lidstaten kan worden bepaald ‘zonder controle van de instellingen van de Unie’.<sup>11</sup> Voorkomen moet worden dat dit begrip verwordt tot een toverformule om de evengenoemde vrijheden mee opzij te zetten door bepaalde onder het Voorontwerp vallende activiteiten te beperken of te verbieden.

---

Justitie, zie met name het Scientology-arrest, zaak C-54/99, overweging 17 en arrest EC/Hongarije, zaak C-78/18, overwegingen 88-96’. Noch in die uitspraken, noch in andere is echter een definitie te vinden van het begrip ‘openbare veiligheid’, laat staan een precieze.

<sup>7</sup> Conclusie, op p. 1358, bij HvJ EG 4 december 1974, 41-74 (*Van Duyn*).

<sup>8</sup> Vgl. *Kamerstukken II* 2017/18, 22112, 2437, p. 10: ‘Lidstaten mogen buitenlandse directe investeringen toetsen op gronden van nationale veiligheid en openbare orde. Nederland heeft de zorg dat dat de begrippen nationale veiligheid en openbare orde onwenselijk opgerekt of vermengd worden tot protectionistische doeleinden. Nederland zal lidstaten erop wijzen dat invulling van de begrippen nationale veiligheid en openbare orde, in dit voorstel, niet buiten de grenzen van het EU-acquis, mondiale WTO-akkoord over de handel in diensten, General Agreement on Trade in Services gezocht wordt.’ In par. 8.3 van de toelichting bij het Voorontwerp wordt opgemerkt dat de nationale veiligheid het enkele aangrijpingspunt voor het invoeren van dat ontwerp vormt. Dat zou protectionistisch misbruik van dit instrument voorkomen. Ruimte tot dergelijk misbruik blijft er echter wel degelijk bestaan als dat vage en brede begrip niet wordt ingekleurd.

<sup>9</sup> Zie de toelichting bij het begrip nationale veiligheid als bedoeld in art. 1 Voorontwerp.

<sup>10</sup> Zie ook HvJ EG 14 maart 2000, C-54/99, punt 17 (*Scientologie*): ‘Dienaangaande moet in de eerste plaats worden opgemerkt, dat de lidstaten weliswaar in hoofdzaak vrij blijven de eisen van openbare orde en openbare veiligheid op hun nationale behoeften af te stemmen, (...)’

<sup>11</sup> HvJ EU 18 juni 2020, C-78/18, punt 91.

Ten tweede informatie. De verwerfer in de zin van art. 1 Voorontwerp kan pas een goede inschatting maken van of zijn voornemen tot het uitvoeren van een activiteit in de zin van art. 2, eerste lid, Voorontwerp een risico voor de nationale veiligheid vormt, als hij weet wat dat begrip inhoudt. Nu kan er voor hem nogal wat onzekerheid bestaan over het antwoord op de vraag of die activiteit tot zulk een risico leidt. Dat is onwenselijk. De voorspelbaarheid van het evenbedoelde antwoord moet hoog zijn. Daar mag voor een verwerfer zo min mogelijk onzekerheid over bestaan.

VNO-NCW en MKB-Nederland zijn van mening dat hetzij in de wet zelf, hetzij in de toelichting duidelijk moet worden gemaakt wat onder ‘nationale/openbare veiligheid’ dient te worden verstaan door dat begrip, mede in het licht van de Unierechtspraak, zo concreet en specifiek als redelijkerwijs mogelijk is te omschrijven, althans de bestanddelen daarvan te noemen, althans de contouren ervan te schetsen, althans interpretatierichtlijnen daarover te geven, althans dienaangaande gezichtspunten te formuleren die in concreto relevant (kunnen) zijn. In ieder geval zou in de toelichting het juridisch kader met betrekking tot dat begrip aan de hand van die rechtspraak uiteen moeten worden gezet.

### 3. Artikel 2, eerste lid, onderdeel a – buitenlandse indirecte investeringen

Blijkens de toelichting is het Voorontwerp ‘landen-neutraal’.<sup>12</sup> Ter bepaling van het antwoord op de vraag of een bepaalde activiteit moet worden gemeld, dient enkel te worden gekeken naar de aard van de doelonderneming,<sup>13</sup> niet naar de nationaliteit of herkomst (Nederland of een andere (lid)staat) van de verwerfer.<sup>14</sup> Dit betekent in geval van een activiteit als bedoeld in art. 2, eerste lid, onderdeel a, Voorontwerp het niet ter zake doet of het gaat om (i) een investeerder in Nederland, (ii) een investeerder in een andere lidstaat of (iii) een investeerder in een derde staat (lees: niet-lidstaat). Ieder van hen kan gehouden zijn de geplande investering te melden en deze vindt niet plaats voordat een toetsingsbesluit is genomen.<sup>15</sup>

In tegenstelling tot de FDI-screeningsverordening en de screeningsinstrumenten die we reeds kennen uit andere Europese landen en bijvoorbeeld de Verenigde Staten maakt het Voorontwerp dus geen onderscheid naar de nationaliteit of herkomst van de investeerders. Volgens de toelichting lijkt de aanleiding ervan echter vooral te liggen in het tegengaan van ‘statelijke dreigingen’, een en ander onder verwijzing naar een heropleving van machtspolitieke concurrentie tussen staten.<sup>16</sup> Tegen deze achtergrond is het onduidelijk waarom het Voorontwerp zich niet beperkt tot buitenlandse (niet-Europese) investeringen. De toelichting noemt enkel dat hiermee ‘de inzet van gekunstelde juridische constructies om onder de kwalificatie uit te komen van buitenlandse investeerder’ weinig zinvol zal zijn.<sup>17</sup> Er bestaan echter minder verregaande oplossingen om dit te voorkomen. Zo biedt art. 9 Voorontwerp al de mogelijkheid om een onderneming te gelasten een activiteit alsnog te melden, en voorziet het in verregaande regelingen om het rechtsgevolg van de activiteit terug te draaien. Ook de bestuurlijke boete en de aansluiting met het strafrecht zullen bijdragen aan de naleving. De huidige opzet zal in de praktijk (kunnen) leiden tot een grote bijvangst van investeringen door Nederlandse en Europese ondernemingen, die daarmee onnodig belast worden met een formeel meldingstraject. Dit leidt

<sup>12</sup> Zie par. 2.1, 8.3 en 8.2 van de toelichting bij het Voorontwerp.

<sup>13</sup> In de zin van art. 1 Voorontwerp.

<sup>14</sup> Par. 3.1.1 en 8.3 van de toelichting bij het Voorontwerp. Zie ook par. 2.1 en 8.4 ervan.

<sup>15</sup> Zie art. 4, eerste lid, en art. 5, eerste lid, Voorontwerp.

<sup>16</sup> Zie par. 2.1 van de toelichting bij het Voorontwerp.

<sup>17</sup> Par 3.1.1 van de toelichting bij het Voorontwerp.

tot onzekerheid voor investeerders, overbodige administratieve lasten, en onnodige vertraging, terwijl het risico voor nationale veiligheid bij intra-Europese investeringen niet evident is.

Het Voorontwerp lijkt een onderscheid te maken tussen directe en indirecte investeringen in (bepaalde ondernemingen in) Nederland. Art. 2, eerste lid, onderdeel a, onder 1°, Voorontwerp ziet op de eerste categorie investeringen en luidt aldus:

**‘Artikel 2**

1. Deze wet is van toepassing op de volgende activiteiten:

a. investeringen die leiden tot de wijziging van de zeggenschap of verkrijging of vergroting van significante invloed in één of meer ondernemingen:

1°. 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;’

De tweede categorie investeringen is opgenomen in art. 2, eerste lid, onderdeel a, onder 2°, Voorontwerp en luidt aldus:

**‘Artikel 2**

1. Deze wet is van toepassing op de volgende activiteiten:

a. investeringen die leiden tot de wijziging van de zeggenschap of verkrijging of vergroting van significante invloed in één of meer ondernemingen:

1°. (...);

2°. die zeggenschap in, of significante invloed op een onderneming als bedoeld in onderdeel a, onder 1, hebben;’

Stel, een Chinese vennootschap doet een investering die ertoe leidt dat zij significante invloed verkrijgt op een Amerikaanse vennootschap die, op haar beurt, significante invloed heeft op een Nederlandse vennootschap die actief is op het gebied van sensitieve technologie als bedoeld in art. 3, tweede lid, onderdeel a, Voorontwerp. Deze activiteit valt binnen de reikwijdte van het Voorontwerp. Bijgevolg (a) mag zij blijkens art. 4, eerste lid, Voorontwerp niet plaatsvinden voordat een toetsingsbesluit is genomen en (b) dient ex art. 5, eerste lid, Voorontwerp het voornemen tot het uitvoeren daarvan te worden gemeld aan Onze Minister. Stel dat de Chinese investeerder zich daar niet aan houdt. Art. 9, eerste lid, Voorontwerp bepaalt dat indien aan een activiteit die heeft plaatsgevonden, geen melding als hiervoor bedoeld vooraf is gegaan, Onze Minister kan gelasten binnen een redelijke termijn alsnog zulk een melding te doen. In geval van een overtreding daarvan kan hij de overtreder op grond van art. 29, eerste lid, onderdelen a en b, Voorontwerp een last onder bestuursdwang en een bestuurlijke boete opleggen. Verder vormt op de voet van art. 31 Voorontwerp het overtreden van art. 9, eerste lid, Voorontwerp een economisch delict als bedoeld in art. 1, onder 1°, WED. Blijkens art. 2, eerste lid, WED is dat een misdrijf, voor zover opzettelijk begaan, of anders een overtreding. Art. 6, eerste lid, onder 1° en 4°, WED legt als straf neer een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren, taakstraf of geldboete van de vijfde categorie respectievelijk een hechtenis van ten hoogste een jaar, taakstraf of geldboete van de vierde categorie.

Hierbij dient een onderscheid te worden gemaakt tussen wetgevingsjurisdictie en handhavingjurisdictie. Binnen het internationaalrechtelijke kader is Nederland bevoegd

bepaalde – mede jegens buitenlandse (rechts)personen of ondernemingen werkende – regels op te stellen en uit te vaardigen (wetgevingsjurisdictie). Zo ook die als bedoeld in art. 2-5, 9, 29 en 31 Voorontwerp in verbinding met de eerdergenoemde bepalingen in de WED. De bevoegdheid om daaraan in het buitenland uitvoering te geven door middel van materiële handelingen – in het uiterste geval de uitoefening van staatsdwang – heeft Nederland echter niet (handhavingsjurisdictie).<sup>18</sup>

Tegen die achtergrond menen VNO-NCW en MKB-Nederland dat in de toelichting uit dient te worden gelegd hoe, en uit welken hoofde, Onze Minister de regeling als neergelegd in het Voorontwerp, die hierboven is besproken, denkt te (kunnen) gaan handhaven tegenover een buitenlandse indirecte investeerder, zoals de Chinese in het bovengenoemde voorbeeld (graag (mede) deze casus in het antwoord betrekken), die niet genegen is uit eigen beweging de onder het Voorontwerp vallende activiteit aan Onze Minister te melden. Ook dient in te worden gegaan op de vraag of het nog verschil maakt of de tussenliggende vennootschap haar woonplaats binnen of buiten de Europese Unie heeft en, zo ja, waarom. Verder dient (in de toelichting bij) het Voorontwerp (uitgelegd) te worden (waarom het zich niet) beperkt tot buitenlandse, niet-Europese, investeringen.

#### 4. Artikel 2, tweede lid, onderdeel b – verhouding tot sectorspecifieke toetsen

Volgens het hier bedoelde artikel is deze wet niet van toepassing indien er op de activiteit een sectorspecifieke toets op grond van nationale veiligheid van toepassing is. Die toetsen kennen uitzonderingen. Stel dat een bepaalde activiteit op het eerste gezicht onder een sectorspecifieke regeling valt maar er een beroep op een uitzondering kan worden gedaan, zodat zij toch buiten die regeling valt. Wordt in zulk een situatie wel of niet teruggevallen op het vangnet als bedoeld in het Voorontwerp?

VNO-NCW en MKB-Nederland zijn van mening dat zulks niet het geval is en verzoeken dat met zoveel woorden in de wet of toelichting tot uitdrukking te brengen.

#### 5. Artikel 2, derde lid – significante invloed

In art. 2, eerste lid, onderdeel a, Voorontwerp wordt gesproken van het verkrijgen of vergroten van ‘significante invloed’. In de toelichting lezen wij dat ieder voornemen tot het uitvoeren van een activiteit die leidt tot zeggenschap ‘of significante invloed’ in een onderneming die onder het Voorontwerp valt, door een meldingsplichtige (i.e. een verwerver of doelonderneming) wordt gemeld aan Onze Minister.<sup>19</sup> Volgens Art. 1 Voorontwerp wordt daaronder verstaan ‘significante invloed als bedoeld in artikel 2, derde lid’. Laatstgenoemde bepaling luidt als volgt:

‘3. Bij algemene maatregel van bestuur kan voor specifieke categorieën van ondernemingen worden bepaald bij welk percentage van de stemmen in de algemene vergadering van een onderneming in deze categorie er sprake is van de verkrijging of vergroting van significante invloed, vanwege de invloed die met dit percentage kan worden uitgeoefend op:

<sup>18</sup> Vgl. de conclusie, onder 19 e.v. van A-G Darmon bij HvJ EG 27 september 1988, gevoegde zaken 89, 104, 114, 116, 117 en 125-129/85 (*Houtslijp*).

<sup>19</sup> Zie par. 2.2.2.1.



- a. het beleid van de onderneming met betrekking tot de inzet of de ontwikkeling van de technologie die bij deze onderneming aanwezig is, of
- b. de bedrijfsvoering van die onderneming.’ (onderstr. RPJ)

Dit lid is, gezien het woord ‘kan’, facultatief, niet imperatief, geformuleerd. Er hoeft dus geen AMvB te komen die het bovenbedoelde regelt. Noch het Voorontwerp, noch de daarbij behorende toelichting maakt echter duidelijk hoe een verwerper weet wanneer sprake is van verkrijging of vergroting van ‘significante’ invloed in een doelonderneming in het geval waarin de Wet toetsing economie en nationale veiligheid in werking is getreden maar er (nog) geen AMvB als hier bedoeld is uitgevaardigd. Wat is, in geval van het stapsgewijs/geleidelijk verkrijgen van invloed, het omslagpunt (i.e. het moment waarop ‘invloed’ verandert in ‘significante invloed’)? Wordt in de hier aan de orde gestelde situatie teruggevallen op het zeggenschaps criterium? En hoe verhoudt ‘significante invloed’ zich daartoe? Verder: als inderdaad dan zou moeten worden gekeken naar de vraag of sprake is van (een wijziging van) zeggenschap, leidt een ontkennende beantwoording daarvan er dan toe dat de geplande activiteit niet behoeft te worden gemeld? Thans creëert dit een en ander (rechts)onzekerheid, wat onwenselijk is.

Er wordt in art. 2, derde lid, Voorontwerp gesproken van ‘specifieke categorieën van ondernemingen’.<sup>20</sup> Hoe, en op basis waarvan, worden die categorieën bepaald? Kunnen na de uitvaardiging van het desbetreffende AMvB ook nieuwe, wederom bij AMvB te regelen, categorieën worden toegevoegd? Aan welke categorieën van ondernemingen wordt (zoal) gedacht? Mag, a contrario redenerend, worden aangenomen dat over ondernemingen die buiten de in dit artikel bedoelde categorieën vallen, het begrip ‘significante invloed’ als bedoeld in art. 1 Voorontwerp zich niet uitstrekt? Wordt alsdan teruggevallen op de vraag of sprake is van ‘zeggenschap’ als bedoeld in art. 1 Voorontwerp? De toevoeging van ‘significante invloed’ kan leiden tot een onbedoelde uitbreiding van dat begrip, en daarmee (i) rechtsonzekerheid en (ii) de reikwijdte van het Voorontwerp.

In art. 2, derde lid, Voorontwerp wordt aangeknoopt bij het ‘percentage van de *stemmen* [curs. RPJ] in de algemene vergadering van een onderneming’, terwijl in de toelichting daarbij mede wordt gesproken van ‘een percentage van het [kennelijk: geplaatste aandelen] kapitaal’. Als het inderdaad de bedoeling van de wetgever is daar eveneens in een AMvB bij aan te (kunnen) knopen ter bepaling van het antwoord op de vraag of sprake is van het verkrijgen of vergroten van significante invloed, dan zou dat (met zoveel woorden) in voornoemd artikel tot uitdrukking moeten worden gebracht, bijvoorbeeld aldus:

- ‘3. Bij algemene maatregel van bestuur kan voor specifieke categorieën van ondernemingen worden bepaald bij welk percentage van **de aandelen in het geplaatste kapitaal van, of van** de stemmen in de algemene vergadering van, een onderneming in deze categorie er sprake is van de verkrijging of vergroting van significante invloed, vanwege de invloed die met dit percentage kan worden uitgeoefend op:
- a. het beleid van de onderneming met betrekking tot de inzet of de ontwikkeling van de technologie die bij deze onderneming aanwezig is, of
  - b. de bedrijfsvoering van die onderneming.’

---

<sup>20</sup> In de toelichting bij art. 2 Voorontwerp wordt gesproken van ‘vitale bedrijven’.

Hierbij voegt zich dat ofschoon in geval van ‘one share, one vote’ het niet uitmaakt waarbij wordt aangeknoopt (percentage stemmen of aandelen), ligt dat anders indien sprake is van aandelen met meervoudig stemrecht of stemrechtloze aandelen (zie art. 2:118 (228) BW).

In de toelichting bij art. 2 Voorontwerp lezen wij dat:

‘bij de algemene maatregel van bestuur zal voor de specifieke categorieën uitgelegd worden welk percentage van de stemmen een risico voor de nationale veiligheid oplevert en waarom dit het geval is’. (onderstr. RPJ)

Dit verdraagt zich niet goed met het systeem van het Voorontwerp. Daaruit volgt immers dat eerst dient te worden uitgemaakt of een bepaalde activiteit moet worden gemeld aan Onze Minister (zie, in samenhang, de artikelen 2, 4 en 5 Voorontwerp), is, anders gezegd, het Voorontwerp daarop van toepassing, en vervolgens, bij bevestigende beantwoording, moet hij beoordelen of die kan leiden tot een risico voor de nationale veiligheid (zie art. 7 Voorontwerp), waarna (1a) zij onvoorwaardelijk wordt toegelaten, (1b) voorwaardelijk wordt toegelaten of (2) verboden wordt (zie art. 1 en 8 Voorontwerp). Als het hebben van significante invloed in een doelonderneming zou betekenen dat alsdan sprake is van een risico voor de nationale veiligheid, zou die risicoanalyse door Onze Minister niet meer hoeven te worden gemaakt. Er zou dan nog slechts resteren wat voor soort toetsingsbesluit er moet worden genomen (1a, 1b of 2). Die zo-even genoemde analyse vormt juist een essentiële stap in dit hele proces. Daaruit kan namelijk zeer wel volgen dat ondanks de aanwezigheid van (zeggenschap of) significante invloed in de zin van art. 1 Voorontwerp, er geen sprake is van een risico voor de nationale veiligheid. Kortom: uit significante invloed op zich kan niet volgen dat sprake is van een risico als hier bedoeld. Daarvoor moet een risicoanalyse worden gemaakt. Dat is het systeem.

Blijkens art. 2, derde lid, Voorontwerp gaat het bij de verkrijging of vergroting van significante invloed om de invloed die met het percentage van de stemmen in de algemene vergadering van een onderneming binnen een specifieke categorie kan worden uitgeoefend op (a) het beleid van die onderneming ten aanzien van de inzet of de ontwikkeling van de daarbij aanwezige technologie dan wel (b) de bedrijfsvoering ervan. Vormen van activiteiten die daaronder vallen zijn: een meerderheidsbelang, een minderheidsbelang, bijzondere aandelen, preferente aandelen, hybride of in aandelen converteerbare leningen en *venture debt*.<sup>21</sup> Zonder toelichting, die ontbreekt, is niet duidelijk wat wordt bedoeld met ‘invloed’, noch is duidelijk (in) hoe(verre) een aandeelhouder, naar de wetgever denkt, invloed kan uitoefenen op het genoemde onder (a)-(b) *supra*. Het gros van de wettelijke bevoegdheden van aandeelhouders ligt op het financiële vlak. Met betrekking tot (de uitoefening van) andere bevoegdheden, zoals benoeming, ontslag of statutenwijziging, kunnen er allerlei statutaire hindernissen zijn gecreëerd, zoals zware quorum-en/of meerderheidseisen, en voordrachtrechten, initiatiefrechten en goedkeuringsrechten van het bestuur en/of de raad van commissarissen, zo die er is. Voorts is het bestuur in beginsel privaatief bevoegd om het beleid en de strategie van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming te bepalen.<sup>22</sup> Overigens dienen de bestuurders zich bij hun taakvervulling te richten naar haar belang (zie art. 2:129 (239), vijfde lid, BW).<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Par. 2.2.1, onder het kopje *Zeggenschap en invloed*, van de toelichting bij het Voorontwerp.

<sup>22</sup> HR 20 april 2018, NJ 2018/331, m.nt. P. van Schilfgaarde, r.o. 3.3.6 (*Boskalis/Fugro*).

<sup>23</sup> Dat geldt ook voor de raad van commissarissen; zie art. 2:140 (250), tweede lid, BW.

VNO-NCW en MKB-Nederland zijn van mening dat het vorenstaande dient te worden verduidelijkt. Voorts zouden, om onduidelijk te voorkomen, de leden 3 en 4 van art. 2 Voorontwerp geschreven moeten worden als een aanvulling op lid 1 daarvan, waarbij de deze beperkt blijft tot de categorieën die expliciet zijn aangewezen in een AMvB, en zou de toevoeging van ‘significante invloed’ in lid 1 achterwege moeten blijven. Bovendien dient het wetsvoorstel vergezeld te gaan van een concept-AMvB.

## 6. Artikel 3, eerste lid – vitale processen

Luidens art. 1 Voorontwerp wordt onder een ‘vitaal proces’ verstaan een ‘vitaal proces als bedoeld in artikel 3, eerste lid [Voorontwerp]’. Daarin staat het volgende:

### ‘Artikel 3

‘1. Bij algemene maatregel van bestuur worden processen aangewezen die vitaal zijn omdat de verstoring, aantasting of uitval van die processen leidt tot ernstige maatschappelijke ontwrichting.’ (onderstr. RPJ)

In de toelichting hierbij wordt opgemerkt dat ‘[i]n paragraaf 2.2.1 van de algemene toelichting [bij het Voorontwerp], onder “vitale processen” wordt uitgelegd wanneer er sprake is van een vitaal proces en hoe dit bepaald wordt’. Aldaar lezen wij, voor zover hier van belang, dit:

‘Het uitgangspunt is dat aanbieders van de vitale infrastructuur en bepaalde toeleveranciers van vitale processen binnen de reikwijdte van een stelsel van toetsing zullen vallen. (...) Omdat dit kan leiden tot risico’s van aantasting van de continuïteit van dienstverlening van vitale diensten en processen, worden bij algemene maatregel van bestuur vitale processen aangewezen en binnen de reikwijdte van het wetsvoorstel gebracht.

Het verdient de voorkeur om voor bepaalde vitale processen specifieke sectorale wetgeving te ontwikkelen omdat het waarborgen van sommige risico’s binnen vitale processen maatwerk vereist. Dit is momenteel al gedaan voor de sectorale investeringstoetsen op elektriciteit, gas, en telecom. In dit wetsvoorstel wordt ook de verhouding tot deze en andere sectorale investeringstoetsen geregeld, zodat duidelijk is in welke gevallen dit wetsvoorstel van toepassing is of juist een sectorale investeringstoets (artikel 2.2b). Op die manier ontstaat een stelsel van investeringstoetsing waarin dit wetsvoorstel een vangnet creëert voor activiteiten die niet goed door middel van sectorspecifieke wetgeving kunnen worden afgedekt of waarvan is geconstateerd dat er weliswaar een sectorspecifieke toets nodig is, maar deze (nog) niet op korte termijn inzetbaar is (bijvoorbeeld omdat deze nog in ontwikkeling is). (...) Op basis van een vitaliteitsbeoordeling door het betrokken vakdepartement in samenwerking met het Ministerie van Justitie en Veiligheid (in het bijzonder de Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid) kan een proces vitaal worden verklaard. Het wetsvoorstel bevat de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur bepaalde vitale processen onder reikwijdte van het wetsvoorstel te brengen voor zover dat noodzakelijk is vanuit het belang van de nationale veiligheid (artikel 3, eerste lid).

Voordat een vitaal proces wordt opgenomen binnen de reikwijdte van het wetsvoorstel vindt een verdere analyse plaats in samenspraak met het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, het vakdepartement en het Ministerie van Justitie en Veiligheid. Daarbij wordt vastgesteld of en zo ja welke invloed activiteiten hebben op het specifieke

gepercipieerde risico, voor het specifieke proces en de aanbieder(s) daarvan. Alleen indien een risico voor de nationale veiligheid zich kan voordoen indien activiteiten worden uitgevoerd in relatie tot ondernemingen die van wezenlijk belang zijn voor een bepaald vitaal proces, wordt het vitale proces opgenomen in de algemene maatregel van bestuur en binnen de reikwijdte van de wet gebracht.' (onderstr. RPJ)

Het bovenstaande geeft echter géén antwoord op de vraag wélke processen (met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid) bij AMvB als vitaal (zullen) worden aangewezen. Op de website<sup>24</sup> van de Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid zijn thans (het is een levende lijst)<sup>25</sup> de onderstaande processen in Nederland als vitaal geïdentificeerd:

### Vitale processen

Landelijk transport en distributie elektriciteit
Regionale distributie elektriciteit
Gasproductie, landelijk transport en distributie gas
Regionale distributie gas
Olievoorziening
Internet en datadiensten
Internettoegang en dataverkeer
Spraakdienst en SMS*
Plaats- en tijdsbepaling middels GNSS
Drinkwatervoorziening
Keren en beheren waterkwantiteit
Vlucht- en vliegtuigafhandeling
Scheepvaartafwikkeling
Vervoer van personen en goederen over (hoofd)spoorweginfrastructuur
Vervoer over (hoofd)wegennet
Grootschalige productie/verwerking en/of opslag (petro)chemische stoffen
Opslag, productie en verwerking nucleair materiaal
Toonbankbetalingsverkeer
Massaal giraal betalingsverkeer
Hoogwaardig betalingsverkeer tussen banken
Effectenverkeer
Communicatie met en tussen hulpdiensten middels 112 en C2000
Inzet politie
Basisregistraties personen en organisaties
Interconnectiviteit (transactie-infrastructuur voor informatie uit basisregistraties)
Elektronisch berichtenverkeer en informatieverschaffing aan burgers
Identificatie en authenticatie van burgers en bedrijven
Inzet defensie

<sup>24</sup> <<https://www.nctv.nl/onderwerpen/vitale-infrastructuur/overzicht-vitale-processen>>

<sup>25</sup> In de zin dat er vitale processen bij kunnen komen en/of af kunnen gaan.

Welke daarvan zullen in de AMvB als bedoeld in art. 3, eerste lid, Voorontwerp worden opgenomen en aldus binnen de reikwijdte van dit voorontwerp worden gebracht?

In de toelichting wordt niet ingegaan op de – aangenomen –<sup>26</sup> motie van de Kamerleden Van den Berg, Amhaouch, Moorlag en Bruins, waarin de regering wordt verzocht ‘te bezien welke onderdelen van de gezondheidszorg risico’s lopen en als vitale infrastructuur moeten worden aangemerkt en extra beschermd, en hierover vóór 1 september 2020 aan de Kamer te rapporteren’.<sup>27</sup> Derhalve blijft ongewist of een of meer van de desbetreffende onderdelen van de gezondheidszorg ook, bij AMvB, als vitale processen in de zin van art. 1 j° art. 3, eerste lid, Voorontwerp zullen worden aangemerkt.

De vorengeciteerde toelichting maakt er gewag van dat het de voorkeur verdient voor bepaalde vitale processen specifieke sectorale wetgeving te ontwikkelen. Ook wordt ingegaan op de verhouding tussen sectorale investeringstoetsen en de onderhavige brede – als vangnet fungerende – investeringstoets. Blijkens art. 2, onderdeel b, Voorontwerp is deze wet niet van toepassing indien op een activiteit een sectorspecifieke toets uit hoofde van nationale veiligheid van toepassing is. Hoe moet dit een en ander worden begrepen? Worden bepaalde vitale processen niet op grond van art. 3, eerste lid, Voorontwerp binnen de reikwijdte van dit Voorontwerp, met zijn brede investeringstoets, gebracht indien daarvoor al sectorale wetgeving, met een sectorspecifieke investeringstoets, van kracht is of kan een bepaald proces binnen beide stukken wetgeving als vitaal worden aangemerkt, in welk geval het er slechts om gaat of een bepaalde activiteit met betrekking tot een bepaald vitaal proces onder de ene of de andere investeringstoets valt, waarbij dan de specifieke voor de algemene (lees: brede) gaat?

Overigens: kunnen er na het uit hoofde van art. 3, eerste lid, Voorontwerp, en in het licht van de geciteerde toelichting hierboven, bij AMvB hebben vastgesteld van een lijst met vitale processen nieuwe of andere vitale processen aan die lijst worden toegevoegd, een en ander wederom bij AMvB, en, zo ja, op welke grond?

VNO-NCW en MKB-Nederland zijn van mening dat het vorenstaande in de toelichting dient te worden verduidelijkt. Minst genomen dient aan te worden gegeven aan welke vitale processen de wetgever (zoal) denkt in het kader van het bepaalde in art. 3, eerste lid, Voorontwerp. Daarnaast dient onzes inziens het daarin bedoelde AMvB eerst in concept aan de beide Kamers der Staten-Generaal te worden overgelegd, een en ander voor een periode van, bijvoorbeeld, een week. Voorts dient het wetsvoorstel vergezeld te gaan van een concept-AMvB.

## 7. Artikel 3, tweede en vierde lid – sensitieve technologie

Naast vitale processen valt ook sensitieve technologie onder het Voorontwerp.<sup>28</sup> Ingevolge art. 1 j° art. 3, tweede lid, Voorontwerp omvat ‘sensitieve technologie’ in beginsel:

‘a. producten voor tweeërlei gebruik waarvan de uitvoer vergunningplichtig is op grond van artikel 3, eerste lid, van verordening (EG) nr. 428/2009 van de Raad van 5 mei 2009 tot instelling van een communautaire regeling voor controle op de uitvoer, de

<sup>26</sup> Zie <<https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/stemmingsuitslagen/detail?id=2020P06368>>.

<sup>27</sup> *Kamerstukken II* 2019/20, 30821, 111.

<sup>28</sup> Blijkens de toelichting bij art. 3 Voorontwerp bepaalt dat artikel samen met art. 2 Voortontwerp de reikwijdte van de toetsing.

overbrenging, de tussenhandel en de doorvoer van producten voor tweërlei gebruik (PbEU 2009, L 134) en  
 b. militaire goederen als bedoeld in artikel 2 van de Uitvoeringsregeling strategische goederen 2012.’ (onderstr. RPJ)

Doch kunnen krachtens art. 3, vierde lid, Voorontwerp bij AMvB andere technologieën als zodanig worden aangewezen, mits:

‘a. deze van essentieel belang kunnen zijn voor het functioneren van defensie, opsporings-, inlichtingen- en veiligheidsdiensten bij de uitoefening van hun taken;  
 b. de beschikbaarheid en aanwezigheid van deze technologieën binnen Nederland of haar bondgenoten essentieel is om onaanvaardbare risico’s voor de verkrijgbaarheid van bepaalde essentiële producten of voorzieningen te voorkomen; [of]  
 c. deze worden gekenmerkt door een breed toepassingsbereik binnen verschillende vitale processen of processen die raken aan de nationale veiligheid.’ (onderstr. RPJ)

In de toelichting wordt opgemerkt dat ‘[e]n *nauwkeurige afbakening* [curs. RPJ] welke technologieën zo sensitief zijn dat ze binnen de reikwijdte van het wetsvoorstel dienen te vallen, (...) een noodzakelijke voorwaarde [is] om de *proportionaliteit* [curs. RPJ] van het instrument te waarborgen’.<sup>29</sup>

Welnu, met het oog op het belang van een open economie en een dito investeringsklimaat is het belangrijk dat er een balans is tussen het zijdens de wetgever kunnen inspelen op nieuwe technologische ontwikkelingen, in die zin dat, in de woorden van de wetgever, ‘inhoudelijke herijking moet kunnen leiden tot een snelle actualisatie van de reikwijdte van het wetsvoorstel’,<sup>30</sup> en de proportionaliteit<sup>31</sup> van het instrument dat in het Voorontwerp is verankerd. Die balans is echter thans enigszins scheef. Dat komt door de laatste vier onderstreepte woorden. Immers:

- Wanneer zijn technologieën van ‘essentieel belang’ in de zin van art. 3, vierde lid, onderdeel a, Voorontwerp en hoe wordt dat beoordeeld?
- Wanneer is de beschikbaarheid en aanwezigheid van een technologie binnen Nederland of zijn bondgenoten ‘essentieel’ in de zin van art. 3, vierde lid, onderdeel b, Voorontwerp en hoe wordt dat beoordeeld?
- Wanneer wordt een technologie gekenmerkt door een ‘breed toepassingsbereik’ in de zin van art. 3, vierde lid, onderdeel c, Voorontwerp en hoe wordt dat beoordeeld?
- Wanneer ‘raken’, in de zin van art. 3, vierde lid, onderdeel c, Voorontwerp, (vitale) processen aan de nationale veiligheid en hoe wordt dat beoordeeld?

Zulks is niet duidelijk. Er lijkt een hoge mate van subjectiviteit (discretie zijdens de wetgever) schuil te gaan achter die woorden. Dat is echter onwenselijk

VNO-NCW en MKB-Nederland zijn van mening dat de bovenbedoelde balans dient te worden hersteld, en wel aldus dat (i) art. 3, vierde lid, Voorontwerp in zijn geheel komt te vervallen, waarbij opmerking verdient dat de bijlage bij de in art. 3, tweede lid, onderdeel a, Voorontwerp bedoelde verordening, waarin een waslijst met producten voor tweërlei gebruik is opgenomen,

<sup>29</sup> Par. 2.2.1, onder het kopje *Sensitieve technologie*, van de toelichting bij het Voorontwerp.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> Dat woord valt ook in de bovengenoemde toelichting.

jaarlijks wordt herzien, zodat langs die weg inhoudelijke herijking kan leiden tot actualisatie, althans (ii) het proces in art. 3, vierde lid, onderdelen a-c, Voorontwerp (zo) objectief (mogelijk) wordt gemaakt, althans (iii) in de toelichting (duidelijk) antwoord wordt gegeven op de drie hierboven opgeworpen vragen. Voor zover art. 3, vierde lid, Voorontwerp wordt gehandhaafd, dient onzes inziens het daarin bedoelde AMvB eerst in concept aan de beide Kamers der Staten-Generaal te worden overgelegd, een en ander voor een periode van, bijvoorbeeld, een week.

## 8. Artikel 6, eerste, tweede en derde lid – verlenging en opschorting termijn

Ingevolge art. 5, eerste lid, Voorontwerp dient ieder voornemen tot het uitvoeren van een activiteit (als bedoeld in art. 2 Voorontwerp) door een meldingsplichtige (= verwerfer of doelonderneming; zie art. 1 Voorontwerp) aan Onze Minister te worden gemeld. Hij neemt blijkens art. 6, eerste lid, eerste volzin, Voorontwerp binnen acht weken na ontvangst van die melding een toetsingsbesluit. Bedoeling is de meldingsplichtigen ‘zo snel mogelijk duidelijkheid te geven’ over de voorgenomen activiteit.<sup>32</sup> Niettemin kan Onze Minister, indien nader onderzoek nodig is, de voormelde termijn op grond van art. 6, eerste lid, laatste volzin, Voorontwerp verlengen met een redelijke termijn, doch niet langer dan zes maanden. Zonder toelichting, die ontbreekt, vermag niet worden ingezien op basis waarvan hier gekozen is voor een driedubbele verlengingstermijn (acht weken, de initiële termijn, is twee maanden en dat keer drie) in plaats van het verlengen met dezelfde termijn (opnieuw twee maanden) of met het dubbele (vier maanden). Volstaat de mogelijkheid tot het verlengen van de termijn met twee of vier maanden niet? Zo nee, waarom niet?

Het opnemen van een termijn strekte er, naar mag worden verondersteld, toe degene die de bovenbedoelde activiteit aan Onze Minister heeft gemeld, daarbinnen of na ommekomst daarvan (zie art. 6, vierde lid, Voorontwerp, waarin is bepaald dat indien binnen de termijn geen toetsingsbesluit is genomen, de (gemelde) activiteit van rechtswege is toegelaten) duidelijkheid en (rechts)zekerheid te geven met betrekking tot de gemelde activiteit (wordt die, al dan niet voorwaardelijk, toegelaten of verboden?) en tegelijkertijd Onze Minister aan te sporen met de nodige voortvarendheid te werk te gaan teneinde tijdig een toetsingsbesluit te kunnen nemen. Door op de lichte grond, namelijk ‘[i]ndien nader onderzoek nodig is’ (wanneer is nader onderzoek ‘nodig’? Het ligt in de rede dat zulks geheel ter discretie van Onze Minister staat), de initiële termijn met (maximaal) een factor drie (!) te kunnen verlengen kan de situatie ontstaan waarin de prikkel verdwijnt, althans minder sterk wordt, om ten aanzien van het opstellen van een risicobeoordeling tempo te maken en dat erin te houden en bijgevolg er níet met de nodige voortvarendheid te werk wordt gegaan en de meldingsplichtige níet ‘zo snel mogelijk’ duidelijkheid wordt gegeven over zijn gemelde activiteit.

Ofschoon in art. 6, eerste en derde lid, Voorontwerp wordt gesproken van het verlengen met ‘uiterlijk’ zes maanden respectievelijk ‘ten hoogste’ drie maanden en in art. 6, vierde lid, Voorontwerp is bepaald dat indien binnen de termijn geen toetsingsbesluit is genomen, de activiteit van rechtswege is toegelaten, wordt er aan het op grond van art. 6, tweede lid, Voorontwerp opschorten van de termijn, in geval van een verzoek om aanvullende informatie, geen maximum gesteld. In de praktijk zullen vrijwel alle zaken waarvoor nader onderzoek nodig is vallen binnen de FDI-screeningsverordening. In de veronderstelling dat er in een dergelijk onderzoek ook geregeld om informatie zal worden verzocht komt de standaard doorlooptermijn voor complexe zaken uit op ruim een jaar. Lange doorlooptijden die tussentijds onbeperkt

<sup>32</sup> Toelichting bij art. 6 Voorontwerp.

opgeschort kunnen worden leiden in de praktijk tot veel (rechts)onzekerheid. Hierbij zij er vergelijkenderwijs op gewezen dat concentratieprocedures doorgaans aanzienlijk korter zijn, zelfs in complexe zaken.

Overigens zij gewezen op het volgende. In art. 6, derde lid, Voorontwerp wordt verwezen naar de termijn in art. 6, tweede lid, tweede volzin, Voorontwerp. Laatstgenoemd artikel heeft echter geen tweede volzin. Evenmin wordt daarin een termijn genoemd (enkel het woord ‘termijn’ valt). Kennelijk wordt bedoeld te verwijzen naar art. 6, eerste lid, tweede volzin, Voorontwerp.

VNO-NCW en MKB-Nederland zijn van mening dat de verlengingstermijn als bedoeld in art. 6, eerste lid, laatste volzin, Voorontwerp, mede gezien het belang van de verwerver en/of doelonderneming bij het zo snel mogelijk verkrijgen van duidelijkheid over de gemelde activiteit, dient te worden geschrapt. Mocht de wetgever toch vasthouden aan de verleningstermijn van zes maanden, dan dient hij toe te lichten waarop die termijn is gebaseerd zomede dient Onze Minister slechts over te kunnen gaan tot – eenmalige – verlenging indien daartoe (van toelichting voorziene) ‘gegronde redenen’ bestaan i.p.v. ‘[i]ndien nader onderzoek nodig is’. Voorts dient het opschorten van een termijn in geval van een verzoek om aanvullende informatie, een en ander als bedoeld in art. 6, tweede lid, Voorontwerp, aan een maximum te worden gebonden. Als alternatief voor het bovengenoemde zou gekozen kunnen worden voor een maximale termijn die maximaal eenmaal aangevuld kan worden, zonder de mogelijkheid tot opschorting, maar met de mogelijkheid om al in een vroeg stadium (‘pre-notificatie’) de melding af te stemmen met het Bureau Toetsing Investerings. Daarnaast biedt de huidige wet voldoende maatregelen om medewerking van de meldende partij af te dwingen om zo binnen de termijn alle informatie te verkrijgen die nodig is om tot een besluit te komen, met als ultieme stok achter de deur de mogelijkheid om de activiteit te verbieden.

Art. 6, derde lid, Voorontwerp komt, vanwege een verkeerde verwijzing, aldus te luiden:

#### **Artikel 6**

1. Onze Minister neemt binnen acht weken na ontvangst van een melding als bedoeld in artikel 5 een toetsingsbesluit. Indien nader onderzoek nodig is, kan Onze Minister de termijn verlengen met een redelijke termijn, doch uiterlijk met zes maanden.
2. (...)
3. Indien na een melding blijkt dat er sprake is van een buitenlandse directe investering die valt binnen de reikwijdte van Verordening (EU) 2019/452 van het Europees Parlement en de Raad van 19 maart 2019 tot vaststelling van een kader voor de screening van buitenlandse directe investeringen in de Unie (PbEU 2019, L 79), kan de termijn, bedoeld in het ~~tweede~~**eerste** lid, tweede volzin, met nog ten hoogste drie maanden verlengd worden.
4. (...).

#### **9. Artikel 7, eerste lid, onderdeel c – veiligheidssituatie**

In het hier bedoelde artikel wordt gesproken van de ‘veiligheidssituatie’. Wat wordt daarmee bedoeld? Het zo-even genoemde begrip wordt niet gedefinieerd in art. 1 Voorontwerp. De toelichting helpt ons evenmin verder; zij maakt er louter gewag van dat het relevant is die veiligheidssituatie mee te wegen, een en ander onder aanvoering van een hier niet ter zake dienende reden.<sup>33</sup>

<sup>33</sup> Zie par. 2.2.2.2 van de toelichting bij het Voorontwerp.



VNO-NCW en MKB-Nederland zijn van mening dat uitgelegd moet worden wat verstaan wordt onder de ‘veiligheidssituatie’.

#### **10. Artikel 8, eerste lid, onderdeel b – instelling veiligheidscommissie of aanstelling beveiligingsfunctionaris**

Indien uit de risicobeoordeling volgt dat een gemelde activiteit leidt tot een risico voor de nationale veiligheid, kan Onze Minister, ter noodzakelijke voorkoming of mitigatie daarvan, onder andere een veiligheidscommissie instellen of een beveiligingsfunctionaris aanstellen die bevoegd is ‘de toegang tot of overdracht van informatie te beperken of te verbieden’, een en ander uit hoofde van art. 8, eerste lid, onderdeel b, Voorontwerp.

Slechts één vraag hierbij: geldt dat verbieden of beperken ten aanzien van alle (bij de onderneming van) de vennootschap betrokkenen, incl. eventuele door de Ondernemingskamer in het kader van een enquêteprocedure (art. 2:344 e.v. BW), benoemde onderzoekers, bestuurders en/of commissarissen?

VNO-NCW en MKB-Nederland verzoeken de minister in de toelichting daarop in te gaan.

#### **11. Artikel 8, eerste lid, onderdeel h – instelling raad van commissarissen**

Indien uit de risicobeoordeling volgt dat een gemelde activiteit leidt tot een risico voor de nationale veiligheid, kan Onze Minister, ter noodzakelijke voorkoming of mitigatie daarvan, onder andere een raad van commissarissen voor de Nederlandse dochtermaatschappij instellen, een en ander uit hoofde van art. 8, eerste lid, onderdeel h, Voorontwerp.

Een aantal vragen hierbij:

- (1) Wie benoemt de leden van die raad van commissarissen. Enkel Onze Minister? Zo ja, hoe en op basis van welke criteria worden zij door hem gekozen? Kan Onze Minister ook een of meer (door hem benoemde) commissarissen schorsen of ontslaan en, zo ja, op welke grond? Kan hij ook tussentijds deze raad van commissarissen uitbreiden met een of meer personen? En voor welke periode worden zij benoemd? Is dat voor een bepaalde tijd? Zo ja, wat is dan de maximale duur?<sup>34</sup> Of is dat voorlopig voor een onbepaalde duur? Zo ja, hoe en op basis waarvan wordt bepaald dat de ingestelde raad van commissarissen kan worden opgeheven?
- (2) Wie stelt het (vaste (en variabele)) salaris van de commissarissen vast? Hoe komt dat tot stand? En op basis waarvan wordt de hoogte ervan bepaald?
- (3) Wat zijn de taken en bevoegdheden van de commissarissen? Alleen die uit de wet en jurisprudentie volgen of ook andere en, zo ja, welke?<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Vgl. de toelichting bij art. 20 Voorontwerp: ‘Ook hier is er sprake van een tijdelijke maatregel, die eindigt op het moment dat de schorsing eindigt.’ Wordt daarbij aangesloten?

<sup>35</sup> Vgl. de toelichting bij art. 20 Voorontwerp, waarin staat dat de aangewezen persoon primair bestuurder of leidinggevende wordt ‘met de taken en bevoegdheden die het ondernemingsrecht aan die positie verbindt’.

- (4) Naar welk belang dienen de commissarissen zich bij hun taakvervulling te richten? Is dat naar het belang van die dochtermaatschappij (en de met haar verbonden onderneming) of naar (een) meer/ander(e) belang(en) en, zo ja, welk(e)?<sup>36</sup>
- (5) Aan wie zijn de commissarissen verantwoording schuldig? (Louter) Onze Minister? Of (mede) de algemene vergadering?
- (6) Hoe verhouden deze commissarissen zich tot de bevoegdheden van de Ondernemingskamer om in het kader van een geëntameerde enquêteprocedure (zie art. 2:344 e.v. BW) bij een Nederlandse vennootschap des verzocht in te grijpen door bijvoorbeeld commissarissen, met bepaalde (soms vergaande) bevoegdheden, te benoemen, schorsen of te ontslaan?

VNO-NCW en MKB-Nederland zijn van mening dat de minister al die vragen – zoveel mogelijk in de wet zelf en anders in de toelichting – van antwoord dient te voorzien. Overigens dient onzes inziens met terughoudendheid gebruik te worden gemaakt van de mogelijkheid tot het instellen van een raad van commissarissen bij een Nederlands dochtermaatschappij.

## 12. Artikel 10, derde lid – machtiging voorzieningenrechter

In beginsel verloopt de procedure aldus: voordat een onder het Voorontwerp vallende activiteit wordt verricht, dient zij te worden gemeld aan Onze Minister, die vervolgens een risicoanalyse uitvoert, waarna door hem een toetsingsbesluit wordt genomen, dat bepaalt dat de desbetreffende activiteit wel of niet kan plaatsvinden. Niettemin voorziet art. 10, eerste lid, Voorontwerp in de mogelijkheid die procedure te heropenen. De eerdergenoemde activiteit wordt alsdan herbeoordeeld. Daaruit rolt een nieuw toetsingsbesluit. De voorwaarde hiervoor is een ‘zwaarwegend risico voor de nationale veiligheid’. Blijkens het tweede lid van dit artikel kan daarvan slechts sprake zijn als feiten die zich voordoen nadat een toetsingsbesluit is genomen, leiden tot:

- a. een potentiële maatschappelijke ontwrichting met economische, sociale of fysieke gevolgen; of
- b. een directe toegenomen reële bedreiging van de Nederlandse soevereiniteit.’

Onze Minister kan pas een nieuw toetsingsbesluit nemen indien hij een machtiging heeft gekregen van de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam. Die moet beoordelen of aan een van de twee bovenvermelde omstandigheden is voldaan. Zie voor dit een en ander art. 10, derde lid, Voorontwerp. Niet duidelijk is wat voor soort toetsing die rechter moet verrichten: moet hij vol of marginaal (terughoudend) toetsen? En op basis waarvan moet hij dat doen: louter de door Onze Minister aangeleverde stukken? Moet of mag de voorzieningenrechter (ook) degene die de activiteit aan Onze Minister heeft gemeld, in de gelegenheid stellen (mondeling en/of schriftelijk) te reageren? Verder: wat als de voorzieningenrechter de door Onze Minister gevraagde machtiging niet verleent vanwege het zich niet voordoen van de onder a of b *supra* genoemde omstandigheid? Kan Onze Minister daartegen op de voet van art. 30 Voorontwerp in verbinding met art. 11 van bijlage twee bij de Awb hoger beroep instellen bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven? In laatstgenoemd artikel wordt namelijk gesproken van een

---

<sup>36</sup> Vgl. art. 20, derde lid, Voorontwerp, waarin het volgende is bepaald: ‘Voor zover dit verenigbaar is met de doelen, genoemd in het tweede lid, richt de vertegenwoordiger zich naar het belang van de doelonderneming en een met haar verbonden onderneming.’ (onderstr. RPJ)

uitspraak ‘omtrent een besluit’. Strikt genomen gaat het hier niet om een besluit, maar om een machtiging ten behoeve van het (kunnen) nemen van een besluit.

VNO-NCW en MKB-Nederland zijn van mening dat in de toelichting op al deze vragen dient te worden ingegaan. Indien en voor zover dat nodig is, afhankelijk van hoe de antwoorden daarop komen te luiden, dient de wet te worden aangepast. Overigens willen wij releveren dat met de grootst mogelijke terughoudendheid gebruik dient te worden gemaakt van het herbeoordelen van activiteiten die al zijn goedgekeurd, dit in het belang van de rechtszekerheid en daarmee het investeringsklimaat.

### **13. Artikel 13-16 – terugbrengen belang door doelonderneming**

Voor zover in art. 13-16 Voorontwerp de doelonderneming wordt aangewezen als degene die, namens de verwerper (lees: aandeelhouder), diens belang moet terugbrengen, kan dat niet van (het bestuur van) haar worden verlangd. Zulks leidt zonder meer tot aanzienlijke (aansprakelijkheids)risico's voor die onderneming en haar bestuurders, en grote conflicten met haar aandeelhouder(s).

VNO-NCW en MKB-Nederland zijn van mening dat conform art. 12 Voorontwerp (en het vergelijkbare artikel in de WOZT) die taak bij Onze Minister zou moeten liggen.

### **14. Artikel 20, eerste lid – vervanging bestuur doelonderneming**

Krachtens art. 20, eerste lid, Voorontwerp kan Onze Minister, ingeval aan het bepaalde in de onderdelen a en b ervan is voldaan, een of meer personen aanwijzen ter vervanging van het bestuur, of de leiding, van een doelonderneming die van wezenlijk belang is voor de continuïteit en weerbaarheid van een vitaal proces. Zulk een persoon heeft taken en bevoegdheden ‘die het ondernemingsrecht aan die positie verbindt’.<sup>37</sup> Hij dient zich (bij zijn taakvervulling) te richten naar het belang van de doelonderneming en een met haar verbonden onderneming, voor zover dat verenigbaar is met de in art. 20, tweede lid, Voorontwerp genoemde doelen. Vragen die hierboven, in par. 10, zijn gesteld, gelden *mutatis mutandis* ook ten aanzien van het bepaalde in art. 20, eerste lid, Voorontwerp.

VNO-NCW en MKB-Nederland zijn van mening dat de daarop te geven antwoorden zoveel mogelijk in de wet zelf tot uitdrukking zouden moeten worden gebracht. Voor zover dat niet mogelijk is, dient zulks te geschieden in de toelichting.

### **15. Artikel 21 – ontheffing bij (dreigend) faillissement**

In het kader van een herstructurering van de activiteiten van een entiteit ter afwending van een (dreigend) faillissement kan het voorkomen dat de bank bij een (uit oogpunt van sanering) noodzakelijke omzetting van schuld in aandelen of als pandhouder van verpande aandelen zeggenschap verwerft in een entiteit. Onder meer gezien de onduidelijkheid van de afbakening van het toepassingsbereik van het Voorontwerp en de doeleinden ervan lijkt het niet proportioneel dat de bank voor een dergelijke verwerving een ontheffing aan zou moeten vragen. Daarnaast lijkt het niet proportioneel dat een dergelijke verwerving binnen het toepassingsbereik ervan zou vallen in het licht van niet alleen het doel van het Voorontwerp, maar ook het toezicht

<sup>37</sup> Toelichting bij art. 20 Voorontwerp.

dat van toepassing is op banken, waardoor het onwaarschijnlijk is dat de risico's die het Voorontwerp beoogt te mitigeren, zich zouden kunnen manifesteren. Het lijkt dan ook wenselijk voor een dergelijke verwerving te voorzien in een uitzondering. Indien de bank de desbetreffende activiteiten weer zou vervreemden, zou een dergelijke vervreemding wel onder de reikwijdte van het Voorontwerp moeten vallen, althans zou de verwerving van zeggenschap door de verwerver een melding vergen van de in dat geval meldingsplichtigen.

VNO-NCW en MKB-Nederland verzoeken dit een en ander in aanmerking te nemen.

## 16. Artikel 25 – doorzoeking woning

Art. 25 Voorontwerp<sup>38</sup> voorziet in de mogelijkheid om binnen het kader van het meldingstraject woningen van de verwerver, bestuurder, leidinggevende of sleutelfunctionaris van de verwerver of doelonderneming te doorzoeken. Volgens de toelichting is deze 'uitzonderlijke bevoegdheid' ingegeven door ervaringen uit het mededingingsrecht.<sup>39</sup> Maar binnen het mededingingsrecht wordt dit instrument ingezet bij onderzoeken naar kartels of machtsmisbruik, niet in het kader van concentratiemeldingen. Een dergelijk ingrijpend instrument staat in geen enkele verhouding tot het doel van de melding binnen het huidige Voorontwerp, in het bijzonder omdat het risico van het niet verkrijgen van de juiste informatie al voldoende wordt afgedekt. Zo verbindt het Voorontwerp serieuze consequenties aan het niet aanleveren van de juiste informatie. Dat kan namelijk op grond van art. 7 Voorontwerp bijvoorbeeld leiden tot een verbod van de activiteit. Ook biedt het Voorontwerp de mogelijkheid om in het geval waarin onjuiste/onvolledige informatie is verstrekt door een meldingsplichtige, diegene (of de doelonderneming) te gelasten opnieuw een art. 5, eerste lid, Voorontwerp-melding te doen, waarna Onze Minister op basis van de door hem verrichte beoordeling opnieuw een toetsingsbesluit kan nemen (zie art. 9, tweede lid, Voorontwerp). Daarnaast wordt een overtreding van de wet aangemerkt als een economisch delict (zie art. 31 Voorontwerp), waarbij de strafrechtelijke onderzoeksmethodes al ingezet kunnen worden. Er lijkt dus geen enkele noodzaak om al in het kader van de informatie-inwinning deze uitzonderlijke bevoegdheid in te zetten.

VNO-NCW en MKB-Nederland zijn van mening dat art. 25 Voorontwerp, en daarmee ook art. 26-28 Voorontwerp, dient te worden geschrapt.

## 17. Artikel 32, eerste lid – peildatum

Art. 32, eerste lid, Voorontwerp luidt als volgt:

'Indien bij Onze Minister een op redelijke gronden gebaseerd vermoeden is ontstaan dat een activiteit die heeft plaatsgevonden voorafgaand aan de inwerkingtreding van deze wet, maar na 2 juni 2020, een risico voor de nationale veiligheid zou kunnen opleveren, kan Onze Minister, de betrokkenen bij de activiteit gelasten alsnog een melding te doen als bedoeld in artikel 5, eerste lid, waarna Onze Minister de activiteit kan beoordelen aan de hand van de factoren, bedoeld in artikel 7, en op basis van deze beoordeling een toetsingsbesluit kan nemen.' (onderstr. RPJ)

<sup>38</sup> Zie ook art. 26-28 Voorontwerp.

<sup>39</sup> Zie par. 2.2.10 (laatste al.) van de toelichting bij het Voorontwerp.

Het opnemen van die peildatum van 2 juni 2020 heeft tot gevolg dat ‘na inwerkingtreding van het wetsvoorstel, overnames en investeringen die vanaf 2 juni 2020 zijn gedaan, met terugwerkende kracht getoetst kunnen worden wanneer daar vanuit de bescherming van onze nationale veiligheid aanleiding voor is’.<sup>40</sup> De opname daarvan is een ‘proportioneel middel’ om ‘ongewenste activiteiten zoals overnames en investeringen en strategisch (ontduikings)gedrag te voorkomen’.<sup>41</sup> Hiermee wordt weliswaar ‘enige onzekerheid’ gecreëerd voor doelondernemingen en verwervers, maar deze is beperkt doordat ‘de terugkijktermijn een afgebakende periode beslaat’.<sup>42</sup> Het met terugwerkende kracht toetsen van bepaalde activiteiten zal ‘met terughoudendheid’ worden toegepast, zodat het ingrijpen in private zeggenschaps- en eigendomsverhoudingen ‘proportioneel’ zal zijn.<sup>43</sup>

De toelichting maakt er terecht gewag van het op die wijze toetsen een ‘krachtig middel’ is.<sup>44</sup> Laatstgenoemd vergt dan ook een eveneens krachtige onderbouwing. Daaraan schort het echter.

Verder is niet duidelijk waarom die gefixeerd is op 2 juni 2020, en niet op, bijvoorbeeld, drie à zes maanden voordat de wet in werking treedt. Hoe langer het duurt voordat deze wet door beide Kamers der Staten-Generaal wordt aangenomen, hoe verder in tijd zij terugwerkt. Daardoor wordt dit middel al minder proportioneel.

Bovendien is van een ‘afgebakende periode’ nog geen sprake. Weliswaar is er een beginpunt, te weten 2 juni 2020, maar nog geen eindpunt. Wanneer over dat laatste duidelijkheid wordt verkregen, is en blijft voorlopig ongewis.

Overigens is de peildatum niet in beton gegoten; bij wege van amendement kan die immers nog worden veranderd. Hierdoor blijft er (mede) voor investeerders (rechts)onzekerheid bestaan.

VNO-NCW en MKB-Nederland zijn van mening dat de peildatum dient te worden geschrapt, althans dat deze wet voor een beperkte(re) tijdsperiode dient terug te werken, en wel ten hoogste zes maanden.

## 18. Uitleiding

Op onderdelen blinkt het Voorontwerp niet uit in duidelijkheid. Verder schiet het her en der te ver door. Daarnaast laten sommige artikelen Onze Minister wel erg veel ruimte. Dat dient in het wetsvoorstel te worden aangepast. Daartoe zijn in de blauwe tekstblokken suggesties gedaan. Verzocht wordt daarmee rekening te houden.

<sup>40</sup> Par. 11 van de toelichting bij het Voorontwerp.

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> *Ibid.*