

Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht



**Advies inzake
de consultatie wetsvoorstel 'Regels tot invoering van een toets
betreffende activiteiten die een risico kunnen vormen voor de
nationale veiligheid gezien het effect hiervan op ondernemingen
die van wezenlijk belang zijn voor vitale processen of actief zijn op
het gebied van sensitieve technologie'
(Wet toetsing economie en nationale veiligheid)**

6 oktober 2020

GECOMBINEERDE COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT

van de

Nederlandse Orde van Advocaten

en de

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Advies inzake

de consultatie wetsvoorstel ‘Regels tot invoering van een toets betreffende activiteiten die een risico kunnen vormen voor de nationale veiligheid gezien het effect hiervan op ondernemingen die van wezenlijk belang zijn voor vitale processen of actief zijn op het gebied van sensitieve technologie’

(Wet toetsing economie en nationale veiligheid)

I. Inleiding

1. De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de NOvA en de KNB (de **GCV**) heeft kennisgenomen van de consultatie inzake wetsvoorstel Wet toetsing economie en nationale veiligheid (het **Voorstel**). De GCV maakt hierbij graag van de gelegenheid gebruik om op het Voorstel te reageren.
2. De toelichting op het Voorstel is uitgebreid. Zo valt het de GCV bijvoorbeeld op dat veel aandacht wordt geschonken aan de verhouding van het Voorstel tot niet alleen enkele in het Europees recht neergelegde vrijheden, maar ook andere internationale verdragsvrijheden (par. 3 en 4). Het Voorstel maakt ook door de aandacht voor detail (bijvoorbeeld inzake het sanctioneren van een verbod in de bewaarketen van aandelen in een beursvennootschap) een doordachte en degelijke indruk op de GCV.

II. Algemene opmerkingen

Wenselijkheid

3. Het Voorstel is gebaseerd op de politieke keuze om investeringen in vitale sectoren aan overheidscontrole te onderwerpen. De GCV laat zich niet uit over de (politieke) wenselijkheid van deze keuze, maar beoordeelt het Voorstel enkel vanuit juridisch perspectief.
4. Wel ziet de GCV dat in de toelichting wordt gerefereerd aan mogelijke nieuwe sectorale investeringstoetsen (toelichting, par. 2.2.1), zoals Nederland nu al kent in de vorm van de Wet ongewenste zeggenschap telecommunicatie¹. De GCV vindt van groot belang dat de verschillende wet- en regelgeving op het gebied van investeringstoetsen consistent en coherent is. Het vestigingsklimaat in Nederland is er immers mee gediend dat het bedrijfsleven weet waar zij aan toe is. Slecht op elkaar aansluitende investeringstoetsen passen daar niet in.

¹ Stb. 2020, 165.

Terugwerkende kracht

5. Het Voorstel werkt terug tot 2 juni 2020, zoals ook blijkt uit art. 32 lid 1 Voorstel. Die datum wordt in de toelichting aangemerkt als de ‘formele peildatum’. De motivering van deze terugwerkende kracht lijkt vooral te liggen in de door de minister wenselijk geachte mogelijkheid om door de Covid-19 crisis verzwakte ondernemingen die binnen de scope van het Voorstel vallen niet zonder meer ten prooi te laten vallen aan overnemers (zie toelichting, par. 11).
6. Ook al is op 2 juni 2020 bekendgemaakt dat een investeringstoets zoals voorzien in het Voorstel zal worden ingevoerd, dit neemt niet weg dat het sindsdien onduidelijk is geweest hoe deze investeringstoets eruit zou zien. Zelfs nu het Voorstel is gepubliceerd, kan volgens de GCV moeilijk worden volgehouden dat het bedrijfsleven precies weet waar het aan toe is. Zo is natuurlijk niet bekend of het Voorstel in zijn huidige vorm zal worden ingediend bij de Tweede Kamer en of, en zo ja in welke vorm, de Staten Generaal het wetsvoorstel zullen aannemen. Bovendien zijn er belangrijke onderwerpen die nog moeten worden uitgewerkt in een AMvB (zie hierna nrs. 8 en 9). Kortom: onzekerheid troef. De GCV beveelt daarom aan de terugwerkende kracht in het Voorstel te laten vervallen.
7. Bovendien vraagt de GCV zich af op welke wijze bij de minister een ‘op redelijke gronden gebaseerd vermoeden’ kan ontstaan dat een activiteit heeft plaatsgevonden voorafgaand aan inwerkingtreding van de wet, maar na 2 juni 2020 (toelichting, art. 32). Dit speelt bijvoorbeeld als de doelonderneming een kleine BV is, wat bepaald niet ondenkbaar is. Bedrijven zijn, zo begrijpt de GCV het Voorstel althans, immers niet verplicht om uit eigen beweging met terugwerkende kracht een melding te doen.

Vitale processen en sensitieve technologie

8. De reikwijdte van het Voorstel betreft ondernemingen die van wezenlijk belang zijn voor de continuïteit en weerbaarheid van vitale processen. Wat vitale processen precies zijn, wordt niet duidelijk uit het Voorstel. Bij algemene maatregel van bestuur worden vitale processen aangewezen en zo binnen de reikwijdte van het Voorstel gebracht (art. 3 lid 1 Voorstel) (zie toelichting, par. 2.2.1). Daarbij wordt wel opgemerkt dat alleen als een risico voor de nationale veiligheid zich kan voordoen indien activiteiten (in de zin van het Voorstel) worden uitgevoerd in relatie tot ondernemingen die ‘van wezenlijk belang’ zijn voor een bepaald vitaal proces, het vitale proces wordt opgenomen in de hiervoor bedoelde algemene maatregel van bestuur. Omdat de aanwijzing van een vitaal proces niet onomstreden hoeft te zijn, vertrouwt de GCV erop dat de vaststelling van een dergelijke algemene maatregel van bestuur zorgvuldig zal plaatsvinden, dat wil zeggen na consultatie van betrokken partijen (bijvoorbeeld de desbetreffende ondernemingen) en na een voorhangprocedure. Enkel overleg tussen de Ministers van Economische Zaken en Klimaat, het desbetreffende vakdepartement en het Ministerie van Justitie en Veiligheid (zie toelichting, par. 2.2.1) volstaat volgens de GCV niet.
9. Wat betreft sensitieve technologie, die ook nader bij algemene maatregel van bestuur kan worden aangewezen (art. 3 leden 3 en 4 Voorstel), gelden de opmerkingen van de GCV hiervoor onder nr. 8 *mutatis mutandis*.

Uitwerking bij AMvB op belangrijke onderdelen

10. Het is hiervoor (nrs. 8 en 9) al aan de orde gekomen dat op essentiële onderdelen het Voorstel naar een uitwerking bij algemene maatregel van bestuur verwijst.² De GCV begrijpt dat vanuit

² Zie bijvoorbeeld ook art. 2 lid 3 (aanwijzen wat bij specifieke categorieën ondernemingen als verkrijging of vergroting significante invloed geldt), art. 5 lid 2 (informatie te verstrekken bij melding), art. 7 lid 4 (aanwijzen

het oogpunt van flexibiliteit voor deze aanpak veel te zeggen is, maar vraagt de minister wel om de vaststelling van een dergelijke algemene maatregel met de nodige zorgvuldigheidswaarborgen te omkleden. Zie ook hiervoor nr. 8.

Voorleggen vraag bij Bureau toetsing investeringen

11. In de toelichting wordt opgemerkt dat bij twijfel of een bepaalde activiteit onder de reikwijdte van de regeling valt, contact kan worden opgenomen met het Bureau toetsing investeringen (toelichting, art. 2). Dit is een helpende hand naar de praktijk, die de GCV toejuicht; de praktijk zal behoefte hebben aan *guidance* op dit punt van het Bureau. De GCV meent echter dat deze mogelijkheid niet verstoep moet blijven in de toelichting, maar onderdeel van het Voorstel zou moeten worden. Dan kan ook worden opgenomen dat het Bureau toetsing investeringen binnen (bijvoorbeeld) twee werkdagen zal antwoorden op de vraag.

Termijn voor toetsingsbesluit

12. De GCV acht de termijnen die in art. 6 Voorstel worden genoemd tamelijk lang. Voor het toetsingsbesluit staat een uiterste termijn van acht weken. Die termijn kan echter worden verlengd met een redelijke termijn, maar uiterlijk met maar liefst zes maanden. Deze termijn kan ook weer worden verlengd met maximaal drie maanden als dit noodzakelijk is om te voldoen aan de Europese FDI-screeningsverordening (dit volgt uit art. 6 lid 3 Voorstel³). In het ergste geval bedraagt de termijn dan zo'n 11 maanden. De termijn kan bovendien nog langer worden als de minister om aanvullende informatie verzoekt, de lopende termijn wordt dan namelijk opgeschort totdat de informatie is verstrekt. De GCV meent dat, in het belang van een overnameproces, de maximale lengte van deze termijn(en) in het Voorstel kritisch zou moeten worden heroverwogen. Lid 4 van artikel 6 bepaalt dat als er binnen 'de termijn' geen toetsingsbesluit is genomen, de activiteit van rechtswege is toegelaten. De GCV leest dit zo, dat de termijn hier terugslaat op de totale termijn, dus met inbegrip van de termijn na mogelijke verlenging als bedoeld in lid 1 tweede volzin en lid 3 en na eventuele opschorting. Omdat hierover geen misverstand moet kunnen bestaan, het is immers beslissend voor het van rechtswege toelaten van de activiteit, is het raadzaam om dit te verduidelijken in de wettekst.

Rechtsbescherming

13. Tegen een besluit in de zin van dit Voorstel staat de bestuursrechtelijke rechtsgang open; beroep staat open bij de rechtbank Rotterdam (sector bestuursrecht) en hoger beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (**Cbb**), zie art. 30 Voorstel. Gelet op de expertise met betrekking tot soortgelijke wetgeving die reeds aanwezig is bij die gerechtelijke colleges (zo zijn zij exclusief bevoegd met betrekking tot besluiten op basis van de Telecommunicatiewet (Wet voorkoming ongewenste zeggenschap telecommunicatie)) kan de GCV zich verenigen met deze keuze. Met betrekking tot het thema rechtsbescherming verwijst het Voorstel voorts naar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de civielrechtelijke route via een onrechtmatigedaadsactie, zie par. 3.3.1 van de toelichting. In beginsel zou rechtsbescherming via deze route(s) toereikend moeten zijn.

factoren die ook moeten worden betrokken bij beoordeling of activiteit kan leiden tot risico voor nationale veiligheid), art. 8 lid 3 (nadere regels inzake (nadere) eisen of voorschriften), art. 11 lid 8 (vaststellen regels over wijze waarop en periode ten uitvoer legging last), art. 12 lid 2 en 13 lid 4 (vaststellen regels inzake overdracht aandelen door minister/doelonderneming), art. 15 lid 7 (vaststellen regels over o.a. machtiging uitlevering girale aandelen), art. 18 lid 6 (vaststellen regels inzake niet uitoefenen niet-financiële rechten door verwerver), art. 22 lid 3 sub e (aanwijzing bestuursorganen, diensten, toezichthouders of andere personen die verplicht zijn informatie te verschaffen aan de minister).

³ Het voorgestelde art. 6 lid 3 verwijst naar verlenging van de termijn 'bedoeld in het tweede lid, tweede volzin'. De GCV neemt aan dat dit een verschrijving is en dat is bedoeld het eerste lid, tweede volzin.

14. Een effectieve rechtsbescherming bestaat in de optiek van de GCV evenwel uit meer dan enkel een bestuursrechtelijke (of desnoods civielrechtelijke) rechtsgang, maar ook uit kenbaarheid en voorzienbaarheid van de definities in het Voorstel. De (bestuurs)rechter zal immers het besluit mede toetsen aan die definities. Zo worden veel van de belangrijke definities⁴ in het Voorstel nader uitgewerkt in algemene maatregelen van bestuur, zoals de GCV reeds opmerkte in nrs. 8 e.v. De GCV vraagt zich af of het wenselijk is dat op deze wijze een vergaand ingrijpen in sommige sectoren van het Nederlands bedrijfsleven, zoals het Voorstel beoogt te bewerkstelligen, mogelijk wordt gemaakt. De GCV zou er voorstander van zijn om deze definities in de Wet zelf op te nemen dan wel om de mogelijkheid om deze definities uit te breiden in een algemene maatregel van bestuur te beperken (de GCV wijst in dit verband bijvoorbeeld op art. 3 lid 4 Voorstel dat een vergaande oprekking van het begrip ‘sensitieve technologie’ toelaat). Dit komt de kenbaarheid en voorzienbaarheid van de reikwijdte van dit Voorstel ten goede. Adequate rechtsbescherming van het bedrijfsleven is daarbij geholpen, aangezien de toetsing van een besluit door de (bestuurs)rechter daarmee eveneens binnen een duidelijk en voorzienbaar juridisch kader plaatsvindt.

III. Artikelsgewijze opmerkingen

15. In art. 8 lid 1 sub h is de mogelijkheid voorzien dat er op last van de minister een raad van commissarissen wordt ingesteld. De gedachte is kennelijk dat er behoefte is aan een vorm van intern toezicht binnen de vennootschap. De GCV meent dat dit ook zou moeten kunnen worden vormgegeven door middel van een one tier board (art. 2:129a/239a BW). Denkbaar is immers dat dit beter past in de (internationale) context waarin de vennootschap mogelijk opereert.
16. Het uitvoeren van een activiteit in strijd met een opgelegd verbod van de minister is ingevolge het voorgestelde art. 11 leden 1 en 2 nietig (tenzij de activiteit plaatsvond bij, kort gezegd, een beursvennootschap). De GCV vraagt zich af hoe dit voorschrift zich, bij een juridische fusie (waar art. 2 lid 1 sub b Voorstel aan refereert), verhoudt tot de stringente voorschriften van art. 108 Richtlijn 2017/1132/EU inzake nietigheid van een juridische fusie. Volgens deze EU-bepaling moet de nietigheid worden uitgesproken door een rechter of een overheidsinstantie indien tegen een dergelijke beslissing beroep bij de rechter mogelijk is. In het Voorstel wordt de nietigheid echter niet uitgesproken door een rechter of een overheidsinstantie, zij is er van rechtswege. Dat lijkt de GCV in strijd met art. 108 uit Richtlijn 2017/1132/EU.
17. Een ander aspect dat aandacht verdient, is wat de gevolgen zijn als een partij door middel van een verboden activiteit een onderneming heeft overgenomen door een aandelenoverdracht. De overdracht blijkt dan nietig te zijn, maar welke gevolgen heeft dit voor besluiten van de algemene vergadering die mogelijk al zijn genomen en uitgevoerd? De GCV zou menen dat hierop de algemene regeling van art. 2:14 BW en 2:16 BW van toepassing is of staat de minister iets anders voor ogen?
18. Het Voorstel bevat in art. 20 de vergaande mogelijkheid dat de minister, onder nader in die bepaling opgenomen omstandigheden, ‘een of meer personen [kan] aanwijzen die het bestuur of de leiding van een doelonderneming die binnen de reikwijdte van het Voorstel valt, vervangt of vervangen. Deze maatregel zal slechts worden ingezet als er tijdens een schorsing van niet-financiële rechten van de verwerver sprake is van een risico op misbruik of uitval van de doelonderneming. De aldus naar voren geschoven persoon (of personen) die tijdelijk bestuurder wordt, krijgt ‘de taken en bevoegdheden die het ondernemingsrecht aan die positie verbindt’. De bijzondere bestuurder heeft dus geen bijzondere vennootschapsrechtelijke positie. Denkbaar is dat voor deze bestuurder een uitsluiting van aansprakelijkheid zou gelden,

⁴ Zoals ‘sensitieve technologie’ en ‘vitaal proces’, en daarmee tevens ‘activiteit’.

zoals wél is geregeld voor de persoon die ex art. 19 wordt aangewezen om opdrachten aan het bestuur te verstrekken. Om de maatregel effectief te laten zijn zou bovendien moeten worden bepaald dat deze tijdelijk bestuurder niet kan worden ontslagen. Want het stemrecht van de verwerver is weliswaar geschorst, maar mogelijk zijn er nog andere aandeelhouders of is de vennootschap onderworpen aan het volledige structuurregime waardoor de ontslagbevoegdheid ten aanzien van bestuurders bij de raad van commissarissen ligt.

19. De GCV vraagt zich bovendien bij het voorgestelde art. 20 af waarom niet ook wordt geregeld dat een tijdelijk commissaris kan worden benoemd om verscherpt toezicht uit te oefenen op het bestuur. Of is daar geen behoefte aan gezien de functionaris die de minister op grond van art. 19 bij de vennootschap kan aanwijzen? Maar die heeft juist uitdrukkelijk niet de rol van een commissaris (toelichting, art. 19). Of vallen commissarissen onder de leidinggevendenden die ook kunnen worden vervangen op grond van art. 20? Dat lijkt de GCV toch niet het geval gezien de taak van een raad van commissarissen.
20. In art. 21 is voorzien in een ontheffing van het verbod tot uitvoeren van een activiteit als, kort gezegd, de doelonderneming failliet gaat als de activiteit niet binnen acht weken wordt voltooid. Gedurende die ontheffing zijn onder andere de stemrechten van de verwerver evenwel geschorst.⁵ Zijn financiële rechten zijn niet opgeschort. Gezien de situatie waarin de doelonderneming zich bevindt, zal deze schorsing weinig pijn doen. De GCV meent dat het onder omstandigheden echter wél wenselijk kan zijn dat de verwerver zijn stemrechten kan uitoefenen, al was het bijvoorbeeld maar om een bepaalde herstructurering tegen te houden die andere bestaande aandeelhouders snel willen doorvoeren.
21. Overigens bepaalt lid 3 van art. 21 (net als art. 17 lid 1) van het Voorstel niet dat de rechten niet *kunnen* worden uitgeoefend maar slechts dat zij niet worden uitgeoefend. Het past waarschijnlijk beter bij de bedoeling van de sanctie om te bepalen dat de rechten niet kunnen worden uitgeoefend. De schorsing betreft ook in art. 17 niet het recht op financiële aanspraken (zoals uitkering van dividend of ten laste van reserves) ‘nu dat recht geen acute risico’s voor de nationale veiligheid kan opleveren’ (toelichting, art. 17). Het is de vraag of deze uitzondering terecht is. De GCV acht namelijk denkbaar dat uitkeringen door de doelonderneming haar financiële stabiliteit in gevaar kan brengen, wat mogelijk acute gevolgen kan hebben voor de nationale veiligheid.
22. In het Voorstel is op verschillende plaatsen een rol weggelegd voor schakels in de keten waarbinnen girale aandelen worden gehouden, bijvoorbeeld als het aandelenbelang van een verwerver in een doelonderneming die beursgenoteerd is niet tijdig wordt teruggebracht zoals bedoeld in art. 13-15 Voorstel. Instellingen buiten de Europese Unie met een functie vergelijkbaar met die van Euroclear Nederland worden voor de toepassing van een aantal van die artikelen onder het bereik van het Voorstel gebracht. Daarmee wordt beoogd dat de verplichtingen die krachtens het Voorstel gelden voor het centraal instituut ook gelden voor daarmee vergelijkbare instellingen in geval van een beursnotering van de doelonderneming buiten de Europese Unie. De GCV betwijfelt of de Nederlandse wet in dit opzicht extraterritoriale werking kan hebben.
23. Art. 22 lid 9 Voorstel bevat een uitzondering op de geheimhoudingsplicht van de notaris bij een op last van de minister verzochte afgifte van een verklaring van erfrecht. De GCV meent dat dit alleen toelaatbaar moet zijn als de daarmee beoogde informatie redelijkerwijs niet op andere wijze kan worden verkregen.

⁵ De toelichting (par. 2.2.5) vermeldt: “De aan die transactie verbonden niet-financiële baten, zoals het beïnvloeden van de bedrijfsvoering of strategie door middel van uitoefening van het stemrecht of anderszins, komen gedurende de ontheffingsperiode niet toe aan de verwerver.” Wat de minister bedoelt met ‘anderszins’ is de GCV niet duidelijk.

IV. Tekstuele opmerkingen

24. In art. 2 lid 4 Voorstel staat in de laatste regel ‘met wie in overleg wordt gehandeld’. Dit moet, gelet op de definitie daarvan in art. 1, waarschijnlijk zijn ‘met wie in **onderling** overleg wordt gehandeld.
25. In artikel 8 lid 1 staan sub k en sub j op de verkeerde plaats.

Den Haag, 6 oktober 2020

Bijlage: Samenstelling van de GCV

Bijlage

Samenstelling van de Gecombineerde Commissie Venootschapsrecht:

Mr. A.F.J.A. (Fons) Leijten, advocaat Stibbe, Amsterdam - voorzitter

Mr. M.Y.H.J. (Manon) den Boer, notaris DLA Piper, Amsterdam

Mr. Y. (Yvette) Borrius, advocaat Florent, Amsterdam

Mr. G.C. (Gerco) van Eck, notaris Loyens & Loeff, Rotterdam

Prof. mr. J.B.S. (Steven) Hijink, advocaat-lid, counsel Stibbe, Amsterdam

Prof. mr. L.G.H.J. (Louis) Houwen, advocaat Dirkzwager, Nijmegen

Mr. drs. R.H. (Reinier) Kleipool, notaris De Brauw Blackstone Westbroek, Amsterdam

Mr. F.J. (Frank) Oranje, notaris Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn, Den Haag

Mr. M.L.E. (Mariëtte) Plaggemars, notaris Damsté, Enschede

Prof. mr. G.T.M.J. (Geert) Raaijmakers, advocaat NautaDutilh, Amsterdam

Prof. mr. G.J.C. (Günther) Rensen, notaris-lid, professional support lawyer Allen & Overy, Amsterdam

Mr. G.P. (Guido) Roth, advocaat Finnius, Amsterdam

Secretariaat:

Mr. N.J.M. Sjerps

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB)

Postbus 16020

2500 BA Den Haag

T 070 3307226

E j.sjerps@knb.nl