

Ministerie van Economische Zaken en Klimaat
T.a.v. de Minister van Economische Zaken en Klimaat
Ir. E.D. Wiebes
Postbus 20401
2500 EK DEN HAAG

Den Haag, 7 november 2017

Ref: B17.31

Betreft: Voorstel voor een verordening voor de opzet van een raamwerk voor de toetsing van buitenlandse investeringen (COM(2017) 487 final)

Geachte heer Wiebes,

Graag maakt Eumedion, het corporate governance- en duurzaamheidsforum voor institutionele beleggers, van de gelegenheid gebruik om te reageren op het op 13 september 2017 door de Europese Commissie gepresenteerde voorstel voor een verordening voor de opzet van een raamwerk voor de toetsing van buitenlandse investeringen¹ (hierna: conceptverordening).² Ondanks dat het woord toetsing anders doet vermoeden, omvat het ook de blokkering van buitenlandse investeringen.³ Het doel van de conceptverordening is – kort gezegd – om een Europees raamwerk op te zetten zodat de nationale regelgeving van de lidstaten op het gebied van toetsing van buitenlandse investeringen op grond van de veiligheid of de openbare orde aan bepaalde basisvereisten voldoet. Daarnaast voorziet de conceptverordening in een samenwerkingsmechanisme tussen de lidstaten. Alvorens in te gaan op de inhoud van de conceptverordening maken wij eerste enkele algemene opmerkingen.

1. Algemeen

Zoals in preambule 1 van de conceptverordening terecht wordt onderkend, dragen buitenlandse investeringen bij aan de groei van de Europese Unie. Aan deze investeringen kleeft echter ook een potentieel gevaar. Het kan namelijk niet worden uitgesloten dat een buitenlandse investeerder een belang neemt in een Europese onderneming die van evident vitaal belang is voor het goed

¹ Art. 2 (2) van de conceptverordening definieert buitenlandse investeerder als volgt: “a natural person of a third country or an undertaking of a third country intending to make or having made a foreign direct investment”.

² Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a framework for screening of foreign direct investments into the European Union (COM(2017) 487 final). In deze reactie is uitgegaan van de Engelse versie van de verordening.

³ Art. 2 (3) van de conceptverordening definieert screening als volgt: “a procedure allowing to assess, investigate, authorise, condition, prohibit or unwind foreign direct investments”.

functioneren van een lidstaat (hierna: strategische onderneming) en dat belang vervolgens gebruikt om politieke invloed uit te oefenen. Momenteel wordt er ook in Nederland een maatschappelijke discussie gevoerd over de mogelijke rol van de overheid bij investeringen in zogenoemde strategische ondernemingen. Eumedion heeft in dat kader de voor- en nadelen voor institutionele beleggers afgewogen en is tot de conclusie gekomen dat de Nederlandse overheid de mogelijkheid zou moeten hebben om overnames van strategische ondernemingen onder bepaalde omstandigheden te blokkeren of aan nadere voorwaarden te onderwerpen.⁴ Verschillende lidstaten (waaronder Duitsland en Frankrijk)⁵ hebben momenteel al regels op grond waarvan investeringen in strategische ondernemingen kunnen worden beperkt. Het valt niet uit te sluiten dat andere lidstaten hier in de toekomst ook toe zullen overgaan. Tot deze groep lidstaten behoort Nederland. In het regeerakkoord wordt namelijk aangekondigd dat vitale sectoren specifieke bescherming zullen krijgen. Uit dit akkoord (p. 34) volgt dat aangewezen bedrijven uit vitale sectoren voortaan alleen met actieve goedkeuring kunnen worden overgenomen, zo nodig onder voorwaarden, of kunnen worden beschermd door het vastleggen van de andere, juiste waarborgen.⁶ Gegeven het feit dat een groot aantal lidstaten eigen en van elkaar afwijkende regimes hebben ontwikkeld (of zullen gaan ontwikkelen), is het lovenswaardig dat de Europese Commissie zich inzet voor een Europees raamwerk voor de toetsing van buitenlandse investeringen op grond van de veiligheid of de openbare orde. Bij de uitwerking van dit raamwerk heeft Eumedion echter de nodige bedenkingen.

Eén van de nadelen van een Europees raamwerk voor de toetsing (en blokkering) van buitenlandse investeringen, is dat buitenlandse investeerders mogelijk niet meer bereid zijn om te investeren in Europese ondernemingen die actief zijn in één van de in de conceptverordening genoemde strategische sectoren⁷. Onbedoeld zouden hierdoor buitenlandse investeringen in niet-strategische ondernemingen kunnen worden afgeremd. Om dit te voorkomen, is het van belang dat uit de conceptverordening duidelijk blijkt wanneer toetsing van buitenlandse investeringen aan de orde is en welke criteria gelden. Eumedion meent dat overheidstoetsing alleen in uitzonderlijke gevallen aan de orde zou moeten zijn. Uit de conceptverordening zou moeten blijken dat een lidstaat alleen zou mogen overgaan tot toetsing van een buitenlandse investering op grond van de veiligheid of de openbare orde indien er sprake is van: 1) een overnamepoging van een vennootschap (die gevestigd is in die lidstaat), 2) die actief is in een strategische sector en 3) waarbij het maatschappelijk belang van (een deel van) de ondernemingsactiviteiten voldoende duidelijk, specifiek en substantieel is. Bij andere buitenlandse investeringen zouden noch de lidstaten noch de Europese Commissie een toetsende rol moeten hebben. Indien de conceptverordening voldoet aan de hiervoor genoemde

⁴ Eumedion's positie wordt verder uiteen gezet in haar reactie van 23 maart 2017 op de Consultatie Wet voorkoming ongewenste zeggenschap telecommunicatie (<https://www.eumedion.nl/nl/public/kennisbank/consultaties/2017/2017-03-commentaar-wetsvoorstel-voorkoming-ongewenste-zeggenschap-telecom.pdf>).

⁵ Commission staff working document accompanying the document Proposal for a Regulation the European Parliament and of the Council establishing a framework for screening of foreign direct investments into the European Union, p. 7.

⁶ Vertrouwen in de toekomst. Regeerakkoord 2017 – 2021 VVD, CDA, D66 en ChristenUnie van 10 oktober 2017.

⁷ Zie art. 4 van de conceptverordening.

randvoorwaarden dan kunnen buitenlandse investeerders op voorhand voldoende inschatten of een Europese onderneming als een strategische onderneming moet worden aangemerkt. De negatieve effecten op de bereidheid van buitenlandse investeerders om te investeren in andere ondernemingen die actief zijn in één van de in de conceptverordening genoemde strategische sectoren worden hierdoor zo veel als mogelijk beperkt.

Naast dit hoofdcommentaar willen wij nog de volgende, meer specifieke opmerkingen bij het de conceptverordening plaatsen.

2. Toetsing van buitenlandse investeringen zou alleen in uitzonderlijke gevallen aan de orde moeten zijn

Uit de conceptverordening (art. 4) volgt dat de lidstaten bij de toetsing van buitenlandse investeringen op grond van de veiligheid of de publieke orde de effecten op de aldaar genoemde sectoren mogen meewegen. En het gaat hier volgens de conceptverordening slechts om een niet-uitputtende lijst. Eumedion kan zich voorstellen dat de in de conceptverordening genoemde sectoren van belang kunnen zijn voor de borging van de veiligheid of de publieke orde van de lidstaten. Het laat zich echter lastig voorstellen dat alle ondernemingen die actief zijn in deze sectoren (zoals bijvoorbeeld de transportsector) ook van belang zijn voor de veiligheid of de publieke orde. Nu schrijft de conceptverordening (art. 6) wel voor dat de lidstaten in hun nationale regelgeving moeten bepalen onder welke omstandigheden en op welke gronden mag worden overgegaan tot toetsing van buitenlandse investeringen, maar dat is volgens Eumedion te mager.

Gelet op het belang van buitenlandse investeringen voor de Europese Unie, moet voorkomen worden dat buitenlandse investeerders (uit angst dat hun investering wordt gedwarsboemd door een lidstaat) helemaal niet meer willen investeren in ondernemingen die actief zijn in één van de in de conceptverordening genoemde sectoren. Eumedion meent daarom dat het voor buitenlandse investeerders klip en klaar moet zijn op welke ondernemingen de conceptverordening betrekking heeft en wanneer toetsing van buitenlandse investeringen aan de orde is. Deze randvoorwaarden zouden wat ons betreft uit de conceptverordening zelf moeten blijken. Anders bestaat het gevaar dat deze randvoorwaarden per lidstaat anders (zullen) worden ingevuld. Zoals wij reeds hierboven onder het kopje 'Algemeen' hebben opgemerkt, zou toetsing van buitenlandse investeringen op grond van veiligheid of publieke orde alleen mogelijk moeten zijn bij ondernemingen die actief zijn in een strategische sector en waarbij het maatschappelijk belang van (een deel van) de ondernemingsactiviteiten voldoende duidelijk, specifiek en substantieel is. Eumedion pleit ervoor om dit uitgangspunt in de conceptverordening zelf te verankeren.

3. Meer duiding van de in de conceptverordening genoemde sectoren wenselijk

Zoals hierboven al is aangegeven, wordt in de conceptverordening (art. 4) een opsomming van sectoren gegeven. Deze opsomming blinkt helaas niet in helderheid uit. Zo is het voor ons niet duidelijk waaraan moet worden gedacht bij *supply of critical inputs*, *sensitive facilities* en *communications*. Zonder een nadere duiding kan een buitenlandse investeerder op voorhand niet inschatten of een bepaalde onderneming actief is in een strategische sector en kan hij deze informatie niet meewegen bij zijn beslissing om al dan niet in die onderneming te investeren. Eumedion meent dat moet worden verduidelijkt welke sectoren door de conceptverordening worden bestreken.

4. Ook het begrip buitenlandse investering zou moeten worden verduidelijkt

Ook op een ander punt is meer duidelijkheid gewenst. In de definitie van buitenlandse investering⁸ wordt gesproken over "*aiming to establish or to maintain lasting and direct links between the foreign investor and the entrepreneur*" en over "*investments which enable effective participation in the management or control of a company carrying out an economic activity*". Het is voor ons niet duidelijk wanneer er sprake is van "*lasting and direct links*". Zo vragen wij ons bijvoorbeeld af of langdurige samenwerkingsverbanden ook als zodanig kwalificeren. Om uiteenlopende interpretaties van het begrip buitenlandse investering tussen lidstaten (en daarmee van het toepassingsbereik van de conceptverordening) te voorkomen, vindt Eumedion dat uit de conceptverordening zelf moet blijken wanneer er sprake is van een buitenlandse investering.

5. De begrippen veiligheid en publieke orde zouden moeten worden afgebakend

De conceptverordening voorziet in een alomvattend Europees raamwerk voor de toetsing van buitenlandse investeringen op grond van de veiligheid of de openbare orde. Het verbaast Eumedion dat in de conceptverordening geen definitie is opgenomen van de kernbegrippen veiligheid en openbare orde. Veiligheid en openbare orde zijn vage begrippen. De beantwoording van de vraag of de veiligheid of de openbare orde in het geding is, is niet zwart/wit. Dit brengt het risico met zich dat buitenlandse investeringen in een strategische onderneming om politieke redenen worden verboden door lidstaten, met alle daarmee gepaard gaande negatieve effecten voor het Europese investeringsklimaat van dien. Eumedion is er voorstander van dat de begrippen veiligheid en publieke orde worden gedefinieerd in de conceptverordening. Zo zou de Europese wetgever kunnen aangeven met welke factoren de lidstaten rekening moeten houden bij de concrete afweging of de

⁸ Art. 2 (1) van de conceptverordening definieert buitenlandse investering als volgt: "*investments of any kind by a foreign investor aiming to establish or to maintain lasting and direct links between the foreign investor and the entrepreneur to whom or the undertaking to which the capital is made available in order to carry on an economic activity in a Member State, including investments which enable effective participation in the management or control of a company carrying out an economic activity*".

veiligheid of de openbare orde in het geding is. Op deze wijze wordt ook recht gedaan aan de door preambule 7 beoogde rechtszekerheid.

6. Terecht wordt voorzien in een mogelijkheid voor de lidstaten om omzeiling te voorkomen

Lidstaten die nog geen regelgeving hebben om buitenlandse investeringen te toetsen, worden op grond van de conceptverordening daartoe ook niet verplicht. Hierdoor kan niet worden uitgesloten dat buitenlandse investeerders zullen proberen om de toetsing van hun investeringen te voorkomen door een overname te doen via een onderneming die is gevestigd in een lidstaat die geen regelgeving heeft voor de toetsing van buitenlandse investeringen. Eumedion meent dat dergelijke praktijken moeten worden voorkomen en steunt de in de conceptverordening (art. 5) opgenomen mogelijkheid voor de lidstaten om maatregelen te treffen om omzeiling te voorkomen.

7. Informatie over de reputatie en het *track record* van een buitenlandse investeerder is ook van belang

De conceptverordening (art. 10) schrijft voor welke informatie tussen de lidstaten (op verzoek) zal worden gedeeld. Hoewel Eumedion zich hierin kan vinden, meent zij dat ook informatie over de reputatie en het *track record* (of het ontbreken daarvan) van een buitenlandse investeerder van belang is. Eumedion is er voorstander van dat de conceptverordening in bedoelde zin wordt aangevuld.

8. Lidstaten zouden moeten onderbouwen waarom commentaar van andere lidstaten niet is opgevolgd

De conceptverordening (art. 8) voorziet in een samenwerkingsmechanisme tussen de lidstaten. Kort gezegd, werkt dit mechanisme als volgt. Indien een buitenlandse investering op grond van de veiligheid of de publieke orde wordt getoetst door een lidstaat, dient deze lidstaat de andere lidstaten en de Europese Commissie te informeren. Vervolgens worden de andere lidstaten (maar ook de Europese Commissie) in staat gesteld om commentaar te leveren indien zij van mening zijn dat de veiligheid of publieke orde van hun lidstaat in het geding is. Dit commentaar dient door de toetsende lidstaat te worden meegewogen in het eindoordeel over de buitenlandse investering. Wat Eumedion betreft zou de conceptverordening op dit punt kunnen worden aangescherpt door voor te schrijven dat de toetsende lidstaat een onderbouwing moet geven indien deze geen gevolg geeft aan het commentaar dat door andere lidstaten is geleverd. Eumedion meent dat dit kan bijdragen aan een zorgvuldigere besluitvorming en een beter begrip van de door de lidstaten gegeven eindoordelen over buitenlandse investeringen. Overigens is dit ook in lijn met hetgeen in de conceptverordening is geregeld voor het geval de opinie van de Europese Commissie niet wordt opgevolgd (art. 9, lid 5). Eumedion vraagt zich af waarom de lidstaten in dit opzicht anders zouden moeten worden behandeld dan de Europese Commissie.

Wij geven u in overweging om bovengenoemde punten te betrekken bij de Nederlandse inbreng in de vergaderingen van de Raadswerkgroep over de voorstellen. Wij zijn uiteraard graag bereid ons commentaar mondeling nader toe te lichten. Onze contactpersoon is Diana van Kleef (diana.vankleef@eumedion.nl, tel. 070 2040 302).

Voor de goede orde merken wij op dat een kopie van deze brief is gezonden aan de Minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking.

Met vriendelijke groet,

Drs. Rients Abma
Directeur Eumedion