

Vergaderjaar 2017–2018

22 112

Nieuwe Commissievoorstellen en initiatieven van de lidstaten van de Europese Unie

Nr. 2437

BRIEF VAN DE MINISTER VAN BUITENLANDSE ZAKEN

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 1 december 2017

Overeenkomstig de bestaande afspraken ontvangt u hierbij vier fiches, die werden opgesteld door de werkgroep Beoordeling Nieuwe Commissievoorstellen (BNC).

Fiche: Mededeling Betere Regelgeving (Kamerstuk 22 112, nr. 2435)

Fiche: Herziene richtlijn schone en energiezuinige wegvoertuigen (Kamerstuk 22 112, nr. 2436)

Fiche: Mededeling en Verordening Investeringsstoets

Fiche: Aanbeveling mandaten handelsakkoorden Australië en Nieuw-Zeeland (Kamerstuk 22 112, nr. 2438)

De Minister van Buitenlandse Zaken,
H. Zijlstra

Fiche: Mededeling en Verordening Investeringsstoets

1. Algemene gegevens

- a) *Titel voorstel*
Mededeling Buitenlandse directe investeringen verwelkomen, maar vitale belangen beschermen en Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad ter oprichting van een raamwerk voor het toetsen van buitenlandse directe investeringen in de Europese Unie.
- b) *Datum ontvangst Commissiedocument*
13 september 2017
- c) *Nr. Commissiedocument*
Mededeling: COM(2017) 494
Verordening: COM(2017) 487
- d) *EUR-Lex*
Mededeling: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?qid=1510739008746&uri=CELEX:52017DC0494>
Verordening: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?qid=1506003342791&uri=CELEX:52017PC0487>
- e) *Nr. impact assessment Commissie en Opinie Raad voor Regelgevings-toetsing*
Niet opgesteld
- f) *Behandelingstraject Raad*
Raad Buitenlandse Zaken/Handel
- g) *Eerstverantwoordelijk ministerie*
Ministerie van Buitenlandse Zaken, in nauwe samenwerking met het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat en het Ministerie van Justitie en Veiligheid
- h) *Rechtsbasis*
Artikel 207, lid 2, VWEU
- i) *Besluitvormingsprocedure Raad*
Gekwalificeerde meerderheid
- j) *Rol Europees Parlement*
Medebeslissing

2. Essentie voorstel

a) *Inhoud voorstel*

Met het voorstel beoogt de Commissie een nieuw EU-raamwerk op te zetten voor toetsing van buitenlandse investeringen op nationale veiligheid en openbare orde.

Het voorstel is onderdeel van het handelspakket dat is aangekondigd in de staat van de unie van 13 september jl.¹

Het voorstel behelst twee onderdelen:

- Een mededeling van de Commissie getiteld «buitenlandse directe investeringen verwelkomen, maar vitale belangen beschermen».
- Een wetgevend voorstel voor een verordening.

¹ Het handelspakket bestaat uit een overkoepelende mededeling (COM(2017)492), het huidige voorstel (COM(2017)487 en 494), drie voorstellen voor een besluit van de Raad voor een mandaat voor het openen van onderhandelingen over respectievelijk een vrijhandelsakkoord met Nieuw-Zeeland (COM(2017)469), Australië (COM(2017)472) en een multilateraal gerecht voor de beslechting van investeringsgeschillen (COM(2017)493). Voor de overige onderdelen van het handelspakket wordt een apart BNC-fiche opgesteld. Uitzondering is de overkoepelende mededeling, omdat deze mededeling geen aparte beleidsvoorstellen of beleidsvoornemens bevat.

Mededeling

De mededeling stelt in de eerste plaats dat de EU buitenlandse investeringen verwelkomt omdat ze substantiële voordelen opleveren voor onze economie en samenleving. Vervolgens stelt de mededeling dat deze openheid samen dient te gaan met een daadkrachtig en aangepast beleid dat inzet op het openstellen van markten in derde landen voor EU-ondernemingen, het garanderen dat iedereen zich aan dezelfde regels houdt en het beschermen van EU-investeringen in derde landen. Daarnaast stelt de mededeling dat het beleid moet inzetten op het beschermen van bedrijfsmiddelen in de EU tegen overnames die de vitale belangen van de EU of haar lidstaten kunnen schaden.

De mededeling zet, voor wat betreft het aanpakken van de barrières waar Europese investeerders op stuiten in het buitenland, vooral in op overleg binnen WTO verband en versterking van bilaterale en multilaterale investeringsafspraken. De mededeling stelt dat de bilaterale en regionale akkoorden hiertoe bijdragen en dat de EU groot belang hecht aan multilaterale samenwerking en het opstellen van regels, zoals de *General Agreement on Trade and Services* in WTO-verband en de 2016 *Guiding Principles for Global Investment Policymaking*, zoals goedgekeurd door de G20. De mededeling stelt voorts dat de EU haar inspanningen op bilateraal en multilateraal niveau zal voortzetten om ervoor te zorgen dat derde landen voor buitenlandse investeringen een niveau van openheid bieden dat gelijkwaardig is aan dat van de EU, en om een gelijk speelveld voor EU-marktdeelnemers in stand te houden.

Vervolgens gaat de mededeling met name in op het beschermen van vitale belangen en schetst de mededeling de zorgen over de rol van staatsbedrijven in investeringen.² De mededeling noemt risico's voor strategische technologieën, infrastructuur, grondstoffen en gevoelige informatie. De mededeling geeft hierbij aan dat internationale partners als Australië en de Verenigde Staten een generieke toetsing van buitenlandse directe investeringen kennen. Voorts schetst de mededeling de huidige stand van zaken van toetsingsmechanismen in EU-lidstaten en bespreekt enkele sectorale initiatieven op EU-niveau zoals Europese regelgeving omtrent kritiekaangemerkte bedrijfsmiddelen, regelgeving inzake buitenlandse eigendom in bijvoorbeeld energie- en luchtvaartondernemingen en regelgeving inzake strategische infrastructuur in de energie-sector. Hierbij stelt de mededeling dat ondanks deze sectorale initiatieven een omvattend juridisch kader op EU-niveau ontbreekt.

De mededeling schetst vervolgens de Europese dimensie van buitenlandse investeringen en stelt dat nauwere samenwerking en betere coördinatie tussen lidstaten van essentieel belang is. Tot slot blikt de mededeling vooruit naar de verordening. De Commissie komt alvast met de volgende flankerende maatregelen: 1) Tegen eind 2018 een verdere diepgaande analyse uitvoeren van inkomende stromen van buitenlandse directe investeringen in de EU, met name in strategische sectoren of strategische activa. 2) Een coördinatiegroep zal worden opgezet rond het thema van inkomende buitenlandse directe investeringen, geleid door de Commissie. De coördinatiegroep zal bestaan uit vertegenwoordigers van lidstaten. Deze groep zal verdere analyses uitvoeren en convergentie in het beleid creëren door middel van uitwisseling van informatie en overleggen.

Verordening

Met het huidige voorstel beoogt de Commissie op grond van haar handelspolitieke bevoegdheid een nieuw EU-raamwerk op te zetten voor

² UNCTAD «World Investment eport 2017: Investment and the Digital Economy».

toetsing van buitenlandse overnames op nationale veiligheid en openbare orde. Dit in aanvulling op de reeds bestaande sectorale EU-wetgeving ter bescherming van strategische belangen, zoals in de energiesector. In de toelichting bij de verordening stelt de Commissie dat de EU open is voor investeringen, maar dat er zorgen zijn over niet-markt gedreven investeringen en risico's voor strategische technologieën, infrastructuur, grondstoffen of gevoelige informatie. Momenteel wordt in lidstaten verschillend omgegaan met toetsing van buitenlandse investeerders. Bijna de helft van de lidstaten hanteert toetsingsmechanismen voor buitenlandse directe investeringen op grond van nationale veiligheid en openbare orde. Sommige lidstaten hanteren daarbij een generieke toetsing (niet beperkt tot bepaalde sectoren) voor alle inkomende buitenlandse investeringen. Andere lidstaten kennen een toetsing in bepaalde strategische sectoren³. Een aantal lidstaten kent momenteel geen toetsing.

Voor de invulling van de toetsing biedt het voorstel een niet-uitputtende lijst van factoren die lidstaten mogen meewegen in de toetsing en stelt het procedurele voorwaarden aan de toetsingspraktijk in lidstaten. Bij de toetsing of een buitenlandse investering een gevaar op kan leveren voor de nationale veiligheid en/of openbare orde mag een lidstaat beoordelen wat de effecten zijn op kritieke infrastructuur⁴, kritieke technologieën⁵, beveiliging van levering van kritieke inputs, toegang tot bedrijfsgevoelige informatie of de mogelijkheid tot het controleren van bedrijfsgevoelige informatie. Ook mag worden meegewogen of een buitenlandse investeerder direct of indirect wordt gecontroleerd (bijvoorbeeld door middel van significante financiering, inclusief subsidies), door de regering van een derde land. Het voorstel stelt voorts basisvereisten vast ten aanzien van transparantie, beslistermijnen, bescherming van (bedrijfs-)vertrouwelijke informatie van investeerders, rechtsbescherming en hanteert een op verbod op discriminatie tussen derde landen onderling.

Het voorstel behelst voorts een samenwerkingsmechanisme tussen lidstaten voor het toetsen van buitenlandse directe investeringen in de EU op grond van nationale veiligheid en openbare orde. Het stelt dat het aan lidstaten zelf is om te beslissen over het al dan niet toetsen van buitenlandse directe investeringen. Lidstaten die over een nationaal toetsingsmechanisme beschikken en overgaan tot toetsing van een voorgenomen investering, moeten dit binnen 5 dagen melden bij alle andere lidstaten en bij de Commissie en dienen een jaarrapport te sturen over de toepassing van de nationale toetsingsmechanismen. Lidstaten die niet over een toetsingsmechanisme beschikken, dienen een jaarlijks rapport op te stellen over de buitenlandse directe investeringen die hen bekend zijn geweest in het afgelopen jaar.

Iedere lidstaat die meent dat een buitenlandse investering in een andere lidstaat (de ontvangende lidstaat) effect heeft op de eigen veiligheid en openbare orde, mag opmerkingen aanleveren bij de ontvangende lidstaat en dient deze opmerkingen parallel door te sturen aan de Commissie. Daarnaast kan ook de Commissie een advies indienen bij de ontvangende lidstaat, in het geval dat de Commissie gegronde redenen heeft om aan te nemen dat de buitenlandse investering een effect kan hebben op de veiligheid of openbare orde in een of meerdere lidstaten. Voorts kan de Commissie, net als de andere lidstaten informatie opvragen bij de desbetreffende lidstaat over de buitenlandse investering. De ontvangende

³ Bijvoorbeeld energie, ruimtevaart, vervoer, technologieën en inputs voor strategische sectoren, kritieke infrastructuur uit uiteenlopende sectoren, gevoelige data.

⁴ Zoals energie, transport, communicatie, data opslag, ruimte, financiële infrastructuur en gevoelige faciliteiten.

⁵ Zoals artificiële intelligentie, robotica, halfgeleiders, technologieën met dual-use potentie, cybersecurity, ruimte- en kerntechnologie.

lidstaat dient deze opmerkingen en/of dit advies naar behoren mee te nemen in de beslissing in geval van toetsing, of bij het brede buitenlandse investeringsbeleid wanneer de betreffende lidstaat de investering niet toetst.

De Commissie mag ook op eigen initiatief buitenlandse directe investeringen toetsen in het geval het een investering in een programma of project in het belang van de Unie betreft, te weten projecten met een substantiële EU subsidiëring en programma's of projecten die onder EU-wetgeving vallen met betrekking tot kritieke infrastructuur, kritieke technologie of kritieke input.⁶ Hierna kan de Commissie een advies uitbrengen aan een ontvangende lidstaat, die wordt geacht zoveel mogelijk rekening met dit advies te houden. In het geval van niet-opvolging van het advies dient deze lidstaat de Commissie uitleg te geven.

b) Impact assessment Commissie

Er is geen impact assessment voor de noodzaak van deze verordening opgesteld. Zonder een dergelijke analyse is door de Commissie onvoldoende aangetoond of de verordening het beoogde doel bereikt of dat er passende andere mogelijkheden zijn.

Nederland heeft zich in de Raad ingezet om alsnog een impact assessment van dit voorstel te verkrijgen. Een meerderheid van de lidstaten gaf in de Raad aan een impact assessment of nadere analyse van de Commissie te willen ontvangen, mits het de verdere behandeling van het voorstel niet vertraagt. Er is vooralsnog geen besluit genomen dat het impact assessment zal worden uitgevoerd. Op dit moment wordt er verder gesproken over de reikwijdte van de nadere informatie en analyse die verlangd wordt. Nederland neemt actief deel in deze overleggen en zal zich ervoor inzetten dat er zoveel mogelijk informatie verkregen wordt die normaliter in een impact assessment zou worden meegenomen. Zo zal Nederland zich er onder andere voor inzetten om een nadere analyse van de noodzaak van de adviserende rol van de Commissie te verkrijgen en om mogelijke alternatieven te onderzoeken.

3. Nederlandse positie ten aanzien van het voorstel

a) Essentie Nederlands beleid op dit terrein

Het Regeerakkoord stelt dat Nederland een open economie heeft en een aantrekkelijk vestigings- en investeringsklimaat. Investerings- en vestigings- en door buitenlandse bedrijven zijn onderdeel van het economisch proces. Het biedt kansen voor het bedrijfsleven en houdt het bestuur van ondernemingen scherp. Het kabinet hecht aan behoud van dit open investeringsklimaat.

Tevens stelt het Regeerakkoord dat een open economie zich tegelijkertijd slecht verhoudt tot de barrières waar Nederlandse ondernemers te vaak op stuiten in andere landen buiten de Europese Unie. Dat geldt ook voor buitenlandse bedrijven die (deels) staats eigendom zijn of staatssteun genieten. Nederland wil op Europees niveau en met derde landen afspraken maken voor een betere balans.

Het Regeerakkoord stelt voorts dat vitale sectoren specifieke bescherming krijgen. Na zorgvuldige analyse van risico's voor nationale veiligheid kunnen aangewezen bedrijven uit vitale sectoren alleen met actieve

⁶ Dit is verder uitgewerkt in de bijlage bij de verordening waarin de programma's en projecten zijn opgesomd die naar het oordeel van de Europese Commissie onder deze definitie vallen. Het gaat onder andere om Galileo & EGNOS, Copernicus, Horizon2020, Trans-Europese Netwerken voor Transport (TEN-T), Trans-Europese Netwerken voor Energie (TEN-E) en Trans-Europese Netwerken voor Telecommunicatie.

goedkeuring worden overgenomen, zo nodig onder voorwaarden, of beschermd worden door het vastleggen van de andere, juiste waarborgen. Onderzocht wordt of naast de bestaande lijst vitale sectoren ook voor landbouwgronden en bepaalde regionale infrastructurele werken dit beschermingsregime noodzakelijk is. Indien nodig worden er maatregelen genomen. Momenteel beschikken de Elektriciteitswet 1998, de Gaswet alsook de Wet Financiële Sector over een sectorspecifieke investeringstoets. Met betrekking tot de telecomsector is reeds geconcludeerd dat een wetsvoorstel met daarin sectorspecifieke regelgeving die voor de bescherming van de sector nodig is. Dit heeft geresulteerd in het Wetsvoorstel Ongewenste Zeggenschap Telecommunicatie (WOZT). Dit wetsvoorstel is begin dit jaar openbaar geconsulteerd. Voorts heeft het kabinet besloten tot de voorbereiding van wetgeving ter bescherming van nationale veiligheidsbelangen bij buitenlandse investeringen in bedrijven die zich bezighouden met de (cryptografische) bescherming van staatsgeheime informatie.

b) Beoordeling + inzet ten aanzien van dit voorstel

Mededeling

Buitenlandse directe investeringen kunnen kansen bieden voor de EU en Nederland, zoals extra investeringen, synergievoordelen, mogelijkheden tot het realiseren van schaalvoordelen en het kennis kunnen nemen van nieuwe ideeën. Ze dragen bij aan de concurrentiekracht van het bedrijfsleven en de economie, bijvoorbeeld door het inbrengen van nieuwe financiering of doordat ze tot hogere productiviteit leiden.

Tegelijkertijd, en zoals hierboven reeds gesteld, onderkent het kabinet echter ook dat buitenlandse directe investeringen een risico met zich mee kunnen brengen voor de nationale veiligheid en/of openbare orde. In een open gemeenschappelijke Europese markt kunnen deze risico's ook betrekking hebben op de nationale veiligheid en openbare orde van andere lidstaten dan de lidstaat die de ontvanger is van de directe investering.

Het kabinet deelt dan ook de zorgen die de Commissie in de mededeling omschrijft met betrekking tot beperkte markttoegang in het buitenland, niet-marktconforme investeringen en de risico's die buitenlandse directe investeringen met zich kunnen meebrengen. Nederland steunt derhalve het doel van de mededeling, zoals ook weergegeven is in de beleidsbrief «tussen naïviteit en paranoia».⁷ De mededeling geeft volgens het kabinet goed de probleemanalyse weer ten aanzien van de problematiek van reciprociteit bij investeringen en overnames én de problematiek van investeringen die de openbare orde en nationale veiligheid raken. Het kabinet sluit zich aan bij de wens om op Europees niveau en met derde landen afspraken te maken voor een betere balans.

Nederland vindt het van belang dat markttoegang voor investeerders bij beide partijen open is.⁸ Het huidige voorstel adresseert deze problematiek niet. Nederland wil op Europees niveau en met derde landen afspraken maken voor een betere balans in het kader van een goed en gelijk speelveld voor ondernemers.

⁷ «Tussen naïviteit en paranoia: Nationale veiligheidsbelangen bij buitenlandse overnames en investeringen in vitale sectoren»; Kamerstuk 30 821, nr. 27.

⁸ Passage Regeerakkoord: «Tegelijkertijd verhoudt een open economie zich slecht tot de barrières waar Nederlandse ondernemers te vaak op stuiten in andere landen buiten de Europese Unie. Dat geldt ook voor buitenlandse bedrijven die (deels) staatssteun genieten».

Verordening

Als uitvloeisel van haar mededeling, stelt de Commissie een verordening voor die een nieuw EU-raamwerk («enabling framework») introduceert voor de toetsing door individuele lidstaten van buitenlandse investeringen op grond van nationale veiligheid en openbare orde. Met dit voorstel wordt voor het eerst, los van de hierboven genoemde reeds bestaande sectorspecifieke kaders, een generiek Europees kader geïntroduceerd voor de toetsing van buitenlandse investeringen. Lidstaten passen momenteel zonder nader Europees generiek kader, onder eigen bevoegdheid, wel of geen vorm van toetsing toe. Zoals bij elk internationaal kader (Europees of anderszins) beperkt dit nieuwe kader de nationale bewegingsvrijheid, zowel voor Nederland als andere lidstaten. De Verordening vereist dan ook een zorgvuldige analyse en afweging. Dit temeer omdat het voorstel een EU-kader voorschrijft voor toetsing op grond van nationale veiligheid en openbare orde, onderwerpen die bij uitstek een nationale bevoegdheid betreffen.

In een open, gemeenschappelijke Europese markt kan een zekere mate van harmonisering noodzakelijk worden geacht. Nederland kan zich in beginsel vinden in het idee van een samenwerkingsmechanisme tussen lidstaten, aangezien buitenlandse directe investeringen een risico met zich mee kunnen brengen voor de nationale veiligheid en openbare orde van andere lidstaten dan de lidstaat die de ontvanger is van de directe investering. Door het delen van informatie tussen lidstaten kunnen dispariteiten worden voorkomen. Ook kan dit samenwerkingsmechanisme op Unieniveau zorgdragen voor verhoogde transparantie voor buitenlandse investeerders. De basisvereisten die de voorgestelde verordening stelt aan de toetsing door lidstaten kunnen willekeur voorkomen. Dit leidt tot verhoogde rechtszekerheid voor buitenlandse investeerders. Zo dienen lidstaten bij het toetsen van buitenlandse investeringen zich te houden aan het verbod op discriminatie en dienen buitenlandse investeerders en ondernemingen de mogelijkheid te hebben om tegen een screeningsbesluit van de nationale autoriteiten in beroep te gaan. Tevens kan dit samenwerkingsmechanisme ingezet worden om beter te waarborgen dat voldaan wordt aan de verplichtingen van artikel XIV en XIVbis en XVI, lid 2, onderdeel f, GATS, welke algemene uitzonderingsgronden geven om af te wijken van handel- en dienstenafspraken en uitzonderingen van deze afspraken op grond van veiligheid mogelijk maken. Voorts stelt de GATS dat er limieten gesteld mogen worden aan het aandeel van buitenlandse aandeelhouders.⁹

Het voorstel introduceert voorts een rol van de Unie op het gebied van coördinatie. Volgens Nederland kunnen mogelijke grensoverschrijdende belangen in specifieke sectoren aanleiding geven tot een intensievere rol voor de EU wat betreft coördinatie of ondersteuning van informatie-uitwisseling voor bepaalde specifieke sectoren, bijvoorbeeld bij nationale veiligheidsrisico's bij overname van een bedrijf dat in meerdere EU-lidstaten actief is, of overname van een bedrijf dat via de waardeketen een veiligheidsrisico in andere lidstaten met zich mee brengt. Daarbij dient te worden voorzien in duidelijke waarborgen voor de bescherming van vertrouwelijke informatie aangaande buitenlandse directe investeringen en bedrijfsovernames. Nederland zal zich daarom inzetten om deze waarborgen te verzekeren (zie nader hieronder).

. Naast deze positieve aspecten heeft Nederland echter een aantal zorgen en vragen ten aanzien van verschillende onderdelen van dit voorstel. Op een aantal onderdelen is het voorstel naar het oordeel van Nederland onvoldoende uitgewerkt of onduidelijk. Nederland zal zich ervoor inzetten

⁹ Algemene uitzonderingen op handel- en dienstenafspraken, uitzonderingen van deze afspraken op grond van veiligheid en limieten die gesteld mogen worden aan het aandeel van buitenlandse aandeelhouders.

dat deze punten worden geadresseerd tijdens de onderhandelingen in de Raad. De Nederlandse zorgen over dit voorstel worden hieronder per onderwerp beschreven.

Richtsnoeren of richtlijn vs. verordening

Richtsnoeren gebaseerd op *best practices*, of een richtlijn die ervoor zorgt dat de wet- en regelgeving van de lidstaten waar nodig wordt geharmoniseerd, zouden naar de mening van het kabinet passender zijn geweest dan een verordening. Gesteld dat een bepaalde mate van harmonisering van de toetsingspraktijk in lidstaten nuttig kan zijn, zouden richtsnoeren of een richtlijn ruimte laten aan lidstaten om de Europese kaders te implementeren op een wijze die het beste aansluit op de eigen praktijk. Bovendien zouden richtsnoeren of een richtlijn recht doen aan de rol en bevoegdheid van de lidstaten waar het gaat om het borgen van de nationale veiligheid. De door de Europese Commissie gekozen rechtsgrondslag verhindert echter een dergelijke wijziging van het instrument, omdat artikel 207, tweede lid, dwingend een verordening voorschrijft.

Nationale veiligheid en openbare orde zijn nationale bevoegdheid

Bevoegdheden op het gebied van nationale veiligheid en openbare orde behoren bij uitstek toe aan de nationale overheid. Nederland is van mening dat elk voorstel ten aanzien van nationale veiligheid en openbare orde geen inbreuk mag maken op de lidstaatbevoegdheid ten aanzien van het waarborgen van de eigen nationale veiligheid en openbare orde. Dit principe is in de EU-verdragen verankerd.¹⁰ Hoewel het voorstel de uiteindelijke beslissingsbevoegdheid na toetsing aan de lidstaten laat, introduceert het voorstel tegelijkertijd een «enabling framework» met Europese «spelregels» die bepalen hoe een lidstaat mag toetsen. Met dit voorstel kunnen lidstaten alleen nog met in achtneming van dit procedurele raamwerk van het voorstel toetsingsmechanismen invoeren, wijzingen en in de praktijk brengen. De huidige presentatie van het voorstel als een «enabling framework» miskent volgens Nederland de primaire bevoegdheid van de lidstaten hierop. Hoewel het voorstel de uiteindelijke beslissingsbevoegdheid na toetsing aan de lidstaten laat, introduceert het voorstel tegelijkertijd een Europese inkadering van de uitoefening van die bevoegdheid. Nederland wil daarom graag expliciet in de verordening opnemen dat deze geen beletsel vormt voor lidstaten om op te treden uit hoofde van nationale veiligheid en openbare orde. Nederland heeft tevens zorgen over de praktische uitvoering van het voorstel op dit punt. Volgens het voorstel dienen adviezen van de Commissie en opmerkingen van de andere lidstaten naar behoren meegenomen te worden in de beslissing in geval van toetsing, of bij het brede buitenlandse investeringsbeleid wanneer de betreffende lidstaat de investering niet toetst. De consequenties van het negeren van dusdanige adviezen en opmerkingen volgen niet duidelijk uit dit voorstel. Hiermee creëert het voorstel zelf een belangrijke rechtsonzekerheid. Nederland zal zich tijdens de onderhandelingen inzetten om de consequenties van deze adviezen en opmerkingen te verduidelijken c.q. in te perken. Het is voor Nederland echter onvoldoende duidelijk welke problemen ten aanzien van het toetsen van buitenlandse investeringen op risico's voor de openbare orde en nationale veiligheid deze verordening oplost. En wat de meerwaarde en gevolgen zijn van het realiseren van een positie voor de Commissie in het beoordelen van de openbare orde en nationale veiligheidsbelangen van de individuele lidstaten. Naar het oordeel van het kabinet biedt het huidige juridische kader op basis van internationaal

¹⁰ Artikel 4 (2) VEU bepaalt dat bepaalt dat «met name de nationale veiligheid een uitsluitende bevoegdheid van de lidstaat is.

recht en het Unierecht de lidstaten reeds de bevoegdheid en voldoende ruimte om maatregelen te nemen om de nationale veiligheid en openbare orde te beschermen. En door het ontbreken van een impact assessment is niet anders aangetoond.

Voorts heeft Nederland zorgen ten aanzien van de verplichting tot het «zorgvuldig meenemen» van opmerkingen van andere lidstaten in de beslissing in geval van toetsing, of bij het brede buitenlandse investeringsbeleid. Een lidstaat die een buitenlandse directe investering ontvangt en hierbij opmerkingen van andere lidstaten krijgt, dient diens gevolg het eigen toetsingsmechanisme toe te passen voor de bescherming van de belangen van de nationale veiligheid en openbare orde van een andere lidstaat of van de Unie.

Niet-marktgedreven investeringen

In de mededeling en de inleiding bij de verordening stelt de Commissie dat de EU open is voor investeringen, maar dat er zorgen zijn over niet-markt gedreven investeringen. Volgens Nederland ligt hier de kern van de problematiek die aanleiding gaf tot de Europese discussie over buitenlandse directe investeringen. Nederland betreurt het dat de Commissie, ondanks het benoemen van deze problematiek in de mededeling, geen mogelijke oplossingen van deze problematiek heeft voorgesteld. Nederland vindt het voorts wenselijk dat de Commissie de problemen rond niet-markt gedreven investeringen uit derde landen adresseert die buiten het kader van nationale veiligheid en openbare orde vallen.

Het huidige voorstel focust namelijk niet op de *herkomst* van investeringen (niet-markt- of staatsgedreven) van buiten de EU, maar stelt een toetsingskader voor ten aanzien van het borgen van nationale veiligheid en openbare orde bij het *doel* van een investering. Binnen dit toetsingskader zou de herkomst van de investeringen dan ook, voor zover mogelijk, kunnen worden meegewogen.

Wat Nederland betreft is het kader voor nationale veiligheid en openbare orde niet gepast om de problematiek van niet-marktgedreven investeringen te adresseren. Met dit Commissievoorstel wordt de problematiek van niet-marktgedreven investeringen ten eerste slechts ten dele geadresseerd, aangezien het ongelijk speelveld van niet-marktgedreven investeringen breder is dan alleen die sectoren waarin belangen spelen ten aanzien van nationale veiligheid en openbare orde. Nederland acht de strikt afgebakende begrippen nationale veiligheid en openbare orde niet geschikt voor het adresseren van het bredere probleem van niet-marktgedreven investeringen, en Nederland staat afwijzend tegenover het oprekken of versmallen van de begrippen «nationale veiligheid» en «openbare orde»; Nederland wil dat invulling hiervan niet buiten de grenzen van het mondiale WTO-akkoord over de handel in diensten, General Agreement on Trade in Services, en het EU-acquis gezocht wordt. Nederland vindt het daarom wenselijk dat de Commissie de problemen rond niet-marktgedreven investeringen uit derde landen in den brede adresseert buiten het kader van nationale veiligheid en openbare orde. Om op Europees niveau en met derde landen afspraken maken voor een betere balans, zal Nederland de Commissie daarom blijven verzoeken alle mogelijkheden in kaart te brengen om deze zorgen op een effectieve wijze te adresseren. EU-actie ten aanzien van deze problematiek dient daarbij volledig los te staan van het kader voor nationale veiligheid en openbare orde.

Rol Commissie

Het voorstel introduceert voor het eerst een eigenstandige rol voor de Europese Commissie bij de toetsing op nationale veiligheid en openbare

orde van directe investeringen. Volgens het voorstel kan de Commissie, indien zij meent dat een buitenlandse investering raakt aan de veiligheid in een of meerdere lidstaten, een advies uitbrengen aan de lidstaat waar de investering plaatsvindt. Echter, Nederland ziet geen rol voor de Commissie op dit punt bij investeringen die niet raken aan meerdere lidstaten. Daarom zal Nederland zich actief inzetten in de onderhandelingen om de beoogde rol van de Commissie op dit punt in te perken. Nederland ziet alleen een rol op Unieniveau voor samenwerking tussen lidstaten bij effecten voor meerdere lidstaten. Uit het voorstel blijkt niet dat deze rol per se door de Commissie vervuld dient te worden, noch dat er alternatieven zijn onderzocht. Door zelf adviezen te kunnen geven is er sprake van een inhoudelijke rol van de Europese Commissie waarvan de toegevoegde waarde betwijfeld kan worden.

Voorts is Nederland van mening dat de noodzakelijkheid van de zelfstandige toetsingsbevoegdheid van de Commissie een uitgebreidere onderbouwing en duidelijkere afbakening behoeft. Deze zelfstandige toetsingsrol die het voorstel aan de Commissie toebedeelt geldt in het geval een buitenlandse investering raakt aan projecten en programma's in het belang van de Unie. Nederland is nog niet overtuigd van het algehele verband tussen buitenlandse directe investeringen in programma's en projecten in het belang van de Unie en de consequenties hiervan voor veiligheid en openbare orde, welke de rechtvaardiging in het voorstel vormen voor een eigenstandige toetsingsrol voor de Europese Commissie.

In het geval de Commissie een advies geeft dat volgt uit de zelfstandige toetsingsbevoegdheid van de Commissie, wordt een lidstaat geacht zoveel mogelijk rekening met dit advies te houden. Bij niet-opvolging van dit advies dient de lidstaat uitleg te geven waarom het advies niet opgevolgd wordt. De consequenties van een commissie advies voor het autonome proces van de lidstaat volgen niet duidelijk uit dit voorstel. Doordat Nederland op dit moment de noodzaak van de zelfstandige toetsingsbevoegdheid nog niet ziet, dient op dit punt eerst verheldering te komen alvorens Nederland zich verder kan uitspreken. Een lidstaatverplichting om uitleg te geven bij niet-opvolging van een advies behoeft een uitgebreide onderbouwing. Tevens dienen mogelijke alternatieven goed onderzocht te worden.

Zorgen oprekking begrippen nationale veiligheid en openbare orde

Lidstaten mogen buitenlandse directe investeringen toetsen op gronden van nationale veiligheid en openbare orde. Nederland heeft de zorg dat dat de begrippen nationale veiligheid en openbare orde onwenselijk opgerekt of vermengd worden tot protectionistische doeleinden. Nederland zal lidstaten erop wijzen dat invulling van de begrippen nationale veiligheid en openbare orde, in dit voorstel, niet buiten de grenzen van het EU-acquis, mondiale WTO-akkoord over de handel in diensten, General Agreement on Trade in Services gezocht wordt. De toetsingsgronden die de Commissie mag gebruiken in de nieuwe eigen toetsingsrol lijken hiermee op gespannen voet te staan. Er is bijvoorbeeld onvoldoende duidelijk waarom in alle gevallen waarin sprake is van een investering in een onderneming die deelneemt aan het Horizon2020-programma de veiligheid en openbare orde in het geding is. Het voorstel lijkt op dit punt juist te mikken op de bescherming van strategische innovaties en -innovatievermogen van het bedrijfsleven van de Europese Unie. Het voorstel lijkt hier de begrippen nationale veiligheid en openbare orde onwenselijk op te rekken of te vermengen en maakt de toepassing van deze begrippen kwetsbaar in het kader van investerings-toetsen voor klachten bij de WTO, het HvJEU en de nationale rechtspraak.

Verplichting tot delen van informatie

Artikel 10 en 11 van de voorgestelde verordening geven weer welke informatie gedeeld dient te worden met andere lidstaten en de Commissie indien een lidstaat een buitenlandse directe investering ontvangt. Artikel 10 geeft aan dat het voornamelijk om het delen van informatie over eigendomsstructuren en waarde van de investeringen gaat. Voorts regelt artikel 11 dat informatie die naar aanleiding van de toepassing van de verordening is ontvangen slechts gebruikt wordt voor het doel waarvoor zij werd gevraagd, en dat de lidstaten en de Commissie de bescherming van de bij toepassing van deze verordening verzamelde vertrouwelijke informatie waarborgen. Nederland heeft een zorg wat betreft de bescherming van persoonsgegevens, aangezien bij de weergave van de eigendomsstructuur van een investeerder uit een derde land dit soort gegevens een relevante factor kunnen vormen en daarom gedeeld zouden moeten worden volgens artikel 10. Nederland zal zich ervoor inzetten dat dit artikel er niet toe leidt dat er informatie gedeeld wordt die in strijd is met de algemene verordening gegevensbescherming. Bovendien spreekt het artikel zich niet uit over gerubriceerde informatie. Het kabinet is van mening dat het voorstel hiermee onvoldoende duidelijk maakt hoe de voorgeschreven samenwerking en informatiedeling tussen de lidstaten onderling en met de Europese Commissie kan plaatsvinden, indien er sprake is van gerubriceerde informatie. Het kabinet ziet daarom graag een expliciete verwijzing naar de verplichtingen en rechten van de lidstaten die voortvloeien uit de verdragen en de besluiten betreffende gerubriceerde informatie.¹¹ Nederland zal zich ervoor inzetten dat het huidige voorstel niet leidt tot een verplichting om gerubriceerde informatie te delen met de Commissie. Nederland is van mening dat het delen van gerubriceerde informatie slechts dient te gebeuren binnen intergouvernementele structuren en specifieke randvoorwaarden zoals op die op dit moment ook bestaan voor de Counter Terrorism Group (CTG). Voorts acht het kabinet het van belang dat volledig rekening wordt gehouden met de bijzondere aspecten verbonden aan de nationale veiligheid van de lidstaten. In dit verband merkt het kabinet op dat het in een aantal gevallen juist in het belang van de nationale veiligheid is om niet kenbaar te maken dat een investering raakt aan de bescherming van de nationale veiligheid of openbare orde.

c) Eerste inschatting van krachtenveld

De Europese Raad van 22/23 juni 2017 heeft de Europese Commissie en de Raad van de EU opgeroepen om het debat over de vraag hoe wederkerigheid op het gebied van investeringen kan worden versterkt, te verdiepen en voort te zetten. De Europese Raad verzocht de Commissie daarbij de investeringen vanuit derde landen in strategische sectoren te analyseren, met volledige inachtneming van de bevoegdheden van lidstaten.

Italië, Frankrijk en Duitsland, die eerder dit jaar de discussie een impuls gaven met een brief over strategische investeringen uit derde landen, hebben zich uitgesproken voorstanders van het voorstel getoond en pleiten voor snelle vooruitgang. Zij worden gesteund door een klein aantal lidstaten dat zich positief constructief toonde. Een aanzienlijk aantal andere lidstaten heeft tijdens een eerste discussie daarentegen kritische kanttekeningen bij het voorstel geplaatst, met name over het gebrek van een impact assessment en onderzoek naar alternatieven. Deze laatste groep plaatste vraagtekens bij de noodzaak en toegevoegde waarde van het huidige voorstel van de Commissie, maar erkende weliswaar de

¹¹ In het bijzonder art. 346, eerste lid, onder a VWEU en Raadsbesluit 2013/488 en Besluit 2015/444 van de Commissie.

zorgen die er zijn over niet-markt gedreven investeringen. Daarom gaven de meeste lidstaten aan dat de voortgang van dit voorstel geen vertraging diende op te lopen door het opstellen van een impact assessment.

4. Beoordeling bevoegdheid, subsidiariteit en proportionaliteit

a) Bevoegdheid

Mededeling

De mededeling heeft betrekking op het terrein van de gemeenschappelijke handelspolitiek. De EU heeft op dit gebied een exclusieve bevoegdheid. (art.3, lid 1, onder e, VWEU). Het kabinet heeft een positieve grondhouding over de bevoegdheid ten aanzien van de mededeling.

Verordening

De Europese Commissie baseert de bevoegdheid voor het voorstel voor een verordening op artikel 207, lid 2 VWEU (de gemeenschappelijke handelspolitiek). Op dit gebied heeft de EU op grond van art. 3, lid 1, onder e), VWEU een exclusieve bevoegdheid. Art. 207, lid 1, VWEU bepaalt dat de handelingen van de Unie op het gebied van «directe buitenlandse investeringen» onder de gemeenschappelijke handelspolitiek vallen. Uit Art. 207, lid 2, VWEU volgt dat het Europees Parlement en de Raad volgens de gewone wetgevingsprocedure bij verordening de maatregelen vaststellen die het kader voor de uitvoering van de gemeenschappelijke handelspolitiek bepalen.

De vraag is gerezen in hoeverre de verschillende aspecten van het voorstel van de Commissie geschaard kunnen worden onder de voorgestelde rechtsgrondslag. In het bijzonder is de vraag hoe het voorliggende voorstel zich verhoudt tot de bevoegdheid van de lidstaten ten aanzien van de nationale veiligheid en openbare orde. In dit verband is in de Raadwerkgroep door Nederland, gesteund door andere lidstaten, nadrukkelijk de vraag opgeworpen of het (uitsluitend) baseren van dit voorstel op de exclusieve bevoegdheidsgrondslag ten aanzien van de gemeenschappelijke handelspolitiek op gespannen voet staat met de bevoegdheid van lidstaten ten aanzien van de nationale veiligheid en openbare orde.

Nederland benadrukt dat elk voorstel ten aanzien van nationale veiligheid en openbare orde geen inbreuk mag maken op deze lidstaatbevoegdheden. Op grond van artikel 4, lid 2, VEU, eerbiedigt de Unie de essentiële staatsfuncties, zoals de handhaving van de openbare orde en de bescherming van de nationale veiligheid. Met name de nationale veiligheid blijft de uitsluitende verantwoordelijkheid van elke lidstaat. Nederland is van mening dat artikel 4, lid 2, VEU geldt ongeacht de gekozen rechtsgrondslag.

b) Subsidiariteit

Mededeling

De mededeling benoemt de zorgen die zijn besproken in de Europese Raad. Het kabinet heeft een positieve grondhouding over de subsidiariteit ten aanzien van de mededeling. Wederzijdse markttoegang en niet-marktconforme investeringen zijn, vanwege het grensoverschrijdende karakter zorgen, waarbij een Europese rol gerechtvaardigd is.

Verordening

Nu de Commissie haar voorstel baseert op een exclusieve bevoegdheid van de EU, is een oordeel over de subsidiariteit vooralsnog niet aan de orde. Indien de discussie over de rechtsgrondslag daartoe aanleiding geeft, zal Nederland ook ten aanzien van de subsidiariteit inzetten op het adresseren van de zorgpunten zoals hierboven omschreven onder de beoordeling van het voorstel.

c) Proportionaliteit

Mededeling

Het kabinet heeft een positieve grondhouding ten opzichte van de mededeling. De mededeling benoemt slechts de bestaande zorgen en gaat daarbij niet verder dan nodig.

Verordening

Nederland beoordeelt de verordening in de huidige vorm, ondanks een aantal positieve punten, op dit moment overwegend negatief. Het voorstel laat voldoende ruimte aan lidstaten voor eigen beleidsvrijheid om al dan niet toetsingsmechanismen in te voeren en toe te passen. Daarbij kunnen lidstaten – binnen de grenzen van de verordening – zelf criteria en procedures ontwikkelen en vastleggen. Daarnaast is het aan de lidstaten zelf om een investering al dan niet te blokkeren of aan voorwaarden te onderwerpen.

Bij deze positieve elementen passen de zorgpunten dat het voorstel verder gaat dan strikt genomen nodig is om de uitwisseling van informatie en samenwerking tussen de lidstaten te bevorderen bij directe investeringen die een gevaar kunnen vormen voor de nationale veiligheid en de openbare orde. Een toetsende rol van de Commissie is daarvoor niet noodzakelijk. Dit geldt evenmin wanneer de investeringen verband houden met programma's of projecten die (deels) door de Unie worden gefinancierd. Bovendien wordt niet onderkend dat door deze verordening lidstaten die geen investeringstoets hebben of slechts een sectorale toets, de druk zullen voelen om gevolg te geven aan de zorgen van de andere lidstaten bij directe investeringen. Voorts biedt het voorstel nog geen duidelijke waarborgen met betrekking tot de uitwisseling van bedrijfsgevoelige en/of gerubriceerde informatie.

Vanwege het ontbreken van een impact assessment blijft het tevens onduidelijk waarom de beoogde effecten alleen door middel van een wetgevend instrument kunnen worden bereikt, en niet door een lichter instrument zoals richtsnoeren gebaseerd op best practices. De Commissie stelt dat de verordening rechtszekerheid biedt terwijl nationale arrangementen sowieso aan geldende nationale en EU-regelgeving zijn gebonden. Deze rechtszekerheid is in de huidige situatie dus reeds geborgd.

5. Financiële implicaties, gevolgen voor regeldruk en administratieve lasten

a) Consequenties EU-begroting

Er zijn geen consequenties voor de totale EU-begroting. Binnen de EU-begroting wordt aan de betrokken Directoraten-Generaal binnen de Commissie een budget toegekend voor de administratieve kosten. Indien er extra middelen nodig zijn is Nederland van mening dat de benodigde EU-middelen gevonden dienen te worden binnen de in de Raad afgesproken financiële kaders van de EU-begroting 2014–2020 en

dat deze moeten passen bij een prudente ontwikkeling van de jaarbegroting.

b) Financiële consequenties (incl. personele) voor rijksoverheid en/ of decentrale overheden

Onbekend. De uitvoering van dit raamwerk zal kosten met zich meebrengen voor onder meer het toewijzen van capaciteit binnen de rijksoverheid om (wijzigingen aan) de eigen toetsingsmechanismen te notificeren, jaarlijks te rapporteren over investeringen, om de opmerkingen van andere lidstaten en Commissie bij buitenlandse directe investeringen in Nederland te beoordelen en om gemotiveerde reacties op te stellen richting die andere lidstaten of Commissie. De budgettaire gevolgen (administratieve kosten) worden ingepast op de begroting van het beleidsverantwoordelijk departement, conform de regels van de budgetdiscipline.

c) Financiële consequenties (incl. personele) voor bedrijfsleven en burger. Bij gebreke een impact assessment is op Unieniveau geen beeld van de impact op het bedrijfsleven. Uit het voorstel kan wel worden afgeleid dat een toename van de lasten met financiële consequenties voor het bedrijfsleven kan worden verwacht, in het bijzonder ten aanzien van te verstrekken informatie en het voldoen aan de toetsingsprocedures binnen de tijdpaden en voorwaarden die de Uniewetgever met deze verordening inkadert (zie artikel 10 van het voorstel). De informatie zal worden uitgevraagd door de lidstaten die een toetsingsmechanisme hebben en door een andere lidstaat of de Europese Commissie om informatie zijn verzocht. Uit het voorstel valt in ieder geval af te leiden dat de inhoud van de informatie die een investeerder zal moeten verstrekken grotendeels overeen zal komen met de inhoud van artikel 10 van het voorstel. Vooral voor ondernemingen die betrokken zijn bij programma's en projecten van Uniebelang zoals opgenomen in de bijlage van dit voorstel kan een toename worden verwacht.

d) Gevolgen voor regeldruk/administratieve lasten voor rijksoverheid, decentrale overheden, bedrijfsleven en burger. Het is aan Nederland zelf om te kiezen voor het instellen van een toetsing van buitenlandse directe investeringen in Nederland. Voor zover deze toetsingsmechanismen reeds bestaan (zie in het bijzonder de Nederlandse energiesector) of zijn voorgenomen (bijv. wetsvoorstel voorkomen ongewenste zeggenschap telecommunicatiesector), zal er een notificatie van het deze mechanismen dienen plaats te vinden. Ook zullen de administratieve lasten voor de rijksoverheid toenemen omdat rekening gehouden moet worden met de opmerkingen van andere lidstaten en de adviezen van de Europese Commissie naar aanleiding van de informatie over investeringen die Nederland verstrekt voor zover deze passen binnen het toepassingsbereik van wet- en regelgeving waarin een investerings-toets is opgenomen.

Daarnaast wordt de regeldruk voor de rijksoverheid verhoogd doordat er jaarlijks een rapport moet worden opgesteld over de buitenlandse directe investeringen die plaats hebben gevonden in ons land waarbij een toetsing heeft plaatsgevonden.

e) Gevolgen voor concurrentiekracht

De invloed van dit voorstel op de Europese concurrentiekracht is nog niet onderzocht. Wel wordt verwacht dat de mogelijkheid van de Commissie om een advies in te dienen en de mogelijkheid van andere lidstaten om commentaar aan te leveren leidt tot onzekerheid voor buitenlandse investeerders. Deze onzekerheid geldt met name voor buitenlandse directe investeringen in sectoren waar (nog) geen toetsingsmechanisme

gehanteerd wordt. Dientengevolge zou de concurrentiekracht beïnvloed kunnen worden.

6. Implicaties juridisch

a) Consequenties voor nationale en decentrale regelgeving en/of sanctionering beleid (inclusief toepassing van de lex silencio positivo)

De Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet dienen aangepast te worden, omdat deze een toetsingsmechanisme kennen dat geen rekening houdt met de samenwerking en gegevensuitwisseling noch de beoordelingscriteria en informatiebehoefte die in de voorgestelde verordening zijn opgenomen. Ook dient het wetsvoorstel voorkomen ongewenste zeggenschap telecommunicatiesector aangepast te worden. Andere wet- en regelgeving in voorbereiding die zien op het invoeren van een investeringstoets (in deelsectoren) zal reeds in de ontwerpfase rekening moeten houden met het voorstel.

Voor zover deze toetsingsmechanismen reeds bestaan (zie in het bijzonder de Nederlandse energiesector) of zijn voorgenomen (bijv. wetsvoorstel voorkomen ongewenste zeggenschap telecommunicatiesector), zal er een notificatie van het deze mechanismen dienen plaats te vinden. Ook zullen de administratieve lasten voor de rijksoverheid toenemen omdat rekening gehouden moet worden met de opmerkingen van andere lidstaten en de adviezen van de Europese Commissie naar aanleiding van de informatie over investeringen die Nederland verstrekt voor zover deze passen binnen het toepassingsbereik van wet- en regelgeving waarin een investerings-toets is opgenomen

b) Gedelegeerde en/of uitvoeringshandelingen, incl. NL-beoordeling daarvan

Niet van toepassing, want niet voorgesteld.

c) Voorgestelde implementatietermijn (bij richtlijnen), dan wel voorgestelde datum inwerkingtreding (bij verordeningen en besluiten) met commentaar t.a.v. haalbaarheid

De voorgestelde datum voor inwerkingtreding van de verordening is de twintigste dag na die van de bekendmaking ervan in het Publicatieblad van de Europese Unie. Deze voorgestelde datum van inwerkingtreding is voor Nederland niet realistisch, omdat bestaande wet- en regelgeving zo aangepast dient te worden dat deze verenigbaar is met de verordening. Dit vergt een termijn van ten minste 18 maanden tussen vaststelling en inwerkingtreding van de verordening.

d) Wenselijkheid evaluatie-/horizonbepaling

Er is een evaluatie voorzien 3 jaar na datum inwerkingtreding van de verordening.

7. Implicaties voor uitvoering en/of handhaving

De termijn van 5 dagen, waarbinnen een toetsing gemeld dient te worden aan de andere lidstaten en aan de Commissie, acht Nederland niet haalbaar.

De opmerkingen van lidstaten en het advies van de Commissie dienen te worden afgehandeld.

8. Implicaties voor ontwikkelingslanden

Verwacht wordt dat dit regelgevend raamwerk niet leidt tot implicaties voor ontwikkelingslanden.