

akd

De regulering van (buitenlandse) directe investeringen in Nederland

Het regelgevend kader in een notendop



Op 1 juni 2023 trad de Wet Vifo in werking, een belangrijke mijlpaal als het gaat om de regelgeving inzake (buitenlandse) directe investeringen (BDI) in Nederland. Op grond van de Wet Vifo moeten voorgenomen investeringen in diverse bedrijven die zich bezighouden met vitale economische processen en/of gevoelige technologie bij de Minister van Economische Zaken en Klimaat worden gemeld vóórdat de beoogde transactie plaatsvindt. Deze brochure geeft een stapsgewijze uitleg van de toetsingsprocedure voor BDI in Nederland en bakent de belangrijkste beginselen achter het relevante wettelijke kader af.

Inhoud van de Nederlandse BDI-regeling

Op 1 juni 2023 trad de Wet veiligheidstoets investeringen, fusies en overnames (**Wet Vifo**) in werking. Deze wet heeft tot doel de risico's voor de nationale veiligheid te ondervangen. Hiertoe wordt een meldplicht ingevoerd, alsmede een mechanisme om bepaalde categorieën van voorgenomen concentraties (zoals fusies en overnames) en (zelfs) van minderheidsdeelnemingen te screenen. Meer in het bijzonder richt de Wet Vifo zich op het voorkomen van investeringen die tot strategische afhankelijkheid, de aantasting van continuïteit en weerbaarheid van vitale processen of het verlies van de integriteit en exclusiviteit van kennis en informatie met kritieke of strategische betekenis voor Nederland zouden kunnen leiden.

De Wet Vifo is van toepassing op wijzigingen in de zeggenschap van of de verwerving van invloed op Nederlandse doelondernemingen die ofwel (i) vitale aanbieders of (ii) beheerders van bedrijfscampussen zijn, ofwel (iii) actief zijn op het gebied van sensitieve technologie. De plaats van feitelijke leiding en activiteiten is doorslaggevend om te bepalen of een onderneming in Nederland is gevestigd, niet de statutaire zetel.

De Wet Vifo schrijft een toetsingsprocedure voor om te bepalen of een verwervingsactiviteit geoorloofd is. Ieder voornemen tot een verwervingsactiviteit dient aan

de Minister te worden gemeld. De meldingsplichtige is ofwel de verwerver ofwel de doelonderneming. In de praktijk wordt de screening uitgevoerd door het Bureau Toetsing Investerings ('**BTI**'), een onderdeel van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat.

De Minister deelt na ontvangst van een melding in beginsel binnen acht weken mee of een toetsingsbesluit nodig is. Voordat de Minister het toetsingsbesluit neemt (of oordeelt dat een toetsingsbesluit niet vereist is), geldt voor de betrokken partijen de standstill-verplichting. Dit houdt in dat er geen investering kan worden gedaan voordat de Minister een besluit heeft genomen. De Minister kan in geval van een risico voor de nationale veiligheid ervoor kiezen bepaalde voorwaarden aan toestemming voor een aangemelde investering te verbinden, of, indien die voorwaarden onvoldoende worden geacht om het risico te verlagen, de aangemelde transactie te verbieden. Wanneer een verwervingsactiviteit ten onrechte niet wordt gemeld kan de Minister onder meer een last opleggen om de ongewenste effecten van een investering te voorkomen of de investering ongedaan te maken. Daarnaast kan een investering die in strijd is met de Wet Vifo tot schorsing van de zeggenschapsrechten leiden die de verwerver heeft verkregen.

Bij de bepaling of de nationale veiligheid in het geding is, richt de Wet Vifo zich op drie groepen ondernemingen:

- **Aanbieders van vitale infrastructuur of vitale processen.** Vitale aanbieders worden in de Wet Vifo gespecificeerd en kunnen in afwachting van wetswijzigingen tijdelijk worden uitgebreid bij algemene maatregel van bestuur;
- **Ondernemingen die bedrijfscampussen beheren.** Een beheerder van een bedrijfscampus, zoals de High Tech Campus Eindhoven, 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.

- **Aanbieders van sensitieve technologie.** Deze ondernemingen produceren, verkopen of ontwikkelen goederen voor militair gebruik of goederen voor tweërlei gebruik (goederen die zowel voor civiele als militaire doeleinden kunnen worden gebruikt).

In tegenstelling tot veel andere BDI-regelingen, maakt de Wet Vifo geen onderscheid tussen investeringen door (rechts)personen in Nederland, de Europese interne markt of in derde landen. Niet de herkomst van de verwerver, maar de aard van de doelonderneming bepaalt of de verwervingsactiviteit moet worden gemeld. De Nederlandse regeling discrimineert dus niet naar land van herkomst.

Checklist voor voorgenomen investeringen in Nederland

De checklist hieronder kan een handige leidraad zijn voor bedrijven die overwegen in Nederland te investeren:

1. De **eerste stap** bestaat erin te bepalen of op de doelonderneming een meldplicht van toepassing is op grond van andere wetgeving dan de Wet Vifo.
2. De **tweede stap** bestaat erin te bepalen of de Wet Vifo van toepassing is op de doelonderneming.
3. Bij de **derde stap** wordt bepaald of de investering van invloed is op de zeggenschapsstructuur van de doelonderneming.
4. Als uit de eerste drie stappen volgt dat een meldplicht geldt, bestaat de **vierde stap** erin dat een melding bij het BTI wordt gedaan, dat vervolgens besluit of een toetsingsbesluit nodig is en, zo ja, de investering (voorwaardelijk) kan goedkeuren of verbieden.

Stap 1: Is op de voorgenomen investering een andere meldplicht van toepassing dan die op grond van de Wet Vifo?

De Elektriciteitswet 1998, de Gaswet, de Drinkwaterwet en de Telecommunicatiewet voorzien in een sector-specifieke meldplicht. Als deze meldplicht van toepassing is, geldt de Wet Vifo niet, ongeacht de vraag of de investering binnen het toepassingsgebied van de Wet Vifo valt.

Een sector-specifieke meldplicht kan aldus gelden voor:

- Elektriciteitscentrales en de ondernemingen die deze centrales exploiteren
- Lng-fabrieken en de ondernemingen die Lng-fabrieken exploiteren
- Providers van bepaalde telecommunicatiediensten
- Drinkwaterbedrijven

De relatie tussen de Wet Vifo en concentratiecontrole

Het feit dat er geen verplichting op grond van de Wet Vifo bestaat om een investering te melden wil niet zeggen dat ook uit de Mededingingswet geen meldplicht volgt. De Nederlandse Mededingingswet voorziet in een algemeen systeem van concentratiecontrole voor investeringen/overnames die een duurzame wijziging van de zeggenschap binnen een onderneming teweegbrengen, indien de betrokken concentratie aan bepaalde criteria voldoet, zoals specifieke minimumomzetsdrempels van de betrokken ondernemingen. Het doel van het mechanisme voor controle op concentraties is te voorkomen, of de kans tot een minimum te beperken, dat concentraties tot stand komen die het in zich hebben de mededinging op een specifieke markt op significante wijze belemmeren. Dit kan met name het geval zijn door het in het leven roepen of versterken van een machtspositie op een relevante markt.

Het doel van het systeem van concentratiecontrole is derhalve wezenlijk verschillend van dat van de eerdergenoemde mechanismen voor het toetsen van BDI. Dit onderscheid wordt nog verder versterkt door het verschil dat beide mechanismen kennen wat betreft de toepasselijke procedures. De Nederlandse wetgever heeft daarom besloten dat het toetsingsmechanisme van de Wet Vifo en het systeem van concentratiecontrole van de Mededingingswet naast elkaar zullen bestaan. Het gevolg is dat wanneer een (voorgenomen) investering onder beide regelingen valt, deze moet worden gemeld bij elk van de autoriteiten die toezicht houden op naleving van de twee wetten.

Stap 2: Valt de doelonderneming onder de meldplicht krachtens de Wet Vifo?

Als eenmaal is vastgesteld dat er geen andere meldplicht van toepassing is, wordt bij de tweede stap bepaald in welke sector of welk technologieën de doelonderneming actief is. Dit dient om vast te stellen of de Wet Vifo op de voorgenomen investering van toepassing is. In dit verband zijn de volgende vragen relevant:

- ***Heeft de investering betrekking op een onderneming die vitale processen aanbiedt waarvan de continuïteit van vitaal belang is voor de Nederlandse samenleving?***

De Wet Vifo merkt de volgende ondernemingen aan als vitale aanbieders:

- Beheerders van warmtenetwerken;
- Kernenergiebedrijven;
- De exploitant van Schiphol Airport en KLM;
- Bepaalde grondafhandelingsdiensten (bijvoorbeeld verantwoordelijk voor de opslag van brandstof voor vliegtuigen);
- Het Havenbedrijf Rotterdam;
- Ondernemingen actief in de winning, het transport of de opslag van aardgas;
- Banken met een zetel in Nederland;
- Bepaalde ondernemingen die financiële infrastructuur aanbieden (AEX);

- Andere categorieën van ondernemingen die vitale processen aanbieden die krachtens AMvB kunnen worden aangewezen.

- ***Heeft de investering betrekking op een onderneming die zich bezighoudt met de productie van sensitieve technologie?***

Sensitieve technologie omvat militaire goederen en goederen die geschikt zijn voor tweërlei gebruik (dual-use goods). De lijst van gevoelige technologieën is gebaseerd op bijlage I bij Verordening (EU) 2021/821, waarbij een Europese regeling is ingesteld voor de controle op de export of doorvoer van producten voor tweërlei gebruik. Producten voor tweërlei gebruik zijn producten die zowel voor civiele als voor militaire doeleinden kunnen worden gebruikt. De lijst van gevoelige technologieën kan in de toekomst bij AMvB worden gewijzigd.

- ***Heeft de investering betrekking op een onderneming die beheerder is van een bedrijfscampus?***

Een 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.


Indien het antwoord op één van de drie vragen bevestigend is, ga dan door naar de derde stap. Indien het antwoord op alle drie vragen ontkennend is, hoeft de investering niet onder de regeling van de Wet Vifo te worden gemeld.

Stap 3: Het effect van de investering op de zeggenschapssituatie binnen de doelonderneming.

Indien de investering gericht is op een doelonderneming zoals beschreven in stap 2, is het aan de verwerver/doelonderneming om te bepalen of de investering een wijziging van de zeggenschap binnen de doelonderneming teweegbrengt. De Wet

Vifo sluit voor het begrip 'zeggenschap' aan bij de Mededingingswet. Onder zeggenschap wordt verstaan de mogelijkheid om op grond van feitelijke of juridische omstandigheden een beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van een onderneming.

Indien het antwoord op deze vraag bevestigend is, moet de investeerder doorgaan naar stap 4. Indien het antwoord op deze vraag ontkennend is, hoeft de investering in principe niet te worden gemeld, tenzij de doelonderneming actief is op het gebied van zeer sensitieve technologie. In dat geval treedt een meldplicht in werking als de verwerver 10%, 20% of 25% van de stemrechten van de doelonderneming in kwestie verwerft. Hieruit volgt dat op dit type ondernemingen de meldplicht van toepassing is, ongeacht de omvang van de zeggenschap in de zin van het mededingingsrecht.

 Onder de Wet Vifo zijn overheidsinstanties zoals de Staat der Nederlanden, provinciale overheden en gemeentelijke organen, vrijgesteld van de meldplicht.

Stap 4: Onderzoek door het BTI

Voorgenomen investeringen die binnen het bereik van de Wet Vifo vallen, moeten aan het BTI worden gemeld en mogen pas worden geïmplementeerd als de meldingsprocedure is voltooid. De meldingsplicht rust op zowel de verwerver als de doelonderneming, tenzij de verwerver niet bekend is met het feit dat de doelonderneming actief is op gebieden waarop de meldplicht van toepassing is (doordat de doelonderneming een geheimhoudingsplicht heeft). In dat geval rust de meldplicht alleen op de doelonderneming.

Als het BTI de melding heeft ontvangen, zet het een Fase 1-procedure in gang. Tijdens Fase 1 voert het BTI een voorlopige toetsing uit om te bepalen of de investering een risico voor de nationale veiligheid oplevert.

In de Wet Vifo is een aantal toetsingscriteria vastgelegd die het BTI bij de beoordeling in aanmerking neemt. Voorbeelden van factoren die in de afweging worden meegenomen, zijn:

- (i) Eigendomsstructuur;
- (ii) Transparantie;
- (iii) Sancties krachtens nationaal of internationaal recht;
- (iv) De veiligheidssituatie in het land van vestiging van de verwerver;
- (v) De 'track record' (goede staat van dienst) van de verwerver en de manier waarop deze met veiligheidskwesties omgaat;
- (vi) Naleving van de toepasselijke wettelijke voorschriften inzake beveiliging, classificatie en/of exportcontroles.

Als het BTI concludeert dat er geen of bijna geen risico voor de nationale veiligheid bestaat, kan het besluiten de voorgenomen investering zonder een toetsingsbesluit goed te keuren. Als het BTI een diepgaand onderzoek nodig acht, zal het tot een Fase 2-procedure overgaan. Naar aanleiding van het Fase 2-onderzoek kan een van de volgende drie besluiten worden genomen:

- (1) de voorgenomen investering is zonder beperkingen toegestaan;
- (2) de voorgenomen investering is onder specifieke onvoorwaardelijk toegestaan; Deze voorwaarden zijn bedoeld om de vermeende bedreiging van de nationale veiligheid of openbare orde weg te nemen. Zij omvatten onder meer:

- Het in bewaring geven van sensitieve technologie aan de Staat der Nederlanden
- De naleving van aanvullende veiligheids- en gebruiksvoorschriften
- Een verbod op de verkoop van bepaalde goederen vanuit de Nederlandse vestiging van de onderneming aan bepaalde andere ondernemingen in andere landen.

(3) de voorgenomen investering is niet toegestaan.

Dit besluit wordt genomen als het risico van een bedreiging van de nationale veiligheid of openbare orde niet door het opleggen van aanvullende verplichtingen of voorwaarden kan worden weggenomen.

Tijdelijke werkingssfeer

De Wet Vifo is in beginsel alleen van toepassing op investeringen die na 1 juni 2023, de datum waarop de wet in werking trad, plaatsvinden. Desondanks kan de Minister alsnog een meldingsplicht van toepassing verklaren op investeringen die plaatsvonden tussen 8 september 2020 en 1 juni 2023, en die redelijkerwijs een bedreiging voor de nationale veiligheid kunnen vormen, alsnog verplicht kunnen worden een melding te doen. Doelondernemingen die actief zijn op het gebied van sensitieve technologie zoals bij AMvB aangewezen of als beheerder van een bedrijfscampus, zijn vrijgesteld van deze retroactieve meldplicht.

Meldingen dienen via het voorgeschreven meldingsformulier (beschikbaar via deze [link](#)) te worden ingediend. Het BDI-meldingsformulier vraagt onder andere om informatie met betrekking tot de voorgenomen investering, de betrokken ondernemingen en hun eigendomsstructuur. Indien het BTI op een grondiger Fase 2-procedure overgaat, ontvangen de meldingsplichtige partijen een verzoek om een afzonderlijk formulier, waarin om nadere gegevens wordt verzocht, in te dienen.

Indien de partijen geen melding maken van een investering die binnen de materiële werkingssfeer van de Wet Vifo valt, of indien zij de standstill-verplichting niet nakomen, of onjuiste of misleidende informatie aanleveren, kan een boete worden opgelegd van ten hoogste € 900.000 of 10% van de wereldwijde omzet van de doelonderneming of de verwerfer. Ook kan het BTI een periodieke boete opleggen. Des te meer reden voor marktpartijen om goed uit te zoeken of een meldplicht onder de Wet Vifo van toepassing is op voorgenomen investeringen in Nederlandse ondernemingen en, zo ja, erop toe te zien dat men de procedure correct volgt.

De meldingsprocedure

Voor zowel Fase 1 als Fase 2 geldt dat het besluit binnen acht weken moet worden genomen. Deze periode kan in beginsel worden verlengd, tot een maximum van zes maanden. Als aanvullende informatie nodig is, wordt het onderzoek geschorst. Tegen een besluit van het BTI kan beroep worden ingesteld.

Contactpersonen in het geval van een mogelijke screening

Als u vragen heeft over de toepassing van het Nederlandse BDI-regime op uw voorgestelde investeringen in een Nederlandse vennootschap of onderneming, aarzel dan niet om contact op te nemen met de hieronder vermelde BDI-specialisten van AKD.



Joost Houdijk

Expertise: EU & Competition Law | Regulatory

M: +32 477 88 5571

T: +31 88 253 5079

E: jhoudijk@akd.eu



Ayça Kul

Expertise: EU & Competition Law | Regulatory

M: +32 472 07 2380

T: +32 2 629 4250

E: akul@akd.eu



Karst Vriesendorp

Expertise: EU & Competition Law | Regulatory

M: +32 (2) 629 4275

T: +31 88 253 5053

E: kvriesendorp@akd.eu

akd

T: +31 88 253 5000

E: info@akd.eu

akd.eu