



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Screening van buitenlandse investeringen vanuit Nederlands perspectief

Koster, H.; Buuren, M.P.P. van

### Citation

Koster, H. (2023). Screening van buitenlandse investeringen vanuit Nederlands perspectief. In M. P. P. van Buuren (Ed.), *Bedrijfsovername* (pp. 279-292). Deventer: Wolters Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3728456>

Version: Accepted Manuscript

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3728456>

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

# Screening van buitenlandse investeringen vanuit Nederlands perspectief

Harold Koster<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Binnen Europa wordt erkend dat het open investeringsklimaat veel voordelen heeft, maar dat er ook specifieke risico's aan kleven, zoals geopolitieke en nationale veiligheidsbelangen die kunnen spelen bij buitenlandse overnames en investeringen. Dat heeft onder meer geleid tot de opkomst van investeringstoetsen om buitenlandse directe investeringen te screenen.<sup>2</sup> Zo is op 19 maart 2019 een EU-verordening op dit terrein aangenomen (Screeningsverordening).<sup>3</sup> Deze verordening biedt een kader voor screening van buitenlandse directe investeringen. De Screeningsverordening heeft in Nederland geleid tot de Uitvoeringswet screeningsverordening buitenlandse directe investeringen, die op 4 december 2020 in werking is getreden. De Screeningsverordening laat ruimte voor een (nadere) invulling op nationaal niveau.<sup>4</sup> In Nederland is daar gebruik van gemaakt met de introductie van de Wet veiligheidstoets investeringen, fusies en overnames (Wet Vifo).<sup>5</sup> Voorts kende Nederland al enkele sectorspecifieke investeringstoetsen waaronder de screening op basis van de Wet ongewenste zeggenschap telecommunicatie.<sup>6</sup> In de afgelopen 5 jaar zijn er verschillende

---

<sup>1</sup> Verbonden aan de afdeling ondernemingsrecht Universiteit Leiden.

<sup>2</sup> Een andere toegepaste methode is directe betrokkenheid. Een voorbeeld is de interventie van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, waarbij de Nederlandse overheid – naast investeringen door een Nederlands consortium – een bedrag van € 20 miljoen beschikbaar heeft gesteld aan de Nederlandse onderneming Smart Photonics. Er was volgens de staatssecretaris belangstelling van buitenlandse investeerders in het bedrijf. De overheidsinvestering is gedaan om 'te waarborgen dat dit bedrijf en het ecosysteem voor geïntegreerde fotonica behouden blijft voor Nederland (...)'. Zie de brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 29 juni 2020, *Kamerstukken II* 2019/20, 33009, nr. 92.

<sup>3</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 Europese Unie (PbEU 2019, L 79).

<sup>4</sup> Zie de preambule overwegingen 17 en 22 en art. 1 lid 3 Screeningsverordening.

<sup>5</sup> De parlementaire behandeling is voorafgegaan door een consultatie. Zie hiervoor het op 8 september 2020 ter consultatie gepubliceerde ontwerp-wetsvoorstel Wet toetsing economie en nationale veiligheid. Zie hierover J. Nijland, Juridisch kader voor investeringstoetsen en voorstel Wet toetsing economie en nationale veiligheid, *Ondernemingsrecht* 2021/8 en B.J. de Jong, Naar een brede investeringstoets? Het consultatiedocument Wet toetsing economie en nationale veiligheid, *Ondernemingsrecht* 2021/9.

<sup>6</sup> Andere specifieke investeringstoetsen zijn gebaseerd op de Elektriciteitswet 1998, de Gaswet en de Wet op het financieel toezicht. Voorts is er een screening van bepaalde investeringen in de defensiesector. Deze laatste ziet op ondernemingen die een opdracht hebben van het Ministerie van Defensie die onder de Algemene Beveiligingsvoorschriften Defensie Opdrachten 2019 valt en waarvoor bij gunning van het contract autorisatie is vereist. Is dat het geval, dan is bij een zeggenschapswijziging een melding vereist. Na de melding zal de directeur van de MIVD de leverancier binnen vier weken informeren of er beveiligingsbezwaren zijn. De directeur kan de verstrekte autorisatie schorsen.

onderzoeken op grond van verschillende sectorale investeringstoetsen uitgevoerd. Over de periode 2018 tot en met september 2022 zijn in totaal drieëntwintig onderzoeken afgerond. Geen enkel onderzoek heeft overigens tot nu toe geleid tot een verbod.<sup>7</sup> In deze bijdrage bespreek ik deze regelingen op het terrein van screening van buitenlandse investeringen vanuit Nederlands perspectief.<sup>8</sup>

## 2. Wet ongewenste zeggenschap telecommunicatie

Op 1 oktober 2020 is de Wet ongewenste zeggenschap telecommunicatie in werking getreden.<sup>9</sup> Deze wet geeft de Minister van Economische Zaken en Klimaat de bevoegdheid het verkrijgen of houden van overwegende zeggenschap in een telecommunicatiepartij te verbieden indien het verkrijgen of houden van deze zeggenschap naar zijn oordeel leidt tot een bedreiging van het publiek belang. In de wet is vastgelegd dat in bepaalde situaties een melding gedaan dient te worden, en dat de minister binnen acht weken na ontvangst van de melding beslist of een verbod wordt opgelegd. Indien nader onderzoek nodig is, kan de minister de termijn verlengen met zes maanden.

Van een bedreiging van het publiek belang kan slechts sprake zijn als de overwegende zeggenschap leidt tot relevante invloed in de telecommunicatiesector. Van een telecommunicatiepartij is sprake bij een bijkantoor of een in Nederland gevestigde rechtspersoon, eenmanszaak of vennootschap, die een aanbieder of een houder van overwegende zeggenschap is in een aanbieder is van: i) een elektronisch communicatienetwerk of -dienst; ii) een hostingdienst, internetknooppunt, vertrouwensdienst of datacenter, met uitzondering van datacenters uitsluitend of hoofdzakelijk voor eigen gebruik; of iii) een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen categorie netwerken of diensten. Van overwegende zeggenschap is sprake indien de houder of verkrijger van die

---

<sup>7</sup> Dit blijkt uit een brief van de Minister van Economische Zaken en Klimaat aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Zie *Kamerstukken II* 2022/23, 35135, nr. 29, p. 1-3.

<sup>8</sup> Deze bijdrage is deels gebaseerd op en bouwt voort op: H. Koster, *Investeringstoetsing door de Wet veiligheidstoets investeringen, fusies en overnames*, *O&F* 2023/1.

<sup>9</sup> Wet van 20 mei 2020 tot wijziging van de Telecommunicatiewet met betrekking tot ongewenste zeggenschap in telecommunicatiepartijen, *Stb.* 2020, 165. Zie hierover ook J. de Kok, *Nationale veiligheid en buitenlandse investeringen*, *NtER* 2019, afl. 5/6; K. Berg, *Wet ongewenste zeggenschap telecommunicatie – een analyse*, *Mediaforum* 2019-5; T.M. Stevens, *Investeringstoets Telecommunicatie*, *Ondernemingsrecht* 2019/85; E. Breukink, *Het wetsvoorstel ongewenste zeggenschap telecommunicatie*, *MvO* 2019/5-6; en T.A.B. van Breugel, S.A.C.M. Lavrijssen en L. Hancher, *De investeringstoets in vitale infrastructuren: laatste redmiddel of reden tot zorg?*, *M&M* 2019/6.

zeggenschap na de verkrijging: a. alleen of tezamen met personen met wie in onderling overleg wordt gehandeld, rechtstreeks of middellijk over ten minste dertig procent van de stemmen in de algemene vergadering van een rechtspersoon beschikt; b. al dan niet krachtens overeenkomst met anderen, alleen of samen met personen met wie in onderling overleg wordt gehandeld, meer dan de helft van de bestuurders of van de commissarissen van een rechtspersoon kan benoemen of ontslaan, ook indien alle stemgerechtigden stemmen; c. beschikt over een of meer aandelen met een bijzonder statutair recht inzake de zeggenschap; d. beschikt over een bijkantoor, zijnde een telecommunicatiepartij; e. als vennoot volledig jegens schuldeisers aansprakelijk wordt voor de schulden van de onder eigen naam optredende vennootschap; of f. eigenaar is van een eenmanszaak. Deze limitatieve afbakening roept de vraag op of niet beter aangesloten had kunnen worden bij de meer open invulling van het zeggenschapsbegrip van art. 26 Mw. Daar wordt onder zeggenschap verstaan de mogelijkheid om op grond van feitelijke of juridische omstandigheden een beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van een onderneming. Het had ook meer uniformiteit opgeleverd.

Van een bedreiging van het publiek belang kan slechts sprake zijn als de overwegende zeggenschap leidt tot relevante invloed in de telecommunicatiesector en: i) de verkrijger of houder een ongewenst persoon is of een staat, entiteit of persoon is waarvan bekend is of waarvoor gronden zijn te vermoeden dat deze de intentie heeft een telecommunicatiepartij te beïnvloeden om misbruik of opzettelijke uitval mogelijk te maken, ii) de verkrijger of houder nauwe banden heeft met of onder invloed staat van een staat, entiteit of persoon als bedoeld onder i, dan wel een persoon is ten aanzien van wie er gronden zijn om dergelijke banden of invloed te vermoeden; iii) de verkrijger of houder een zodanige staat van dienst heeft dat hierdoor het risico, dat de gevolgen in art. 14a.4 lid 3 sub a t/m d Telecommunicatiewet genoemd zich zullen voordoen, aanzienlijk wordt vergroot; iv) d. de identiteit van de werkelijke houder of verkrijger niet kan worden vastgesteld; of v) e. de verkrijger of houder niet of onvoldoende meewerkt aan het onderzoek naar de omstandigheden onder i tot en met iv.

Relevante invloed in de telecommunicatiesector is gedefinieerd als indien misbruik of opzettelijke uitval van de telecommunicatiepartij, en eventuele andere telecommunicatiepartijen waarin de houder of verkrijger of de groep waarvan de houder of verkrijger deel uitmaakt overwegende zeggenschap houdt of verkrijgt, kan leiden tot:

a. een onrechtmatige inbreuk op de vertrouwelijkheid van de communicatie, danwel een onderbreking van de internettoegangsdienst of telefoondienst van meer dan een bij algemene maatregel van bestuur te bepalen aantal eindgebruikers; b. een onderbreking van de beschikbaarheid of verificatie van bij algemene maatregel van bestuur genoemde diensten en toepassingen die worden geleverd via het internet voor zover die diensten een bij die algemene maatregel van bestuur te bepalen drempelwaarde overschrijden; c. een onderbreking van de beschikbaarheid, betrouwbaarheid of vertrouwelijkheid van een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen product of dienst ten behoeve van een publieke taak op het gebied van nationale veiligheid, defensie, de handhaving van de rechtsorde dan wel hulpverlening; d. een onrechtmatige inbreuk of onderbreking als bedoeld in de onderdelen a of b met betrekking tot een combinatie van diensten en toepassingen als bedoeld in die onderdelen die tezamen een bij die algemene maatregel van bestuur gestelde drempelwaarde overschrijden; e. andere bij algemene maatregel van bestuur genoemde ernstige gevolgen met betrekking tot de continuïteit van dienstverlening door een telecommunicatiepartij dan wel de vertrouwelijkheid van communicatie. Dit is inmiddels uitgewerkt in het Besluit ongewenste zeggenschap telecommunicatie.

Ten slotte, als overwegende zeggenschap wordt verkregen in strijd met een opgelegd verbod, dan is de overdracht nietig, behalve als aandelen via de beurs zijn verkregen. Als de overdracht wordt verboden, dan kan deze dus geen doorgang vinden. Een eventueel al overgemaakte koopprijs is dan onverschuldigd betaald. Bij een beursvennootschap geldt een afbouwverplichting voor de koper.

### **3. Screeningsverordening en de Uitvoeringswet**

De Screeningsverordening is op 19 maart 2019 aangenomen en biedt een Europees kader voor screening van buitenlandse directe investeringen.<sup>10</sup> De Screeningsverordening is in werking getreden op 11 oktober 2020.<sup>11</sup> De Screeningsverordening bevat een kader voor de lidstaten voor de handhaving, wijziging of invoering van een screeningsmechanisme. Screening kan

---

<sup>10</sup> Zie over de Screeningsverordening ook W.M. Kros, De Verordening inzake screening van overnames in de EU – de gevolgen voor de M&A-praktijk, *O&F* 2019, afl. 3, p. 39-60, B. Natens & S. de Knop, Het ontluikend Europees recht over buitenlandse directe investeringen, *SEW* 2022/20 en A. Looijestijn-Clearie, Koorddansens tussen bescherming van vitale belangen en protectionisme: screening van buitenlandse directe investeringen in de EU, *SEW* 2022/21.

<sup>11</sup> Er gold een overgangperiode van achttien maanden. Het samenwerkingsmechanisme mag niet van toepassing zijn op buitenlandse directe investeringen die zijn voltooid vóór 10 april 2019. Zie de preambule overweging 21.

om redenen van veiligheid of openbare orde.<sup>12</sup> De nadere invulling van eventuele screeningsmechanismen wordt aan de lidstaten overgelaten en de Screeningsverordening bevat voorts geen verplichting voor lidstaten tot het instellen of aanpassen van een screeningsregeling. Het besluit om een screeningsmechanisme in te voeren of een bepaalde buitenlandse directe investering te screenen, is voorbehouden aan de lidstaten.<sup>13</sup>

Vertrouwelijke informatie die ter beschikking wordt gesteld aan de lidstaat die de screening uitvoert, moet beschermd blijven en er moet een beroep ingesteld kunnen worden tegen het screeningsbesluit.<sup>14</sup> Voorts regelt de Screeningsverordening de (verplichte) samenwerking voor informatie-uitwisseling tussen de lidstaten onderling en ook met de Commissie.<sup>15</sup> De verordening bevat daartoe een samenwerkingsmechanisme tussen lidstaten en de Europese Commissie om bepaalde informatie over overnames of investeringen uit derde landen die een risico vormen voor de openbare orde van een lidstaat uit te wisselen. Vindt screening plaats door een lidstaat van een buitenlandse directe investering, dan dient die lidstaat actief informatie te verschaffen aan de Europese Commissie en de andere lidstaten. Het betreft informatie over onder meer de eigendomsstructuur, de waarde van de investering, de activiteiten van de doelonderneming, de betrokken lidstaten waarin wordt geïnvesteerd, en de financiering van de investering. Naar aanleiding van verkregen informatie kan de Europese Commissie dan adviezen uitbrengen en de lidstaten hebben de mogelijkheid om opmerkingen te maken bij een beslissing door een andere lidstaat om een buitenlandse directe investering te screenen. Een lidstaat is overigens niet gehouden inlichtingen te verstrekken indien de openbaarmaking strijdig zou zijn met de wezenlijke belangen van veiligheid van de lidstaat.

De Screeningsverordening heeft in Nederland geleid tot de Uitvoeringswet screeningsverordening buitenlandse directe investeringen, die op 4 december 2020 in werking is getreden. De Uitvoeringswet bevat vooral regels over de uitvoering van het verplichte samenwerkingsmechanisme en bepaalt dat de Minister van Economische Zaken en Klimaat het contactpunt is voor de uitwisseling van informatie met andere lidstaten.

#### **4. Wet Vifo**

---

<sup>12</sup> Zie art. 3 lid 1 Screeningsverordening.

<sup>13</sup> Zie de preambule overwegingen 8 en 22 en art. 1 lid 3 Screeningsverordening.

<sup>14</sup> Zie art. 3 lid 4 en 5 en art. 10 Screeningsverordening.

<sup>15</sup> Zie art. 6 Screeningsverordening.

#### **4.1 Algemeen**

De Screeningsverordening laat ruimte voor een (nadere) invulling op nationaal niveau.<sup>16</sup> In Nederland is daar gebruik van gemaakt met de introductie van de Wet veiligheidstoets investeringen, fusies en overnames (Wet Vifo).<sup>17</sup> Met deze wet beoogt de Nederlandse regering de bescherming van de nationale veiligheid beter te waarborgen, zo blijkt uit de memorie van toelichting, ‘door een toets in te voeren op verwervingsactiviteiten die leiden tot wijzigingen in de zeggenschap over vitale aanbieders of tot wijzigingen in de zeggenschap over, of verkrijging dan wel vergroting van significante invloed op, ondernemingen die beschikken over sensitieve technologie’.<sup>18</sup> Later is daar als doelonderneming aan toegevoegd de beheerder van een bedrijfspampus.<sup>19</sup> De Wet Vifo heeft (deels) terugwerkende kracht tot 8 september 2020<sup>20</sup> en gaat naar verwachting in op 1 juli 2023.<sup>21</sup>

De Wet Vifo beoogt twee zaken te reguleren.<sup>22</sup> Ten eerste, in samenhang met al bestaande sectorale investeringstoetsen, betreft het de invoering van een stelsel van toetsing van wijzigingen van zeggenschap en invloed. Daarnaast, ten tweede, en in samenhang met het eerste punt, gaat het om vastlegging van een brede toets die dient als een vangnet voor wijzigingen van zeggenschap en invloed die niet of niet voldoende door de al bestaande sectorspecifieke wetgeving zijn of kunnen worden afgedekt.<sup>23</sup> De vraag welke regeling in een bepaald geval geldt, zal nog weleens tot discussie leiden, zo verwacht ik.

Bij de vormgeving van de wettelijke regeling is ernaar gestreefd om de proportionaliteit en effectiviteit van het toetsingskader te waarborgen. Daartoe is een aantal uitgangspunten toegepast. Een eerste uitgangspunt is dat het beheersen van risico’s voor de nationale veiligheid als enige aangrijpingspunt geldt voor het toepassen van de wettelijke regeling. Een

---

<sup>16</sup> Zie de preambule overwegingen 17 en 22 en art. 1 lid 3 Screeningsverordening.

<sup>17</sup> De Eerste Kamer heeft het voorstel op 17 mei 2022 als hamerstuk afgedaan. De Wet Vifo kan in werking treden na de totstandkoming van een tweetal algemene maatregelen van bestuur (amvb’s) en een ministeriële regeling. Het gaat om een toepassingsbereik-amvb, die onder meer nader bepaalt welke sensitieve technologieën onder de reikwijdte van de Wet Vifo worden gebracht. Daarnaast gaat het om een technisch-juridische amvb, die onder meer voorschrijft hoe transacties gemeld dienen te worden voor een veiligheidstoets en regels bevat rondom gegevensuitwisseling en bewaartermijnen.

<sup>18</sup> *Kamerstukken II 2020/21*, 35880, nr. 3, p. 2.

<sup>19</sup> Deze doelonderneming is toegevoegd als gevolg van de bekritiseerde overname van High Tech Campus Eindhoven door het Singaporese staatsfonds GIC44.

<sup>20</sup> Zie art. 59 Wet Vifo.

<sup>21</sup> Zie <https://ondernemersplein.kvk.nl/overheid-toetst-investeringen-met-risico-voor-nationale-veiligheid/>.

<sup>22</sup> *Kamerstukken II 2020/21*, 35880, nr. 3, p. 2.

<sup>23</sup> *Kamerstukken II 2020/21*, 35880, nr. 3, p. 2-3.

tweede uitgangspunt behelst dat bij toepassing van de wettelijke regeling de gevolgen voor het investeringsklimaat zo beperkt mogelijk dienen te blijven. Het gaat erom de minst ingrijpende maatregel(en) om een risico beheersbaar te maken, toe te passen. Het derde uitgangspunt ziet op transparantie. Het moet voor ondernemingen duidelijk zijn waarvoor een meldplicht geldt, welke beoordelingscriteria gelden en welke maatregelen toegestaan zijn. Investerings zijn daarbij niet de enige verwervingsactiviteiten die kunnen leiden tot verandering van zeggenschap en invloed.

Het begrip nationale veiligheid is in art. 1 Wet Vifo mede vormgegeven door te verwijzen naar de invulling van nationale veiligheid in EU-regelgeving. Daarvoor is aangesloten bij de omschrijving van het begrip nationale veiligheid in verschillende artikelen uit het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) om aan te geven met welk doel voorwaarden aan de uitvoering van een activiteit mogen worden verbonden of een verbod mag worden opgelegd.<sup>24</sup> Dit is mede gedaan om te verzekeren dat de beperkingen op het vrij verkeer van kapitaal, goederen en diensten die de Wet Vifo veroorzaakt, uitsluitend worden opgelegd met een volgens het VEU en VWEU gerechtvaardigd doel. Daarnaast is aansluiting gezocht bij bestaande nationale Nederlandse wetgeving. Daarvoor is gekeken naar de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017 en naar de Nationale Veiligheid Strategie.<sup>25</sup> Het moet hierbij gaan om bescherming van de belangen die binnen Nederland wezenlijk zijn voor het voortbestaan van de democratische rechtsorde, voor de veiligheid of voor andere gewichtige belangen van de Staat, of voor de instandhouding van de maatschappelijke stabiliteit, voor zover die zien op het raakvlak tussen economie en veiligheid. Dit laatste ziet op (1) de instandhouding van de continuïteit van vitale processen, (2) het behoud van de integriteit en exclusiviteit van kennis en informatie met kritieke of strategische betekenis voor Nederland, of (3) het voorkomen van ongewenste strategische afhankelijkheden van Nederland van andere landen.<sup>26</sup> Het roept de belangrijke vraag op in hoeverre economische veiligheid hieronder kan worden geplaatst. Dit aspect zal, zo verwacht ik, nog wel de nodige aandacht krijgen.

---

<sup>24</sup> Het betreft nationale veiligheid als bedoeld in art. 4 lid 2 VEU, openbare veiligheid als bedoeld in art. 45 lid 3, 52 lid 1 en 65 lid 1 onder b VWEU, en de wezenlijke belangen van de veiligheid van de staat als bedoeld in art. 346 lid 1 onder a VWEU.

<sup>25</sup> *Kamerstukken II 2020/21*, 35880, nr. 3, p. 63-64.

<sup>26</sup> Zie ook *Kamerstukken II 2020/21*, 35880, nr. 3, p. 6 en art. 1 Wet Vifo.

Het ontstaan van ongewenste strategische afhankelijkheden ziet onder meer op een verwervingsactiviteit die ertoe kan leiden dat Nederland op enig moment door een ander land (politiek) onder druk kan worden gezet, waarbij belangen als de democratische rechtsorde kunnen worden ondermijnd of een vitaal proces ontregeld kan raken.<sup>27</sup> Een voorbeeld betreft de stevige concurrentie tussen staten tijdens de covidcrisis om toegang tot mogelijke vaccins tegen het coronavirus te verkrijgen.<sup>28</sup> Bij aantasting van de continuïteit van vitale processen gaat het om processen die zo essentieel zijn voor de Nederlandse samenleving dat uitval of verstoring tot ernstige maatschappelijke ontwrichting leidt en een bedreiging vormt voor de nationale veiligheid.<sup>29</sup> Voorbeelden hiervan zijn de elektriciteitsvoorziening, toegang tot internet, drinkwatervoorziening en het betalingsverkeer.<sup>30</sup> Dergelijke verwervers hebben mogelijk na de verwerving toegang tot gevoelige informatie en kunnen die aanwenden om het vitale proces te verstoren of te delen met anderen die het vitale proces willen verstoren. Het risico op aantasting van de integriteit en exclusiviteit van kennis en informatie ziet op kennis over vitale processen of sensitieve technologieën die in ongewenste handen de nationale veiligheid in gevaar kan brengen.<sup>31</sup> Gedacht kan worden aan informatie over de beveiliging en inrichting van ICT-systemen van vitale processen of vertrouwelijke informatie van klanten van vitale aanbieders.<sup>32</sup>

#### ***4.2 Reikwijdte van de Wet Vifo***

De kern van de wettelijke regeling behelst een ex-antetoetsing van bepaalde gedefinieerde verwervingsactiviteiten ten aanzien van een specifiek afgebakende groep van doelondernemingen. De wettelijke regeling is van toepassing op de hierna omschreven verwervingsactiviteiten, indien zij betrekking hebben op een doelonderneming die een vitale aanbieder of beheerder van een bedrijfscampus is of een onderneming is die actief is op het gebied van sensitieve technologie. Wat daarbij onder actief moet worden verstaan, is nog niet geheel duidelijk. Een vitale aanbieder is een onderneming die een dienst exploiteert, beheert of beschikbaar stelt waarvan de continuïteit van vitaal belang is voor de Nederlandse samenleving.<sup>33</sup> In art. 7 Wet Vifo is nader omschreven welke ondernemingen vitale

---

<sup>27</sup> *Kamerstukken II 2020/21*, 35880, nr. 3, p. 6.

<sup>28</sup> *Kamerstukken II 2020/21*, 35880, nr. 3, p. 6-7.

<sup>29</sup> *Kamerstukken II 2020/21*, 35880, nr. 3, p. 7.

<sup>30</sup> *Kamerstukken II 2020/21*, 35880, nr. 3, p. 7.

<sup>31</sup> *Kamerstukken II 2020/21*, 35880, nr. 3, p. 7.

<sup>32</sup> *Kamerstukken II 2020/21*, 35880, nr. 3, p. 7.

<sup>33</sup> Art. 1 Wet Vifo.

aanbieders zijn.<sup>34</sup> Het betreft onder meer ondernemingen op het terrein van transport van warmte, kernenergie, luchtvervoer, scheepvaartafwikkeling en de infrastructuur voor de financiële markt. Andere categorieën vitale aanbieders kunnen bij algemene maatregel van bestuur worden aangewezen, waarna dit vervolgens in wetgeving omgezet dient te worden.<sup>35</sup>

Van sensitieve technologie is sprake indien het gaat om *dual use*-producten (goederen die voor civiele en militaire doeleinden kunnen worden gebruikt) waarvan de uitvoer aan vergunning is onderworpen, en militaire goederen die zijn opgenomen in de ‘EU-lijst van militaire goederen’.<sup>36</sup> Bij algemene maatregel van bestuur kunnen andere technologieën worden aangewezen als sensitieve technologie. Dit kan slechts indien (1) deze van essentieel belang kunnen zijn voor het functioneren van defensie, opsporings-, inlichtingen- en veiligheidsdiensten bij de uitoefening van hun taken, (2) de beschikbaarheid en aanwezigheid van deze technologieën binnen Nederland of zijn bondgenoten essentieel is om onaanvaardbare risico’s voor de verkrijgbaarheid van bepaalde essentiële producten of voorzieningen te voorkomen, of (3) deze worden gekenmerkt door een breed toepassingsbereik binnen verschillende vitale processen of processen die raken aan de nationale veiligheid. De beheerder van een bedrijfscampus is een onderneming die een terrein beheert waarop een verzameling van ondernemingen actief is en waar publiek-privaat wordt samengewerkt aan technologieën en toepassingen die van economisch en strategisch belang zijn voor Nederland. Is de doelonderneming geen vitale aanbieder, beheerder van een bedrijfscampus of een onderneming die actief is op het gebied van sensitieve technologie, dan is de Wet Vifo niet van toepassing.

De Wet Vifo ziet ten eerste op investeringen in een doelonderneming door een verwerver die leiden tot het verkrijgen van zeggenschap in die onderneming, en ten tweede op het fuseren

---

<sup>34</sup> Voor de bepaling van de definitie van ‘vitale aanbieder’ is zo veel mogelijk aangesloten bij de Wet beveiliging netwerk- en informatiesystemen, waar dit begrip ook in voorkomt.

<sup>35</sup> De voordracht voor deze amvb wordt niet eerder gedaan dan vier weken nadat het ontwerp aan de beide Kamers der Staten-Generaal is overgelegd. Na de plaatsing in het Staatsblad van vastgestelde amvb wordt een voorstel van wet tot regeling van het betrokken onderwerp zo spoedig mogelijk bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal ingediend. Indien het voorstel wordt ingetrokken of indien een van de beide Kamers der Staten-Generaal besluit het voorstel niet aan te nemen, wordt de amvb onverwijld ingetrokken. Wordt het voorstel tot wet verheven, dan wordt de amvb ingetrokken op het tijdstip van inwerkingtreding van die wet.

<sup>36</sup> Volgens art. 8 lid 1 Wet Vifo gaat het om producten voor tweërlei gebruik waarvan de uitvoer vergunningsplichtig is op grond van art. 3 lid 1 Verordening (EU) 2021/821 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2021 tot instelling van een Unieregeling voor controle op de uitvoer, de tussenhandel, de technische bijstand, de doorvoer en de overbrenging van producten voor tweërlei gebruik (PbEU 2021, L 206), en militaire goederen als bedoeld in art. 2 Uitvoeringsregeling strategische goederen 2012.

van twee of meer voorheen van elkaar onafhankelijke ondernemingen tot een doelonderneming. Het gaat ook, ten derde, om het tot stand brengen van een gemeenschappelijke onderneming die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult, indien deze onderneming een doelonderneming zal zijn, evenals, ten vierde, om de splitsing van een onderneming, indien (1) de onderneming die gesplitst wordt een onderneming is die een vitale aanbieder of beheerder van een bedrijfscampus is of op het gebied van sensitieve technologie actief is, en (2) de splitsing gepaard gaat met een verkrijging van de zeggenschap in de onderneming die na de splitsing een doelonderneming is. Voorts gaat het, ten vijfde, om het verwerven van een deel van de vermogensbestanddelen van een doelonderneming, indien deze essentieel zijn voor het kunnen functioneren als vitale aanbieder of beheerder van een bedrijfscampus of als onderneming op het gebied van sensitieve technologie en, ten zesde, om andere rechtshandelingen dan hiervoor omschreven die tot gevolg hebben dat een of meer personen, of een of meer ondernemingen, zeggenschap verwerven in een doelonderneming. Als laatste betreft het de (andere) verkrijging van goederen als bedoeld in art. 1 van Boek 3 Burgerlijk Wetboek (BW) onder algemene titel van een doelonderneming, zoals door erfopvolging en boedelmenging.

Voor de invulling van zeggenschap wordt aangesloten bij de invulling in art. 26 Mededingingswet. Van zeggenschap is aldus sprake als de verwerver de mogelijkheid heeft om op grond van feitelijke of juridische omstandigheden een beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van een doelonderneming.<sup>37</sup> Het ziet onder andere ook op overeenkomsten waaraan stemrecht of andere vormen van beslissende invloed ontleend kunnen worden, of op zeggenschap door absenteïsme.<sup>38</sup> Naast zeggenschap kan ook voor daartoe aangewezen doelondernemingen die actief zijn op het gebied van specifieke sensitieve technologieën tot toetsing worden overgegaan wanneer een bepaalde mate van invloed op deze onderneming door een verwervingsactiviteit wordt gerealiseerd, zonder dat reeds sprake is van zeggenschap. De toetsingsdrempel wordt in een algemene maatregel van bestuur nader ingevuld per aangewezen categorie van doelondernemingen en onder meer bepaald op een percentage van de stemmen in de algemene vergadering van een doelonderneming. Dit percentage wordt significante invloed genoemd. Van significante invloed is sprake ingeval een persoon minimaal 10, 20 of 25 procent van de stemmen in de

---

<sup>37</sup> *Kamerstukken II 2020/21*, 35880, nr. 3, p. 33.

<sup>38</sup> *Kamerstukken II 2020/21*, 35880, nr. 3, p. 34.

algemene vergadering van aandeelhouders in een doelonderneming uit kan (laten) brengen, of daarover afspraken zijn gemaakt met aandeelhouders, of de mogelijkheid heeft om de doelonderneming een of meer bestuurders te laten benoemen of ontslaan. Er is een aantal drempels om rekening te kunnen houden met verschillen tussen categorieën doelondernemingen die actief zijn op het gebied van sensitieve technologie en waarbij significante invloed aan de orde kan zijn.

Is sprake van een onderneming die zelfstandig beslist om haar activiteiten in Nederland te beëindigen of naar een ander land te verplaatsen, zonder dat er sprake is van een verwervingsactiviteit, dan is de Wet Vifo niet van toepassing. De vraag is of dit tot ‘misbruik’ gaat leiden. In de Wet Vifo is verder ook de verhouding tot andere sectorale investeringstoetsen geregeld, opdat duidelijk zou zijn in welke gevallen de Wet Vifo van toepassing is of sprake is van een sectorale investeringstoets.<sup>39</sup>

#### **4.3 De procedure van de Wet Vifo**

De toetsing houdt in dat er voorafgaand aan het afronden van een verwervingsactiviteit een melding gedaan moet worden bij de Minister van Economische Zaken en Klimaat (hierna: Minister), die een risicoanalyse laat uitvoeren naar aanleiding van de melding. De beoordeling van de melding vindt plaats in overeenstemming met de Minister van Justitie en Veiligheid en, indien van toepassing, de relevante vakminister(s). De meldingsplichtige zal daarbij bepaalde informatie moeten verschaffen. De verwerving is verboden totdat er een toetsingsbesluit is genomen of er een mededeling is gedaan dat er geen toetsingsbesluit nodig is (zie hierna). De wettelijke regeling is landenneutraal, aangezien de herkomst van een verwerver niet van belang is. Doorslaggevend is de aard van de doelonderneming. Deze bepaalt of de verwervingsactiviteit gemeld moet worden. De meldplicht geldt zowel voor de doelonderneming als voor de verwerver, omdat zij beide betrokken partijen zijn bij de voorgenomen activiteit en beide over relevante informatie beschikken voor de toetsing van de te melden activiteit. In het algemeen zal dat doorgaans gezamenlijk of in onderling overleg geschieden. Bij overtreding van de meldplicht en de daaraan verbonden noodzakelijke voorafgaande toetsing kan een bestuurlijke boete worden opgelegd.

---

<sup>39</sup> Zie art. 5 Wet Vifo.

Op basis van de melding krijgen de meldingsplichtigen een mededeling van de Minister. Er zijn dan twee mogelijkheden. Deze kan ten eerste luiden dat er geen toetsingsbesluit vereist is en dat de verwerving uitgevoerd kan worden. Ten tweede kan deze inhouden dat de meldingsplichtige een aanvraag dient te doen voor een toetsingsbesluit, omdat de verwervingsactiviteit kan leiden tot een risico voor de nationale veiligheid. De Minister beoordeelt aan de hand van bepaalde factoren of er sprake is van een dergelijk risico. Bepaalde factoren zijn op alle verwervingsactiviteiten van toepassing, zoals de mate van transparantie van de eigendomsstructuur bij de verwerper. Daarnaast zijn er ook factoren die alleen gelden als de verwerving gericht is op een vitale aanbieder, zoals of de verwerper geen goede staat van dienst heeft inzake de exploitatie of het beheer van het relevante proces waarvan de continuïteit van vitaal belang is voor de Nederlandse samenleving of de naleving van wettelijke voorschriften ten aanzien hiervan. Voorts zijn er factoren die gelden als het een verwerving betreft gericht op een onderneming actief op het terrein van sensitieve technologie. Onder meer wordt rekening gehouden met de factor of de verwerper geen goede staat van dienst heeft inzake de beveiliging, de verhandeling of het gebruik van sensitieve technologie en de naleving van de toepasselijke wettelijke voorschriften inzake beveiliging, rubricering of exportcontrole. Een andere factor waarmee rekening wordt gehouden, is onder andere of de verwerper ingezetene is van, het hoofdbestuur van de verwerper gevestigd is in, of een verwerper onder invloed is van een staat waarvan bekend is of waarvoor gronden zijn te vermoeden dat deze geen of een ontoereikende of niet-transparante scheiding heeft tussen civiele en militaire onderzoeks- en ontwikkelingsprogramma's. Ook wordt rekening gehouden met de factor of de verwerper motieven heeft voor het uitvoeren van de verwervingsactiviteit die niet behoren tot gebruikelijke bedrijfseconomische motieven, waarbij een dergelijk motief in ieder geval is het verkrijgen van toegang tot de sensitieve technologie voor andere doeleinden dan enkel commerciële exploitatie.

De termijn voor het doen van een mededeling dat een toetsingsbesluit vereist is, bedraagt acht weken na ontvangst van een melding. Is nader onderzoek nodig, dan kan die termijn verlengd worden met een redelijke termijn, maar maximaal met zes maanden. Voor de daaropvolgende fase, waarin een aanvraag voor een toetsingsbesluit wordt behandeld, geldt een termijn van acht weken voor het nemen van een besluit, gerekend vanaf de ontvangst van de aanvraag. Ook deze termijn kan met een redelijke termijn worden verlengd van maximaal zes maanden, maar deze wordt verminderd met de termijn die is verstreken voor het doen van het eerdere nadere onderzoek. De beslistermijn kan voorts worden verlengd met drie maanden als de

desbetreffende activiteit binnen de werkingssfeer van Verordening (EU) 2019/452 valt. Dat is het geval als het samenwerkingskader uit hoofde van de Europese Screeningsverordening van toepassing is.

De Minister kan eisen en voorschriften verbinden aan een toetsingsbesluit om risico's voor de nationale veiligheid te voorkomen of te beperken. Zo kan de Minister opleggen dat aanvullende interne veiligheidsvoorschriften worden opgesteld en in acht worden genomen met betrekking tot de omgang met gevoelige informatie. In het verlengde daarvan kan de Minister bepalen dat een veiligheids- en integriteitsbeleid moet worden vastgesteld en toegepast ten aanzien van de werving en aanstelling van bestuurders en medewerkers voor sleutelfuncties die toegang geven tot gevoelige informatie of bedrijfsprocessen. Ook kan de Minister eisen dat er na het voltooien van een verwervingsactiviteit binnen de doelonderneming een veiligheidscommissie of beveiligingsfunctionaris wordt benoemd die bevoegd is om de toegang tot, of overdracht van, informatie te beperken of zelfs geheel te verbieden en om de doelonderneming advies te geven over de veiligheids- en integriteitsrisico's bij de aanstellingen van bestuurders en medewerkers voor sleutelfuncties die toegang geven tot gevoelige informatie of bedrijfsprocessen. De veiligheidscommissie of beveiligingsfunctionaris rapporteert inbreuken op restricties aan de Minister en indien nodig doet hij of zij dit vergezellen van een handhavingsverzoek dat gericht is aan de toezichthoudende ambtenaren. Het is daarnaast mogelijk om bepaalde processen verplicht onder te laten brengen in een aparte dochtermaatschappij in Nederland en gekoppeld daaraan kan een verplichting worden opgelegd dat een Nederlandse dochtermaatschappij een eigen raad van commissarissen heeft. De aanwezigheid van een raad van commissarissen is een permanente verplichting die geldt zolang het toetsingsbesluit van toepassing is, en kan dus niet gedurende die tijd worden opgeheven. Een andere optie is om certificering van aandelen in het toetsingsbesluit op te leggen. Als ultimatum remedium kan de Minister de voorgenomen verwerving verbieden. De vraag welke invulling mogelijk is en daarnaast passend is, zal mijns inziens nog wel enige discussie opleveren.

Ook is geregeld dat de Minister kan ingrijpen en een (nieuwe) beoordeling kan doen indien een verwervingsactiviteit heeft plaatsgevonden zonder voorafgaande melding, of wanneer een eerdere beoordeling gebaseerd was op onjuiste of onvolledige informatie. Op basis van art. 30 Wet Vifo kan dan een directe schorsing van alle rechten die de verwerfer heeft verkregen door de verwervingsactiviteit, zoals stem- en informatierechten en zeggenschap, geschieden.

Indien dat naar het oordeel van de Minister nodig is om de effectiviteit van de schorsing te verzekeren, kan de Minister een of meer personen aanwijzen met in ieder geval kennis en ervaring op het gebied van controle op naleving van wettelijke voorschriften, die opdrachten kunnen verstrekken aan de doelonderneming die uitsluitend ertoe strekken om de medewerking van de verwerfer of doelonderneming aan de effectiviteit van de schorsing te verzekeren. Dit besluit tot benoeming van een aangewezen persoon wordt dan bekendgemaakt in de Staatscourant. Alle bestuurders, commissarissen, personen die feitelijk leidinggeven en andere werknemers binnen de doelonderneming verstrekken de aangewezen persoon alle informatie die benodigd is in verband met het doel van de schorsing. Zij dienen de opdrachten verstrekt door de aangewezen persoon op te volgen en verlenen de aangewezen persoon alle medewerking. De reikwijdte van hetgeen onder het geven van alle medewerking valt, zal ook nog wel tot vragen leiden, zo verwacht ik. Het nakomen hiervan kan niet leiden tot aansprakelijkheid voor schade ten gevolge daarvan. Rechtshandelingen in strijd met een opdracht van een aangewezen persoon zijn vernietigbaar en dit kan worden ingeroepen door de aangewezen persoon of de Minister. De vraag is of dit altijd kan, of dat hierbij nog een drempel gehanteerd moet worden. De aangewezen persoon is niet aansprakelijk voor schade ten gevolge van door hem verstrekte opdrachten, zo staat in art. 32 lid 8 Wet Vifo. Zou opzet of grove schuld niet behoren te worden uitgezonderd? Bij een vitale aanbieder kan in sommige situaties zelfs het bestuur worden vervangen. Daarvoor dient er sprake te zijn van een schorsing van rechten en is er sprake van een risico op misbruik of uitval van de doelonderneming. Ook dat kan nog de nodige discussie opleveren, zo lijkt mij.

Voorts kan een herbeoordeling van een verwervingsactiviteit plaatsvinden indien er sprake is van gewijzigde omstandigheden. De herbeoordeling van een al uitgevoerde verwervingsactiviteit (of als al een toetsingsbesluit is genomen, maar deze nog niet is uitgevoerd) kan slechts plaatsvinden als de Minister en de ministerraad beoordelen dat overheidsingrijpen gerechtvaardigd is. Dit kan alleen als sprake is van een potentiële maatschappelijke ontwrichting met economische, sociale of fysieke gevolgen of een directe toegenomen reële bedreiging van de Nederlandse soevereiniteit. Wanneer hiervan sprake is, lijkt ook voor meerdere interpretaties vatbaar.

Bij de uitvoering van niet-toegestane verwervingsactiviteiten kan dit worden teruggedraaid via nietigheid, vernietiging of het opleggen van een last. De nietigheid treft uitsluitend verwervingsactiviteiten die nog moeten worden uitgevoerd. Dit geldt evenwel niet voor

rechtshandelingen die samenhangen met de verwervingsactiviteit die plaatsvindt via een effectenafwikkelingssysteem. Deze uitzondering is opgenomen om de rechtszekerheid en de finaliteit van handelstransacties in effecten niet in gevaar te brengen door het effect van nietigheid. Voor deze rechtshandelingen gelast de Minister de verwerver om binnen een redelijke termijn de zeggenschap of significante invloed die met de verwervingsactiviteit is verkregen terug te brengen of te beëindigen. Voor bepaalde verboden die niet nietig zijn, kan de Minister de verwerver of de doelonderneming gelasten de noodzakelijke handelingen te verrichten om de ongewenste effecten van de verwervingsactiviteit te voorkomen of de verwervingsactiviteit ongedaan te maken. Voorts kunnen dergelijke handelingen soms door een rechterlijke uitspraak worden vernietigd. Dat kan onder meer bij fusies, maar niet bij grensoverschrijdende fusies, aangezien deze niet vernietigd kunnen worden op basis van de relevante fusiewetgeving. Daarnaast is op grond van art. 29 Wet Vifo bij een niet-beursgenoteerde onderneming de Minister na afloop van een door hem gestelde redelijke termijn bij uitsluiting onherroepelijk gemachtigd om namens en voor rekening van de verwerver of doelonderneming haar aandelen overeenkomstig de last te vervreemden of anderszins uitvoering te geven aan de opgelegde last.

Ten slotte wordt voor de uitvoering van de wettelijke regeling een Bureau Toetsing Investerings (BTI) ingericht, waar de meldingen van voorgenomen verwervingsactiviteiten zullen worden ontvangen en deze in behandeling zullen worden genomen. BTI zal uit een vaste kern van medewerkers van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat bestaan, waar nodig aangevuld met vertegenwoordigers en specialisten van andere ministeries en diensten. Het kernteam voert een eerste risicoanalyse uit, waarbij in beginsel ook medewerkers van het Ministerie van Justitie en Veiligheid worden geraadpleegd.

## **5. Afronding**

Regulering door investeringstoetsen om buitenlandse directe investeringen te screenen is in opkomst. Zoals in deze bijdrage besproken, er zijn de afgelopen jaren diverse wettelijke regelingen geïntroduceerd. Zoals ook aangestipt in deze bijdrage bestaan er nog de nodige onduidelijkheden en ik verwacht dat deze nieuwe wettelijke regelingen ook nog de nodige nieuwe vragen zullen oproepen. Duidelijk is ook dat een screening betekent dat een overname een langer tijdspad zal kennen. Daarnaast is het de vraag of staatsbelangen of zelfs politieke motieven screeningsbeslissingen zullen gaan beïnvloeden. Een ander vraag is of screening

van uitgaande buitenlandse directe investeringen ook gereguleerd dient te worden.<sup>40</sup> De conclusie luidt dat de rechtsvorming op dit terrein voorlopig nog wel in beweging is.

---

<sup>40</sup> Zie voor een voorbeeld de USA National Critical Capabilities Defense Act. Op basis van dit wetsvoorstel wordt een Committee on National Critical Capabilities opgericht die belast is met het screenen van 'covered transactions'. Dit ziet op: "any transaction by a United States business that shifts or relocates to a country of concern, or transfers to an entity of concern, the design, development, production, manufacture, fabrication, supply, servicing, testing, management, operation, investment, ownership, or any other essential elements involving one or more national critical capabilities (...) or could result in an unacceptable risk to a national critical capability".