



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De (soms ingewikkelde) reikwijdte van de 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 Europese Unie

Groot, C. de

Citation

Groot, C. de. (2019). De (soms ingewikkelde) reikwijdte van de 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 Europese Unie. *Bedrijfsjuridische Berichten*, 2019(25), 385-390. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/84236>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/84236>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De (soms ingewikkelde) reikwijdte van de 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 Europese Unie

Mr. C. de Groot, datum 18-11-2019

Datum

18-11-2019

Auteur

Mr. C. de Groot^[1]

Auteursprofiel

[C. de Groot](#)

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS169250:1

Vakgebied(en)

Financieel recht / Bank- en effectenrecht

Ondernemingsrecht / Bijzondere onderwerpen

Openbare orde en veiligheid / Bijzondere onderwerpen

EU-recht / Marktintegratie

In deze bijdrage gaat de auteur in op de 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 Europese Unie

1. Inleiding

Op 21 maart 2019 is de verordening tot vaststelling van een kader voor de screening van buitenlandse directe investeringen in de Europese Unie (de screeningverordening) gepubliceerd.^[2] De screeningverordening is van toepassing met ingang van 11 oktober 2020. De screeningverordening geeft de lidstaten de mogelijkheid (niet de verplichting) mechanismes voor het *screenen* van buitenlandse directe investeringen vast te stellen om redenen van de veiligheid of openbare orde op hun grondgebied (artikel 3 lid 1).^[3] Onder *screening* verstaat de verordening een procedure om buitenlandse directe investeringen te beoordelen en te onderzoeken, daarna toe te staan, aan voorwaarden te onderwerpen, of te verbieden (artikel 2 onder 3). De screeningverordening geeft een kader voor deze *screening* en verplicht de lidstaten in het kader van die *screening* tot samenwerking en informatie-uitwisseling. Dat de verordening (slechts) een kader schept, sluit aan bij artikel 4 van het Verdrag betreffende de Europese Unie dat onder meer inhoudt dat de verantwoordelijkheid voor de nationale veiligheid een aangelegenheid is van de lidstaten zelf. *Screening* speelt ook in Nederland een rol omdat de regering op 4 maart 2019 het wetsvoorstel voor de Wet ongewenste zeggenschap telecommunicatie heeft ingediend bij de Tweede Kamer.^[4]

Paragraaf 2 gaat in op de achtergrond van de screeningverordening door de preambule bij de verordening te bespreken. Paragraaf 3 bespreekt de screeningverordening op hoofdlijnen. Paragraaf 4 behandelt het materiële toepassingsbereik van de screeningverordening en enkele problemen die daarbij spelen. Paragraaf 5 is de afronding.

2. De preambule

De preambule bij de screeningverordening bevat onder meer de volgende opmerkingen over de screeningverordening: Krachtens de internationale verplichtingen die de Europese Unie en de lidstaten zijn aangegaan in het kader van de Wereld Handelsorganisatie, de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling, en verschillende handels- en investeringsverdragen kunnen de Europese Unie en de lidstaten beperkingen opleggen aan buitenlandse directe investeringen om redenen van de veiligheid of openbare orde (overweging 3). Buitenlandse directe investeringen vallen op zichzelf onder de gemeenschappelijke handelspolitiek waar de Europese Unie exclusief bevoegd is (overweging 6). Maar de uiteindelijke beslissing om screeningmechanismen te ontwikkelen en screeningbesluiten te nemen is aan de lidstaten (overweging 8). De screeningverordening heeft betrekking op 'een breed scala van investeringen waarmee duurzame en

directe betrekkingen worden gevestigd of gehandhaafd tussen investeerders uit derde landen, met inbegrip van staatsentiteiten', maar niet op 'beleggingen in effecten' (in het Duits 'Portfolioinvestitionen', in het Engels 'portfolio investment', in het Frans 'les investissements de portefeuille'; overweging 9).⁹ Lidstaten die screeningmechanismes hebben moeten ervoor zorg dragen dat hun screeningmechanismes en screeningbesluiten niet worden omzeild door kunstmatige investeringen vanuit andere lidstaten, wanneer die investeringen uiteindelijk worden bepaald of gecontroleerd door een natuurlijke persoon of een onderneming uit een derde land (overweging 10). *Screening* door een lidstaat kan een doorlopend karakter hebben, want: 'De lidstaten moeten een beoordeling kunnen verrichten van de risico's voor de veiligheid of de openbare orde die voortvloeien uit belangrijke wijzigingen in de eigendomsstructuur of de hoofdkenmerken van een buitenlandse investeerder' (overweging 11). Bij iedere *screening* 'moeten de lidstaten en de Commissie tevens de mogelijkheid hebben de context en de omstandigheden van de buitenlandse directe investering in aanmerking te nemen, met name de vraag of een buitenlandse investeerder direct of indirect onder zeggenschap staat van de overheid van een derde land, bijvoorbeeld via aanzienlijke financiering, waaronder subsidies, dan wel of hij door de overheid gestuurde uitgaande investeringsprojecten of -programma's uitvoert' (overweging 13). De lidstaten en de Europese Commissie moeten in staat zijn om informatie die afkomstig is van 'economische actoren, maatschappelijke organisaties of sociale partners zoals vakbonden, met betrekking tot een buitenlandse directe investering die gevolgen voor de veiligheid of de openbare orde kan hebben' te betrekken in hun afwegingen (overweging 14). De lidstaten en de Europese Commissie moeten bereid zijn om samen te werken met de bevoegde instanties van derde landen die dezelfde mening hebben over het *screenen* van buitenlandse directe investeringen die gevolgen kunnen hebben voor de veiligheid of openbare orde (overweging 29).

3. De nadere regels in de screeningverordening

Artikel 4 lid 1 van de screeningverordening bepaalt dat de lidstaten en de Europese Commissie bij hun beoordeling of een buitenlandse directe investering de veiligheid of openbare orde kan raken rekening kunnen houden met de gevolgen van de buitenlandse directe investering voor de kritieke infrastructuur, kritieke technologieën, de voorziening van kritieke *inputs*, de toegang tot gevoelige informatie, en de vrijheid en pluriformiteit van de media. Artikel 4 lid 2 van de screeningverordening bepaalt dat de lidstaten en de Europese Commissie bij hun beoordeling of een buitenlandse directe investering de veiligheid of openbare orde kan raken met name in aanmerking kunnen nemen of de directe buitenlandse investering onder invloed staat van een overheid, of de buitenlandse investeerder al eerder betrokken is geweest bij activiteiten die de veiligheid of openbare orde van een lidstaat raken, en of er een ernstig risico is dat de buitenlandse investeerder zich inlaat met illegale of criminele activiteiten.

Artikel 3 van de screeningverordening stelt een aantal eisen aan screeningmechanismes. Screeningmechanismes moeten transparant zijn en de omstandigheden omschrijven die aanleiding kunnen geven tot *screening*; screeningmechanismes mogen geen onderscheid maken tussen de verschillende derde landen (artikel 3 lid 2). *Screening* moet aan termijnen gebonden zijn (artikel 3 lid 3). Screeningmechanismes moeten de vertrouwelijkheid van informatie waarborgen (artikel 3 lid 4). Tegen screeningbesluiten moet beroep mogelijk zijn (artikel 3 lid 5). Een lidstaat die gebruik maakt van screeningmechanismes moet maatregelen nemen die het mogelijk maken om het omzeilen van die mechanismes en van screeningbesluiten te onderkennen en voorkomen (artikel 3 lid 6).

De artikelen 6, 7 en 8 gaan over de samenwerking tussen de lidstaten en tussen de lidstaten en de Europese Commissie. Artikel 6 gaat over samenwerkingsmechanismes bij *directe buitenlandse investeringen die zijn onderworpen aan screening*. Artikel 7 gaat over samenwerkingsmechanismes bij *buitenlandse directe investeringen die niet zijn onderworpen aan screening*. Artikel 8 gaat over samenwerkingsmechanismes bij buitenlandse directe investeringen die '*projecten of programma's van Uniebelang*' kunnen raken.

Wanneer een buitenlandse directe investering is onderworpen aan screening in een lidstaat moet die lidstaat de andere lidstaten en de Europese Commissie daarvan in kennis stellen (artikel 6 lid 1). De andere lidstaten kunnen opmerkingen indienen bij de lidstaat die de *screening* uitvoert als zij van mening zijn dat de buitenlandse directe investering de eigen veiligheid of openbare orde raakt (artikel 6 lid 2, eerste alinea). De Europese Commissie kan een advies uitbrengen aan de lidstaat die de *screening* uitvoert als zij van mening is dat de buitenlandse directe investering de veiligheid of openbare orde in meer dan één lidstaat raakt (artikel 6 lid 3, eerste alinea). Een lidstaat die een *screening* uitvoert kan ook zelf de Europese Commissie vragen een advies uit te brengen en kan ook zelf andere lidstaten vragen opmerkingen in te dienen (artikel 6 lid 4). Artikel 6 lid 9 voegt hieraan toe:

'9.

De lidstaat die de screening uitvoert, houdt terdege rekening met de in lid 2 bedoelde opmerkingen van de andere lidstaten en met het in lid 3 bedoelde advies van de Commissie. Het definitieve screeningbesluit wordt genomen door de lidstaat die de screening uitvoert.'

Wanneer een buitenlandse directe investering niet is onderworpen aan screening in een lidstaat, en een andere lidstaat van

mening is dat die buitenlandse directe investering de eigen veiligheid of openbare orde raakt, kan die andere lidstaat opmerkingen indienen bij de eerste lidstaat (artikel 7 lid 1, eerste alinea). Wanneer een buitenlandse directe investering niet is onderworpen aan *screening* in een lidstaat, en de Europese Commissie van mening is dat dat de buitenlandse directe investering de veiligheid of openbare orde in meer dan één lidstaat raakt, kan de Europese Commissie een advies uitbrengen aan de eerste lidstaat (artikel 7 lid 2, eerste alinea). Een lidstaat die geen *screening* uitvoert kan ook zelf de Europese Commissie vragen een advies uit te brengen en kan ook zelf andere lidstaten vragen opmerkingen in te dienen (artikel 7 lid 3). Artikel 7 lid 7 voegt hieraan toe:

7.

Een lidstaat waarin een buitenlandse directe investering wordt gepland of is voltooid, houdt naar behoren rekening met de opmerkingen van de andere lidstaten en het advies van de Commissie.'

Artikel 7 is niet van toepassing op buitenlandse directe investeringen die zijn afgerond vóór 10 april 2019.

Artikel 8 gaat over buitenlandse directe investeringen die gevolgen kunnen hebben voor '*projecten of programma's van Uniebelang*'. Dat zijn projecten of programma's waaraan de Europese Unie een substantieel bedrag of een substantieel aandeel in de financiering bijdraagt, 'of die vallen onder het Unierecht inzake kritieke infrastructuur, kritieke technologieën of kritieke inputs die van essentieel belang zijn voor de veiligheid of de openbare orde' (artikel 8 lid 3). Wanneer de Europese Commissie van mening is dat een buitenlandse directe investering om redenen van veiligheid of openbare orde gevolgen kan hebben voor een project of programma van Uniebelang, kan zij een advies uitbrengen aan de lidstaat waar de buitenlandse directe investering heeft plaatsgevonden of zal plaatsvinden (artikel 8 lid 1). De regels uit de artikelen 6 en 7 zijn dan zoveel mogelijk van toepassing (artikel 8 lid 2). De screeningverordening heeft een bijlage die een lijst van projecten en programma's van Uniebelang bevat.

4. Het materiële toepassingsbereik

4.1 Een interpretatieprobleem rond artikel 2 onder 1 van de screeningverordening

De screeningverordening heeft betrekking op het *screenen* om redenen van de veiligheid of openbare orde van buitenlandse directe investeringen. Artikel 2 onder 1 omschrijft een buitenlandse directe investering als volgt:

'elke soort investering door een buitenlandse investeerder die gericht is op het vestigen of handhaven van duurzame directe betrekkingen tussen de buitenlandse investeerder en de ondernemer of de onderneming waaraan het kapitaal ter beschikking wordt gesteld met het oog op de uitoefening van een economische activiteit in een lidstaat, met inbegrip van investeringen die de daadwerkelijke deelname aan het beheer van of de zeggenschap over een onderneming die een economische activiteit uitoefent, mogelijk maken.'

Uit deze omschrijving komt naar voren dat een buitenlandse directe investering een kapitaalverschaffing is aan een ondernemer of een onderneming in een lidstaat, die plaatsvindt om een economische activiteit in die lidstaat uit te oefenen, en die twee vormen kan aannemen.

De eerste vorm bestaat eruit dat de buitenlandse investeerder een duurzame directe betrekking vestigt of handhaaft tussen die investeerder en de ondernemer of onderneming in de lidstaat.

De tweede vorm is lastiger. Dit komt omdat de tekst spreekt over investeringen die 'de daadwerkelijke deelname aan het beheer van of de zeggenschap over een onderneming' mogelijk maken. Dit geciteerde zinsdeel laat (omdat het voorzetsel *aan* in de woorden *deelname aan* wel voorafgaat aan *het beheer* maar niet aan *de zeggenschap*) twee interpretaties toe:

1. het gaat om enerzijds *daadwerkelijke deelname aan het beheer* van een onderneming, en om anderzijds *de zeggenschap over* een onderneming, waarbij de woorden *daadwerkelijke deelname* alleen betrekking hebben op *het beheer*;
2. het gaat om enerzijds *daadwerkelijke deelname aan het beheer* van een onderneming, en om anderzijds *daadwerkelijke deelname aan de zeggenschap over een onderneming*, waarbij de woorden *daadwerkelijke deelname* zowel betrekking hebben op *het beheer* als op *de zeggenschap*.

De Duitse, de Engelse en de Spaanse teksten bevatten hetzelfde uitlegprobleem:

'einschließlich Investitionen, die eine effektive Beteiligung *an* der Verwaltung oder Kontrolle eines Unternehmens ermöglichen, das eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt';

'including investments which enable effective participation *in* the management or control of a company carrying out an economic activity'

'incluidas las inversiones que permitan una participación efectiva

en la gestión o el control de una empresa que ejerce una actividad económica.' (cursiveringen toegevoegd).

Deze Nederlandse, Duitse, Engelse en Spaanse teksten laten twee interpretaties toe. In interpretatie 1 gaat het erom dat de buitenlandse directe investering de buitenlandse investeerder de mogelijkheid geeft daadwerkelijk deel te nemen aan het beheer van de onderneming in de lidstaat (eerste geval), of de zeggenschap over de onderneming in de lidstaat mogelijk maakt (tweede geval). In het eerste geval kan woord beheer, gegeven de verschillende taalversies, worden opgevat als bestuur. In het tweede geval maakt de investering *de zeggenschap* mogelijk. Omdat het gaat om *de zeggenschap* zal het moeten gaan om doorslaggevende zeggenschap.

In interpretatie 2 gaat het erom dat de buitenlandse directe investering de buitenlandse investeerder de mogelijkheid heeft daadwerkelijk deel te nemen aan het beheer van de onderneming in de lidstaat (eerste geval), of de mogelijkheid geeft daadwerkelijk deel te nemen aan de zeggenschap over de onderneming in de lidstaat (tweede geval). In het eerste geval kan woord beheer ook hier, gegeven de verschillende taalversies, worden opgevat als bestuur. In het tweede geval maakt de investering *deelname aan* de zeggenschap mogelijk. De buitenlandse investeerder valt nu vrij snel onder het bereik van de screeningverordening, want deelname aan de zeggenschap is al voldoende.

De Franse en de Portugese teksten bevatten het uitlegprobleem niet, omdat het voorzetsel herhaald wordt:

‘y compris les investissements permettant une participation effective à la gestion ou au contrôle d’une société exerçant une activité économique’

‘incluindo os investimentos que permitam uma participação efetiva na gestão ou no controlo de uma empresa que exerça uma atividade económica.’ (cursivering en toegevoegd).

Deze Franse en Portugese teksten laten alleen interpretatie 2 toe. Dit is de interpretatie waarin de buitenlandse investeerder vrij snel onder het bereik van de screeningverordening valt.

Welke interpretatie is juist? De Nederlandse, de Duitse, de Engelse en de Spaanse teksten zijn onduidelijk en laten twee interpretaties toe. De Franse en de Portugese teksten zijn duidelijk en laten maar één interpretatie toe. In dat geval zou een uitlegregel kunnen zijn: als sommige taalversies onduidelijk zijn en meer interpretaties toelaten, en andere taalversies duidelijk zijn en maar één interpretatie toelaten, prevaleert de uitleg van de duidelijke taalversies. Dat is dus de interpretatie waarin de buitenlandse investeerder vrij snel onder het bereik van de screeningverordening valt. Dit strookt ook met de preambule bij de screeningverordening die aangeeft dat de screeningverordening betrekking heeft op ‘een breed scala van investeringen’ (overweging 9).

4.2 De screeningverordening gaat over buitenlandse directe investeringen, met uitzondering van portfolio-investeringen

Artikel 63 lid 1 VWEU verbiedt ‘alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen’. Het Hof van Justitie van de Europese Unie maakt een onderscheid tussen drie soorten investeringen in de vorm van kapitaalverschaffingen:[\[6\]](#)

- kapitaalverschaffingen die de aandeelhouder beslissende invloed geven op het bestuur van de vennootschap waaraan het kapitaal wordt verschaft. De vrijheid om deze investeringen te doen wordt beschermd door artikel 49 VWEU dat gaat over de vrijheid van vestiging;[\[7\]](#)
- kapitaalverschaffingen die de aandeelhouder de mogelijkheid geven deel te nemen aan het bestuur van de vennootschap waaraan het kapitaal wordt verschaft. Dit zijn directe investeringen, en de vrijheid om deze investeringen te doen wordt beschermd door artikel 63 VWEU;
- kapitaalverschaffingen die de aandeelhouder aanhoudt als belegging zonder de intentie te hebben deel te nemen aan het bestuur van de vennootschap waaraan het kapitaal wordt verschaft. Dit zijn portfolio-investeringen, en de vrijheid om deze investeringen te doen wordt beschermd door artikel 63 VWEU.

In dit verband is ook de Benchmark Definition of Foreign Direct Investment die is opgesteld door de OECD interessant.[\[8\]](#) Daarin staat:

‘Direct investment is a category of cross-border investment made by a resident in one economy (the direct investor) with the objective of establishing a lasting interest in an enterprise (the direct investment enterprise) that is resident in an economy other than that of the direct investor. The motivation of the direct investor is a strategic long-term relationship with the direct investment enterprise to ensure a significant degree of influence by the direct investor in the management of the direct investment enterprise. The “lasting interest” is evidenced when the direct investor owns at least 10% of the voting power of the direct investment enterprise.’ (punt 11).

Overigens leidt deze *benchmark* ertoe dat kapitaalverschaffingen die de aandeelhouder beslissende invloed geven op het bestuur van de vennootschap waaraan het kapitaal wordt verschaft op zichzelf ook directe investeringen zijn. De OECD-*benchmark* maakt in dat verband een onderscheid tussen investeringen in de *range* 10%-50% (dan is de vennootschap waaraan het kapitaal wordt verschaft een *associate*) en investeringen van meer dan 50% (dan is de vennootschap waaraan het kapitaal wordt verschaft een *subsidiary*) (punt 12).

De screeningverordening gaat over het *screenen* van buitenlandse directe investeringen (investeringen uit derde landen).

Deze *screening* zou een beperking van de vrijheid van kapitaalverkeer kunnen opleveren omdat *screening* een beperking is van de vrijheid van kapitaalverkeer tussen de lidstaten van de Europese Unie en derde landen. Daar staat tegenover dat artikel 65 lid 1 onder b VWEU de lidstaten de mogelijkheid geeft 'maatregelen te nemen die op grond van de openbare orde of de openbare veiligheid gerechtvaardigd zijn'. De preambule bij de screeningverordening geeft aan dat de screeningverordening tot doel heeft 'om rechtszekerheid te scheppen voor de om redenen van veiligheid en openbare orde ingestelde screeningmechanismen van de lidstaten' (overweging 7). Dit sluit ook aan bij artikel 64 lid 2 VWEU dat de Europese Unie de mogelijkheid geeft onder meer maatregelen 'betreffende het kapitaalverkeer naar of uit derde landen in verband met directe investeringen' vast te stellen. De vraag is of de screeningverordening binnen het kader van deze bepalingen blijft. In dit verband is een al wat oudere uitspraak van het Europese Hof van Justitie nog steeds van belang.^[9] Deze uitspraak is de *Scientology*-uitspraak: Hof van Justitie 14 maart 2000, in de zaak C-54/99, tussen Association Église de scientologie de Paris en Scientology International Reserves Trust tegen Premier Ministre. Deze zaak ging over een Franse regeling die bepaalde buitenlandse investeringen, om redenen van de veiligheid of openbare orde, onderwierp aan een voorafgaande vergunning. De Franse regeling bevatte alleen een verwijzing naar de termen veiligheid en openbare orde, zonder daaraan een verdere invulling te geven. Het Europese Hof van Justitie oordeelde dat de regeling in strijd was met de vrijheid van kapitaalverkeer. Het Hof overwoog dat de Franse regeling werd 'gekenmerkt door het feit, dat een voorafgaande vergunning wordt vereist voor iedere directe buitenlandse investering "die de openbare orde en de openbare veiligheid in gevaar kan brengen", zonder nadere precisering. De betrokken investeerders wordt dus geenszins duidelijk gemaakt, in welke specifieke omstandigheden een voorafgaande vergunning noodzakelijk is' (rechtsoverweging 21). In de hieraan voorafgaande rechtsoverwegingen ging het Hof in meer algemene zin in op de uitzonderingen op de vrijheid van kapitaalverkeer om redenen van de veiligheid of openbare orde. Het Hof overwoog, met verwijzing naar zijn eerdere rechtspraak, dat:

- de lidstaten 'in hoofdzaak vrij blijven de eisen van openbare orde en openbare veiligheid op hun nationale behoeften af te stemmen, maar dat die redenen in communautair verband, met name omdat het een afwijking van het grondbeginsel van het vrije verkeer van kapitaal betreft, strikt moeten worden opgevat' (rechtsoverweging 17);
- 'Zo kan de openbare orde en de openbare veiligheid slechts worden aangevoerd in geval van een werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging, die een fundamenteel belang van de samenleving aantast' (rechtsoverweging 17);
- 'Voorts mogen die redenen niet van hun eigenlijke functie worden losgemaakt en in feite voor zuiver economische doeleinden worden aangevoerd' (rechtsoverweging 17);
- 'Bovendien moet een ieder die door een op een dergelijke afwijking gebaseerde beperkende maatregel wordt geraakt, over een rechtsmiddel beschikken' (rechtsoverweging 17); en
- dat 'maatregelen die het vrije verkeer van kapitaal beperken, slechts op grond van de openbare orde of de openbare veiligheid gerechtvaardigd zijn, indien zij noodzakelijk zijn ter bescherming van de belangen die zij moeten waarborgen, en slechts voor zover die doelstellingen niet met minder beperkende maatregelen kunnen worden bereikt' (rechtsoverweging 18).

Het voorgaande leidt tot drie concluderende opmerkingen. *Ten eerste*: de screeningverordening richt zich – gegeven de definitie van een buitenlandse directe investering in artikel 2 onder 1 – niet tegen kapitaalverschaffingen die de aandeelhouder beslissende invloed geven op het bestuur van de vennootschap waaraan het kapitaal wordt verschaft. Dat is ook niet nodig, omdat buitenlandse directe investeringen die in deze categorie vallen niet worden beschermd door de vrijheid van kapitaalverkeer (zij vallen niet onder het begrip kapitaalverkeer, maar onder het begrip vestiging waarop investeerders uit derde landen geen beroep kunnen doen). Het recht van de Europese Unie verbiedt de lidstaten niet beperkingen op te leggen aan dergelijke kapitaalverschaffingen. Een lidstaat is, in het kader van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie, vrij dergelijke investeringen te onderwerpen aan *screening*. Wel is het mogelijk dat een lidstaat niet bevoegd is beperkingen op te leggen aan dergelijke investeringen omdat een bilateraal investeringsverdrag of een (op het niveau van de Europese Unie gesloten) multilateraal investeringsverdrag in de weg staat aan *screening* van dergelijke investeringen.^[10] Dit neemt overigens niet weg dat lidstaten de verordening wel kunnen gebruiken als raamwerk om ook buitenlandse investeringen die de aandeelhouder beslissende invloed geven op het bestuur van de vennootschap waaraan het kapitaal wordt verschaft aan *screening* te onderwerpen. Voor een lidstaat kan het *screenen* van dergelijke buitenlandse investeringen om redenen van de veiligheid of openbare orde immers net zo relevant (of zelfs relevanter) zijn dan het enkel *screenen* van buitenlandse directe investeringen die de aandeelhouder de mogelijkheid geven deel te nemen aan het bestuur van de vennootschap waaraan het kapitaal wordt verschaft.

Ten tweede: de screeningverordening richt zich wel tegen buitenlandse directe investeringen waarbij de aandeelhouder een duurzame directe betrekking vestigt of handhaaft met een vennootschap of de mogelijkheid heeft daadwerkelijk deel te nemen aan het beheer van of de zeggenschap over vennootschap. Dergelijke investeringen worden op zichzelf beschermd door de vrijheid van kapitaalverkeer die ook betrekking heeft op de verhouding tussen de lidstaten van de Europese Unie en derde landen, maar beperkingen daarvan zijn toelaatbaar om redenen van de veiligheid of openbare orde. De *Scientology*-uitspraak van de Europese Hof van Justitie stelt weliswaar grenzen aan de mogelijkheid van de lidstaten om dergelijke

investerings tegen te gaan, maar de screeningverordening lijkt voldoende kaders en waarborgen te bevatten die voorkomen dat screening van deze investeringen in strijd komt met het vrije verkeer van kapitaal.

Ten derde: de screeningverordening richt zich niet tegen kapitaalverschaffingen die de aandeelhouder aanhoudt als belegging zonder de intentie te hebben deel te nemen aan het bestuur van de vennootschap waaraan het kapitaal wordt verschaft (portfolio-investeringen). Lidstaten mogen portfolio-investeringen wel aan *screening* om redenen van de veiligheid of openbare orde onderwerpen, maar zullen daar waarschijnlijk weinig behoefte aan hebben.

5. Afronding

De screeningverordening geeft de lidstaten van de Europese Unie de mogelijkheid (niet de verplichting) screeningmechanismes voor het *screenen* van buitenlandse directe investeringen vast te stellen om redenen van de veiligheid of openbare orde op hun grondgebied. Deze screeningmechanismes beperken buitenlandse investeerders, dat zijn investeerders uit derde landen (landen die geen deel uitmaken van de Europese Unie), in hun mogelijkheden te investeren in lidstaten van de Europese Unie. Deze screeningmechanismes richten zich tegen kapitaalverschaffingen aan een ondernemer of een onderneming in een lidstaat, die plaatsvinden om een economische activiteit in die lidstaat uit te oefenen. De omschrijving van dergelijke buitenlandse directe investeringen in artikel 2 onder 1 van de screeningverordening geeft ruimte voor verschillende interpretaties. De kapitaalverschaffingen kunnen twee vormen aannemen. Dat zijn (1) het geval waarin de buitenlandse investeerder een duurzame directe betrekking vestigt of handhaaft tussen die investeerder en de ondernemer of onderneming in de lidstaat, en (2) het geval waarin de buitenlandse directe investering de buitenlandse investeerder de mogelijkheid geeft daadwerkelijk deel te nemen aan het beheer van of de zeggenschap over een onderneming die een economische activiteit uitoefent in de lidstaat. Het tweede geval roept interpretatievragen op die worden veroorzaakt door de verschillende taalversies van de screeningverordening. Het gaat hier met name om de vraag of de screeningverordening betrekking heeft op (alleen) de situatie waarin de buitenlandse directe investering de buitenlandse investeerder de mogelijkheid geeft om *de zeggenschap uit te oefenen over een onderneming*, of (breder) de mogelijkheid geeft om *deel te nemen aan het uitoefenen van de zeggenschap over een onderneming*. De tweede interpretatie is het meest aannemelijk. Het materiële toepassingsbereik van de screeningverordening, en dus het materiële toepassingsbereik van daarop gebaseerde nationale regelgeving, lijkt – gegeven de *Scientology*-uitspraak van het Europese Hof van Justitie – alleszins in overeenstemming met het recht van de Europese Unie.

Voetnoten

[1]

Cees de Groot is als universitair hoofddocent verbonden aan de afdeling Ondernemingsrecht van de Universiteit Leiden.

[2]

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 L79 I/1-14; eur-lex.europa.eu.

[3]

Over de concept-screeningverordening: B.J. de Jong, C.D.J. Bulten & E.J. Breukink, 'De conceptverordening voor screening van buitenlandse overnames en investeringen', *Ondernemingsrecht*, 2018/18. Over de screeningverordening: W.M. Kros, 'De Verordening inzake screening van overnames in de EU – de gevolgen voor de M&A-praktijk', *Onderneming en Financiering* 2019/3, p. 39-60; S.W. Schill, 'The European Union's Foreign Direct Investment Screening Paradox: Tightening Inward Investment Control to Further External Investment Liberalization', *Legal Issues of Economic Integration* 2019/2, p. 105-128 (dit artikel plaatst de screeningverordening in het perspectief van het buitenlandse economische beleid; vergelijk Y. Desmedt, E. Monard & K.P. Olsthoorn, 'De een zijn dood, de ander zijn brood: De handelsbeschermende maatregelen van president Trump en de mogelijke impact ervan voor het bedrijfsleven in de EU en Nederland', *Ondernemingsrecht*, 2019/26).

[4]

[Kamerstukken II, 2018/19, 35 153, nr. 2](#), Voorstel van wet tot wijziging van de Telecommunicatiewet met betrekking tot ongewenste zeggenschap in telecommunicatiepartijen (Wet ongewenste zeggenschap telecommunicatie). Daarover: E. Breukink, 'Het wetsvoorstel ongewenste zeggenschap telecommunicatie', *Maandblad voor Ondernemingsrecht* 2019/5-6, p. 171-178 (deze bijdrage gaat ook in op de screeningverordening); E. Breukink, 'Een investeringstoets voor vitale vennootschappen', *Maandblad voor Ondernemingsrecht* 2017/8-9, p. 177-183; C.D.J. Bulten, B.J. de Jong & E.J. Breukink, 'De wet voorkoming ongewenste zeggenschap telecom', *Ondernemingsrecht* 2018/17; M.J. van de Graaf & J.W.H. Lemmen, 'Het Wetsvoorstel Ongewenste Zeggenschap Telecommunicatie', *Bb* 2019/44; J. de Kok, 'Nationale veiligheid en buitenlandse investeringen', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2019/5-6, p. 149-157 (deze bijdrage gaat ook in op de screeningverordening); J. Nijland & C. de Groot, 'Nationale publieke belangen in de telecomsector afdoende beschermd tegen ongewenste zeggenschap?', *Maandblad voor Ondernemingsrecht* 2017/2, p. 36-44; P.W.M. van Slobbe, 'Overnamegevechten, ongewenste investeerders en vitale vennootschappen. Is een investeringstoets ter waarborging van "het algemeen belang" wenselijk?', *Maandblad voor Ondernemingsrecht* 2016/7, p. 169-179; T.M. Stevens, 'Investeringstoets telecommunicatie', *Ondernemingsrecht* 2019/85.

[5]

Vergelijk voor dit (soms fluïde) onderscheid: C. Bulten, B. de Jong, E.-J. Breukink & A. Jettinghoff, *Vitale vennootschappen in veilige handen. Een wetenschappelijk onderzoek in opdracht van het WODC naar de wijze waarop (buitenlands) aandeelhouderschap gevolgen kan hebben voor de nationale veiligheid* (kenmerk WODC: 2609/666613/15), 2017, p. 11, 150-151; www.wodc.nl.

[6]

Vergelijk P.J. Kuijper & F. Amtenbrink *et al.*(red.), *The Law of the European Union*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International BV 2018, p. 576; R. Schütze, *European Union Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, p. 692-695.

[7]

Vergelijk *Vitale vennootschappen in veilige handen*, p. 152-153.

[8]

Fourth edition 2008; www.oecd.org.

[9]

Vergelijk P.J. Kuijper & F. Amtenbrink *et al.* (red.), *The Law of the European Union*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International BV 2018, p. 583.

[10]

Vergelijk T.A. Keijzer & O. Oost, 'De invloed van Europese FTA's op het Nederlandse ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht*, 2017/58; *Vitale vennootschappen in veilige handen*, p. 147-149.