No.W18.18.0177/IV 's-Gravenhage, 26 oktober 2018

**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**

Bij Kabinetsmissive van 5 juli 2018, no.2018001197, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Economische Zaken en Klimaat, mede namens de Minister van Financiën en de Minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet, houdende machtiging tot oprichting van de Nederlandse financierings- en ontwikkelingsinstelling Invest-NL (Machtigingswet oprichting Invest-NL), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel is een machtigingswet voor de oprichting van Invest-NL N.V. (Invest-NL), een Nederlandse financierings- en ontwikkelingsinstelling, waarin de Staat een 100%-deelneming heeft. Voorts regelt het wetsvoorstel verschillende voorwaarden inzake de doelstellingen van Invest-NL en het aandeelhouderschap van de Staat.

De Afdeling advisering van de Raad van State wijst erop dat het voor een zinvolle inzet van de collectieve middelen die met Invest-NL zijn gemoeid essentieel is adequate doelstellingen, taken en criteria voor het functioneren van Invest-NL te formuleren. Immers, daar waar de markt functioneert, heeft Invest-NL (en dus ook de inzet van collectieve middelen) geen toegevoegde waarde en leidt optreden van Invest-NL tot marktverstoring. Scherpte en focus over verantwoordelijkheden en over de reikwijdte van de taken acht de Afdeling dan ook nodig. Dit is niet alleen van belang voor Invest-NL zelf, maar ook voor de verantwoording door Invest-NL tegenover de ministers en door de ministers tegenover de Staten-Generaal, en voor de controle door de Algemene Rekenkamer.

Gelet daarop is op onderdelen aanscherping van het voorstel (in het bijzonder de artikelen 3, 4 en 8, over doel, taken en additionaliteit) en precisering van de toelichting (in het bijzonder in de paragrafen 3.1.3 over de zogenoemde aanvullende overeenkomst) geboden.

1. Inhoud van het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel is een machtigingswet voor de oprichting van Invest-NL. De Staat zal Invest-NL eigen vermogen verschaffen ter waarde van € 2,5 mld. Dit geld zal in vijf gelijke tranches voor Invest-NL beschikbaar komen. Met dit eigen vermogen zal Invest-NL zich richten op het faciliteren van risicovolle activiteiten van ondernemingen bij transities op het gebied van energie, verduurzaming (waaronder die van de gebouwde omgeving en de circulaire economie), mobiliteit, voedsel, digitalisering van de industrie en maatschappelijke domeinen als zorg, veiligheid en onderwijs, de doorgroei van start-ups en scale-ups naar grotere ondernemingen en het bevorderen van export en buitenlandse investeringen, het ondersteunen van Nederlandse bedrijven voor het internationaal vermarkten van hun producten en het aanpakken van wereldwijde vraagstukken, zoals duurzame energie, klimaatverandering, water en voedselvoorziening.

Dergelijk initiatieven zijn niet nieuw. In verschillende vormen zijn eerder maatregelen getroffen. Over de resultaten daarvan bestaat geen eenduidig beeld.[[1]](#footnote-1) Het voornaamste verschil met eerdere initiatieven is dat de Staat thans daadwerkelijk participeert en dat daarvoor kapitaal bijeen wordt gebracht.

Invest-NL heeft in het voorstel drie functies, een investeringsfunctie (dit is de belangrijkste functie, waarmee het kapitaal wordt ingezet voor directe investeringen in ondernemingen), een ontwikkelingsfunctie en een regelingenfunctie (uitvoering van subsidieregelingen). Voorts is in het voorgestelde artikel 4, tweede lid, voorzien in de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur (amvb) andere taken aan Invest-NL op te dragen.

Het is de bedoeling dat Invest-NL in projecten investeert die in de markt niet van de grond komen, maar die wel maatschappelijk gewenst en op de lange termijn rendabel zijn. De focus komt daarbij te liggen op die initiatieven die niet zomaar door de markt worden opgepakt (additionaliteit) maar waar de markt wel zal volgen indien deze via Invest-NL ondersteuning hebben gekregen. Dit vertaalt zich in de eis van artikel 8 dat Invest-NL zich dient te onthouden van activiteiten die uit een oogpunt van goede marktwerking leiden tot ‘ongewenste mededinging’. Voor de activiteiten van Invest-NL gelden bedrijfseconomische principes en een (norm)rendement op het eigen vermogen, waarmee de kapitaalstorting kwalificeert als financiële transactie in het kader van de EMU. Ook moet worden voldaan aan de Europese eisen voor toelaatbare staatssteun.

In de gekozen opzet is Invest-NL als staatsdeelneming op afstand geplaatst. Daartoe is gekozen voor een opzet overeenkomstig het staatsdeelnemingenbeleid.[[2]](#footnote-2) Het aandeelhouderschap wordt dan ook uitgeoefend door het ministerie van Financiën. Daarnaast is het de bedoeling dat een aanvullende overeenkomst wordt gesloten tussen Invest-NL en het ministerie van EZK, waarin nadere afspraken worden gemaakt over het te voeren beleid.

De Afdeling wijst erop dat het formuleren van adequate doelstellingen, taken en criteria voor het functioneren van Invest-NL essentieel is voor een zinvolle inzet van dit investeringsinstrument. Immers, daar waar de markt functioneert, heeft Invest-NL (en dus ook de inzet van collectieve middelen) geen toegevoegde waarde en leidt optreden van Invest-NL tot marktverstoring. Scherpte en focus over verantwoordelijkheden acht de Afdeling dan ook nodig. Dit is niet alleen van belang voor het functioneren van Invest-NL, maar ook voor het afleggen van verantwoording door Invest-NL tegenover de betrokken verantwoordelijke ministers, alsook voor de verantwoording naar de Staten-Generaal en met het oog op de controle door de Algemene Rekenkamer.

Tegen deze achtergrond maakt de Afdeling een aantal opmerkingen over de opzet van het voorliggende voorstel.

2. Investeringstaken

Uit de toelichting maakt de Afdeling op, dat de meerwaarde van Invest-NL ten aanzien van de investeringstaken vooral wordt gezien bij sectoren in transitie, zoals energie, waar grote maatschappelijke opgaven om een oplossing vragen, maar waar de onzekerheden nog groot zijn. In die gevallen kunnen privaat gefinancierde initiatieven achterblijven bij het maatschappelijk gewenste niveau van investeringen, waardoor oplossingen voor grote maatschappelijke vraagstukken niet, onvoldoende of te laat van de grond komen en aldus de transitie wordt belemmerd.[[3]](#footnote-3) Voorts wijst de toelichting op beleidsonzekerheid en reguleringsrisico, die zijn verbonden aan transitieprocessen. Invest-NL kan het reguleringsrisico voor marktpartijen verlagen doordat het risico aldus wordt genomen door degene die deze reguleringsrisico’s veroorzaakt, namelijk de overheid. Een overheidsinvestering geeft bovendien het signaal richting private partijen dat de overheid gewicht in de schaal legt. Private partijen zullen daardoor, volgens de toelichting, vaker maatschappelijk gewenste investeringen doen. Uit de toelichting blijkt voorts dat de omschrijvingen in de wet uitdrukkelijk open zijn geformuleerd om in te kunnen spelen op ontwikkelingen, maar dat wel met Invest-NL in de vorm van een aanvullende overeenkomst nadere afspraken zullen worden gemaakt over de terreinen waarop zij actief zal zijn.[[4]](#footnote-4)

De Afdeling merkt op dat de doelomschrijving en de omschrijving van de taken van Invest-NL in de wettekst veel ruimer zijn dan blijkens de toelichting kennelijk is beoogd. Deze zijn weliswaar gerelateerd aan maatschappelijke transitieopgaven, maar ook wordt gewezen op “het bieden van toegang tot ondernemingsfinanciering” en het leveren van een bijdrage “aan de Nederlandse economie”. Door die toevoegingen ontberen de omschrijvingen van de doelen en taken in de artikelen 3 en 4, eerste lid, focus respectievelijk onderscheidend vermogen.

Dat het de bedoeling is om in de hiervoor in punt 1 genoemde aanvullende overeenkomst tot een nadere afbakening te komen, doet hieraan niet af, nu deze wederkerig is. Daarmee is het mede afhankelijk van het bestuur van Invest-NL zelf wat de inhoud van de overeenkomst zal zijn. Bovendien is het de bedoeling dat de overeenkomst niet de vrijheid van Invest-NL aantast invulling te geven aan het investeringsbeleid.[[5]](#footnote-5) Om te komen tot een nadere afbakening is de aanvullende overeenkomst derhalve geen geschikt instrument; integendeel, niet uit te sluiten valt dat deze de afbakening “vervuilt” met allerlei “beleidswensen”.[[6]](#footnote-6)

De Afdeling adviseert in het voorstel zelf tot een nadere afbakening te komen, en daarbij in ieder geval in artikel 3 ”en aan het bieden van toegang tot ondernemingsfinanciering” en in artikel 4, eerste lid, telkens “of aan de Nederlandse economie” te schrappen. Voor nadere afbakening adviseert zij zo nodig te voorzien in een delegatie naar het naast hogere regelingsniveau, bijvoorbeeld door aanpassing van artikel 4, derde lid, en hiervoor niet een aanvullende overeenkomst in te zetten.

3. Additionaliteit

Zoals hiervoor geschetst, is een kerncriterium voor een zinvolle inzet van Invest-NL, dat Invest-NL optreedt indien in de markt de benodigde investeringen ten behoeve van een maatschappelijk gewenste transitie niet al worden opgepakt. Een belangrijke functie daarbij is het laten zien van commitment vanuit de overheid en het wegnemen van risico’s die zijn verbonden aan investeringen bij transitieprocessen. Dit vergt een ingewikkeld en uitgebalanceerd stelsel van parameters voor het investeringsbeleid van Invest-NL, meer in het bijzonder, bij de vraag of is voldaan aan het principe van additionaliteit.[[7]](#footnote-7)

In artikel 8, eerste lid, is het principe van additionaliteit neergelegd. Volgens dat principe onthoudt Invest-NL zich van “uit een oogpunt van goede marktwerking ongewenste mededinging”. Deze regel geeft echter onvoldoende houvast, zowel aan Invest-NL zelf, als aan marktpartijen die mogelijk door het optreden van Invest-NL zouden kunnen worden benadeeld.[[8]](#footnote-8) Wanneer is sprake van “goede” marktwerking en wanneer is sprake van “ongewenste” mededinging?

De Afdeling adviseert daarvoor scherpere criteria te hanteren in het voorgestelde artikel 8.

4. Additionaliteit en normrendement

In de gekozen opzet treedt Invest-NL ingevolge het principe van additionaliteit (zoals hiervoor uiteengezet) alleen op daar waar in de markt de financiering van initiatieven gericht op maatschappelijke transitieprocessen niet of onvoldoende van de grond komt. Dit maakt deze financieringsactiviteiten al snel risicovol. Tegelijkertijd is blijkens de toelichting het streven, uit oogpunt van de EMU, dat de kapitaalstorting van € 2,5 mrd als financiële transactie wordt gekwalificeerd en niet als uitgave voor het bereiken van bepaalde beleidsdoelen. Daarbij hoort een bepaald normrendement. Het voorstel legt deze norm niet neer en geeft hierover ook overigens geen uitsluitsel of normstelling. Voor de ruimte die Invest-NL krijgt om effectief financiering in te zetten, is het evenwel van groot belang op welk niveau het normrendement wordt bepaald.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader op het vorenstaande in te gaan.

5. Aansturing

In de opzet van het voorstel is Invest-NL in sterke mate onafhankelijk als onderneming gepositioneerd. De Afdeling begrijpt deze keuze. Op die wijze heeft Invest-NL ruimte om zakelijke beslissingen te nemen over het al dan niet investeren in bepaalde initiatieven. Het logische gevolg is dat de Staat als aandeelhouder op afstand staat. Dat brengt enerzijds mee dat de criteria in het voorliggende voorstel en eventuele lagere regels voldoende houvast moeten geven om te bewerkstelligen dat Invest-NL zich richt op de met de opzet beoogde activiteiten, en anderzijds dat de zakelijkheid, in termen van voldoende afstand tot de regering, wordt verzekerd.

Tegen deze achtergrond merkt de Afdeling het volgende op.

a. *Overeenkomst*

In de toelichting wordt gesproken over een aanvullende overeenkomst tussen de Staat en Invest-NL.[[9]](#footnote-9) Het sluiten van een zogenoemde aandeelhoudersovereenkomst is in de praktijk niet ongebruikelijk. Het is ook wenselijk dat daarin nadere afspraken worden gemaakt over bijvoorbeeld het normrendement, de corporate governance en de risicobeheersing. Een meer beleidsmatige invulling van deze overeenkomst, nu de toelichting stelt dat niet de Minister van Financiën, maar de Minister van EZK een voorstel tot het sluiten van zo’n overeenkomst doet, brengt evenwel het risico mee dat de met het voorstel beoogde onafhankelijkheid van Invest-NL alsnog in gevaar komt. Bovendien ontstaat het risico dat vanuit de overheid als aandeelhouder (ministerie van Financiën) en als contractspartij[[10]](#footnote-10) (ministerie van EZK) verschillende accenten worden gelegd en Invest-NL aldus wordt geconfronteerd met tegenstrijdige signalen vanuit de overheid. De aansturing zou zodanig moeten worden ingericht, dat dit risico wordt voorkomen. Bovendien dient de aanvullende overeenkomst niet voor dergelijke, meer beleidsmatige doeleinden, te worden ingezet.[[11]](#footnote-11)

b. *Subsidieregelingen*

In dit verband wijst de Afdeling er voorts op dat ingevolge artikel 4, eerste lid, onder c, Invest-NL mede als taak heeft het in mandaat uitvoeren van subsidieregelingen. Voor deze mogelijkheid – waar volgens de toelichting vooralsnog geen gebruik zal worden gemaakt – is gekozen om zo ruimte te bieden voor synergie.[[12]](#footnote-12)

De Afdeling merkt op dat tussen Invest-NL en de overheid bij de uitvoering van subsidieregelingen een duidelijke hiërarchische relatie bestaat (er is sprake van mandaat). Vanwege de samenhang tussen subsidies en investeringen kan door het samengaan van investeringstaken en subsidietaken de beoogde onafhankelijke positie bij de investeringstaken in de knel komen. Dat ligt niet anders indien de subsidietaken bij een aparte dochtervennootschap worden ondergebracht. Daarom adviseert de Afdeling de uitvoering van subsidietaken niet bij Invest-NL, maar elders onder te blijven brengen.

c. *Algemene wet bestuursrecht*

Het vorenstaande roept ook vragen op over de toepasselijkheid van de Algemene wet bestuursrecht. Enerzijds kan Invest-NL worden gezien als een gewone staatsdeelneming die als onderneming investeringen verricht. Anderzijds kan Invest-NL worden gezien als een rechtspersoon met een wettelijke taak (artikelen 3 en 4) ter uitvoering van specifieke beleidsdoelstellingen, waarbij een budget van € 2,5 mrd wordt besteed. Daar komt bij dat de vorm waarin Invest-NL handelt, privaatrechtelijk van aard is (investeren), maar dat het de bedoeling is dat Invest-NL uitsluitend handelt wanneer sprake is van marktfalen. Dit roept de vraag op of niet in wezen sprake is van een bestuursorgaan dat besluiten neemt op aanvragen voor niet-marktconforme ondernemingsfinanciering.[[13]](#footnote-13) Dit wordt nog versterkt door het feit dat onder omstandigheden bij het doen van investeringen sprake kan zijn van een steunmaatregel. Ook kan een rol spelen in hoeverre Invest-NL werkelijk zelf in staat is investeringsbeslissingen te nemen, of sturing via regelgeving en eventueel een aanvullende overeenkomst krijgt. Onduidelijkheid over deze kwalificatie en de daarbij behorende rechtsbescherming leidt tot rechtsonzekerheid en daarmee mogelijk tot terughoudendheid bij initiatiefnemers en marktpartijen. Het verdient aanbeveling dat de wetgever hierover duidelijkheid verschaft en dit niet aan de praktijk overlaat.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader op vorenstaande punten in te gaan en zo nodig het voorstel aan te passen.

6. Mededingingsklacht

In artikel 8 is het uitgangspunt van additionaliteit neergelegd. In artikel 10 is voor partijen een klachtprocedure geregeld over activiteiten van Invest-NL (mededingingsklacht). Hierbij is geen relatie gelegd met de eisen die ingevolge artikel 8 zijn gesteld aan additionaliteit. Onduidelijk is daardoor welke criteria hebben te gelden bij de beoordeling van een klacht.

Daarnaast biedt artikel 11 de Minister van EZK de mogelijkheid om naar aanleiding van een mededingingsklacht of ambtshalve een aanwijzing te geven indien artikel 8 niet wordt nageleefd. Tegen een dergelijke aanwijzing staan voor belanghebbenden rechtsmiddelen open bij de bestuursrechter.

Het voorgestelde artikel 10 lijkt te zijn ontleend aan artikel 32 van de Wet op de Kamer van Koophandel, zij het dat de verwijzing naar hoofdstuk 9 Awb (klachtrecht) achterwege is gebleven. Indien Invest-NL niet als bestuursorgaan wordt gezien, is dat op zich begrijpelijk, maar dat roept dan wel de vraag op, waarom de Minister van EZK via de procedure in artikel 11 een rol moet hebben in deze private verhouding.

Overigens moet worden onderkend dat partijen die zich benadeeld voelen door het optreden van Invest-NL hoe dan ook de mogelijkheid hebben om naar de burgerlijke rechter te stappen, alsook in veel gevallen naar de Europese Commissie.

Gelet op het belang van de naleving van het principe van additionaliteit is het voor het functioneren van Invest-NL en voor de positie van marktpartijen noodzakelijk dat wordt voorzien in een heldere en eenduidige juridische procedure om eventuele onjuiste toepassing van dit principe bij de rechter aan de orde te stellen. Daaraan voldoet het voorliggende voorstel niet. De Afdeling adviseert het voorstel op dit punt aan te passen en daarbij rekening te houden met hetgeen zij hiervoor onder punt 5.c heeft opgemerkt.

7. Staatssteun

Artikel 12 legt verder de naleving van de Europese staatssteunregels in de individuele projecten bij Invest-NL zelf neer. Het is de vraag of daarmee kan worden volstaan. Het gaat om de naleving van Europese regels waarvoor de lidstaat Nederland verantwoordelijk is. Het is in beginsel mogelijk om Invest-NL met deze nalevingsplicht te belasten, maar dit neemt niet weg dat Nederland als lidstaat, in het bijzonder de Minister van EZK, eindverantwoordelijk en aansprakelijk blijft. Het voorstel bevat geen instrumenten waarmee de Minister van EZK die verantwoordelijkheid tegenover Invest-NL kan waarmaken.

De artikelsgewijze toelichting noemt in dit verband de Wet naleving Europese regelgeving publieke entiteiten. Op grond van die wet kan de Minister bij wijze van ultimum remedium een aanwijzing aan een publieke entiteit geven en in het uiterste geval in plaats van de publieke entiteit de noodzakelijk geachte rechtshandelingen verrichten. De toelichting maakt niet duidelijk in hoeverre Invest-NL een publieke entiteit in de zin van genoemde wet is en hoe een en ander zich verhoudt tot de met het voorstel gewenste afstand tot Invest-NL.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader op het voorgaande in te gaan en zo nodig het voorstel aan te vullen.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.

De vice-president van de Raad van State,

1. Eerder is de Nederlandse Investeringsinstelling (NLII) opgericht, en inmiddels is aangekondigd daarmee te zullen stoppen. [↑](#footnote-ref-1)
2. Kamerstukken II 2013/14, 28165, nr. 165. [↑](#footnote-ref-2)
3. Toelichting, paragraaf 2.1.1 (knelpunten marktfalen). [↑](#footnote-ref-3)
4. Toelichting, paragraaf 12.1.1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Toelichting, paragraaf 13.1, slot. [↑](#footnote-ref-5)
6. Zie ook hierna punt 5.a. [↑](#footnote-ref-6)
7. Zie ook toelichting, paragraaf 6.2.2.2. [↑](#footnote-ref-7)
8. Dit criterium komt ook voor in artikel 32 van de Wet op de Kamer van Koophandel. In die wet betreft het echter nevenactiviteiten van kamers van koophandel, terwijl het thans gaat om de kernactiviteiten van Invest-NL. [↑](#footnote-ref-8)
9. Toelichting, paragraaf 3.1.1. [↑](#footnote-ref-9)
10. De toelichting, paragraaf 13.1, slot, vermeldt overigens dat door het wederkerig karakter van de overeenkomst het mede van het bestuur van Invest-NL afhankelijk zal zijn wat de uiteindelijke inhoud van de overeenkomst zal zijn. [↑](#footnote-ref-10)
11. Dit temeer gelet op hetgeen de Afdeling hierna onder 5.c opmerkt over de verhouding tot de Awb. [↑](#footnote-ref-11)
12. Toelichting, paragraaf 6.2.2.3. [↑](#footnote-ref-12)
13. Zie in dit verband Van den Brink, Den Ouden, Invest-NL, Bankieren met € 2,5 miljard publiek geld: welke regels gelden er eigenlijk? NJB 2018/1100. [↑](#footnote-ref-13)