

Vergaderjaar 2020–2021

35 880

**Regels tot invoering van een toets betreffende  
verwervingsactiviteiten die een risico kunnen  
vormen voor de nationale veiligheid gezien het  
effect hiervan op vitale aanbieders of  
ondernemingen die actief zijn op het gebied van  
sensitieve technologie (Wet veiligheidstoets  
investerings, fusies en overnames)**

Nr. 3

## MEMORIE VAN TOELICHTING

| Inhoudsopgave                                                                                       | blz.     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| <b>I. ALGEMEEN</b>                                                                                  | <b>2</b> |
| 1 Inleiding                                                                                         | 2        |
| 2 Hoofdlijnen van het voorstel                                                                      | 3        |
| 2.1 Aanleiding                                                                                      | 3        |
| 2.2 Samenvatting inhoud wetsvoorstel                                                                | 9        |
| 2.3 Motivering instrumentkeuze; alternatieven                                                       | 12       |
| 3 Reikwijdte van het wetsvoorstel                                                                   | 16       |
| 3.1 Focus op verwervingsactiviteiten                                                                | 16       |
| 3.2 Vitale aanbieders en vitale processen                                                           | 17       |
| 3.3 Sensitieve technologie                                                                          | 28       |
| 3.4 Zeggenschap en invloed                                                                          | 32       |
| 4. Inhoud van het wetsvoorstel                                                                      | 37       |
| 4.1 Meldplicht                                                                                      | 37       |
| 4.2 Beoordelingscriteria                                                                            | 38       |
| 4.3 Risicoanalyse en toetsingsbesluit                                                               | 41       |
| 4.4 Verbod, eisen en voorschriften                                                                  | 44       |
| 4.5 Veranderde omstandigheden                                                                       | 49       |
| 4.6 Ontheffing                                                                                      | 51       |
| 4.7 Niet-nakoming van de meldingsverplichting en de schorsing in rechten                            | 53       |
| 4.8 Onjuiste of onvolledige informatie bij de melding                                               | 56       |
| 4.9 Niet-nakoming van een toetsingsbesluit en de daaraan verbonden voorschriften                    | 57       |
| 4.10 Ongedaan maken van de verwervingsactiviteit                                                    | 57       |
| 4.11 Identificatie en informatievergaring                                                           | 61       |
| 5. Verhouding tot internationaal recht                                                              | 62       |
| 5.1 Europees recht                                                                                  | 62       |
| 5.2 Europees verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) | 78       |
| 5.3 Overig internationaal recht                                                                     | 86       |
| 6 Verhouding tot ander nationaal recht                                                              | 94       |
| 6.1 Grondwet                                                                                        | 94       |
| 6.2 Mededingingswet                                                                                 | 96       |

|            |      |                                              |            |
|------------|------|----------------------------------------------|------------|
|            | 6.3  | Wet openbaarheid van bestuur (Wob)           | 96         |
| <b>7</b>   |      | <b>Uitvoering</b>                            | <b>97</b>  |
| <b>8</b>   |      | <b>Informatievoorziening</b>                 | <b>99</b>  |
|            | 8.1  | Melding                                      | 99         |
|            | 8.2  | Onderzoek                                    | 101        |
| <b>9</b>   |      | <b>Toezicht, handhaving en sanctionering</b> | <b>101</b> |
|            | 9.1  | Toezicht                                     | 101        |
|            | 9.2  | Handhaving en sanctionering                  | 102        |
| <b>10</b>  |      | <b>Financiële gevolgen</b>                   | <b>103</b> |
|            | 10.1 | Regeldruk                                    | 103        |
|            | 10.2 | Apparaatskosten                              | 105        |
|            | 10.3 | Markteffecten en concurrentiepositie         | 106        |
| <b>11</b>  |      | <b>Evaluatie</b>                             | <b>109</b> |
| <b>12</b>  |      | <b>Advies en consultatie</b>                 | <b>110</b> |
| <b>13</b>  |      | <b>Peildatum</b>                             | <b>125</b> |
| <b>II.</b> |      | <b>ARTIKELEN</b>                             | <b>127</b> |

## I. ALGEMEEN

### 1 Inleiding

Het doel van dit wetsvoorstel is het vastleggen van regels waarmee risico's voor de nationale veiligheid, als gevolg van bepaalde verwervingsactiviteiten zoals investeringen en fusies, beheerst kunnen worden. Dit soort verwervingsactiviteiten met betrekking tot vitale aanbieders of ondernemingen die over sensitieve technologie beschikken, kunnen leiden tot risico's voor de nationale veiligheid. Het gaat met name om het risico op de aantasting van de continuïteit van vitale processen, de aantasting van de integriteit en exclusiviteit van kennis en informatie, en het ontstaan van strategische afhankelijkheden.

In Europees verband is eerder al erkend dat het open investeringsklimaat van Europa veel voordelen heeft, maar dat er ook specifieke risico's aan kleven. Op 19 maart 2019 is dan ook een verordening tot stand gekomen waarin een kader voor screening van buitenlandse directe investeringen is vastgelegd.<sup>1</sup> Aan deze FDI-screeningsverordening wordt uitvoering gegeven door de Uitvoeringswet screeningsverordening buitenlandse directe investeringen (hierna: Uitvoeringswet).

In Nederland bestaat tot nu toe een bescheiden aantal sectorspecifieke toetsen die zijn ingebed in sectorale kaders, te weten de Elektriciteitswet 1998, Gaswet en de Telecommunicatiewet (Wet ongewenste zeggenschap telecommunicatie). Waar hierna wordt gesproken over sectorspecifieke toetsen of sectorale investeringstoetsen wordt daarmee bedoeld dat op een verwervingsactiviteit op grond van andere wetgeving een specifieke toetsing op risico's voor de nationale veiligheid plaatsvindt.

Met dit wetsvoorstel geeft Nederland vervolg aan de bescherming van de nationale veiligheid door een toets in te voeren op verwervingsactiviteiten die leiden tot wijzigingen in de zeggenschap over vitale aanbieders of tot wijzigingen in de zeggenschap over, of verkrijging dan wel vergroting van significante invloed op, ondernemingen die beschikken over sensitieve technologie.

Met dit wetsvoorstel worden twee zaken beoogd te regelen. In de eerste plaats wordt, in samenhang met de reeds bestaande sectorale investeringstoetsen, een stelsel van toetsing van wijzigingen van zeggenschap en invloed vormgegeven. In de tweede plaats wordt een brede toets ingevoerd, die dient als een vangnet voor wijzigingen van zeggenschap en invloed die niet goed door middel van sectorspecifieke wetgeving zijn of

<sup>1</sup> Verordening (EU) nr. 2019/452 van het Europees Parlement en de Raad van 19 maart 2019 tot vaststelling van een kader voor de screening van buitenlandse directe investeringen in de Europese Unie (PbEU 2019, L 79).

kunnen worden afgedekt. Dit vangnet geldt ook voor sectoren waarvan wordt geconstateerd dat er een toets voor nodig is, maar waarbij sectorale wetgeving (nog) niet op korte termijn inzetbaar is.

Om de proportionaliteit en effectiviteit van dit instrument te waarborgen is er bij het opstellen van dit wetsvoorstel een aantal uitgangspunten gehanteerd. Ten eerste is het beheersen van risico's voor de nationale veiligheid het enige aangrijpingspunt voor het toepassen van dit wetsvoorstel.

Ten tweede moeten bij toepassing van het wetsvoorstel de gevolgen voor het investeringsklimaat zo beperkt mogelijk blijven. Dat betekent dat er altijd gezocht wordt naar de minst ingrijpende maatregel(en) om een risico beheersbaar te maken. Ten derde moet het wetsvoorstel transparant zijn, zodat het voor ondernemingen duidelijk is voor welke verwervingsactiviteiten er een meldplicht geldt, wat de beoordelingscriteria zijn en welke mogelijke maatregelen opgelegd kunnen worden.

Investeringsactiviteiten zijn niet de enige verwervingsactiviteiten die kunnen leiden tot verandering van zeggenschap en invloed. Verwervingsactiviteiten die binnen de reikwijdte van dit wetsvoorstel vallen, worden beschreven in de artikelen 2 en 3 van het wetsvoorstel. Het betreft investeringen, fusies, het oprichten van een gemeenschappelijke onderneming (joint venture), splitsing, en als het gaat om zeggenschap het verwerven van (delen van) vermogensbestanddelen, andere rechtshandelingen die tot gevolg hebben dat een of meer (rechts)personen zeggenschap of significante invloed verwerven in een doelonderneming en de verkrijging van zeggenschap of significante invloed onder algemene titel. Een doelonderneming is een in Nederland gevestigde vitale aanbieder of een in Nederland gevestigde onderneming die actief is op het gebied van sensitieve technologie. Ook ondernemingen die zeggenschap hebben over, of significante invloed hebben op deze ondernemingen vallen binnen de reikwijdte van het voorstel.

Deze memorie van toelichting wordt gegeven mede namens de Minister van Justitie en Veiligheid. Wanneer hieronder naar artikelen wordt verwezen, zijn dit de artikelen van het wetsvoorstel, tenzij anders is aangegeven.

## **2 Hoofdpijnen van het voorstel**

### **2.1 Aanleiding**

#### *Veranderend internationaal landschap in relatie tot nationale veiligheid*

De Nederlandse samenleving staat in het teken van vrijheid, de democratische rechtsstaat en een internationale oriëntatie. Onze open samenleving en economie vormen daarin de grondslag van onze maatschappij en welvaart. Vrijhandel ligt daarom ook al sinds jaar en dag aan de basis van ons verdienvermogen. Deze grondslagen zijn een groot goed dat beschermd moet worden. Door deze openheid en vrijheid profiteren Nederlanders immers dagelijks van de kansen en mogelijkheden die bijvoorbeeld digitalisering en globalisering bieden.

Een belangrijke voorwaarde voor onze welvaart is onze sterke positie binnen het internationale handels- en investeringssysteem dat deze vrijhandel faciliteert. Een groot deel van onze welvaart hebben we immers te danken aan ons gunstige vestigingsklimaat, grensoverschrijdende kapitaalstromen en sterke innovatiepositie. Buitenlandse investeringen brengen daarbij niet alleen kapitaal met zich mee, maar ook kennis en talent. Verder zorgen ze ook voor het uitwisselen van technologieën en ideeën. Op die manier zorgen handel en concurrentie met buitenlandse ondernemingen voor prikkels om te innoveren.

Hoewel het belang van onze open economie en investerings- en vestigingsklimaat voor onze welvaart evident is, signaleert het kabinet dat de

grondslagen van de Nederlandse economie ook steeds meer verweven raken met geopolitiek. Bijvoorbeeld, digitalisering en globalisering hebben naast hun grote bijdragen aan de Nederlandse welvaart tegelijkertijd ook bepaalde statelijke actoren in staat gesteld om misbruik te maken van de Nederlandse openheid – zeker gezien het feit dat nieuwe (digitale) technologieën steeds belangrijker of zelfs onmisbaar zijn geworden voor het functioneren van onze maatschappij. Sommige staten maken hier misbruik van bij het behartigen van hun eigenbelangen. Zij hanteren daarbij andere regels, normen en waarden dan die waarop de Nederlandse en de internationale (westerse) gemeenschap zijn gestoeld. Hierdoor komt onze nationale veiligheid soms in het geding. De laatste jaren is er ook een verschuiving van de geopolitieke balans tussen staten gaande. Dit gaat gepaard met een heropleving van machtspolitieke concurrentie tussen staten waarin bedrijven, technologieën, vitale infrastructuur en kennis meer en meer worden ingezet ten behoeve van geopolitieke belangen. De Nationale Veiligheid Strategie van 2019<sup>2</sup> noemde de herschikking die gaande is in de mondiaal financieel-economische orde niet voor niets één van de elf «dominante dreigingen» voor de nationale veiligheid. Met andere woorden, door de technologische ontwikkelingen enerzijds en de geopolitieke verschuivingen anderzijds zijn ook de kwetsbaarheid en het risico op misbruik van de Nederlandse openheid toegenomen.

#### *Verwervingsactiviteiten als risico voor nationale veiligheid*

Verwervingsactiviteiten zoals bedoeld in dit wetsvoorstel zijn belangrijke economische middelen die staten inzetten om hun geopolitieke doelen te behalen. Dit kan gepaard gaan met risico's voor de Nederlandse nationale veiligheid. Sommige statelijke actoren willen Nederlandse vitale processen (kunnen) verstoren. Dit kunnen ze doen door middel van cyberaanvallen, maar ook door zeggenschap te verwerven over een vitale aanbieder om via de bedrijfsvoering het vitale proces te saboteren, staatsgevoelige informatie te verkrijgen of Nederland in een chantabele positie te (kunnen) brengen. Daarnaast lijken bepaalde statelijke actoren (ten behoeve van hun eigen militaire, economische of geopolitieke positie) inspanningen te verrichten om hoogwaardige Nederlandse kennis en informatie en sensitieve technologie te bemachtigen, terwijl die van strategische betekenis voor Nederland is. De samenleving is erbij gebaat dat de positie van Nederland niet op die manier via andere staten direct of indirect wordt ondermijnd en verslechterd, omdat er bijvoorbeeld druk op Nederland en/of bondgenoten uitgeoefend kan worden om politieke doelen te bereiken. Daardoor kunnen ongewenste strategische afhankelijkheden van Nederland van andere landen ontstaan. Vanuit dat perspectief kunnen bepaalde verwervingsactiviteiten een potentieel risico vormen voor onze nationale veiligheid. Dit past wereldwijd in een breder beeld dat niet alleen Nederland raakt maar ook onze bondgenoten in Europees verband.<sup>3</sup>

Binnen deze context worden bedrijven steeds meer gezien als middel tot de geopolitieke doelen van staten. Het gaat daarbij om zowel legitieme en openlijke activiteiten als om illegitieme (en vaak heimelijke) activiteiten. Denk bij legitieme activiteiten aan de inzet van economische en diplomatieke instrumenten. Uit onderzoek van Datenna naar meer dan 650 overnames van Europese bedrijven door Chinese bedrijven blijkt bijvoorbeeld dat in ongeveer 25% van de gevallen de Chinese overheid een controlerend aandelenbelang heeft verworven en in 15% van de

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2018/19, 30 821, nr. 81.

<sup>3</sup> Zie bijvoorbeeld het Dreigingsbeeld Statelijke Actoren, Kamerstukken II 2018/19, 30 977, nr. 159; en het Cybersecuritybeeld Nederland (CSBN) 2020, Kamerstukken II 2019/20, 26 643, nr. 695.

gevallen een deelneming heeft in de directe verwerver<sup>4</sup>. Dit beeld wordt versterkt door onderzoek van Merics en Rhodium waaruit blijkt dat ongeveer 58% van de buitenlandse directe investeringen vanuit China in de EU binnen het Chinese innovatieprogramma Made in China 2025 viel.<sup>5</sup> Ook investeringen in innovatieve start- en scale-ups kunnen de inzet zijn van overheidsfondsen en ondernemingen juist met oogmerk technologievoordelen en kennis voor veiligheidsdoeleinden te verwerven. Een goed voorbeeld hiervan is IN-Q-TEL: een strategische investeringsmaatschappij opgericht door inlichtingendiensten van de Verenigde Staten om kennis op te doen over de meest recente technologische vernieuwingen, daaraan bij te dragen en zo mogelijk gebruik te kunnen maken van deze innovaties.<sup>6</sup>

Onder illegitieme activiteiten vallen onder andere het omzeilen van exportrestricties, het doen van cyberaanvallen en het gebruik maken van personen die toegang hebben tot een bedrijf (insiders) voor spionage. Staten (en niet-statelijke actoren, al dan niet gelieerd aan een staat) proberen op dit soort manieren inzicht te krijgen in de besluitvormingsprocessen van de Nederlandse overheid en proberen deze te beïnvloeden (inclusief de publieke opinie); digitale sabotage van vitale processen mogelijk te maken; bedrijfsgeheimen te stelen; of hun diaspora te intimideren en te beïnvloeden. Naast spionage, vindt in toenemende mate (heimelijke) beïnvloeding plaats waarbij ook economische middelen worden ingezet om politieke agenda's te realiseren. Dit soort activiteiten kunnen invloed hebben op de nationale veiligheid.

In het licht van deze geopolitieke ontwikkelingen en de risico's die dit op vele terreinen meebrengt voor de nationale veiligheid, heeft het kabinet in het voorjaar van 2019 aangekondigd een wetsvoorstel in te willen dienen tot het invoeren van een stelsel van investeringstoetsing op risico's voor de nationale veiligheid. Dit wetsvoorstel is aangekondigd in de brief aan de Tweede Kamer met als titel *Tegengaan Statelijke Dreigingen*<sup>7</sup>, uitgewerkt in de brief *Investeringsstoets op risico's voor de nationale veiligheid*<sup>8</sup> en verder toegelicht in het schriftelijk overleg over deze brief<sup>9</sup> en in de brief *Aankondiging peildatum in wetsvoorstel investeringsstoets op risico's voor de nationale veiligheid*<sup>10</sup>. Daarmee wil het kabinet grip krijgen op verwervingsactiviteiten die een mogelijk risico voor de nationale veiligheid vormen.

In dit kader is het goed om te onderstrepen dat het wetsvoorstel niet alleen ziet op verwervingsactiviteiten vanuit het buitenland, maar ook op verwervingsactiviteiten binnen Nederland. Hiermee is het wetsvoorstel niet alleen strikt landenneutraal, maar voorkomt het ook op een effectieve manier omzeilingsconstructies. Daarbij kunnen ondernemingen met sensitieve technologie of vitale aanbieders ook effectief beschermd worden tegen verwerfers met een – met het oog op risico's voor de nationale veiligheid – relevant crimineel verleden (zie hiervoor nader paragraaf 4.3). Onder omstandigheden kan, in het geval van vitale aanbieders, ook bescherming tegen financieel instabiele verwerfers worden geboden. Naarmate (sectorale) kaders tot sturing op financiële stabiliteit van een vitale aanbieder meer ontbreken, met inbegrip van wisseling van aandeelhouderschap of andere type verwervingstransacties, zal er eerder aanleiding zijn dit als één van de risico's voor de nationale veiligheid te beschouwen.

<sup>4</sup> Datenna, China-EU FDI Radar.

<sup>5</sup> Merics en Rhodium, Chinese FDI in Europe: 2018 trends and impact of new screening policies.

<sup>6</sup> <https://www.iqt.org/about-iqt/>.

<sup>7</sup> Kamerstukken II 2018/19, 30 821, nr.72.

<sup>8</sup> Kamerstukken II 2019/20, 30 821, nr. 97.

<sup>9</sup> Kamerstukken II 2019/20, 30 821, nr. 101.

<sup>10</sup> Kamerstukken II 2019/20, 30 821, nr. 113.

Bij verwervingsactiviteiten die een risico voor de nationale veiligheid kunnen vormen gaat het dus samengevat vooral om de volgende drie risico's: het ontstaan van ongewenste strategische afhankelijkheden, aantasting van de continuïteit van vitale processen of aantasting van de integriteit en exclusiviteit van kennis en informatie. Hieronder wordt per categorie ingegaan op concrete risico's die dit wetsvoorstel beoogt te ondervangen.

Het is goed om hierbij op te merken dat in deze toelichting verschillende voorbeelden besproken zullen worden om een zo concreet mogelijk beeld te schetsen van verwervingsactiviteiten waarbij het wenselijk is om de aanwezigheid van een veiligheidsbelang te toetsen op risico's voor de nationale veiligheid (in het geval van voorbeelden uit het buitenland gaat het om een vermoeden van een veiligheidsbelang als het om een Nederlandse doelonderneming zou gaan). Maar de aanwezigheid van een veiligheidsbelang bij een doelonderneming betekent niet dat er bij een verwervingsactiviteit waarbij deze doelonderneming betrokken is ook automatisch een risico voor de nationale veiligheid is. Investerings-toetsing is juist het instrument om dit te kunnen onderzoeken en beoordelen. Daarbij is investeringstoetsing ook het instrument om proportionele maatregelen op te kunnen leggen – indien geconcludeerd wordt dat het veiligheidsbelang bij de doelonderneming tot een risico voor de nationale veiligheid leidt bij een specifieke verwervingsactiviteit. Met andere woorden, bij de voorbeelden die in deze toelichting genoemd worden speelt (vermoedelijk) een veiligheidsbelang en is investerings-toetsing een instrument om te beoordelen of dit veiligheidsbelang in het geding komt in het geval van een specifieke verwervingsactiviteit. Uit de bespreking van deze voorbeelden kan dus niet geconcludeerd worden dat bij deze of dit soort activiteiten in Nederland maatregelen of een verbod opgelegd zouden zijn.

#### *Ongewenste strategische afhankelijkheden*

Bij het ontstaan van ongewenste strategische afhankelijkheden kan gedacht worden aan een verwervingsactiviteit die ertoe kan leiden dat Nederland op enig moment door een ander land (politiek) onder druk kan worden gezet, waarbij belangen als de democratische rechtsorde kunnen worden ondermijnd of een vitaal proces ontregeld kan raken. Bij het risico op een ongewenste strategische afhankelijkheid gaat het erom dat de verwerver door de verwervingsactiviteit een zodanige machtspositie over Nederland verwerft dat Nederland in een positie terecht komt waarin Nederland door het bewust lekken van gestolen informatie of manipulatie met gestolen informatie ernstige maatschappelijke en politieke schade ondervindt of wordt gechanteerd met de dreiging van sabotage (geweld) met mogelijke maatschappelijke ontwrichting tot gevolg. Het moet daarbij op grond van de staat van dienst van de verwerver, of de statelijke actor onder wiens invloed hij staat, wel aannemelijk zijn dat hij deze machtspositie op enig moment zal aanwenden om Nederland (politiek) onder druk te zetten of op een andere manier de nationale veiligheid schade toe zal brengen. Een voorbeeld uit de recente praktijk is de stevige concurrentie tijdens de COVID-crisis om toegang tot mogelijke vaccins tegen het coronavirus te verkrijgen. Hierbij probeerden staten ten koste van elkaar een strategische machtspositie te verwerven in de waardeketen rondom vaccinontwikkeling en -productie of juist een strategische afhankelijkheid van andere landen te voorkomen. In dit kader investeerde de Duitse overheid, na interesse van investeerders uit een derde land, in het officieel in Nederland gevestigde bedrijf CureVac N.V. om een strategische afhankelijkheid op het gebied van Covid-19-vaccins te voorkomen. De onderneming Curevac N.V. is een biomedische onderneming die

wereldwijd actief is, maar waarvan het zwaartepunt van de activiteiten ligt in Duitsland. De Duitse overheid heeft samen met een private Duitse investeerder in de onderneming geïnvesteerd met het oog op het waarborgen en het doorontwikkelen van de strategische kennis en capaciteiten van Curevac.<sup>11</sup> Dit voorbeeld illustreert dat het afwenden van risico's op ongewenste strategische afhankelijkheid zelfs tot proactief ingrijpen door een staat kan leiden.

### *Continuïteit vitale processen*

De nationale veiligheid kan ook in gevaar komen als er een risico is op de aantasting van de continuïteit en weerbaarheid van vitale processen. Onder vitale processen worden processen verstaan die zo essentieel zijn voor de Nederlandse samenleving dat uitval of verstoring tot ernstige maatschappelijke ontwrichting leidt en een bedreiging vormt voor de nationale veiligheid. Verstoringen van vitale processen en diensten hebben een mogelijk langdurig, ontwrichtend effect op de maatschappij en daarmee een directe en naar verhouding forse impact op de nationale veiligheid. Elektriciteitsvoorziening, toegang tot internet, drinkwatervoorziening en betalingsverkeer zijn voorbeelden van vitale processen. Formeel zijn in Nederland achtentwintig processen benoemd als vitaal. In paragraaf 3.2 staat beschreven hoe vitale processen aangewezen worden.<sup>12</sup>

Zo'n 80% van de vitale processen is in handen van private partijen<sup>13</sup>, waardoor invloed verkregen kan worden middels verwervingsactiviteiten. Bij een verwervingsactiviteit gericht op een vitale aanbieder krijgt een verwerver immers makkelijker toegang tot het vitale proces en daarmee meer mogelijkheden om bijvoorbeeld het proces te saboteren. Ook verwerft de verwerver mogelijk diepgaande kennis over het vitale proces die hij, of een actor waarmee hij samenwerkt, kan gebruiken om het vitale proces te verstoren. Dit kan grote gevolgen hebben voor de nationale veiligheid.

Een voorbeeld uit het buitenland dat de risico's voor verstoring van vitale processen illustreert is een cyberaanval op drie energiecentrales in Oekraïne in 2016. Deze cyberaanval leidde tot een grote stroomstoring, met als gevolg dat 230 duizend mensen een aantal uur zonder stroom zaten. Uit onderzoek naar de stroomstoring is gebleken dat de cyberaanval een zorgvuldig geplande actie betrof waarbij van tevoren veel informatie is vergaard over het reilen en zeilen van de distributiesystemen van de energiecentrales.<sup>14</sup> Deze casus toont aan dat het verkrijgen van bedrijfsgevoelige informatie een risico kan vormen voor de continuïteit en weerbaarheid van vitale processen.

Verwervers die zeggenschap verwerven over een vitale aanbieder hebben mogelijk toegang tot dit soort gevoelige informatie en kunnen die aanwenden om het vitale proces te verstoren of doorspelen aan anderen die het vitale proces willen verstoren. Ze kunnen door hun zeggenschap dus ook mogelijk direct het vitale proces in gevaar brengen, door bijvoorbeeld de dienstverlening te saboteren. Het is daarom zaak om bij de vitale processen waarin verwervingsactiviteiten plaats kunnen vinden een goede afweging te maken of er risico's zijn in het geval van een

<sup>11</sup> Dit is via een persbericht openbaar gemaakt: <https://www.curevac.com/en/2020/06/15/bundesregierung-beteiligt-sich-mit-300-millionen-euro-an-curevac/>.

<sup>12</sup> Voor een actueel en volledig overzicht van alle vitale processen wordt verwezen naar de website van de NCTV: <https://www.nctv.nl/onderwerpen/vitale-infrastructuur/overzicht-vitale-processen>.

<sup>13</sup> Factsheet Weerbare Vitale Infrastructuur, te downloaden vanaf: <https://www.nctv.nl/onderwerpen/vitale-infrastructuur/documenten/publicaties/2018/02/01/factsheet-weerbare-vitale-infrastructuur>.

<sup>14</sup> Wired, (3 maart 2016), Inside the Cunning, Unprecedented Hack of Ukraine's Power Grid. <https://www.wired.com/2016/03/inside-cunning-unprecedented-hack-ukraines-power-grid/>.

wijziging van zeggenschap en of deze beheerst kunnen worden door investeringstoetsing. Het ligt daarom voor de hand om deze risico's met betrekking tot verwervingsactiviteiten gericht op vitale aanbieders te beheersen door een nieuwe verwerver aan toetsing te onderwerpen. In paragraaf 3.2 wordt hier verder op ingegaan.

### *Integriteit en exclusiviteit van kennis en informatie*

Bij het risico op aantasting van de integriteit en exclusiviteit van kennis en informatie gaat het om kennis over vitale processen of sensitieve technologieën die in ongewenste handen de nationale veiligheid in gevaar kan brengen.

Bij een verwervingsactiviteit in een vitale aanbieder krijgt de verwerver mogelijk toegang tot diepgaande kennis over het vitale proces, bijvoorbeeld informatie over de beveiliging en inrichting van ICT-systemen van vitale processen of vertrouwelijke informatie van klanten van vitale aanbieders. De potentiële dreiging en impact die hiervan uitgaat is door de verregaande digitalisering van zowel vitale processen als de Nederlandse samenleving significant toegenomen. Het meest recente Cybersecuritybeeld Nederland (CSBN) maakt er om die reden notie van dat de digitale ruimte en onze vitale processen nauw met elkaar verweven zijn. Niet alleen geven enkele vitale processen, zoals internet en datadiensten, de digitale ruimte mede vorm en zijn bepaalde processen, zoals het landelijk transport en de distributie van elektriciteit een randvoorwaarde voor de digitale ruimte. Maar ook zijn onze vitale processen vrijwel volledig gedigitaliseerd en daarmee afhankelijk van de digitale ruimte.<sup>15</sup> Vanwege de digitalisering van systemen is het essentieel om de toegang tot de systemen te beschermen omdat de impact van sabotage van, of spionage via deze systemen zo groot is dat deze een risico voor de nationale veiligheid tot gevolg kunnen hebben. Als een verwerver bijvoorbeeld toegang krijgt tot deze systemen kan hij heimelijk proberen gecompromitteerde hardware of software te installeren waardoor hij gevoelige kennis en informatie over het vitale proces te weten kan komen of het vitale proces kan saboteren.

Het is dus belangrijk om een investeringstoets uit te voeren bij verwervingsactiviteiten waarbij de verwerver makkelijker toegang krijgt tot de ICT-systemen waarmee de nationale veiligheid in gevaar gebracht kan worden. Het gaat in veel gevallen om dezelfde kennis en informatie die beschermd dient te worden tegen cyberaanvallen of (bedrijfs)spionage, maar op een andere manier – namelijk een (legitieme) verwervingsactiviteit – weg dreigt te lekken of onvreemd dreigt te worden.

Daarnaast kan bepaalde kennis over sensitieve technologieën die raakt aan de nationale veiligheid via een verwervingsactiviteit in handen komen van een ongewenste verwerver of een verwerver waarbij veilig eindgebruik onvoldoende gegarandeerd kan worden. Het kan hierbij gaan om sensitieve technologieën die gebruikt worden voor militaire goederen en goederen voor tweëerlei gebruik. Met een verwervingsactiviteit krijgt een verwerver, indien hij zeggenschap over (of in sommige gevallen ook bij significante invloed op) het bedrijf heeft gekregen, meestal toegang tot de kennis en technologie van een bedrijf en kan hij de ontwikkeling van, of de bedrijfsvoering rondom, de kennis en technologie waarover het bedrijf beschikt sturen. In hoeverre die toegang wordt verkregen kan verschillen. Het maakt bedrijven die beschikken over sensitieve technologieën echter doelwit van statelijke actoren die hoogtechnologische Nederlandse kennis en technologie willen verwerven, die van strategische betekenis is voor Nederland. Hiertoe worden niet alleen cyberaanvallen en conventionele bedrijfspionage ingezet, maar ook verwervingen gebaseerd op verleende staatssteun. Dit kan een risico vormen voor de nationale veiligheid als de

<sup>15</sup> Cybersecuritybeeld Nederland, Kamerstukken II 2019/20, 26 643, nr. 695.

verworven kennis tegen de Nederlandse nationale veiligheid ingezet kan worden. Denk hierbij bijvoorbeeld aan kwantumtechnologieën waarmee op termijn onze beste digitale versleuteling doorbroken kan worden. Kennis van deze technologieën is daarom zeer interessant voor statelijke actoren met een andere geopolitieke oriëntatie.

Een bekende casus betreft het Duitse Aixtron. Dit is een fabrikant van machines die halfgeleiders produceren die kunnen worden gebruikt in wapensystemen. Zo wordt de Aixtron-technologie gebruikt om Amerikaanse en buitenlandse Patriot-raketafweersystemen te upgraden. In 2016 werd bekend dat Aixtron in financiële moeilijkheden verkeerde. In mei van dat jaar bood een consortium van Chinese investeerders, waaronder Fujian Grand Chip Investment aan om Aixtron te kopen voor € 670 miljoen. De overname werd gedeeltelijk gefinancierd door China IC Industry Investment Fund, een door de staat gecontroleerde entiteit in China. Een maand nadat in september 2016 initiële goedkeuring was verleend voor de overname, trok de Duitse regering de goedkeuring in na tussenkomst van de Verenigde Staten. Dit gebeurde na advies van de Amerikaanse investeringswaakhond CFIUS, die zijn zorgen uitte over de veiligheid van «de militaire toepassingen van de algemene technische kennis en ervaring van Aixtron».<sup>16</sup>

Casuïstiek waarbij technologie verworven wordt die tegen Nederland of haar bondgenoten gebruikt kan worden doet zich ook voor. Zo is het kabinet afgelopen jaren betrokken geweest bij dreigende overnames van enkele kennisintensieve bedrijven door buitenlandse investeerders. Bij dit soort casussen wordt, bij gebrek aan een passend instrumentarium zoals een investeringstoets, in eerste instantie gekeken naar mogelijkheden in de markt zelf, al dan niet met ondersteuning vanuit de overheid. Een voorbeeld hiervan is de financiering van het bedrijf Smart Photonics.<sup>17</sup> Een verwervingsactiviteit hoeft niet uitsluitend een risico te zijn als er een statelijke actor bij betrokken is, een statelijke actor invloed heeft op de verwerver of de verwerver zelf illegitieme intenties heeft. Vanuit de aard en toepassing van een technologie kan er bijvoorbeeld al een risico zijn dat de integriteit en exclusiviteit van een technologie aangetast wordt, ongeacht de verwerver. Een goed voorbeeld hiervan is de overname in 2015 van het Nederlandse Fox-IT door de Britse NCC Group. Een onderdeel van Fox-IT – Fox Crypto B.V. – is namelijk verantwoordelijk voor de beveiliging van staatsgeheimen in Nederland. Bij een dergelijke overname zou de verwerver toegang kunnen krijgen tot staatsgeheime informatie. Bij zo'n verwervingsactiviteit moeten de risico's voor de nationale veiligheid daarom gedetailleerd in kaart gebracht worden en moeten desgewenst proportionele maatregelen opgelegd worden om de beveiliging van Nederlandse staatgeheimen te garanderen. Hiertoe is investeringstoetsing bij uitstek een geschikt middel.

## **2.2 Samenvatting inhoud wetsvoorstel**

Het wetsvoorstel is van toepassing op verschillende verwervingsactiviteiten, indien zij betrekking hebben op een doelonderneming die een vitale aanbieder is of een doelonderneming die actief is op het gebied van sensitieve technologie. De verwervingsactiviteiten worden beschreven in de artikelen 2 en 3 van het wetsvoorstel. Het zijn allemaal activiteiten die ertoe leiden dat een persoon of een onderneming (verwerver) zeggenschap verwerft in een vitale onderneming of een onderneming die actief is op het gebied van sensitieve technologie. Zeggenschap in een dergelijke onderneming kan leiden tot risico's voor de nationale veiligheid (zie

<sup>16</sup> O.a. in New York Times, 24 oktober 2016, Germany Withdraws Approval for Chinese Takeover of Aixtron.

<sup>17</sup> Kamerstukken II, 2019/20, 33 009, nr. 92, Brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, over de Financiering van het bedrijf Smart Photonics.

paragraaf 3.2 van deze toelichting). Die zeggenschap kan bijvoorbeeld verkregen worden door te investeren, maar bijvoorbeeld ook door essentiële vermogensbestanddelen over te nemen (zie verder paragraaf 3.4 van deze toelichting). Voor ondernemingen die actief zijn op het gebied van sensitieve technologie geldt soms een lagere toetsingsdrempel dan zeggenschap, indien al bij significante invloed een risico voor de nationale veiligheid zou kunnen ontstaan (zie wederom paragraaf 3.4 van deze toelichting). In paragraaf 2.2 van het wetsvoorstel wordt beschreven wanneer er sprake is van een vitale aanbieder of een onderneming die actief is op het gebied van sensitieve technologie (zie ook paragrafen 3.2 en 3.3 van deze toelichting).

In hoofdstuk 3 van het wetsvoorstel staat de procedure beschreven die gevolgd wordt om te bepalen of een bepaalde verwervingsactiviteit die onder de reikwijdte van het wetsvoorstel valt toelaatbaar is, en onder welke voorwaarden. De gehele beoordeling vindt plaats in overeenstemming met de Minister van Justitie en Veiligheid en, indien van toepassing, de relevante vakminister(s).

De verwervingsactiviteit zal ten eerste op grond van artikel 11, voorafgaand aan de uitvoering hiervan (met uitzondering van verkrijging onder algemeen titel, zie het zesde lid), door de meldingsplichtige (de doelonderneming of de verwerver) gemeld moeten worden. Op basis van deze melding krijgen de meldingsplichtigen een mededeling van de Minister. Die mededeling kan twee zaken inhouden:

1. er is geen toetsingsbesluit vereist. De verwervingsactiviteit kan uitgevoerd worden; of
2. de meldingsplichtige moet een aanvraag doen voor een toetsingsbesluit, omdat de verwervingsactiviteit kan leiden tot een risico voor de nationale veiligheid.

De inhoud van de mededeling hangt dus af van het oordeel van de Minister of er sprake kan zijn van een risico voor de nationale veiligheid. In paragraaf 3.5 van het wetsvoorstel is beschreven met welke factoren de Minister rekening houdt bij de beoordeling of er sprake is van een dergelijk risico. Een deel van deze factoren is op alle verwervingsactiviteiten van toepassing, zoals de mate van transparantie van de eigenomsstructuur bij de verwerver. Er zijn ook factoren die alleen van toepassing zijn als de verwervingsactiviteit gericht is op een vitale aanbieder, zoals de staat van dienst die deze bij de exploitatie van het relevante vitale proces heeft. Ten slotte zijn er factoren die alleen van toepassing zijn als de verwervingsactiviteit gericht is op een onderneming die actief is op het gebied van sensitieve technologie, zoals de staat van dienst van de verwerver inzake de beveiliging van sensitieve technologie die hij al onder zich heeft of heeft gehad. Zie paragraaf 4.2 van deze toelichting voor een verdere uitleg van de factoren.

In paragraaf 3.6 van het wetsvoorstel staat uitgewerkt wat een toetsingsbesluit kan behelzen. In de artikelen 23 en 24 staan de eisen en voorschriften opgesomd die de Minister kan verbinden aan een toetsingsbesluit om risico's voor de nationale veiligheid te voorkomen of te beperken. In het uiterste geval kan de Minister de verwervingsactiviteit op grond van artikel 25 verbieden. Dit kan direct bij de eerste beoordeling, of op een later moment wanneer blijkt dat de verwerver of de doelonderneming niet voldoet aan de in een toetsingsbesluit opgenomen eisen of nadere voorschriften (zie paragraaf 4.4 van deze toelichting).

Ten slotte bevat hoofdstuk 3 van het wetsvoorstel nog een aantal voorzieningen (buiten de hierboven beschreven standaardprocedure). Paragraaf 3.3 van het wetsvoorstel bevat een ontheffingsmogelijkheid. Een verwervingsactiviteit mag met een ontheffing uitgevoerd worden voorafgaand aan de mededeling dat geen toetsingsbesluit nodig is, respectievelijk voorafgaand aan het nemen van een toetsingsbesluit. Ontheffing kan alleen op aanvraag worden verleend indien het algemeen belang in het geding is, met een risico op economische, fysieke of

sociaalmaatschappelijke schade aan de samenleving of delen daarvan, indien de ontheffing niet wordt verleend (zie paragraaf 4.6 van deze toelichting).

In paragraaf 3.4 is geregeld dat de Minister kan ingrijpen en een (nieuwe) beoordeling kan doen indien een activiteit heeft plaatsgevonden zonder voorafgaande melding, of wanneer een eerdere beoordeling gebaseerd was op onjuiste of onvolledige informatie (zie paragrafen 4.7 en 4.8 van deze toelichting). Ook wordt in deze paragraaf geregeld dat de Minister ambtshalve een toetsingsbesluit neemt als na een melding de verwervingsactiviteit plaatsvindt, terwijl geen vereist toetsingsbesluit op aanvraag is genomen over de toelaatbaarheid daarvan (bijvoorbeeld doordat geen aanvraag voor een toetsingsbesluit was ingediend). Ten slotte bevat artikel 27 een mogelijkheid om in het uiterste geval een herbeoordeling van een verwervingsactiviteit te doen indien er sprake is van gewijzigde omstandigheden (zie paragraaf 4.5 van deze toelichting). Hoofdstuk 4 van het wetsvoorstel geeft de Minister de mogelijkheid om in te grijpen indien een verwervingsactiviteit is uitgevoerd, terwijl er sprake is van een verbod. In paragraaf 4.1 is bepaald op welke wijze bewerkstelligd wordt dat de activiteit wordt teruggedraaid, via nietigheid, vernietiging of het opleggen van een last (zie paragraaf 4.10 van deze toelichting). Paragraaf 4.2 geeft de tools om te voorkomen dat de risico's voor de nationale veiligheid zich in de periode voorafgaand aan de terugdraaiing verwezenlijken. Zo is er sprake van een schorsing van rechten en kan Onze Minister een vertegenwoordiger in de onderneming plaatsen om die schorsing zeker te stellen (zie paragraaf 4.7 van deze toelichting).

Hoofdstuk 5 van het wetsvoorstel bevat regels voor gegevensverwerking. Dit regelt aan de ene kant dat de Minister bij de beoordeling ook gebruik kan maken van gegevens die niet door de betrokkenen zijn aangeleverd (zoals gegevens van andere overheidsinstanties), maar aan de andere kant ook hoe de Minister aanvullende gegevens kan verkrijgen van een betrokkene (zie paragrafen 8.1 en 8.2 van deze toelichting).

Hoofdstuk 6 van het wetsvoorstel bevat afwijkende en aanvullende regels voor verwervingsactiviteiten waarbij een beursgenoteerde (doel)onderneming betrokken is. Zo is het in het geval van een beursgenoteerde onderneming soms moeilijker om de identiteit van de verwerver te achterhalen. Paragraaf 6.3 bevat hiervoor een procedure. Die bepaalt onder meer op welke wijze partijen in de bewaarketen medewerking verlenen aan een beursgenoteerde doelonderneming bij het identiteitsonderzoek en wie als verwerver wordt aangemerkt (zie paragraaf 4.11 van deze toelichting). Ook moet, in het geval van een verbod, bij het terugbrengen van verboden zeggenschap of significante invloed, rekening gehouden worden met het feit dat de verwervingsactiviteit heeft plaatsgevonden met gebruikmaking van een effectenafwikkelingssysteem. Om een verwervingsactiviteit ongedaan te kunnen maken en binnen een bewaarketen de effecten daarvan zoveel mogelijk bij de verwerver te laten neerslaan, voorziet het wetsvoorstel in specifieke voorschriften (zie de artikelen 42 tot en met 44 van de artikelsgewijze toelichting). Ten slotte bevat artikel 45 van het wetsvoorstel een procedure zodat de verwerver via de partijen in de bewaarketen kennis kan nemen van een schorsing van rechten (zie paragraaf 4.10 van deze toelichting).

In hoofdstuk 7 is het toezicht op en de handhaving van het wetsvoorstel geregeld. Hierin is bepaald dat de toezichthouder, naast de toezichtsbevoegdheden die hij op grond van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) heeft, onder strikte voorwaarden een woning kan betreden en doorzoeken zonder toestemming van de bewoner (zie paragrafen 9.1 en 9.2 van deze toelichting). Ook is in dit hoofdstuk, in artikel 51, de last onder bestuursdwang en de bestuurlijke boete geregeld. Ook is sanctiëring op grond van de Wet op de economische delicten (Wed) mogelijk (zie artikel 57 en paragraaf 9.2 van deze toelichting).

Ten slotte bevat artikel 58 van het wetsvoorstel een tijdelijke mogelijkheid om verwervingsactiviteiten die plaatsgevonden hebben voorafgaand aan de inwerkingtreding van dit voorstel, maar na 8 september 2020, alsnog aan een toets te onderwerpen (zie hiervoor paragraaf 13 van deze toelichting).

## **2.3 Motivering instrumentkeuze; alternatieven**

### *Ex ante toetsing*

Het hart van dit wetsvoorstel wordt gevormd door een ex ante toetsing van bepaalde gedefinieerde verwervingsactiviteiten ten aanzien van een specifiek afgebakende groep van doelondernemingen. De ex ante toetsing vergt dat er voorafgaand aan het afronden van een verwervingsactiviteit een melding gedaan moet worden bij de Minister die een risicoanalyse laat uitvoeren naar aanleiding hiervan. Er geldt een verbod op de verwervingsactiviteit totdat er een toetsingsbesluit is genomen of er een mededeling is gedaan dat er geen toetsingsbesluit nodig is (een zogeheten stand-still). Dit zorgt voor een opschorting van de verwervingsactiviteit die niet afgerond kan worden totdat een eerste risicoanalyse is gemaakt.

Deze opschorting is gerechtvaardigd door de risico's die kunnen ontstaan voor de nationale veiligheid in het geval een activiteit na melding gewoon doorgang zou kunnen vinden. De risico's die uit de risicoanalyse naar voren kunnen komen en door een toetsingsbesluit gemitigeerd worden, kunnen zich immers in dit geval al manifesteren in de periode tussen melding en toetsingsbesluit. Omdat de schade die hierdoor aan de nationale veiligheid ontstaat groot of onomkeerbaar kan zijn, is ex ante toetsing gerechtvaardigd.

Voorafgaand aan een casus is het slechts mogelijk om een grove indeling van soorten risico's te onderscheiden. Dit komt tot uitdrukking in de afbakening van het toepassingsbereik van het wetsvoorstel ten aanzien van een limitatief opgesomde verzameling van aanbieders van vitale processen en de afbakening van bedrijven die actief zijn op het gebied van sensitieve technologie. Voor beide geldt een set aan risico's verbonden aan een verwervingsactiviteit die een bedreiging kan vormen voor de nationale veiligheid. Het is echter niet mogelijk om de specifieke risico's (waar en hoe deze zich voordoen) bij een concrete individuele casus vooraf te voorzien. Het instrument is daarom juist gericht op het leveren van maatwerk per concrete casus en het opleggen van maatregelen op basis van zo'n specifieke risicoanalyse. Een doelgerichte risicoanalyse voorafgaand aan de verwervingsactiviteit is daarvoor essentieel. De effectiviteit en proportionaliteit van het instrument komen in het geding als hiervan wordt afgeweken.

Zou er geen ex ante toetsing worden toegepast na een melding van een verwervingsactiviteit met betrekking tot een vitale aanbieder, maar een ander model (zoals toezicht ex post), dan kunnen er al onaanvaardbare risico's voor de nationale veiligheid ontstaan. Het betreft hier vooral het risico op het ontstaan van strategische afhankelijkheden en het risico op de aantasting van de continuïteit van vitale processen. Naarmate de zeggenschap over de vitale aanbieder immers langer duurt, kan een ongewenste verwerver zijn invloed in de doelonderneming steeds meer doen gelden door vervanging van bestuurders en sleutelpersoneel, wijziging in bedrijfsstrategie en reorganisatie en herijking van activiteiten of het onttrekken van essentiële middelen aan de onderneming. De kans is dan groter dat – zodra er daadwerkelijk een toetsingsbesluit wordt opgelegd – dit te laat komt. De schade kan dan al zijn aangericht, maatregelen kunnen niet meer (volledig) worden opgevolgd en/of de opvolging van maatregelen is onmogelijk gemaakt.

Weliswaar zijn er binnen de vitale processen verschillende instrumenten die bijdragen aan de continuïteit en weerbaarheid van het vitale proces (bijvoorbeeld de Wet Beveiliging Netwerk- en Informatiesystemen dat gericht is op cyberveiligheid), maar deze zijn niet toegespitst op wijzigingen in zeggenschap waardoor een nieuwe investeerder ongewenste controle kan uitoefenen. Daarbij zal een ongewenste verwerver niet afgeschrikt worden door boetes en dwangsommen op basis van ex post maatregelen. Het is goed hierbij op te merken dat niet alle vitale aanbieders onder het wetsvoorstel zijn gebracht, maar alleen die vitale aanbieders waarbij er naar de aard van het vitale proces dat zij uitvoeren een risico voor de nationale veiligheid kan ontstaan naar aanleiding van een verwervingsactiviteit. Hiermee wordt maatwerk geleverd en de proportionaliteit van het inzetten van ex ante toetsing gewaarborgd. In het geval van bedrijven die actief zijn op het gebied van sensitieve technologie is ex ante toetsing ook noodzakelijk. Momenteel heeft de overheid nauwelijks instrumenten in handen om bij ongewenste verwervingsactiviteiten eventuele risico's op het aantasten van de integriteit en exclusiviteit van kennis en informatie en het ontstaan van ongewenste strategische afhankelijkheden te beheersen. Als zich bijvoorbeeld een ongewenste verwerver meldt, dan is ex ante toetsing noodzakelijk en zou toetsing zonder opschorting van de verwervingsactiviteit niet voldoende zijn. De integriteit en exclusiviteit van kennis hoeft immers maar een keer doorbroken te worden om direct al een risico voor de nationale veiligheid te vormen.

Als er bijvoorbeeld een melding gedaan wordt over een verwervingsactiviteit met betrekking tot een onderneming die actief is op het gebied van sensitieve technologie en het blijkt achteraf om een geopolitiek gemotiveerde verwerver te gaan die uit is op de patenten, technologie of bedrijfsgeheimen die door het wetsvoorstel juist beschermd moeten worden, dan zou de effectiviteit van het wetsvoorstel ondermijnd worden in het geval er geen ex ante toetsing plaats zou vinden. Het verwerven van kennis over sensitieve technologie, of de sensitieve technologie zelf, door een geopolitiek gemotiveerde verwerver hoeft immers maar één keer succesvol te zijn om direct al in ongewenste handen terecht te komen en een dreiging te vormen voor de nationale veiligheid. Ex ante toetsing is daarom een sleutelement van het wetsvoorstel om te voorkomen dat de sensitieve technologie die mogelijk bij de transactie betrokken is te beschermen totdat er (indien noodzakelijk) in het toetsingsbesluit proportionele maatregelen genomen kunnen worden. Dit geldt zowel voor het verwerven van zeggenschap als voor het verwerven van significante invloed.

Een ander belangrijk uitgangspunt van het wetsvoorstel is dat het landenneutraal is. Niet de herkomst van een verwerver, maar de aard van de doelonderneming bepaalt of de verwervingsactiviteit gemeld moet worden. Dit geldt evengoed voor verwervers uit Nederland, als voor verwervers uit andere Europese of derde landen. Dit doet niet alleen recht aan het uitgangspunt dat buitenlandse activiteiten in principe welkom zijn, maar het voorkomt ook omzeilingsconstructies van de meldplicht. Als er namelijk een onderscheid gemaakt zou worden waarbij de ene groep verwervers op basis van hun herkomst ex ante en de andere ex post getoetst zou worden, dan kunnen verwervers proberen ex ante toetsingen te omzeilen door zich voor te doen als een verwerver die uitsluitend ex post getoetst hoeft te worden. Het mes snijdt dus aan twee kanten: verwervingsactiviteiten die de bedrijvigheid in Nederland ten goede komen omdat ze kapitaal, kennis en talent met zich meebrengen worden niet categorisch uitgesloten en de effectiviteit van het wetsvoorstel wordt versterkt door verwervingsactiviteiten uit alle landen aan een meldplicht te onderwerpen. Vanzelfsprekend is het wel de bedoeling om het ex ante toetsingsproces zodanig in te richten dat er zo snel mogelijk een risico-analyse gemaakt kan worden op basis waarvan er een toetsingsbesluit

genomen kan worden of een mededeling gedaan kan worden dat dit niet nodig is.

### *Alternatieven*

Verwervingsactiviteiten zoals investeringen zijn belangrijk voor de werkgelegenheid, concurrentiekracht en het innovatievermogen van Nederland. De uitvoering van een investeringstoets kan een inbreuk vormen op de bescherming van eigendom en legt druk op het investeringsklimaat. Het instrument van de toets en de eventuele op te leggen voorwaarden dienen dan ook proportioneel te zijn aan het beoogde effect (het waarborgen van de nationale veiligheid) en dienen noodzakelijk te zijn in een democratische samenleving.

Om nationale veiligheidsbelangen bij wijziging van zeggenschap of het ontstaan van significante invloed te waarborgen zijn behalve de in het wetsvoorstel voorziene maatregelen, ook andere maatregelen denkbaar. Deze zijn echter om bepaalde redenen niet wenselijk. Voor de vitale processen zou de overheid meerderheidsdeelnemingen kunnen nemen in vitale aanbieders, maar gezien de voorkeur dat private ondernemingen in plaats van overheidsorganisaties actief zijn binnen een aantal vitale sectoren is dit een te zware maatregel. Gezien het private karakter van het bedrijfsleven dat actief is op het gebied van hoogtechnologische sensitieve technologie is een overheidsdeelneming daar in de praktijk ook niet mogelijk of onwenselijk. Ook nationalisatie van bedrijven om risico's voor de nationale veiligheid te beheersen is een theoretische optie, maar in bijna ieder denkbaar geval veel te ingrijpend en buitenproportioneel. Daarnaast zou nationalisatie ook te laat kunnen komen omdat een verwervingsactiviteit al voltooid kan zijn voordat deze bekend is geworden.

Ook kunnen ondernemingen zelf in de praktische en privaatrechtelijke sfeer maatregelen nemen om het risico op een ongewenste overname tegen te gaan. Daarmee kunnen ze zelf het risico verminderen dat de Minister zich genoodzaakt ziet eisen te stellen, voorschriften op te leggen of een verbod op te leggen. Ondernemingen kunnen bijvoorbeeld beschermingsconstructies opwerpen, betrouwbare aandeelhouders zoeken, integere bestuurders aanstellen, bedrijfsgeheimen beschermen en weerbare digitale processen inrichten.

Daarnaast zijn er momenteel al verschillende overheidsinstrumenten die risico's voor de nationale veiligheid kunnen beheersen die kunnen ontstaan door bedrijfsactiviteiten. Dit instrumentarium is in het bijzonder beschikbaar in het domein van de vitale processen en valt grofweg te verdelen in enerzijds instrumenten die ongewenste wijzigingen van zeggenschap of het ontstaan van ongewenste significante invloed voorkomen of mitigeren; en anderzijds instrumenten die eventuele oorzaken van risico's voor de nationale veiligheid als gevolg van lopende bedrijfsactiviteiten beheersbaar maken.

Met betrekking tot instrumenten die ongewenste zeggenschap of significante invloed voorkomen, is het privatiseringsverbod het meest directe instrument. Dit geldt bijvoorbeeld in het vitale proces «drinkwatervoorziening» voor de onderneming die dit vitale proces uitvoert. Dit instrument kan echter alleen ingezet worden voor het beperkte aantal bedrijven dat volledig in overheidshanden is.

Verder is er ook in de financiële sector instrumentarium voorhanden dat ingezet kan worden om zeggenschap of significante invloed te voorkomen. De financiële sector kent namelijk een uitgebreid en streng Europeesrechtelijk kader, met verschillende richtlijnen en verordeningen alsmede, bij grote banken, direct Europees toezicht door de Europese Centrale Bank (ECB). Zoals echter in paragraaf 3.2 van het algemeen deel van deze toelichting en onder artikel 7 van het artikelsgewijze deel van deze toelichting uiteen is gezet, richt dit toezicht zich sterk op het

waarborgen van de soliditeit, betrouwbaarheid en integriteit van de instelling – niet op risico's voor de nationale veiligheid. Ex ante toetsing uit hoofde van dit wetsvoorstel is daarom wenselijk.

Met betrekking tot instrumenten die de oorzaken van risico's voor de nationale veiligheid als gevolg van bedrijfsactiviteiten beheersbaar maken: voor verschillende vitale processen en bedrijfssectoren waar zich risico's voor de fysieke veiligheid van burgers of werknemers voor kunnen doen gelden juridische kaders om de fysieke en digitale risico's van een catastrofaal ongeval of de gevolgen daarvan te borgen. Op de naleving hiervan wordt ongeacht de eigenaar en de organisatiestructuur strikt toegezien. Een belangrijk voorbeeld binnen de vitale processen op het gebied van digitalisering is de Wet beveiliging netwerk- en informatiesystemen (Wbni). Deze wet ziet op de digitale systemen van bedrijven zelf, ongeacht de eigenaar van de organisatie, en is er op gericht de digitale paraatheid te vergroten en de gevolgen van cyberincidenten te verkleinen. Dit soort instrumentarium is alleen niet toegerust om risico's als gevolg van verwervingsactiviteiten te beheersen.

Daarnaast is onlangs de Wet tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het invoeren van een bedenktijd door het bestuur van een beursvennootschap in werking getreden. Beursvennootschappen kunnen op grond hiervan een bedenktijd van maximaal 250 dagen invoeren wanneer (activistische) aandeelhouders vragen om het ontslag van bestuurders of commissarissen, of wanneer een vijandig overnamebod wordt gedaan én er sprake is van een wezenlijke strijd met het belang van de vennootschap. Het doel van deze wet is Nederlandse beursvennootschappen te beschermen tegen de druk van bepaalde op korte termijn gerichte aandeelhouders of tegen bepaalde vijandige overnames. In dergelijke situaties kan het kortetermijnbelang gaan overheersen, ten koste van economische en maatschappelijke effecten op de (middel)lange termijn. Dit instrument is echter alleen van toepassing op beursvennootschappen en alleen door hen in te roepen. Daarenboven, hierbij vindt geen beoordeling op risico's voor de nationale veiligheid plaats en kunnen geen maatregelen genomen worden om deze te voorkomen.

Zoals ook uiteengezet in onder paragraaf 3.2 zijn er daarnaast sectorale investeringstoetsen in bijvoorbeeld de telecommunicatie- en energie-sector op basis waarvan risico's voor de nationale veiligheid als gevolg van verwervingsactiviteiten beheersbaar te maken zijn. Omdat dit uitsluitend van toepassing is op de betreffende sectoren is aanvullend instrumentarium nodig.

Om de hierboven genoemde reden zijn de risico's voor de nationale veiligheid die ontstaan als ongewenste partijen zeggenschap of significante invloed verkrijgen over vitale aanbieders of ondernemingen die actief zijn op het gebied van sensitieve technologie, niet goed tegen te gaan met het bestaande instrumentarium en de huidige wet- en regelgeving. Met andere woorden, er is een uitbreiding nodig van het instrumentarium om risico's voor de nationale veiligheid als gevolg van verwervingsactiviteiten binnen verschillende vitale processen en bedrijven die beschikken over sensitieve technologie te beheersen. Dit wetsvoorstel voorziet daarin door een vangnet te creëren binnen het bestaande stelsel van investeringstoetsing. Dit wetsvoorstel is daarmee een effectief en noodzakelijk aanvullend middel om te voorkomen dat een ongewenste verwerver zodanige zeggenschap (of significante invloed in het geval van bepaalde bedrijven die actief zijn op het gebied van sensitieve technologie) verwerft dat daar misbruik van kan worden gemaakt ten koste van de nationale veiligheid.

Een aantal uitgangspunten is essentieel om de proportionaliteit van het instrument en de toepassing ervan te waarborgen. Het eerste uitgangspunt is dat nationale veiligheid het enige aangrijpingspunt van het wetsvoorstel is. Daardoor kan het wetsvoorstel uitsluitend toegepast worden om risico's voor de nationale veiligheid als gevolg van verwervingsactiviteiten beheersbaar te maken. Vervolgens moeten de gevolgen voor het investeringsklimaat zo beperkt mogelijk blijven. Dat betekent zo min mogelijk onzekerheid voor verwervers, een zo beperkt mogelijke reikwijdte, lage administratieve lasten en korte doorlooptijden. Voor iedere partij moet duidelijk zijn in welke gevallen verwervingsactiviteiten moeten worden gemeld en op welke wijze, en aan de hand van welke factoren, deze verwervingsactiviteiten worden beoordeeld.

Verder zal bij verwervingsactiviteiten die een risico vormen voor de nationale veiligheid altijd worden gezocht naar de minst ingrijpende maatregelen om het risico tot een aanvaardbaar niveau te beperken of te voorkomen. Eisen en voorschriften die in een toetsingsbesluit opgelegd kunnen worden zijn er dus op gericht om een verwervingsactiviteit toe te staan. Dit is gerechtvaardigd omdat het schrappen of beperken van de mogelijkheid om voorschriften te verbinden aan het toetsingsbesluit waarmee een verwervingsactiviteit wordt toegestaan, onvermijdelijk tot gevolg heeft dat meer verwervingsactiviteiten verboden worden vanuit voorzorg. Dit is uitdrukkelijk niet de bedoeling. Daarom zijn eisen en voorschriften opgenomen om de proportionaliteit en kenbaarheid van het wetsvoorstel te vergroten. Gegeven de ernst van de in de beoordeling geconstateerde risico's voor de nationale veiligheid zal inderdaad altijd de minst bezwarende eis of het minst bezwarende voorschrift opgelegd worden. Daarbij, het besluit van de Minister om eisen of voorschriften aan een verwervingsactiviteit te verbinden of zelfs om een verbod op te leggen is altijd een voor bezwaar en beroep vatbaar besluit dat voor de Nederlandse bestuursrechter kan worden aangevochten.

Concluderend, in de uitwerking van het wetsvoorstel is een balans gevonden tussen de baten en kosten van het instrument, respectievelijk de effectiviteit en het verlies van rechtszekerheid en investeringszekerheid. De effectiviteit van de toets is de mate waarin risico's voor de nationale veiligheid worden beheerst, door eisen en voorschriften aan verwervingsactiviteiten te stellen of deze zelfs te verbieden.

### **3 Reikwijdte van het wetsvoorstel**

#### **3.1 Focus op verwervingsactiviteiten**

Het wetsvoorstel regelt een investeringstoets voor vitale aanbieders en voor ondernemingen die op het gebied van sensitieve technologie actief zijn en dus niet voor andere ondernemingen. Als geen sprake is van een verwerper die via een investering of andere verwervingsactiviteit de ogen op een doelonderneming heeft laten vallen die binnen die afbakening valt, is het wetsvoorstel per definitie niet van toepassing.

In het geval dat een onderneming zelfstandig beslist om zijn activiteiten in Nederland te beëindigen of naar een ander land te verplaatsen, zonder dat er sprake is van een verwervingsactiviteit in de zin van het wetsvoorstel, dan is het wetsvoorstel niet van toepassing, tenzij hiermee in strijd wordt gehandeld met voorwaarden of voorschriften uit een eerder toetsingsbesluit. Er is bij zo'n verplaatsing dan namelijk geen partij betrokken die door middel van een verwervingsactiviteit een positie in de onderneming heeft verkregen of daarin is opgegaan. Dat wil niet zeggen dat zelfstandige verplaatsingen naar het buitenland wenselijk zijn, maar het wetsvoorstel is niet het juiste instrument om dit tegen te gaan. De beste remedie tegen het verplaatsen van ondernemingsactiviteiten naar andere

landen is dat Nederland een goed vestigings- en ondernemingsklimaat biedt. Er is dan geen aanleiding voor ondernemingen om over te gaan tot verplaatsing van hoogwaardige kennis, processen of technologie naar het buitenland. Daarbij is het minder waarschijnlijk (maar niet uitgesloten) dat zetelverplaatsing naar het buitenland een risico voor de nationale veiligheid vormt, omdat hier vaak marktoverwegingen aan ten grondslag zullen liggen. De kans dat geopolitieke motieven ten grondslag liggen aan een verwerving is vele malen groter dan bij een zetelverplaatsing. Ook zou het voorkomen van zetelverplaatsing een ander type regelgeving vereisen dan in dit wetsvoorstel is voorzien. Bij exportcontrole spelen vergelijkbare risico's en technologieën als bij het onderhavige wetsvoorstel een rol, maar verschilt het type regelgeving fundamenteel omdat de aard van de manier waarop de kennis weglekt (handel in plaats van investeringen) fundamenteel verschilt. Voor vitale processen geldt bovendien dat die veelal gereguleerd zijn op basis van een in de wet vastgelegde verplichting om bepaalde voorzieningen in Nederland beschikbaar te houden en die voorzieningen zijn naar hun aard lang niet altijd fysiek geschikt voor verplaatsing. Stopzetting en verplaatsing zijn uit hoofde van wetgeving en feitelijke omstandigheden voor die vitale processen per definitie niet aan de orde, zodat dit wetsvoorstel daarin niet hoeft te voorzien. Daarnaast is er internationale, Europese en nationale wetgeving die de uitvoer van producten verhindert of aan voorwaarden verbindt gelet op hun betekenis voor militaire doeleinden. Dit omvat in elk geval goederen voor tweëerlei gebruik (dual use) waarvan de uitvoer onderworpen is aan exportcontrole en militaire goederen. Deze regelgeving heeft ook betekenis voor het verhinderen van het (zomaar) kunnen verplaatsen van bepaalde ondernemingsactiviteiten op het gebied van sensitieve technologie. Wat deze wetgeving echter op geen enkele manier verhindert, is dat een ongewenste verwerver zeggenschap verkrijgt over een doelonderneming die deze of andere producten aanbiedt. Sterker nog, een open vestigingsklimaat waar Nederland bij gebaat is vergroot juist de kansen voor ongewenste verwervers tot die verkrijging. Met behulp van de instrumenten uit dit wetsvoorstel kan voortaan effectief hiertegen worden opgetreden, indien dit tot risico's voor de nationale veiligheid leidt.

### **3.2 Vitale aanbieders en vitale processen**

Bepaalde processen zijn zo essentieel voor de Nederlandse samenleving dat uitval of verstoring tot ernstige maatschappelijke ontwrichting leidt en een bedreiging vormt voor de nationale veiligheid. Het identificeren en aanwijzen van vitale processen is staand beleid. Voorheen werd ook wel gesproken van vitale sectoren. Voor de aanwijzing van vitale processen zijn rijksbreed impactcriteria opgesteld. Deze criteria en de actuele lijst met vitale processen zijn te vinden op de website van de Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid (NCTV). Deze vitale processen zijn aangewezen door de vakminister die beleidsverantwoordelijk is voor dit vitale proces, in samenspraak met de Minister van Justitie en Veiligheid.

Er gaat een zorgvuldig proces aan deze aanwijzing vooraf. De beoordeling of een proces vitaal is, wordt gemaakt wanneer maatschappelijke ontwikkelingen (bijvoorbeeld veranderde dreigingen of risico's en evaluaties van incidenten) daar aanleiding toe geven. Deze vitaliteitsbeoordeling wordt gemaakt op basis van de vastgestelde impactcriteria, zoals economische schade en fysieke gevolgen.

Het doel van dit overkoepelende beleid is dat het hierdoor mogelijk is om schaarse middelen efficiënt en gericht in te kunnen zetten. Daarnaast vormt het de basis voor de inrichting van verschillende instrumenten. Dit wetsvoorstel is daar een van. Een ander voorbeeld van een instrument dat

(mede) is gevormd door het beleid omtrent de vitale processen is de Wet Beveiliging Netwerk- en Informatiesystemen (Wbni).

Op beleidsniveau zijn, binnen deze vitale processen, één of meerdere organisaties zoals (private) ondernemingen, zelfstandige bestuursorganen en waterschappen essentieel voor de continuïteit en weerbaarheid van het vitale proces. Deze organisaties worden op beleidsniveau aangeduid als de vitale aanbieders. Het is goed om op te merken dat er grote overeenkomsten, maar ook enkele verschillen zijn tussen wat verstaan wordt onder vitale aanbieders op beleidsniveau, vitale aanbieders binnen de wettelijke kaders van de Wbni en vitale aanbieders binnen de kaders van dit wetsvoorstel.

Er zijn twee belangrijke overeenkomsten in het gebruik van de beleidslijst van vitale processen binnen de Wbni en dit wetsvoorstel. Allereerst, zowel de Wbni als dit wetsvoorstel gebruiken het overkoepelende beleid rondom de vitale processen (mede) als startpunt voor de inrichting van hun instrumentarium. Ten tweede, ze wijzen beide (mede) op grond van de lijst met vitale processen vitale aanbieders aan die binnen de doelstelling van hun instrument van essentieel belang zijn voor de weerbaarheid en continuïteit van het desbetreffende vitale proces.

Er zijn ook twee belangrijke verschillen in het gebruik van de beleidslijst van vitale processen binnen de Wbni en dit wetsvoorstel. Allereerst, omdat het doel van de Wbni en dit wetsvoorstel verschilt, worden er verschillende criteria gehanteerd om vitale aanbieders aan te wijzen. Het gevolg hiervan is dat er (deels) andere vitale aanbieders op grond van de Wbni zijn aangewezen dan op grond van dit wetsvoorstel. Belangrijke gronden voor de aanwijzing van vitale aanbieders binnen de Wbni zijn niet van toepassing op dit wetsvoorstel. Zoals de mate van afhankelijkheid van een dienst van netwerk- en informatiesystemen en wat de gevolgen van een beveiligingsincident voor die systemen zijn. Het gaat bij dit wetsvoorstel immers om risico's voor de nationale veiligheid als gevolg van een verwervingsactiviteit. Een tweede belangrijk verschil is dat de Wbni binnen de categorie vitale aanbieders nog onderscheid maakt tussen «aanbieder van een essentiële dienst» en «aanbieder van een andere dienst waarvan de continuïteit van vitaal belang is voor de Nederlandse samenleving». Zo'n onderscheid is binnen dit wetsvoorstel niet wenselijk omdat bij een verwervingsactiviteit waarbij een vitale aanbieder als bedoeld in dit wetsvoorstel betrokken is het altijd noodzakelijk is om een risicoanalyse te doen.

Niettemin, om zo veel mogelijk eenheid in wetgeving te behouden, is er in dit wetsvoorstel bij de bepaling van de definitie van «vitale aanbieder» zo veel mogelijk aangesloten bij de Wbni. Voor de formulering van de definitie van vitale aanbieder in onderliggend wetsvoorstel is daarom de definitie van vitale aanbieder in de Wbni als startpunt genomen. Er is gezocht naar een gemeenschappelijke noemer en dat heeft geleid tot de formulering van de definitie van vitale aanbieder als «onderneming die een dienst exploiteert, beheert of beschikbaar stelt waarvan de continuïteit van vitaal belang is voor de Nederlandse samenleving». Voor dit wetsvoorstel is het (in tegenstelling tot in de Wbni) echter niet relevant om onderscheid te maken tussen «aanbieder van een essentiële dienst» en «aanbieder van een andere dienst waarvan de continuïteit van vitaal belang is voor de Nederlandse samenleving». In het artikelsgewijze deel van deze memorie van toelichting wordt onder artikel 1 nader uitgelegd hoe in de definitie van vitale aanbieder in dit wetsvoorstel zoveel mogelijk aansluiting is gezocht bij de definitie van vitale aanbieder in de Wbni. Met andere woorden, er bestaan belangrijke verschillen tussen het algehele beleid rondom de aanwijzing van vitale processen en de op grond van de Wbni en dit wetsvoorstel aangewezen vitale aanbieders. Tegelijkertijd is er in de definiëring van vitale aanbieders in dit wetsvoorstel waar mogelijk aangesloten bij de Wbni om zo veel mogelijk eenheid in wetgeving te creëren. Hierdoor, en omdat zowel dit

wetsvoorstel als de Wbni de beleidslijst met vitale processen (mede) als startpunt nemen voor de inrichting van hun instrumentarium, is er duidelijke overlap van de vitale aanbieders op grond van dit wetsvoorstel en de Wbni.

Het is in dit verband echter goed om op te merken dat, gezien de verschillen tussen het algehele beleid rondom vitale processen en de definiëring van vitale aanbieders op wetsniveau, dit wetsvoorstel geen juridische grondslag biedt voor het beleid omtrent vitale processen en vitale aanbieders zoals bedoeld in dit beleid, integendeel. Dit beleid rondom vitale processen wordt immers gebruikt als grondslag en inhoudelijk onderbouwing voor de aanwijzing van vitale aanbieders zoals bedoeld in dit wetsvoorstel.

Voorts, op basis van beleidslijst met vitale processen is een analyse gemaakt bij welke organisaties die diensten exploiteren, beheren of beschikbaar stellen een risico voor de nationale veiligheid kan ontstaan indien ze betrokken zijn bij een verwervingsactiviteit. In het geval dat er overeenkomsten waren met de vitale aanbieders op grond van de Wbni, is er waar mogelijk aansluiting gezocht bij de omschrijving van deze specifieke categorie vitale aanbieders zoals bedoeld in de Wbni.

Met betrekking tot de daadwerkelijke aanwijzing van vitale aanbieders zoals bedoeld in dit wetsvoorstel zijn de volgende afwegingen gemaakt. Zoals ook wordt beschreven in paragraaf 2.1 kunnen wijzigingen van zeggenschap in vitale aanbieders risico's met zich meebrengen voor de continuïteit van hun dienstverlening. Bijvoorbeeld, door de invloed van een verwerver kan de bedrijfsvoering van een vitale aanbieder in gevaar komen, of kan cruciale kennis over het vitale proces in ongewenste handen terechtkomen. Het uitgangspunt is daarom dat de aanbieders van vitale processen binnen de reikwijdte van dit wetsvoorstel vallen. De borging van de continuïteit en weerbaarheid van de vitale processen is immers van wezenlijk belang voor de nationale veiligheid.

Het verdient echter de voorkeur om voor bepaalde aanbieders in vitale processen specifieke sectorale wetgeving te ontwikkelen, omdat het waarborgen van sommige risico's binnen vitale processen maatwerk vereist. Dit is momenteel al gedaan voor de sectorale investeringstoetsen op het gebied van elektriciteit, gas, en telecommunicatie. In dit wetsvoorstel wordt ook de verhouding tot deze en andere sectorale investeringstoetsen geregeld, zodat duidelijk is in welke gevallen dit wetsvoorstel van toepassing is of juist een sectorale investeringstoets (artikel 5, onderdelen b en c). Op die manier ontstaat een stelsel van investeringstoetsing waarin dit wetsvoorstel een vangnet creëert voor activiteiten die niet goed door middel van sectorspecifieke wetgeving kunnen worden afgedekt of waarvan wordt geconstateerd dat er weliswaar een sectorspecifieke toets nodig is, maar deze (nog) niet op korte termijn inzetbaar is. Indien nodig worden nieuwe sectorale investeringstoetsen geïntroduceerd. Overigens, deze voorkeur voor sectorspecifieke investeringstoetsing heeft tot gevolg dat de daadwerkelijke reikwijdte van vitale aanbieders die onder dit wetsvoorstel vallen verschilt van die van de Wbni. Voor bepaalde vitale aanbieders geldt immers al een sectorspecifieke investeringstoets.

Tot slot is er nog een kenmerkend verschil tussen dit wetsvoorstel en de Wbni. Bij de Wbni is het doorslaggevend of er een risico voor de nationale veiligheid verbonden is aan de gebruikte netwerk- en informatiesystemen en de gevolgen van een beveiligingsincident voor die systemen, ongeacht of de vitale aanbieder in publiek of privaat eigendom is. Bij dit wetsvoorstel zijn vitale aanbieders uitgesloten van het toepassingsbereik, voor zover voor deze vitale aanbieders wettelijk is bepaald dat de zeggenschap of alle aandelen direct of indirect in handen van de overheid dient te zijn. In zo'n geval kan – zonder voorafgaande wetwijziging – geen verwervingsactiviteit plaatsvinden, terwijl risico's verbonden aan de

gebruikte netwerk- en informatiesystemen onverminderd aanwezig kunnen zijn. Ook dit leidt tot een verschil in reikwijdte tussen vitale aanbieders onder de Wbni en dit wetsvoorstel.

De aanbieders van vitale processen waarbij een risico voor de nationale veiligheid kan optreden in het geval ze betrokken zijn bij een verwervingsactiviteit, hebben een plaats in het wetsvoorstel zelf gekregen. De aanwijzing van categorieën vitale aanbieders die bij de totstandkoming van het wetsvoorstel zijn geïdentificeerd, vindt op wetsniveau plaats. Hier is voor gekozen in plaats van aanwijzing in lagere regelgeving op gedelegeerde grondslag. Het wetsvoorstel bevat namelijk de mogelijkheid tot het treffen van ingrijpende maatregelen, waarbij onder voorwaarden sprake kan zijn van eigendomsregulering en eigendomsontneming. Dit stelt hogere eisen aan de democratische legitimatie van een aanwijzing van vitale aanbieders dan die met een delegatiegrondslag geboden kan worden. Ook nieuwe vitale aanbieders zullen in de toekomst bij wet geregeld moeten worden, tenzij een aanwijzing zo urgent blijkt dat een wetswijziging niet kan worden afgewacht. Voor die gevallen regelt het wetsvoorstel dat een aanwijzing tijdelijk gedelegeerd bij algemene maatregel van bestuur kan plaatsvinden, waarna die aanwijzing alsnog bij wet moet worden geregeld onder intrekking van de algemene maatregel van bestuur. De betrokkenheid van het parlement bij de totstandkoming van die aanwijzing bij wet is daarmee gewaarborgd. Indien het wetsvoorstel dat dit regelt niet door het parlement wordt aangenomen, volgt uit het wetsvoorstel dat de algemene maatregel zal moeten worden ingetrokken.

Hieronder wordt op basis van de beleidslijst met vitale processen een systematische beoordeling gemaakt van welke categorieën vitale aanbieders onder het wetsvoorstel gebracht moeten worden. Hierbij wordt het vitale proces zoals geformuleerd in de beleidslijst op de website van de NCTV als uitgangspunt genomen. Indien er geconcludeerd wordt dat bepaalde aanbieders van het vitale proces onder het wetsvoorstel gebracht moeten worden, wordt de afweging om tot aanwijzing van de vitale aanbieder over te gaan uiteengezet.

Om te beginnen, het is van belang te onderkennen dat de vitale processen deels uit publieke en deels uit private organisaties bestaan, en dat zelfs als deze privaat zijn investeringstoetsing niet altijd mogelijk of zinvol is. Er zijn dan bijvoorbeeld andere wettelijke middelen om risico's te mitigeren, dan investeringstoetsing. Zoals in de brief *Tegengaan statelijke dreigingen*<sup>18</sup> is vermeld, heeft er een zorgvuldige analyse plaatsgevonden van de risico's in deze processen bij wijzigingen van zeggenschap. Hieruit blijkt dat vrijwel alle vitale sectoren op enigerlei wijze beschermd zijn tegen ongewenste zeggenschap. Er is daarbij een divers beeld van de mate en aard van de bescherming ontstaan. Dit wetsvoorstel biedt een eenduidige bescherming tegen wijzigingen van zeggenschap bij vitale aanbieders waarvoor dit wenselijk is en waarvoor er nog geen wettelijk kader bestaat om risico's bij wijzigingen van zeggenschap te beheersen. Er is een aantal uitgangspunten in acht genomen bij het onderbrengen van vitale processen in het wetsvoorstel. Allereerst, indien het een overheidsorgaan, openbaar lichaam of overheidsdienst betreft is investerings- toetsing juridisch gezien niet zinvol omdat vitale aanbieders die deze processen uitvoeren geen doelonderneming zijn die betrokken kunnen zijn bij verwervingsactiviteiten. Het gaat dan bijvoorbeeld om de Nationale Politie, Rijkswaterstaat en Logius. In het onwaarschijnlijke geval dat deze processen geprivatiseerd en verkocht worden, moet er eerst een wetswijziging plaatsvinden. In het geval dat een investeringstoets wenselijk is kan dit bij zo'n wetswijziging geregeld worden. De vitale processen die volledig aangeboden worden door overheidsorganen, openbare lichamen

<sup>18</sup> Kamerstukken II 2018/19, 30 821, nr.72.

of overheidsdiensten zijn daarom categorisch uitgesloten van opname onder de reikwijdte van dit wetsvoorstel. Het gaat om de vitale processen «keren en beheren waterkwantiteit», «communicatie met en tussen hulpdiensten middels 112 en C2000», «basisregistraties personen en organisaties», «interconnectiviteit (transactie-infrastructuur voor informatie uit basisregistraties)», «elektronisch berichtenverkeer en informatieverschaffing aan burgers», «plaats- en tijdsbepaling middels GNSS», «inzet defensie» en «inzet politie».

Het tweede uitgangspunt is dat als een vitaal proces in overheidshanden is en er een privatiseringsverbod geldt, de aanbieders van dit vitale proces ook niet onder het wetsvoorstel zijn gebracht. Investeringsstoetsing veronderstelt immers dat een doelonderneming betrokken kan zijn bij een verwervingsactiviteit met een verwerver van buitenaf. Als dit niet het geval is door een privatiseringsverbod heeft investeringsstoetsing geen zin. In het geval dat het privatiseringsverbod door een wetswijziging wordt ingetrokken, kunnen bij dezelfde wetswijziging de vitale aanbieders die dit raken onder het wetsvoorstel of een sectorale investeringsstoets worden gebracht. Als gevolg van zo'n privatiseringsverbod is het niet mogelijk om zeggenschap te verwerven in de vitale processen «landelijk transport en distributie elektriciteit», «regionale distributie elektriciteit», «regionale distributie gas» en «drinkwatervoorziening» en een groot deel van het vitale proces «gasproductie, landelijk transport en distributie gas» (waarover hieronder meer).

Niet voor alle vitale aanbieders die volledig in overheidshanden zijn geldt echter een wettelijk privatiseringsverbod. In sommige gevallen zoals in de vitale processen «vlucht- en vliegtuigafhandeling» en «opslag, productie en verwerking nucleair materiaal» zijn de aandelen van bepaalde vitale aanbieders deels of volledig in overheidshanden. Afhankelijk van het aandelenpercentage kan de Nederlandse overheid daardoor (mede) bepalen aan wie en onder welke voorwaarden een bedrijf wordt verkocht. Daarbij worden ook nationale veiligheidsbelangen meegewogen. Maar omdat er geen wetswijziging nodig is voor een wijziging van zeggenschap in organisaties in deze vitale processen zijn deze organisaties wel als vitale aanbieders onder het wetsvoorstel gebracht. Een voorbeeld van zo'n vitale aanbieder is thans Schiphol. Investeringsstoetsing is hier een proportioneel middel om risico's voor de nationale veiligheid te voorkomen. Bijvoorbeeld, bij een vitale aanbieder waarvan de aandelen (mede) in overheidshanden zijn, maar waarvoor geen privatiseringsverbod geldt, kan een investering zeer gunstig zijn voor het innovatievermogen van de onderneming, en daarmee het vitale proces. Tegelijkertijd is het wenselijk om bij zo'n investering een investeringsstoets toe te passen om risico's voor de nationale veiligheid te mitigeren.

Ten derde zijn er vitale processen die in private handen zijn en waarin kan worden geïnvesteerd, maar die niet onder het toepassingsbereik van het wetsvoorstel gebracht worden. Het ontbreken van een instrumentarium om wijzigingen van zeggenschap te beoordelen op risico's voor de nationale veiligheid is geen probleem in deze processen omdat deze als vitaal zijn aangemerkt vanuit het oogpunt van fysieke veiligheid en niet omwille van het belang voor de continuïteit van de Nederlandse samenleving. Met de aanmerking vanuit het oogpunt van fysieke veiligheid wordt bedoeld dat zich mogelijk een catastrofaal ongeval kan voordoen die grote lokale gevolgen kan hebben. Het gaat hier om de vitale processen «grootschalige (petro)chemie» en «olievoorziening». Om de fysieke risico's in het proces «grootschalige (petro)chemie» te mitigeren is juridisch instrumentarium beschikbaar zoals het Besluit risico's zware ongevallen 2015 (BRZO). Het huidige systeem van toezicht en handhaving voldoet hier. Investeringsstoetsing heeft daarom voor deze categorie bedrijven geen toegevoegde waarde voor de nationale veiligheid. Voor zover er in deze sector echter sprake is van sensitieve technologie in de

zin van het wetsvoorstel, zullen bedrijven die hierover beschikken vanzelfsprekend wel onder het toepassingsbereik gebracht worden. Dezelfde bescherming met betrekking tot de fysieke veiligheid als gevolg van een zwaar ongeval gaat op voor het vitale proces «olievoorziening». Daarnaast worden risico's voor de nationale veiligheid als gevolg van het verstoren van de leveringszekerheid van olie adequaat beheerst door de bestaande internationale en nationale wettelijke kaders. Het Internationaal Energie Agentschap (IEA) verplicht lidstaten zoals Nederland om een noodvoorraad aardolieproducten aan te houden ter grootte van 90 dagen netto import in het voorgaande kalenderjaar. Deze internationale verplichting is nationaal geregeld in de Wet voorraadvorming aardolieproducten 2012 (en de Wet uitvoering Internationaal Energieprogramma). Het grootste deel van de strategische olievoorraad wordt aangehouden door de Stichting COVA (Centraal Orgaan Voorraadvorming Aardolieproducten). Ook voor deze sector geldt net als voor andere sectoren dat, voor zover er in deze sector sprake is van sensitieve technologie in de zin van het wetsvoorstel, bedrijven die hierover beschikken vanzelfsprekend wel onder het toepassingsbereik gebracht zullen worden.

Ten vierde kent Nederland al investeringstoetsen die zijn ingebed in sectorale wetgeving. Het gaat hier om investeringstoetsen binnen de Telecommunicatiewet, Gaswet en Elektriciteitswet 1998. Organisaties die op grond van deze wettelijke kaders al binnen het toepassingsbereik van het stelsel van investeringstoetsing vallen zijn ook niet onder het toepassingsbereik van dit wetsvoorstel gebracht. Het wetsvoorstel is immers een vangnet binnen het stelsel van investeringstoetsing voor vitale aanbieders waarvoor nog geen maatwerk is geleverd. Maatwerk heeft de voorkeur. Daarom zijn er geen organisaties onder het toepassingsbereik van het wetsvoorstel gebracht die de vitale processen «internet en datadiensten», «internettoegang en dataverkeer», «spraakdienst en sms» en «identificatie en authenticatie van burgers en bedrijven» uitvoeren. Voor aanbieders van deze processen geldt namelijk dat het overheidsdiensten zijn of dat ze binnen het toepassingsbereik van de Telecommunicatiewet vallen.

Voor de energieprocessen gas en elektriciteit geldt dat zeggenschap door de overheid wettelijk is geborgd voor wat betreft de transport- en distributienetwerken van gas en elektriciteit. Hiervoor gelden namelijk op grond van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet privatiseringsverboden waardoor het in de praktijk niet mogelijk is voor niet-overheden om zeggenschap over ondernemingen in deze processen te verkrijgen. Daarnaast gelden op grond van deze wetgevingen ook sectorale investeringstoetsen voor verwervingsactiviteiten van elektriciteitscentrales van 250 MW of meer, of LNG-installaties en -bedrijven. De gaswinning uit het Groningenveld, thans door de NAM, en de verkoop van dit gas, thans door GasTerra, en de gasopslagbedrijven, waarvoor in alle gevallen geen wettelijk privatiseringsverbod geldt, zijn onder het toepassingsbereik van het wetsvoorstel opgenomen. Hoewel de gaswinning uit het Groningenveld in de komende paar jaar wordt afgebouwd is deze activiteit momenteel nog wel essentieel voor de leverings- en voorzieningszekerheid van gas voor onder meer Nederlandse huishoudens en bedrijven. Voor de gasopslagen zal dit ook na de beëindiging van de winning uit het Groningenveld zo blijven. Wel kan op langere termijn, als de vraag naar gas verder wordt afgebouwd, de opname van gasopslagbedrijven worden herzien, wat kan leiden tot verwijdering uit dit wetsvoorstel.

Voor wat betreft de winning uit het Groningenveld blijft de inzet van het kabinet deze zo spoedig mogelijk te beëindigen. Er zal dan ook geen andere operator komen die de exploitatie van het Groningenveld voortzet nadat de winning is beëindigd.

Voor wat betreft de aanwijzing van GasTerra geldt dat reeds is aangekondigd dat met de beëindiging van de gaswinning uit het Groningenveld ook de onderneming GasTerra zal worden beëindigd. De dan nog

resterende activiteiten van GasTerra zullen worden overgedragen aan een nader te bepalen entiteit, dit wetsvoorstel vormt daar geen belemmering voor

Voorts vallen, met het oog op de energietransitie en de functie van dit wetsvoorstel als vangnet binnen het stelsel van investeringstoetsing, ook de beheerder van warmtetransportnetten onder de reikwijdte van dit wetsvoorstel. Strikt genomen betreft het hier natuurlijk geen distributeurs of transporteurs van gas of elektriciteit, maar gezien het belang dat binnen de vitale processen aan leveringszekerheid van energie wordt gehecht en de aanstaande energietransitie spreekt het voor zich deze beheerders als vitale aanbieders in het wetsvoorstel op te nemen. Het is goed mogelijk dat op den duur sectoraal maatwerk voor deze beheerders geleverd wordt, maar vanuit de functie van vangnetwet is het logisch dat ze nu al meegenomen worden in dit wetsvoorstel in afwachting van een mogelijke regeling in een sectorspecifieke wet.

Naast deze aanbieders uit de energiesector zijn – op basis van de hierboven beschreven uitgangspunten – aanbieders uit de volgende vitale processen onder het toepassingsbereik van dit wetsvoorstel gebracht: «vlucht- en vliegtuigafhandeling», «scheepvaartafwikkeling», «opslag, productie en verwerking nucleair materiaal» en aanbieders uit de financiële vitale processen. Bij de omschrijving van deze vitale aanbieders in het wetsvoorstel is waar mogelijk aangehaakt bij de Wbni. De vitale processen «vervoer van personen en goederen over (hoofd)spoorweginfrastructuur» en «vervoer over (hoofd)wegennet» zijn relatief recent aangewezen naar aanleiding van een vitaliteitsbeoordeling. Voor deze processen geldt dat er nog een gedegen analyse en afweging gemaakt moeten worden over de wenselijkheid om voor aanbieders van deze processen investeringstoetsing op risico's voor de nationale veiligheid toe te kunnen passen. Gezien de noodzaak om dit zorgvuldig te doen en de urgentie van dit wetsvoorstel worden aanbieders van deze processen thans niet opgenomen in dit wetsvoorstel.

#### *Vitale aanbieders op het gebied van financiële markten*

Aanbieders van financiële vitale processen zijn via verschillende bepalingen in artikel 7 onder het wetsvoorstel gebracht. Deze aanbieders zijn vitaal vanwege de processen die zij beheren ten behoeve van respectievelijk het effectenverkeer, massaal giraal betalingsverkeer, toonbankbetalingsverkeer en hoogwaardig betalingsverkeer tussen banken. Deze processen zijn onmisbaar voor het Nederlands maatschappelijk en economisch verkeer. Onder het toonbankbetalingsverkeer en massaal giraal betalingsverkeer vallen onder andere chartale betalingen (betalingen met bankbiljetten en munten), elektronische betalingen met debitcard en creditcard, betalingen via internetbankieren, acceptgiro's, incasso's en periodieke betalingen. Onder het hoogwaardig betalingsverkeer tussen banken wordt verstaan het betalingsverkeer tussen banken en andere kapitaal- en geldmarktbetalingen (waaronder treasury-verkeer van grote bedrijven) en de afwikkeling van valutatransacties. Onder het effectenverkeer vallen de geregleerde handel, de vereffening (clearing) en de afwikkeling (settlement) van effecten- en derivatentransacties in deze categorie. Banken, handelsplatformen, centrale tegenpartijen, clearinginstellingen, afwikkelondernemingen en centrale bewaarinstellingen spelen bij deze diensten en transacties een rol. Met de voorgestelde criteria in artikel 7 worden uitsluitend instellingen onder het bereik van het wetsvoorstel gebracht die als vitaal worden geacht voor bovengenoemde processen, en waar ongewenste wijziging van zeggenschap vanuit het perspectief van nationale veiligheid ontwrichtend zou werken. Het betreft hier in het bijzonder risico's voor de nationale veiligheid als gevolg van het aantasten van de continuïteit en weerbaarheid van vitale processen en het ontstaan van strategische afhankelijkheden. Bij een

ongewenste wijziging van zeggenschap kan de continuïteit en weerbaarheid van het financiële vitale proces aangetast worden doordat een verwerver bijvoorbeeld makkelijker toegang krijgt tot de ICT-systemen van de financiële vitale aanbieder of de stabiliteit van de doelonderneming of daarmee verbonden instellingen in gevaar kan brengen. Omdat financiële vitale aanbieders verantwoordelijk zijn voor het leeuwendeel van de verwerking van het betalings- en effectenverkeer in Nederland, kan ongewenste inmenging in deze instellingen grote gevolgen hebben voor het financiële verkeer in Nederland. Verstoringen hiervan kunnen de economie en samenleving in korte tijd dusdanig hard raken dat er sprake kan zijn van risico's voor de nationale veiligheid. Het bestaande toezichtregime op het betalings- en effectenverkeer ziet ook op de gevolgen van verstoringen hiervan op de economie en samenleving maar niet specifiek vanuit de insteek van nationale veiligheid.

Met betrekking tot het ontstaan van ongewenste strategische afhankelijkheden; indien een ongewenste verwerver onder invloed staat van een statelijke actor en deze verwerver de mogelijkheid heeft om het financiële vitale proces te verstoren, dan kan Nederland in het verlengde daarvan in een chantabele positie terecht komen. Gezien de verwevenheid van de Nederlandse financiële sector met gevestigde wereldwijde netwerken is Nederland alleen maar kwetsbaarder voor het uitspelen van zo'n strategische afhankelijkheid. Daarbij, momenteel is er binnen de eigendomsstructuren van veel financiële vitale aanbieders al sprake van een grote mate van buitenlands aandeelhouderschap of zeggenschap. Vanuit economisch oogpunt is dit wenselijk, maar door de veranderende geopolitieke verhoudingen is het tegelijkertijd urgenter geworden om bij wijzigingen van zeggenschap een investeringstoets uit te kunnen voeren naar mogelijke risico's voor de nationale veiligheid.

Doel, functie en inhoud van de investeringstoets en de activiteiten waarop die betrekking heeft, zijn wezenlijk anders dan de achtergrond en regulering van het toezicht dat op de financiële sector betrekking heeft. Op grond van dit wetsvoorstel wordt gekeken naar risico's voor de nationale veiligheid, bijvoorbeeld als gevolg van de aantasting van de continuïteit en weerbaarheid van een vitaal proces of het ontstaan van ongewenste strategische afhankelijkheden. Hierbij worden primair de risico's voor de nationale veiligheid van de Nederlandse samenleving en Staat betrokken. Het toezicht op de financiële sector is gericht op het functioneren, de stabiliteit en de integriteit van het financiële systeem en de financiële markten. Een voorbeeld van dit toezicht is een verklaring van geen bezwaar van De Nederlandsche Bank (hierna: DNB) op grond van artikel 3:95 van de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft). Dit betreft een prudentiële beoordeling van een aanvraag voor een verklaring van geen bezwaar die in beginsel op individueel instellingsniveau plaatsvindt en door DNB wordt uitgevoerd. Deze beoordeling ziet ook op bepaalde vitale aanbieders op het gebied van infrastructuur voor de financiële markten die onderwerp van dit wetsvoorstel zijn, waaronder afwikkelondernemingen en banken met zetel in Nederland. Ten aanzien van deze banken besluit de Europese Centrale Bank (hierna: ECB) op basis van een gezamenlijke beoordeling met DNB. De Wft voorziet hierbij in het vereiste van een verklaring van geen bezwaar van DNB en voor banken van de ECB. DNB voert als onafhankelijke toezichthouder op afstand van de Minister en regering een specifieke beoordeling uit gericht op de beschikbare financiële middelen van de verwerver en de na de verwerving te verwachten solvabiliteits- en liquiditeitsratio's van de financiële doelonderneming, de betrouwbaarheid en reputatie van de verwerver, beperkingen in de mogelijkheid van de financiële doelonderneming om na de verwerving aan de Wft te blijven voldoen, en de naleving van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme. De afwijzingsgronden voor een verklaring in artikel 3:100, eerste lid, van de Wft, zijn voorts limitatief van aard, zodat een afwijzing enkel op die

gronden kan worden gebaseerd en de verklaring van geen bezwaar anders wordt verleend. Ook zijn de afwijzingsgronden in dit artikel micro-prudentieel wat betekent dat niet naar de impact van een voorgenomen deelneming op het stelsel wordt gekeken, maar naar de impact op de individuele financiële doelonderneming. De risico's voor de nationale veiligheid zijn derhalve geen onderwerp van toetsing door DNB. De toetsing van de Minister van Economische Zaken en Klimaat op nationale veiligheid op grond van dit wetsvoorstel staat volledig los van de zelfstandige beoordeling door DNB van een aanvraag voor een verklaring van geen bezwaar op grond van de Wft. Een toetsing op nationale veiligheid dient een ander doel en is meeromvattend en van een ander karakter, waarbij de financiële positie van de instelling één van de in het wetsvoorstel genoemde factoren is die bij een beoordeling betrokken wordt. Daardoor voert de Minister onder dit wetsvoorstel een eigenstandige beoordeling uit, waarbij het wetsvoorstel bepaalt dat bij het nemen van een toetsingsbesluit, altijd de Minister of de Ministers die het mede aangaat betrokken wordt of worden (artikel 10, tweede lid). Daarmee is afstemming hierover in het wetsvoorstel geformaliseerd. In dit geval betreft dat de Minister van Financiën als beleidsverantwoordelijke Minister voor de financiële sector. Te onderscheiden van een verklaring van geen bezwaar die is afgegeven door DNB of de ECB, is een verklaring van geen bezwaar die Autoriteit Financiële Markten (hierna verder: AFM) afgeeft op grond van artikel 5:32d, tweede lid, Wft. Daarin is bepaald dat het, zonder verklaring van geen bezwaar van de Minister van Financiën, verboden is een belang van een in de Wft nader bepaalde omvang te houden, te verwerven of te vergroten dan wel enige zeggenschap verbonden aan deze deelneming uit te oefenen in een marktexploitant. Een marktexploitant is op grond van artikel 1:1 van de Wft een persoon die een gereguleerde markt beheert of exploiteert. Marktexploitanten zijn eveneens vitale aanbieders in de zin van dit wetsvoorstel, zoals uit artikel 7, zesde lid, juncto zevende lid, van het wetsvoorstel volgt. Bij de beoordeling door AFM wordt getoetst aan de vereisten van artikel 5:32d Wft, waarbij tevens de aspecten genoemd in de beleidslijn «Beleidslijn verklaring van geen bezwaar gekwalificeerde deelneming in een marktexploitant ex artikel 5:32d Wft» (Stcrt. 2008, 27) een rol kunnen spelen. Het «Mandaatbesluit verklaring van geen bezwaar gereguleerde markten» (Stcrt. 2008, 27) bepaalt dat, tenzij er een fundamentele wijziging van de aandeelhoudersstructuur van de gereguleerde markt aan de orde is, de AFM namens de Minister van Financiën beslist omtrent het verlenen van de verklaring van geen bezwaar.

#### *Opslag, productie en verwerking nucleair materiaal*

Aanbieders van het vitale proces «opslag, productie en verwerking nucleair materiaal» zijn met twee verschillende beschrijvingen in artikel 7, tweede lid, als vitale aanbieders in dit wetsvoorstel opgenomen. Hoewel er voor dit vitale proces op dit moment in de praktijk voldoende bescherming bestaat tegen ongewenste verwervingsactiviteiten (bijvoorbeeld omdat de overheid als (mede)eigenaar van een aanbieder toestemming voor een verwervingsactiviteit zou moeten geven) is deze bescherming niet altijd wettelijk geborgd. Gezien de impact die een ongewenste verwervingsactiviteit op de nationale veiligheid kan hebben zijn aanbieders van dit vitale proces in dit wetsvoorstel opgenomen. Omdat andere wettelijke kaders zoals de Kernenergiewet, Elektriciteitswet 1998 en de Wet beveiliging netwerk- en informatiesystemen de continuïteit en weerbaarheid van dit vitale proces en de fysieke veiligheid voldoende afdekken, zijn deze vitale aanbieders vooral opgenomen om ook op andere risico's voor de nationale veiligheid te kunnen toetsen in het geval van een verwervingsactiviteit, in het bijzonder het risico op de

aantasting van de integriteit van kennis en informatie en het risico op het ontstaan van ongewenste strategische afhankelijkheden. Met betrekking tot het risico op de aantasting van de integriteit van kennis en informatie, zijn de afgelopen jaren de zorgen ten aanzien van cyberdreigingen en (cyber)spionage toegenomen. Hierbij is de zorg niet alleen gelegen in mogelijke fysieke effecten rond nucleaire installaties en dergelijke, maar juist ook in de bescherming van cruciale informatie ter voorkoming van de verspreiding van nucleaire wapens (non-proliferatie). Omdat een verwerver zich mogelijk makkelijker toegang kan verschaffen tot de kennis en informatie van een nucleaire installatie is investerings-toetsing bij verwervingsactiviteiten hierin wenselijk. Naast het gegeven dat proliferatie van nucleaire wapens de ongewenste strategische afhankelijkheid van Nederland van andere staten kan vergroten, is het ook wenselijk om andere vormen van ongewenste strategische afhankelijkheden als gevolg van verwervingsactiviteiten te kunnen voorkomen. Bijvoorbeeld, de sluiting van een productielocatie van medische isotopen zou, in het geval dat er geen adequate vervanging komt, nationaal, bij bevriende staten en bondgenoten, of zelfs wereldwijd tot tekorten kunnen leiden. Voor de meeste verrichtingen met medische radio-isotopen bestaan momenteel immers nog geen volwaardige alternatieven. Een ongewenste verwerver zou Nederland in een chantabele positie kunnen brengen door deze afhankelijkheid van medische isotopen uit te spelen door zijn invloed op de bedrijfsactiviteiten van de productielocatie uit te oefenen. Vanzelfsprekend valt een verwervingsactiviteit in een nucleaire doelondernemingen die beschikt sensitieve technologie ook binnen het toepassings-bereik van dit wetvoorstel.

#### *Scheepvaartafwikkeling*

Met betrekking tot het vitale proces «scheepvaartafwikkeling» is het juridisch mogelijk om een verwervingsactiviteit te verrichten in de thans enige vitale aanbieder van dit proces: de Divisie Havenmeester, onderdeel van het Havenbedrijf Rotterdam. Omdat verschillende overheden gezamenlijk de enige aandeelhouder van deze vitale aanbieder zijn is dit momenteel in de praktijk niet aan de orde. Niettemin ligt het voor de hand zulke vitale aanbieders binnen het toetsingsbereik van het wetsvoorstel op te nemen.

De haven van Rotterdam is een complex geheel van organisaties en bedrijven die deels in publieke en deels in private handen zijn. De vitale aanbieder op grond van dit wetsvoorstel (Divisie Havenmeester) is thans onderdeel van het Havenbedrijf Rotterdam. Dit deel van de onderneming wordt aangemerkt als vitale aanbieder omdat deze een veilige, effectieve en efficiënte scheepvaartafwikkeling in de Rotterdamse haven en het aanloopgebied voor de kust faciliteert, coördineert en aanstuurt. Het waarborgen van de continuïteit van het vervoer van goederen van, naar en via de haven is immers van vitaal belang voor de Nederlandse samenleving.

#### *Vlucht- en vliegtuigafhandeling*

Bij het vitale proces «vlucht- en vliegtuigafhandeling» gaat het om een vlotte en veilige vlucht- en vliegtuigafhandeling op en rond het luchtvaart-systeem Mainport Schiphol met het waarborgen van voldoende luchtverbindingen van en naar de Mainport. Onderdelen van dit vitale proces zijn de luchtverkeersleiding, luchtvaartmaatschappijen, de exploitatie van de luchthaven Schiphol en de brandstofvoorziening voor de luchtvaart op de Mainport Schiphol. Ook speelt de Koninklijke Marechaussee een belangrijke rol in de beveiliging van de luchthaven. Bij de verschillende

aanbieders van dit vitale proces kunnen een van de drie onderscheiden risico's voor de nationale veiligheid voorkomen.

Op Schiphol wordt door verschillende luchtvaartmaatschappijen een breed netwerk aan intercontinentale verbindingen verbonden aan een groot netwerk van Europese bestemmingen. Daarmee gaat het om een van de grootste luchthavens van Europa met een grote connectiviteit voor zowel passagiers als luchtvracht. Met de hub-functie die Schiphol vervult is een ecosysteem ontstaan waar veel Nederlandse publieke belangen mee gediend zijn. Deze zijn zowel economisch van karakter (zoals de bijdrage aan het verdienvermogen, de concurrentiekracht, werkgelegenheid van Nederland), als niet-economisch van karakter (zoals het waarborgen van voldoende interconnectiviteit van luchtverbindingen van en naar Nederland en het voorzien in voldoende luchtvervoerscapaciteit voor passagiers en luchtvracht). Het draagt daarmee bij aan de leverings- en voorzieningszekerheid van Nederland voor essentiële goederen die met luchtvracht snel geleverd moeten worden, evenals de mogelijkheid van repatriëring van onderdanen en, indien nodig, het waarborgen van de verbindingen met overige delen van het Koninkrijk. Een vlotte en veilige vlucht- en vliegtuigafhandeling op en rond het luchtvaartsysteem Mainport Schiphol is dus zo belangrijk voor de Nederlandse samenleving omdat uitval of verstoring hiervan tot ernstige maatschappelijke ontwrichting leidt en een bedreiging vormt voor de nationale veiligheid. Tegelijkertijd zorgt de grote mate van interconnectiviteit en de omvang van de Mainport Schiphol ook voor een grote mate van interdependentie en wederzijdse afhankelijkheid, omdat luchtverbindingen ook afhankelijk zijn van de bestemmingen van waaruit of waar naartoe van Mainport Schiphol gevlogen wordt.

Deze interdependentie betekent ook dat sommige andere landen een (geo)politiek belang kunnen hebben bij het verminderen van de wederzijdse afhankelijkheden van Nederland, bij ongeoorloofde toegang tot vertrouwelijke communicatiemiddelen en ICT-voorzieningen of bij het verstoren van het vitale proces rondom het luchtvaartsysteem Schiphol. Om de aantasting van de weerbaarheid en continuïteit van het vitale proces bij verwervingsactiviteiten te waarborgen en het ontstaan van ongewenste (eenzijdige) strategische afhankelijkheden te voorkomen is het van essentieel belang dat de inter-Europese en intercontinentale hub-functie van het luchtvaartsysteem Schiphol behouden blijft. Deze functie kan alleen toekomstbestendig behouden blijven als er genoeg overstapmogelijkheden voor internationale passagiers en overslagmogelijkheden voor goederentransport zijn om aantrekkelijk te blijven voor verschillende luchtvaartmaatschappijen om Schiphol als bestemmingsproduct aan te bieden.

Om die reden is het essentieel dat er een of meerdere luchtvaartmaatschappijen op Schiphol zowel een groot intercontinentaal als een groot Europees netwerk aanbieden. Om de continuïteit van dit vitale proces toekomstbestendig vorm te geven en ongewenste strategische afhankelijkheden te voorkomen is het belangrijk dat ten minste één luchtvaartmaatschappij 1/3 of meer van de beschikbare slots vertegenwoordigt. Voor 1/3 is gekozen omdat het om een voldoende substantieel aantal vluchten en intercontinentale en Europese bestemmingen moet gaan om een goede uitgangspositie te creëren om reizigers- en handelsstromen aan te trekken en te verbinden en een hub met optimaal aansluitende en voldoende frequente (inter)continentale verbindingen te kunnen bieden. Indien het om een kleiner aandeel in het totaal aantal slots zou gaan kan er een te grote versplintering van luchtvaartmaatschappijen ontstaan met een vershraling van vooral het intercontinentale netwerk.

Tegelijkertijd is het mogelijk dat niet één maar twee luchtvaartmaatschappijen zo'n hub-functie vanaf Schiphol uitvoeren. Dit zou zelfs tot een versterking van het luchtvaartsysteem van de luchthaven kunnen leiden.

Met betrekking tot de reikwijdte van dit wetsvoorstel; niet alle vitale aanbieders in dit vitale proces zijn ondernemingen waarin verwervingsactiviteiten verricht kunnen worden. Dit geldt bijvoorbeeld voor de civiele luchtvaartverkeersleiding die onderdeel is van het vitale proces van het luchtvaartstelsel rondom Schiphol doch wordt uitgevoerd door een zelfstandig bestuursorgaan. En ook in de Koninklijke Marechaussee kunnen geen verwervingsactiviteiten plaatsvinden omdat het een krijgsmachtsdeel van het Ministerie van Defensie is. Alleen bij de levering van brandstoftoevoer, het verrichten van luchtvervoer zelf en de exploitatie van de luchthaven zijn momenteel private ondernemingen actief waarvoor geen wettelijke belemmering bestaat om verwervingsactiviteiten in te verrichten.

Met betrekking tot de luchthaven wordt op grond van dit wetsvoorstel als vitale aanbieder aangewezen de houder van de luchthavenexploitatievergunning voor de Luchthaven Schiphol. Deze onderneming is thans de Koninklijke Schiphol Group. Daarnaast zijn luchtvaartmaatschappijen die gebruik maken van de Luchthaven Schiphol en ten minste 1/3 van de jaarlijks beschikbare slots vertegenwoordigen vitale aanbieders onder dit wetsvoorstel. Vanzelfsprekend moet deze gebruiker van de luchthaven ook beschikken over een door de Minister van Infrastructuur en Waterstaat afgegeven exploitatievergunning voor het verrichten van luchtvervoer. Thans is de enige onderneming die aan deze wettelijke criteria voldoet de Koninklijke Luchtvaart Maatschappij (KLM).

Als laatste is de brandstoftoevoer voor de luchtvaart een essentieel onderdeel voor de uitvoering van dit vitale proces. Om de hub-functie van de Mainport Schiphol te waarborgen is namelijk ook een reguliere en stabiele brandstofvoorziening nodig, anders kan er niet gevlogen worden. Dit bleek bij de grote storing in 2019. Deze brandstofvoorziening is derhalve ook onderdeel van het vitaal proces. Het gaat hierbij om bepaalde ondernemingen die op grond van de Regeling grondafhandeling luchtvaarterreinen als verleners van grondafhandelingsdiensten gelden. Vanwege de fysieke risico's lokaal bij een catastrofaal ongeval vallen ondernemingen die dit onderdeel van het vitale proces uitvoeren binnen de reikwijdte van het Besluit risico's zware ongevallen 2015. Bedrijven die hier onder vallen hebben de verantwoordelijkheid om zowel de medewerkers op hun terrein (arbeidsveiligheid) als de omwonenden en het milieu (omgevingsveiligheid) te beschermen tegen ongevallen met gevaarlijke stoffen. In combinatie met de bestaande internationale regelgeving voor de luchtvaart zijn zulke vitale aanbieders gehouden tot de inrichting en het gebruik van een veiligheidsmanagementsysteem voor het beheersen van de risico's. Betrokken inspecties houden toezicht op de juiste werking van deze systemen. Omdat er echter geen wettelijk beperking is op verwervingsactiviteiten van dit soort ondernemingen, terwijl het verstoren van de bedrijfsactiviteiten van dit soort ondernemingen het hele vitale proces rondom Mainport Schiphol in korte tijd volledig kan verstoren met ook grote langetermijngevolgen voor het hele luchtvaartstelsel rondom Schiphol, zijn dit soort ondernemingen als vitale aanbieders onder het wetsvoorstel gebracht. Thans voldoet een onderneming op grond van dit wetsvoorstel aan deze kwalificatie, te weten Aircraft Fuel Supply.

### **3.3 Sensitieve technologie**

Nieuwe technologieën transformeren de economie en samenleving in snel tempo. Technologische ontwikkeling is de motor achter innovatie en bedrijvigheid. Innovaties dragen bij aan de oplossing van maatschappelijke problemen zoals de energietransitie, het voedseltekort in de wereld, de vergrijzing of levensbedreigende ziektes. Het kabinet stimuleert ondernemingen die vernieuwende producten ontwikkelen, bijvoorbeeld via een belastingvoordeel, innovatiekrediet of andere subsidie. De

Europese Unie (EU) heeft ook verschillende subsidieregelingen voor innovatie.

Technologische ontwikkeling kan ook nationale veiligheidsrisico's met zich meebrengen. Wanneer een technologie een militaire of dual-use toepassing heeft, kan deze worden ingezet tegen de nationale veiligheidsbelangen van Nederland of haar bondgenoten. Ook kan bepaalde hoogwaardige technologie worden ingezet voor sabotage (bijvoorbeeld de verstoring van vitale processen) of voor spionage. Soms is technologie in Nederland het object van bedrijsdiefstal, al dan niet geïnitieerd of gefaciliteerd door een statelijke actor.

Juist hoogtechnologisch onderzoek (R&D) is bijzonder kapitaalintensief. Dit gegeven maakt dat het toepassen van beperkingen op dergelijke activiteiten zorgvuldig, proportioneel en gebalanceerd dient te gebeuren. Een nauwkeurige afbakening welke technologieën zo sensitief zijn dat ze binnen de reikwijdte van het wetsvoorstel dienen te vallen, is daarom een noodzakelijke voorwaarde om de proportionaliteit van het instrument te waarborgen. Steeds zal zorgvuldig worden afgewogen of het gebruik van een specifieke technologie gevolgen kan hebben voor de nationale veiligheid en – in het bijzonder – of een wijziging in zeggenschap of significante invloed bij ondernemingen die over deze sensitieve technologieën beschikken, een risico kan vormen voor de nationale veiligheid. De categorie sensitieve technologie omvat in elk geval goederen voor tweërlei gebruik (dual-use) waarvan de uitvoer onderworpen is aan exportcontrole (artikel 8, eerste lid, onderdeel a) en militaire goederen (artikel 8, eerste lid, onderdeel b). Voor deze goederen is reeds in internationale kaders vastgesteld dat deze raken aan de nationale veiligheid. Dit betreffen de multilaterale kaders voor tweërlei gebruik die zijn geconsolideerd in artikel 3, eerste lid, van de Verordening (EG) nr. 428/2009 van de Raad van 5 mei 2009 tot instelling van een communautaire regeling voor controle op de uitvoer, de overbrenging, de tussenhandel en de doorvoer van producten voor tweërlei gebruik (PbEU 2009, L 134) en militaire goederen als bedoeld in artikel 2 van de Uitvoeringsregeling strategisch goederen 2012. Dit zijn de goederen opgenomen in de gemeenschappelijke EU-lijst van militaire goederen, de lijst van goederen waarop het Gemeenschappelijk standpunt 2008/944/GBVB van de Raad van 8 december 2008 tot vaststelling van gemeenschappelijke voorschriften voor de controle op de uitvoer van militaire goederen en technologie (PbEU 2008, L 335) van toepassing is. Ondernemingen die beschikken over deze technologieën vallen daarmee in beginsel onder de reikwijdte van de toets. Het wetsvoorstel biedt door de verwijzing naar deze verordening onderscheidenlijk deze uitvoeringsregeling aldus reeds een uitwerking van wat onder sensitieve technologie valt. De afbakening van sensitieve technologie ligt daardoor vast en die beweegt alleen mee met wijzigingen in die verordening of uitvoeringsregeling.

Hiernaast kunnen bij algemene maatregel van bestuur technologieën van de reikwijdte uitgezonderd worden of juist hieraan toegevoegd worden. Dit is nodig omdat technologie zich snel ontwikkelt en ook het dreigingsbeeld aan verandering onderhevig is. Voor sensitieve technologie geldt dat inhoudelijke herijking moet kunnen leiden tot een snelle actualisatie van de reikwijdte van het wetsvoorstel. Op het niveau van wet zijn technologische veranderingen minder goed bij te benen dan op een lager niveau van regelgeving. Het bijbenen hiervan is belangrijk, zodat relevante nieuwe sensitieve technologie tijdig onder het toepassingsbereik van dit voorstel kan worden gebracht. Ook wil het kabinet ruimte houden om (los van internationale overeenstemming) eigenstandig een afweging te maken welke technologieën kwalificeren als sensitief. Het voorkomt dat een nieuwe sensitieve technologie mogelijk langer dan wenselijk buiten het toepassingsbereik van de investeringstoets valt waardoor nodeloos risico's voor de nationale veiligheid ontstaan. In dit wetsvoorstel is daarom de mogelijkheid gecreëerd om bij algemene

maatregel van bestuur wijzigingen aan te brengen in de aanwijzing van sensitieve technologieën die onder de reikwijdte vallen. Dit betekent dat technologieën die niet onder de internationale kaders van exportcontrole vallen, onder de reikwijdte van de wet gebracht kunnen worden (indien hier vanuit het oogpunt van de nationale veiligheid aanleiding toe is) en dat technologieën die wel onder internationale kaders vallen daar juist van kunnen worden uitgezonderd (indien bij deze technologieën geen specifieke risico's voor de nationale veiligheid bestaan in geval van wijziging van zeggenschap of het ontstaan van significante invloed). Door dit bij algemene maatregel van bestuur te doen, wordt hierin flexibiliteit met behoud van rechtszekerheid geboden. Door deze algemene maatregel van bestuur zal het voor ondernemingen altijd vooraf kenbaar zijn of zij vallen onder de meldplicht van het toetsingsstelsel (zie paragraaf 4.1). Dit is essentieel voor het functioneren van het toetsingsstelsel uit het oogpunt van de proportionaliteit van het instrument en daarmee voor het behoud van het open investeringsklimaat.

De verwachting is dat van deze gedelegeerde aanwijzingsbevoegdheid met terughoudendheid gebruik zal worden gemaakt en dat die vooral voor toekomstige technologische ontwikkelingen betekenis heeft. Bij de aanwijzing van sensitieve technologieën bij algemene maatregel van bestuur is een balans gevonden tussen de hierboven beschreven flexibiliteit in het belang van de nationale veiligheid en het behoud van rechtszekerheid voor bedrijven.

Allereerst, om de rechtszekerheid te vergroten is de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur technologieën als sensitieve technologie onder het toepassingsbereik van het wetsvoorstel te brengen geclausuleerd. Uitsluitend technologieën die voldoen aan een van de drie in de wet genoemde criteria kunnen onder de reikwijdte van het wetsvoorstel gebracht worden. Zoals ook in het artikelsgewijze deel van deze memorie van toelichting staat beschreven gaat het hier om technologieën die van essentieel belang kunnen zijn voor het functioneren van defensie, opsporings-, inlichtingen- en veiligheidsdiensten bij de uitoefening van hun taken. Omdat het functioneren van deze organisaties van wezenlijk belang is voor onze nationale veiligheid kunnen technologieën die van essentieel belang zijn voor het functioneren onder het toepassingsbereik van de wet gebracht worden. Technologieën kunnen ook onder het toepassingsbereik van het wetsvoorstel gebracht worden indien de beschikbaarheid en aanwezigheid van deze technologieën binnen Nederland of haar bondgenoten, in EU-, of NAVO-verband en landen waarmee Nederland intensieve relaties heeft zoals op basis van vriendschapsverdragen, essentieel is om onaanvaardbare risico's voor de verkrijgbaarheid van bepaalde essentiële producten of voorzieningen te voorkomen. De nationale veiligheid van Nederland is immers nauw verbonden met die van haar bondgenoten en de stabiliteit van de internationale rechtsorde. Het voorkomen van risico's voor de nationale veiligheid strekt zich daarmee dus ook uit tot technologieën die worden aangeboden aan bondgenoten van Nederland, die op grond van wederkerigheidsprincipes bijdragen aan het nationale veiligheidsbelang. Ten slotte kunnen technologieën onder het toepassingsbereik van het wetsvoorstel gebracht worden als deze worden gekenmerkt door een breed toepassingsbereik binnen verschillende vitale processen of processen die raken aan de nationale veiligheid. Dit ziet op zogenaamde «sleuteltechnologieën», die op zeer verschillende gebieden inzetbaar zijn en waar vaak geen goed substituum voor is, zoals kwantumtechnologie.

Ten tweede wordt de waarborg geboden dat er een zorgvuldige procedure ingericht wordt voor het toevoegen van sensitieve technologieën bij algemene maatregel van bestuur, waarbij ook inhoudelijke expertise wordt ingewonnen en advies uit het veld betrokken wordt. Het doel van deze procedure is om vooraf te identificeren welke technologieën bij een verwervingsactiviteit raken aan de nationale veiligheid en bij algemene

maatregel van bestuur onder het toepassingsbereik van het wetsvoorstel gebracht dienen te worden.

Doordat een algemene maatregel van bestuur de flexibiliteit biedt om bij technologische ontwikkelingen de reikwijdte van de investeringstoets aan te passen, is het tegelijkertijd mogelijk om de reikwijdte van het wetsvoorstel zo precies en beperkt mogelijk te houden. Deze flexibiliteit biedt immers de mogelijkheid om de balans tussen veiligheid en rechtszekerheid proportioneel en op basis van zorgvuldige afwegingen mee te laten bewegen met de technologische ontwikkelingen. In het geval van een wetenschappelijke of technologische doorbraak kan de reikwijdte van de wet snel aangepast worden. De prikkel om vanuit het oogpunt van nationale veiligheid de reikwijdte van het wetsvoorstel op te rekken om ook alvast toekomstige ontwikkelingen af te dekken wordt hiermee weggenomen. Hoe preciezer de reikwijdte van het wetsvoorstel wordt vastgesteld, hoe voorspelbaarder de toepassing van het wetsvoorstel wordt. Dit is goed voor de rechtszekerheid en het investerings- en vestigingsklimaat.

Om deze technologieën verder in kaart te brengen, investeert het kabinet in kennisopbouw aangaande sensitieve technologie. Zorgvuldigheid en deskundige adviezen staan voorop bij dit bepalen van het toepassingsbereik van de investeringstoets voor ondernemingen die sensitieve technologie ontwikkelen en exploiteren. In aanvulling op de bestaande kennis en expertise rondom nationale veiligheidskwesties en technologie die reeds bij verschillende onderdelen van de overheid aanwezig zijn, kan de regering bijvoorbeeld op aanvraag advies inwinnen bij het Analisten-netwerk Nationale Veiligheid over (opkomende) technologische toepassingen die raken aan de nationale veiligheid. Het Analistennetwerk is een kennisnetwerk dat sinds 2011 analyses maakt van risico's en bedreigingen voor de Nationale Veiligheid. Het netwerk kent een vaste kern van zes organisaties, te weten het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu, TNO, het Nederlands Instituut voor Internationale Betrekkingen Clingendael, het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum, de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst en ISS/Erasmus Universiteit Rotterdam. Daarnaast kan naar gelang het voorliggende vraagstuk specifieke, aanvullende expertise worden geleverd door andere organisaties in het netwerk.

Voor het advies over welke technologieën raken aan nationale veiligheid heeft het Analistennetwerk Nationale veiligheid (ANV) een methodiek ontwikkeld die ook gebruikt zal worden bij het aanwijzen van sensitieve technologieën die onder de reikwijdte van het wetsvoorstel moeten worden gebracht. Hierbij wordt onder andere rekening gehouden met het aggregatieniveau van de technologie, de maturiteit, het tijdframe waarbinnen de technologie bepaalde toepassingen kan dienen, de mate waarin de technologie disruptief is en de uniciteit van het product. Daarnaast wordt ook de gebruikerscontext meegenomen in de beoordeling. Dit is van belang om vast te stellen welke toepassingsgebieden de technologie heeft en of deze bijvoorbeeld van essentieel belang zijn voor het functioneren van defensie, opsporings-, inlichtingen- en veiligheidsdiensten bij de uitvoering van hun taken. Wanneer er aanwijzingen zijn dat de combinatie van technologie en toepassing raken aan één of meerdere van de drie in het wetsvoorstel genoemde criteria, kan de technologie worden aangemerkt als sensitieve technologie en zo aan de reikwijdte van het wetsvoorstel worden toegevoegd.

Gezien de behoefte aan zorgvuldigheid en deskundigheid wordt in de afweging of een technologie als sensitieve technologie onder het wetsvoorstel gebracht wordt ook aanvullende expertise gevraagd. Die expertise kan worden gegenereerd door een tripartite samenwerking gebaseerd op de gouden driehoek van bedrijfsleven, kennisinstellingen en overheid. Er wordt daarvoor een structureel ingebed expertoverleg opgezet waarin het relevante hoogtechnologische bedrijfsleven vertegen-

woordigd is, samen met kennisinstellingen en experts vanuit de overheid. Vanuit dit expertoverleg kan op vertrouwelijke wijze input worden vergaard ten aanzien van technologieën en hun toepassingsmogelijkheden, de positie van het Nederlandse bedrijfsleven in mondiale waardenketens en marktdynamiek, en risico's rondom *reversed engineering* of het weglekken van kennis. Dit overleg wordt sowieso geraadpleegd voorafgaand aan enig voorstel voor de totstandkoming of wijziging van de algemene maatregel van bestuur die de reikwijdte van de investeringstoetsing voor sensitieve technologie nader uitwerkt. De vraag welke categorieën sensitieve technologieën binnen de reikwijdte van het wetsvoorstel vallen, zal worden gezien in samenhang met de in voorbereiding zijnde sectorspecifieke investeringstoets voor de defensie-industrie. Deze wet ziet op essentiële bedrijven in de toeleveringsketen van het vitale proces «Inzet Defensie». Dit voorstel is aangekondigd in een Kamerbrief van 19 december 2019<sup>19</sup>. De voortgang over dit traject staat beschreven in een Kamerbrief van 26 juni 2020<sup>20</sup>.

### 3.4 Zeggenschap en invloed

Om de reikwijdte van het wetsvoorstel verder af te bakenen is het belangrijk om vast te stellen bij welke verwervingsactiviteiten er een meldplicht wordt ingesteld. De meldplicht geldt voor verwervingsactiviteiten waar doelondernemingen bij betrokken zijn, of (in het geval van bijvoorbeeld een joint venture) doelondernemingen die daar het resultaat van zijn. Voor het vaststellen van de toetsingsdrempel waarbij verwervingsactiviteiten gemeld moeten worden bij de Minister, geldt dat het beschermen van de nationale veiligheid de enige grond hiervoor is – net als bij alle andere elementen die de reikwijdte van het wetsvoorstel bepalen.

Om de proportionaliteit van het wetsvoorstel te bewaken moet het niveau van de toetsingsdrempel echter zodanig vastgesteld worden dat alleen verwervingsactiviteiten onder het wetsvoorstel gebracht worden waarbij het reëel is dat er een risico voor de nationale veiligheid kan ontstaan. Op deze manier wordt de balans bewaakt tussen het beschermen van de nationale veiligheid enerzijds en het niet onnodig berokkenen van schade aan het investerings- en vestigingsklimaat anderzijds. Bijvoorbeeld, als de toetsingsdrempel voor alle verwervingsactiviteiten op 1% van de aandelen vastgesteld zou worden, dan zou dit onnodig veel schade aan het investerings- en vestigingsklimaat opleveren. Het is niet reëel dat bij een verwervingsactiviteit van 1% van de aandelen van een doelonderneming er een risico voor de nationale veiligheid ontstaat, omdat de invloed dat een dergelijk aandelenbelang met zich meebrengt erg beperkt is.

Daarnaast vallen twee verschillende categorieën doelondernemingen onder de reikwijdte van het wetsvoorstel en moet, om de proportionaliteit van het wetsvoorstel te bewaken, zo veel mogelijk maatwerk per categorie ondernemingen geleverd worden. De drempel waarbij risico's voor de nationale veiligheid bij een verwervingsactiviteit kan ontstaan, kan immers per categorie ondernemingen verschillen.

Kortom, de uitgangspunten voor het vaststellen van de toetsingsdrempels van verwervingsactiviteiten zijn dat:

- alleen de bescherming van de nationale veiligheid aanleiding geeft om een soort verwervingsactiviteit onder het wetsvoorstel te brengen en een toetsingsdrempel vast te stellen;
- de toetsingsdrempel van een verwervingsactiviteit in verhouding staat tot een reëel risico voor de nationale veiligheid;

<sup>19</sup> Kamerstukken II 2019/20, 31 125, nr. 108.

<sup>20</sup> Kamerstuk 31 125 nr. 113.

- er in de vaststelling van een toetsingsdrempel maatwerk geleverd kan worden per categorie doelondernemingen.

De bekendste verwervingsactiviteiten betreffen directe investeringen. Dit zijn financiële transacties die gericht zijn op het vestigen of handhaven van duurzame directe betrekkingen tussen de verwerver (de directe investeerder) en doelonderneming waaraan het kapitaal ter beschikking wordt gesteld. In veel gevallen krijgt de investeerder in ruil voor de investering invloed terug op de besluitvorming of het beheer van de onderneming. Bijvoorbeeld door een percentage van de stemrechten te verwerven of het recht om een bestuurder of commissaris voor te dragen. Ook kan er sprake zijn van de overname van vermogensbestanddelen van de doelonderneming (zie in dit verband ook de definitie van buitenlandse directe investering zoals gedefinieerd in artikel 2 van de FDI-screeningsverordening en overweging 9 van diezelfde verordening). Niet zozeer de financiële transactie zelf, maar de invloed die de investeerder krijgt op de doelonderneming als gevolg van deze transactie kan risico's voor de nationale veiligheid met zich meebrengen. Ook op andere manieren kan vergelijkbare invloed op een doelonderneming verkregen worden die problematisch is vanuit het oogpunt van de nationale veiligheid. Denk bijvoorbeeld aan een splitsing waarbij de aandelenverhoudingen dusdanig veranderen dat een partij ineens veel meer invloed kan krijgen op het vitale onderdeel van een doelonderneming dan voor de splitsing. Of denk aan een fusie waarbij een verwerver invloed krijgt op vermogensbestanddelen die sensitieve technologie bevatten. Of denk aan een doelonderneming die een lening aangaat met een risicodragend karakter en in ruil daarvoor de leningstrekker het recht geeft om een bestuurder voor de doelonderneming aan te dragen. Ook in deze gevallen – waarbij er geen sprake is van een financiële transactie waarmee aandelen in de doelonderneming verworven worden – verkrijgt of vergroot een partij zijn invloed op een doelonderneming. Deze invloed, mits groot genoeg (zie hieronder), kan vervolgens dusdanig aangewend worden dat er een risico voor de nationale veiligheid ontstaat. Het maakt immers in de praktijk niet uit of een aandelenpercentage of een andere vorm van invloed is verkregen door ervoor te betalen, of door een andere soort verandering van eigendoms- en invloedsverhoudingen in het bedrijf. Met andere woorden, het gaat niet om de financiële transacties zelf (zoals bij directe investeringen), maar om het resultaat dat een wijziging van eigendom of invloed tot gevolg heeft, ongeacht de rechtsvorm van de doelonderneming. Het is daarom belangrijk om de reikwijdte van het wetsvoorstel zodanig vast te stellen dat ook niet-financiële verwervingsactiviteiten hieronder vallen. Om vast te stellen hoe groot de invloed die verworven wordt moet zijn om problematisch te zijn voor de nationale veiligheid, moet er een toetsingsdrempel vastgesteld worden. Zoals gezegd moet deze in verhouding staan tot een reëel risico voor de nationale veiligheid in het geval van een verwervingsactiviteit. De toetsingsdrempel voor de meldplicht is daarom vastgesteld op wijzigingen van «zeggenschap» zoals dat in het mededingingsrecht gehanteerd wordt<sup>21</sup>. Hiermee worden alle soorten activiteiten waarbij een verandering van eigendom en invloedverhoudingen kan leiden tot risico's voor de nationale veiligheid omvat. Dit geldt voor zowel de categorie vitale aanbieders als de categorie bedrijven die beschikken over sensitieve technologie.

Er is sprake van zeggenschap zoals in het mededingingsrecht wordt gehanteerd, als de verwerver de mogelijkheid heeft om op grond van feitelijke of juridische omstandigheden een beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van een doelonderneming. Hiervoor is gekozen omdat de beslissende invloed op de doelonderneming dusdanig aangewend kan worden dat er een risico voor de nationale veiligheid

<sup>21</sup> Artikel 26 van de Mededingingswet, en relevante jurisprudentie.

ontstaat. Met beslissende invloed kan bijvoorbeeld de bedrijfsvoering van een vitale aanbieder verstoord worden, waardoor de continuïteit van het vitale proces in gevaar kan komen. Zeggenschap kan ook aangewend worden om kennis over bepaalde sensitieve technologieën te bemachtigen. Het maakt daarbij voor het uitoefenen van zeggenschap ook niet uit of de verwerver een private of publieke partij is.

Voorts biedt aansluiting bij het begrip zeggenschap het voordeel dat het niet alleen van toepassing is op de verwerver die door middel van een verwervingsactiviteit zelf rechthebbende is geworden op aandelen (en het daaraan verbonden stemrecht). Het omvat namelijk ook overeenkomsten waaraan stemrecht of andere vormen van beslissende invloed ontleend worden.

Het begrip zeggenschap is dus een materieel criterium, omdat niet alleen gekeken wordt naar de formele rechten die voortvloeien uit bijvoorbeeld een aandelenbelang van een bepaalde omvang, maar ook naar vormen van invloed die uit feitelijke omstandigheden voortvloeien. Een aardig voorbeeld is de situatie dat door aandeelhoudersabsenteïsme een groot deel van de stemgerechtigde aandeelhouders (bijvoorbeeld 40% van het geplaatste kapitaal) niet aanwezig is op de aandeelhoudersvergadering van de onderneming. In zo'n geval kan een verwerver die slechts een aandelenbelang bezit van bijvoorbeeld 35% van het geplaatste kapitaal, met zijn aandelenbelang de besluitvorming in de aandeelhoudersvergadering naar zijn hand zetten.<sup>22</sup> Ook is zeggenschap materieel in die zin dat de vorm waarin de zeggenschap tot uitdrukking komt niet beperkt is: een samenstel van overeenkomsten, feitelijke invloed en afhankelijkheid kan al tot zeggenschap leiden.<sup>23</sup> Een meerderheidsaandelenbelang, een minderheidsaandelenbelang, bijzondere aandelen of bepaalde preferente aandelen, hybride of in aandelen converteerbare leningen en «venture debt» of zelfs leningsovereenkomsten of langjarige afnemersovereenkomsten kunnen leiden tot zeggenschap.

Het mededingingsrechtelijke begrip «zeggenschap» is ruimer dan de «doorslaggevende zeggenschap.» Doorslaggevende zeggenschap is aan de orde wanneer de verwerver unilateraal in staat is de strategische commerciële beslissingen van de doelonderneming te bepalen. Deze doorslaggevende zeggenschap wordt doorgaans verkregen door de verwerving van een meerderheid van de stemrechten in een vennootschap. Er wordt mededingingsrechtelijk bovendien aangenomen dat er nog steeds sprake is van zeggenschap zelfs als beperkingen in het nationale vennootschapsrecht of in de statuten zijn opgenomen die met zich meebrengen dat de invloed die de verwerver kan aanwenden wordt beperkt (bijvoorbeeld de eis dat alleen onafhankelijke bestuurders of commissarissen benoemd mogen worden) Ook dan wordt weldegelijk zeggenschap aangenomen.<sup>24</sup>

De redenen om aan te sluiten bij dit begrip van zeggenschap is allereerst dat dit het bedrijfsleven zo veel mogelijk duidelijkheid biedt omdat het hier een gangbaar begrip betreft. Ten tweede, het voordeel van deze benadering is dat elke juridische of feitelijke constructie die wordt opgezet en die beslissende invloed oplevert, de toepassing van dit wetsvoorstel activeert. Uit het wetsvoorstel volgt verder dat bijvoorbeeld investeringen, fusies, het materieel aangaan van een gemeenschappelijke onderneming (joint-venture) en het verwerven van vermogensbestanddelen onder de reikwijdte vallen. Ook bepaalde niet-financiële transacties vallen onder het

<sup>22</sup> Dit wordt in het mededingingsrecht ook onderkend door in zulke gevallen aan te nemen dat er sprake is van zelfs feitelijke doorslaggevende zeggenschap, zie randnummer 59 van de Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, PbEU van 16 april 2008, nr. C 95.

<sup>23</sup> Idem, randnummers 18–21.

<sup>24</sup> Ibidem, randnummer 22.

wetsvoorstel. Denk hierbij aan (rechts)handelingen zoals het sluiten van een overeenkomst (zoals een stemovereenkomst tussen aandeelhouders) of het aanvaarden van een erfenis waarin bijvoorbeeld een omvangrijke aandelenportefeuille zit.

De toetsingsdrempel van het verkrijgen van zeggenschap geldt voor alle doelondernemingen. Voor de categorie vitale aanbieders geldt namelijk dat met het verkrijgen van zeggenschap beslissende invloed uitgeoefend kan worden op de bedrijfsactiviteiten. En aangezien met deze bedrijfsactiviteiten een proces uitgevoerd wordt dat van vitaal belang is voor de Nederlandse samenleving, bestaat het risico dat met de verkregen beslissende invloed niet alleen de bedrijfsprocessen van doelonderneming ontregeld of stopgezet kunnen worden, maar dat hiermee ook de continuïteit en weerbaarheid van het vitale proces aangetast kan worden. Deze toetsingsdrempel is proportioneel omdat niet een aandelenpercentage relevant is, maar het verkrijgen van beslissende invloed. Dit is passend voor vitale aanbieders omdat, gelet op de overige wettelijke inkadering van het vitale proces, bij een lager percentage dan het ontstaan van beslissende invloed, de activiteiten van de vitale aanbieder (en in het verlengde daarvan het vitale proces) niet in gevaar gebracht kunnen worden. Beneden de drempel van zeggenschap, is de invloed van een verwerver op de operationele uitvoering van een vitaal proces marginaal.

Voor de categorie bedrijven die actief zijn op het gebied van sensitieve technologie geldt in principe dat het verkrijgen van zeggenschap over de sensitieve technologie ook een risico kan vormen voor de nationale veiligheid. Met zeggenschap over de onderneming kan immers ook controle over de bedrijfsstrategie en daarmee de ontwikkelingsrichting en toepassing van een sensitieve technologie bepaald worden. Dit kan zo ver gaan dat een verwerver bijvoorbeeld als onderdeel van een nieuwe bedrijfsstrategie de oprichting van een dochteronderneming in een derde land bevordert waar personeel aan wordt uitgeleend door de moedermaatschappij. Ook kan de verwerver bij doorslaggevende zeggenschap beslissen om octrooilicenties op, of bedrijfsgeheimen over sensitieve technologie te verstrekken of beschikbaar te stellen aan ondernemingen in zijn land van herkomst of voor ondernemingen in een ander land waar bepaalde veiligheidsrisico's aan verbonden zijn.

In het geval dat uitvoer van de sensitieve technologie naar dit betreffende land onderworpen is aan exportcontrole, omdat hierdoor een risico voor de nationale veiligheid kan ontstaan wegens proliferatierisico's, is het om dezelfde reden onwenselijk om kennis in de hoofden van medewerkers, octrooien of bedrijfsgeheimen omtrent sensitieve technologie (al dan niet via een omweg) wel naar het betreffende land weg te laten «leken».

Naast het mededingingsrechtelijk criterium van zeggenschap, voorziet het wetsvoorstel ook in de mogelijkheid om voor daartoe aangewezen doelondernemingen die actief zijn op het gebied van specifieke sensitieve technologieën tot toetsing over te gaan wanneer een bepaalde mate van invloed op deze onderneming door een verwervingsactiviteit wordt gerealiseerd, zonder dat reeds sprake is van zeggenschap.

Deze mogelijkheid is in dit wetsvoorstel opgenomen, omdat bij ondernemingen die sensitieve technologie ontwikkelen en exploiteren er een grote behoefte is aan risicodragend kapitaal. Onderzoek naar, en ontwikkeling van deze technologieën vereist immers vaak kapitaalintensieve investeringen. Vooral bij innovatieve start-ups, scale-ups en midcap-ondernemingen brengt deze kapitaalbehoefte met zich mee dat bij verschillende financieringsrondes risicodragend vermogen wordt opgehaald bij financiers. Bij dergelijke financiering is er vaak geen sprake van de verwerving van zeggenschap, omdat de tranches die iedere investeerder verstrekt beperkt van aard zijn vanwege de risicospreiding die deze investeerders toepassen. Ook vindt dit soort financiering vaak

plaats in de context van een (deel)consortium waarbij verschillende investeerders samen financiering verstrekken aan de doelonderneming. Aan die financiering wordt door het consortium en/of door een bepaalde investeerder vaak specifieke eisen verbonden aan de verstrekte financiering in combinatie met een bepaalde mate van stemmen die met een genomen aandelenbelang kan worden gerealiseerd. Deze specifieke eisen zien bijvoorbeeld op aanpassingen van de bedrijfsstrategie, herijking van het verrichte onderzoek, het aanboren van exportmarkten, enzovoort. Dit alles gebeurt vaak met het oog op het verhogen van de waarde van de doelonderneming om een exit met winst op termijn mogelijk te maken. Ook doen zich voorbeelden voor waarbij dergelijke investeerders die durfkapitaal verstrekken ook een strategisch oogmerk hebben om de technologie van één doelonderneming te combineren met die van een andere onderneming waar ze ook in geïnvesteerd hebben. Ten slotte vinden dergelijke investeringen soms ook plaats om de technologie door te laten ontwikkelen en vervolgens tot volledige overname van de doelonderneming over te gaan om een potentiële concurrerende technologie uit te schakelen of juist een machtspositie op te bouwen. Bij algemene maatregel van bestuur kan daarom in specifieke gevallen voor een categorie ondernemingen die actief is op het gebied van sensitieve technologie een ex ante toetsing plaatsvinden bij het bereiken van een lagere toetsingsdrempel dan zeggenschap. De toetsingsdrempel wordt in die algemene maatregel van bestuur bepaald op een percentage van de stemmen in de algemene vergadering van een doelonderneming. Het bij algemene maatregel aangewezen percentage wordt significante invloed genoemd. Dit geldt ook voor twee andere vormen van invloed die ook als significante invloed worden aangemerkt, namelijk: (1) de verplichting die bijvoorbeeld in een overeenkomst is vastgelegd, waarbij de doelonderneming zich jegens de verwerver heeft verbonden om te bevorderen dat de daartoe bevoegde organen van de doelonderneming één of meer bestuurders die zijn voorgedragen door de verwerver benoemt of ontslaat; (2) een afspraak tussen bepaalde aandeelhouders waarmee een aandeelhouder zijn significante invloed bereikt of vergroot. Door bij algemene maatregel van bestuur specifieke categorieën bij een lager percentage van de stemmen of invloed op benoeming of ontslag van een of meer bestuurders binnen het toetsingsbereik te brengen, wordt vooral het risico op de aantasting van de integriteit en exclusiviteit van kennis en informatie beheersbaar gemaakt en kan het ontstaan van ongewenste strategische afhankelijkheden vroegtijdig worden gemitigeerd. Bij significante invloed gaat het immers om de invloed die met de verkrijging of vergroting van deze significante invloed op de strategie, bepaalde investeringen en doorontwikkeling van de doelonderneming kan worden verkregen. Daarmee kan uiteindelijk door de actieve medewerking van het bestuur van de doelondernemingen, die afhankelijk is van de verwerver of verwervers (het voornoemde consortium), alsnog gebruik, deling of overdracht van sensitieve technologie waarover de onderneming beschikt gerealiseerd worden. Ook kan de inzet van deze technologie voor bepaalde nieuwe of naar het buitenland verlegde bedrijfsactiviteiten plaatsvinden.

De aan te wijzen specifieke categorieën ondernemingen waarvoor de aanwezigheid of vergroting van significante invloed een meldingsplicht inhouden, vormen een deelverzameling uit de ondernemingen met sensitieve technologie waarvoor een meldplicht hoe dan ook al geldt ingeval van zeggenschap. Het aantal ondernemingen dat onder het toepassingsbereik van het wetsvoorstel valt, wordt derhalve hierdoor niet vergroot.

Om te voorkomen dat een onderneming eerder verplicht is tot melding over te gaan dan strikt gezien noodzakelijk wordt geacht, hanteert het wetsvoorstel onderscheidenlijke drempelwaardes voor de verkrijging of vergroting van significante invloed. Deze drempelwaardes zijn tien,

twintig of vijftientwintig procent van het aantal stemmen dat in de algemene vergadering van een doelonderneming uitgebracht kan worden. Daarnaast kan nader in het wetsvoorstel omschreven invloed op benoeming of ontslag van een of meer bestuurders significante invloed tot gevolg hebben.

Deze toetsingsdrempels zijn omwille van rechtszekerheid en kenbaarheid in het wetsvoorstel zelf opgenomen. De op wetsniveau vastgelegde drempels zijn mede geïnspireerd door de meldingsdrempels zoals opgenomen in artikel 5:38, vierde lid, van de Wft, de daaraan verbonden rechten zoals vastgelegd in het Nederlandse vennootschapsrecht (bijvoorbeeld de mogelijkheid om een machtiging te vragen om een algemene vergadering bijeen te laten roepen), rechten die in jurisdicties van andere landen aan dergelijke stemverhoudingen zijn verbonden en de ervaringen met het investeringsbeleid van investeerders die investeren in innovatieve start-ups, scale-ups en midcap-ondernemingen.

Welke van deze drempels van toepassing is op een categorie van doelondernemingen die actief zijn op het gebied van sensitieve technologie wordt bij algemene maatregel van bestuur bepaald aan de hand van de aard van de activiteiten van deze ondernemingen, eventueel in samenhang met het type inrichting. Op die manier wordt zo goed mogelijk rekening gehouden met de karakteristieken van onderscheidenlijke type ondernemingen die actief zijn op het gebied van sensitieve technologie en wordt vermeden dat er een overbodige meldingsplicht ontstaat. Voor iedere toetsingsdrempel met betrekking tot significante invloed geldt dat de bovengrens wordt bepaald door de aanwezigheid van zeggenschap.

#### **4. Inhoud van het wetsvoorstel**

##### **4.1 Meldplicht**

Ieder voornemen om een verwervingsactiviteit uit te voeren die leidt tot zeggenschap of significante invloed in een onderneming die onder de reikwijdte van het wetsvoorstel valt, wordt door een van de meldingsplichtigen (verwerver of doelonderneming) gemeld aan de Minister van Economische Zaken en Klimaat. De meldplicht geldt zowel voor de doelonderneming als voor de verwerver, omdat zij beiden betrokken partijen zijn bij de voorgenomen activiteit en beiden over relevante informatie beschikken voor de toetsing van de te melden activiteit. In het algemeen wordt ervan uitgegaan dat de doelonderneming en de verwerver de melding van de activiteit gezamenlijk of in onderling overleg doen. De verwerver wordt uitgezonderd van de meldingsplicht als hij niet kan weten dat er voor de voorgenomen activiteit een meldplicht geldt vanwege een geheimhoudingsplicht van de doelonderneming. Door de meldplicht krijgen de betrokken Ministers zicht op wijzigingen van zeggenschap en invloed in ondernemingen die binnen de reikwijdte van de wet vallen. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur wordt bepaald welke informatie een melding bevat, op welke wijze de melding wordt gedaan en kunnen voorschriften worden gesteld met betrekking tot de melding. In paragraaf 4.7 hieronder wordt ingegaan op de gevolgen van niet-nakoming van de meldingsverplichting.

Bij naleving van de meldplicht zal door de meldingsplichtigen het risico op marktmisbruik voorkomen moeten worden. In het geval dat een voorgenomen activiteit betrekking heeft op een beursgenoteerde doelonderneming, is Verordening (EU) nr. 596/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende marktmisbruik en houdende intrekking van Richtlijn 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijnen 2003/124, 2003/125/EG en 2004/72/EG van de Commissie (PbEU 2014, L 173) (hierna: Verordening marktmisbruik) van toepassing. Dat brengt met zich mee dat de meldingsplichtigen bij de

nakoming van hun meldplicht op zodanige wijze moeten communiceren en informatie bekend moeten maken, dat het risico op voorwetenschap zo veel mogelijk wordt beperkt en ongewenste markteffecten worden voorkomen.

#### **4.2 Beoordelingscriteria**

De betrokken Ministers zullen bij de toetsing van de geplande activiteit beoordelingscriteria toepassen die erop gericht zijn om te beoordelen of de activiteit leidt tot verwezenlijking van een of meer risico's voor de nationale veiligheid. De beoordelingscriteria kunnen elk afzonderlijk, of in samenhang met elkaar bezien, dienen als grond voor het nemen van een beslissing.

Ongeacht de vraag of de onderneming actief is in een vitaal proces of op het gebied van sensitieve technologie, is het van belang om inzicht te krijgen in een aantal basisaspecten bij de verwerver. Het gaat dan met name om de eigendomsstructuur, transparantie, beperkingen krachters (internationaal) recht, en de veiligheidssituatie in het land van vestiging van de verwerver. De meldingsplichtige zal hierover in de eerste plaats zelf informatie moeten verschaffen.

Inzicht in, en transparantie over de eigendomsstructuur en -verhoudingen van de verwerver, zijn van groot belang om relevante (statelijke of niet-statelijke) actoren die mogelijk ongewenste invloed kunnen uitoefenen op de verwerver, boven tafel te krijgen. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan grote aandelenbelangen, gelieerde aandelenbelangen van verschillende bevriende partijen, bijzondere zeggenschapsrechten al dan niet vastgelegd in een aandeelhoudersovereenkomst, de samenstelling van bestuur en raad van commissarissen en de daarmee samenhangende benoemingsrechten. Het niet verstrekken van relevante informatie of het ontbreken van een transparante eigendomsstructuur kan duiden op oneigenlijke motieven zoals het actief verhullen van de uiteindelijke eigenaar van de verwerver. Ook is een gebrek aan transparantie een kwetsbaarheid die het mogelijk maakt dat een vorm van zeggenschap over de verwerver bestaat zonder dat de verwerver zelf zich hiervan bewust is, bijvoorbeeld door het gebruik van een groot aantal tussenliggende houdstermaatschappijen in verschillende jurisdicties en coördinatie tussen deze maatschappijen via onderliggende samenwerkingsafspraken of feitelijke controle.

Daarnaast is het van belang te weten of er krachtens (internationaal) recht beperkingen, zoals sancties, zijn uitgevaardigd tegen de verwerver. Deze indicator voor onoorbaar handelen in het verleden moet meegewogen worden in het kader van het risico dat zich een herhaling van feiten voordoet, of dat het verleden een te grote last is om geloofwaardig te zijn als houder van zeggenschap over of invloed op de doelonderneming.

Bij de risicoafweging is tevens een factor dat de veiligheidssituatie onzeker of slecht is in het land waarvan een verwerver ingezetene is, in het land waarin het hoofdbestuur van een verwerver gevestigd is of in de landen van de omliggende regio. Er is sprake van een onzekere of slechte veiligheidssituatie als de stabiliteit van het land waarvan de verwerver ingezetene is of waarin het hoofdbestuur van een verwerver gevestigd is onder druk staat of ernstig wordt aangetast, indien er sprake is van door de internationaal erkende regering van dat land als ongewenst aangemerkte buitenlandse inmenging door één of meerdere andere mogendheden. Ook de ondermijning van de internationaal erkende regering of dreiging met inmenging of ondermijning door een of meerdere andere mogendheden veroorzaakt een dergelijke onzekere veiligheidssituatie. Deze dreiging kan uitgaan van dreigementen tot militair ingrijpen door een andere mogendheid. Naast deze statelijke dreigingen kan er ook sprake zijn van een onzekere of slechte veiligheidssituatie door cyberdreigingen die het functioneren van de overheid of maatschappij van dat land

lam kunnen leggen. Terroristische dreigingen of dreigingen door gewapende niet-statelijke actoren kunnen ook de veiligheidssituatie in dat land ernstig aantasten of bedreigen en de internationaal erkende regering van dat land zwaar onder druk zetten of haar autoriteit zodanig ondermijnen dat zij niet langer in staat is het eigen territorium of de eigen bevolking of ondernemingen geheel te besturen. Dit is in ultimo het geval als er sprake is van een intern gewapend conflict. Ook kan hiervan sprake zijn als de internationaal erkende regering de staat van beleg of de noodtoestand uitroept wegens een poging tot omverwerping. Door opname van deze factor in het wetsvoorstel kan rekening worden gehouden met het risico dat door juridische of feitelijke (dwang)maatregelen van een overheid een verwerver of diens aandeelhouders of bestuurders de facto hun beslisautonomie kunnen verliezen. In dat verband wordt namelijk aangenomen dat een verwerver die in de doelonderneming investeert, onder de invloed kan staan van de staat waarvan hij ingezetene is. Een vergelijkbare aanname geldt voor het hoofdbestuur van de verwerver. Als de veiligheidssituatie in dat land onzeker of slechts is, kan de overheid van dat land plotseling de verwerver onder druk zetten of de feitelijke controle overnemen over de zeggenschap over of de invloed op de doelonderneming. Dat risico is ook aanwezig als de autoriteiten van dat land weliswaar niet zelfstandig, maar door buitenlandse inmenging zich daartoe genoodzaakt voelen of een buitenlandse mogendheid of niet-statelijke macht feitelijk in staat is zijn wil op te leggen aan de verwerver ondanks dat hij ingezetene is van het land. Dit risico is ook aanwezig als het desbetreffende land – door externe druk van één of meer omringende landen of door de instabiele of onveilige nabije omgeving – zich genoodzaakt voelt om bijvoorbeeld de controle te verwerven over een relevante onderneming met gevoelige technologie. Ook biedt deze factor de mogelijkheid om rekening te houden met de gevolgen voor de nationale veiligheid als bijvoorbeeld een verwerver uit een land waarvan de omliggende regio instabiel is, een doelonderneming verwerft met gespecialiseerde kennis over rakettechnologie. De verwerving zelf kan namelijk tot een reactie van omringende landen leiden, door bijvoorbeeld een wapenwedloop zelfs als via exportcontrole de technologie niet of met strenge restricties kan worden uitgevoerd. De factor is evenwel een element in de beoordeling dat veelal buiten de beheersmacht van de verwerver ligt en dus ook niet verwijtbaar is, maar wel meegenomen moet worden in de beoordeling op de risico's voor de nationale veiligheid. Deze factor zal op zichzelf niet voldoende grondslag zijn om een voorgenomen activiteit te verbieden, maar zal bijvoorbeeld wel een belangrijke rol kunnen spelen bij de weging samen met andere factoren, of bij de keuze van de voorschriften die overeenkomstig de artikelen 23 of 24 van het wetsvoorstel in een bepaald toetsingsbesluit worden opgenomen.

Voorts is een beoordelingsfactor of de verwerver een bij ministeriële regeling vastgesteld strafbaar feit heeft begaan. Deze bij ministeriële regeling vast te stellen strafbare feiten moeten van invloed kunnen zijn op de beoordeling of er sprake is van een risico voor de nationale veiligheid. Bij de meeste strafbare feiten zal dit niet aan de orde zijn. In het geval een verwerver een natuurlijke persoon is die bijvoorbeeld ooit een voertuig heeft gestolen, zal dit geen strafbaar feit zijn dat voor de beoordeling op een risico voor de nationale veiligheid relevant is en dit feit zal dus niet in een regeling opgenomen worden. Maar diefstal kan wel relevant zijn als het bijvoorbeeld gaat om een verwerver die eerder is veroordeeld voor het ontvreemden van bedrijfsgeheimen. Een dergelijk antecedent vergroot het risico dat de verwerver bedrijfsgeheimen van een doelonderneming die actief is op het gebied van sensitieve technologie bijvoorbeeld doorverkoopt aan een andere staat. Ook kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een verwerver die is veroordeeld voor het schenden van geheimen of meeneem. Dit zijn redenen om bij een verwerving van sensitieve techno-

logie risico's voor de nationale veiligheid te vermoeden. Er zal telkens aan de hand van de aard van een strafbaar feit bepaald worden of en in hoeverre die bij een verwervingstransactie potentieel een risico voor de nationale veiligheid kan opleveren. Bij bepaalde strafbare feiten is dit duidelijker dan bij andere, zoals misdrijven tegen de veiligheid van de staat (titel I van het tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht) en terroristische misdrijven (art. 83 en 83a Sr). Bij terroristische misdrijven met een terroristisch oogmerk gaat het om bepaalde misdrijven met «het oogmerk om de bevolking of een deel der bevolking van een land ernstige vrees aan te jagen, dan wel een overheid of internationale organisatie wederrechtelijk te dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden, dan wel de fundamentele politieke, constitutionele, economische of sociale structuren van een land of een internationale organisatie ernstig te ontwrichten of te vernietigen». Dit is relevant voor de beoordeling of zich risico's voor de nationale veiligheid voordoen en omvat ook misdrijven ter voorbereiding of vergemakkelijking van een terroristisch misdrijf (artikel 83b Sr). Hiertoe wordt voorts deelname aan een terroristische organisatie gerekend (art. 140a Sr) waarbij bescherming van de rechtsorde en de veiligheid van de Staat in het geding is. Maar ook witwassen en financiering van terrorisme zijn misdrijven die bij een beoordeling betrokken kunnen worden. Relevant is voorts dat het ook kan gaan om een verwerver die onder invloed staat van een persoon of rechtspersoon die een strafbaar feit heeft begaan. Aannemelijk zal gemaakt moeten kunnen worden dat die invloed aanwezig is, waarbij kan worden gedacht aan verkregen zeggenschap van een persoon of rechtspersoon die het strafbare feit heeft begaan in de verwerver die rechtspersoon is. Andere misdrijven zijn bijvoorbeeld die waarbij de algemene veiligheid van personen of goederen in gevaar zijn gebracht, of misdrijven als meeneed en valsheid met geschriften, gegevens en biometrische kenmerken. Bij ministeriële regeling zullen de relevante misdrijven uitputtend worden opgesomd en toegelicht.

Hoewel veel veroordelingen vooral in onderlinge samenhang met andere beoordelingscriteria bezien zullen worden, kunnen ze in specifieke gevallen ook aanleiding geven voor het opleggen van eisen en voorschriften. In het geval van een veroordeling voor het schenden van geheimen kan er bijvoorbeeld reden zijn om een vertrouwenscommissie in te stellen (op grond van artikel 23, eerste lid, onderdeel c) of om op te leggen dat bepaalde technologie, broncode of kennis bij de staat of een derde partij in Nederland in bewaring wordt gegeven (op grond van artikel 24, eerste lid, onderdeel a). Op grond van artikel 19, onderdeel d, kan een veroordeling ook zelfstandig aanleiding geven voor het verbieden van een verwervingsactiviteit. In dit geval moet er een duidelijke relatie bestaan tussen een veroordeling en de verwervingsactiviteit. Denk hierbij bijvoorbeeld aan een veroordeling voor een misdrijf tegen de staat of het financieren van terrorisme en een voorgenomen activiteit in een kerncentrale. Uiteindelijk is iedere risicoafweging en de keuze voor het stellen van eisen en voorschriften of het opleggen van een verbod natuurlijk afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Voor de beoordeling of het verwerven van zeggenschap in een doelonderneming die tevens een vitale aanbieder is, leidt tot de verwezenlijking van een of meer risico's voor de nationale veiligheid, geldt een aantal specifieke criteria. Zo is het van belang te weten wat de staat van dienst van de verwerver is in het nakomen van wet- en regelgeving, zeker als die betrekking heeft op de uitvoering van een (soortgelijk) vitaal proces. Indien een slechte staat van dienst op dit vlak wordt voortgezet tijdens de zeggenschap over een doelonderneming in Nederland, kan de nationale veiligheid in gevaar komen door bijvoorbeeld verwaarlozing of andere vormen van laakbaar handelen. De financiële positie en solvabiliteit van de verwerver kan ook worden getoetst, omdat deze inzicht geeft in de capaciteit van de verwerver om de doelonderneming te voorzien van

voldoende investeringen voor de continuïteit, zoals voor onderhoud en beveiliging. Niet alleen aan de verwerver zelf worden eisen gesteld, maar ook aan de staat waarvan deze ingezetene is of waar deze banden mee heeft. Zo wordt getoetst of deze staat in internationaal verband afspraken nakomt en lid is van relevante verdragen die betrekking hebben op het desbetreffende vitale proces. Rekening wordt ook gehouden met de vraag of de staat een of meer offensieve programma's heeft, gericht op het verstoren of aantasten van de integriteit, beveiliging, veiligheid of beschikbaarheid integriteit van een vitaal proces, of gericht op het wegsluizen van kennis en informatie.

Voor ondernemingen met sensitieve technologie geldt eveneens een aantal specifieke beoordelingscriteria. Deze zijn vooral gericht op het beschermen van sensitieve kennis en technologie tegen het ongeoorloofd wegsluizen hiervan en de gevolgen daarvan voor de nationale veiligheid. In de eerste plaats wordt er gekeken naar de staat van dienst van de verwerver, hoe deze omgaat met de beveiliging, de verhandeling of het gebruik van technologie en de naleving van de toepasselijke wettelijke voorschriften inzake beveiliging, rubricering of exportcontrole. Overtredingen van dergelijke wet- en regelgeving vormen een sterke indicatie voor het bestaan van een risico voor de nationale veiligheid, maar ook de signalering in justitiële systemen op relevante overtredingen kan worden meegewogen. Normaal gesproken vinden verwervingsactiviteiten zoals investeringen, fusies en overnames plaats vanuit marktgedreven overwegingen, gericht op de economische exploitatie van de doelonderneming. Als er echter sprake is of lijkt te zijn van een niet door de markt gedreven verwervingsactiviteit, is het van belang om zicht te krijgen op de motivatie van de verwerver. Een toetsingscriterium is daarom het verkrijgen van zeggenschap over, of het ontstaan of vergroten van significante invloed op, de technologie met het doel deze voor andere dan bedrijfseconomische motieven te exploiteren. Bijvoorbeeld indien de verwerver deze inzet of ter beschikking stelt aan een statelijke of niet-statale actor die deze technologie kan inzetten tegen de veiligheidsbelangen van Nederland of haar bondgenoten. Niet alleen het risico van een statelijke dreiging maar ook van een crimineel of terroristisch motief moet op deze manier worden ingeschat en uitgesloten. Vervolgens is er ook voor de categorie sensitieve technologie een set beoordelingscriteria die is gericht op het beleid en de wetgeving van de staat waar de verwerver gevestigd is of waarmee deze nauwe banden heeft. Meegewogen wordt of deze staat zelf gebonden is aan relevante verdragen of besluiten inzake beveiliging, rubricering en aangesloten is bij exportcontroleregimes zoals bijvoorbeeld het Missile Technology Control Regime (MTCR), een beleid inzake exportcontrole van strategische goederen kent en dit beleid ook daadwerkelijk uitvoert. Ook wordt gekeken of deze staat een heldere scheiding kent tussen civiele en militaire onderzoeks- en ontwikkelprogramma's. Als laatste geldt als criterium of er gronden zijn te vermoeden dat de staat een offensief programma kent dat is gericht op het verwerven van sensitieve technologie, al dan niet om een technologische of strategische machtspositie te verwerven.

#### **4.3 Risicoanalyse en toetsingsbesluit**

Op basis van de hierboven behandelde beoordelingscriteria wordt er een risicoanalyse van de gemelde verwervingsactiviteit gemaakt. Aan de hand van die analyse wordt eerst vastgesteld of de Minister kan volstaan met de mededeling dat een toetsingsbesluit achterwege kan blijven of dat een toetsingsbesluit nodig is. Als uit een risicoanalyse naar voren komt dat er geen risico's voor de nationale veiligheid aan de verwervingsactiviteit verbonden zijn, wordt aan degene die de verwervingsactiviteit heeft gemeld, mededeling gedaan dat de verwervingsactiviteit zonder meer is toegelaten. Er is in dat geval geen toetsingsbesluit nodig. Indien uit een

risicoanalyse blijkt dat een verwervingsactiviteit kan leiden tot een risico voor de nationale veiligheid, is een toetsingsbesluit nodig. Hiervan wordt eveneens mededeling gedaan. Uitgangspunt is dat vervolgens op aanvraag een toetsingsbesluit wordt verleend.

Indien een verwervingsactiviteit echter toch zonder toetsingsbesluit plaatsvindt terwijl daarvoor een besluit vereist was gelet op voornoemde risicoanalyse, neemt de Minister van Economische Zaken en Klimaat, in overeenstemming met de Minister van Justitie en Veiligheid, en voor zover van toepassing ook in overeenstemming met de desbetreffende vakminister, het toetsingsbesluit ambtshalve. Naar inhoud zijn er twee soorten toetsingsbesluiten. Ten eerste, als er naar het oordeel van de betrokken Ministers risico's voor de nationale veiligheid verbonden zijn aan het toelaten van een verwervingsactiviteit, dan kunnen er eisen of voorschriften worden verbonden aan het uitvoeren van de verwervingsactiviteit. Met andere woorden, een verwervingsactiviteit is dan toegelaten, mits er aan de opgelegde eisen of voorschriften wordt voldaan. Ten tweede kan een verwervingsactiviteit in het uiterste geval verboden worden. Dit is een *last resort* die alleen toegepast wordt als na beoordeling door de betrokken Ministers blijkt dat een verwervingsactiviteit risico's met zich meebrengt die niet beheerst kunnen worden door het opleggen van eisen en voorschriften.

De maatstaf aan de hand waarvan de risicoanalyse en indien nodig het daarop volgende toetsingsbesluit wordt genomen is de vraag in hoeverre de voorgenomen verwervingsactiviteit een risico met zich meebrengt voor de nationale veiligheid zoals uitgewerkt in de definitie, namelijk is er een risico voor:

- a) de belangen die binnen Nederland wezenlijk zijn voor het voortbestaan van de democratische rechtsorde,
- b) voor de veiligheid of voor andere gewichtige belangen van de staat, of
- c) voor de instandhouding van de maatschappelijk stabiliteit, voor zover die zien op het raakvlak tussen economie en veiligheid, te weten:
  - i. de instandhouding van de continuïteit van vitale processen;
  - ii. het behoud van de integriteit en exclusiviteit van kennis en informatie met kritieke of strategische betekenis voor Nederland; of
  - iii. het voorkomen van ongewenste strategische afhankelijkheden van Nederland van andere landen.

De hierboven in paragraaf 4.2 van deze toelichting behandelde beoordelingsfactoren zijn een meer nadere concretisering van deze elementen van de nationale veiligheid en maken het mogelijk om bij de risicoanalyse en het toetsingsbesluit aan de hand van meer objectief verifieerbare feiten en omstandigheden een inschatting te kunnen geven van de risico's voor de nationale veiligheid. Zo zijn de factoren opgesomd in artikel 19 voor alle facetten van de nationale veiligheid relevant, omdat onduidelijkheid van de eigendomsstructuur, invloed op de verwerver door een entiteit onderworpen aan (internationale) sancties, het revelante strafrechtelijke verleden van de verwerver of de persoon die invloed op de verwerver uitoefent, of het niet meewerken of zelfs vervalsen van aangeleverde informatie, factoren zijn die bekeken moeten worden om goed te kunnen beoordelen op welke wijze specifieke facetten van de nationale veiligheid onder druk komen te staan. Daarom gelden deze beoordelingsfactoren zowel voor verwervingsactiviteiten gericht op aanbieders van vitale processen als doelondernemingen die actief zijn op het vlak van sensitiële technologie.

Voor een verwervingsactiviteit die betrekking heeft op een vitale aanbieder, zijn in artikel 20 van het wetsvoorstel juist een aantal beoordelingsfactoren ontwikkeld die nauw aansluiten bij de specifieke facetten van de definitie van de nationale veiligheid die samenhangen met vitale processen en hun aanbieders. Zo heeft artikel 20, onderdeel a, van het wetsvoorstel dat ziet op de staat van dienst inzake de exploitatie of het beheer van het relevante vitale proces of de naleving van wettelijke

voorschriften ten aanzien hiervan, een rechtstreekse relatie met het facet van de instandhouding van de continuïteit van vitale processen.

Voor een verwervingsactiviteit die betrekking heeft op een onderneming die actief is op het gebied van sensitieve technologie zijn in artikel 21 van het wetsvoorstel juist een aantal beoordelingsfactoren opgenomen die nauw aansluiten bij de specifieke facetten van de definitie van de nationale veiligheid die zien op de integriteit en exclusiviteit van kennis en informatie met kritieke of strategische betekenis voor Nederland of het voorkomen van ongewenste strategische afhankelijkheden van Nederland van andere landen (zie in dit verband artikel 21 van het wetsvoorstel).

Ieder toetsingsbesluit zal worden gemotiveerd aan de hand van de definitie van nationale veiligheid en de beoordelingscriteria. Indien uit de beoordeling van de betrokken Ministers is gebleken dat er sprake is van een risico voor de nationale veiligheid, dan wordt dit in het toetsingsbesluit vermeld en wordt er ook uiteengezet waarom de opgelegde maatregel(en) – dat wil zeggen de opgelegde eisen of voorschriften of het verbod – proportioneel en effectief zijn om de geconstateerde risico's te beheersen. In dat verband dient het toetsingsbesluit uiteraard ook te motiveren aan de hand van welke factoren de geconstateerde risico's zijn beoordeeld. Deze beoordelingsfactoren zijn in het wetsvoorstel vastgelegd met een onderverdeling naar algemene factoren en in aanvulling daarop naar factoren die uitsluitend voor vitale processen respectievelijk uitsluitend voor sensitieve technologie relevant zijn. Dit onderscheid houdt rekening met de verschillen tussen vitale aanbieders en doelondernemingen actief op het gebied van sensitieve technologie en de daaraan verbonden risico's voor de nationale veiligheid zoals hiervoor ook is toegelicht. Ook voor de in het toetsingsbesluit op te leggen maatregelen ter beheersing van de geconstateerde risico's is dit op vergelijkbare wijze gedaan. Deze onderverdeling binnen type beoordelingsfactoren en maatregelen, die uitputtend in het wetsvoorstel staan genoemd, komt de rechtszekerheid vooraf ten goede doordat daarin een begrenzing is aangebracht aan factoren en maatregelen die voor vitale aanbieders respectievelijk ondernemingen op het gebied van sensitieve technologie relevant zijn. Hierin gaat het wetsvoorstel in voorafgaande kenbaarheid, en daarmee transparantie, aanzienlijk verder dan sommige andere EU-lidstaten hetgeen nader aan bod komt in paragraaf 10.3 van dit algemeen deel van de memorie van toelichting. Voorts zijn maatregelen, voor zover mogelijk, in volgorde van zwaarte gerangschikt. Dit is geen absolute rangschikking, aangezien de uitwerking daarvan telkens sterk afhankelijk zal zijn van de omstandigheden van het geval.

Deze transparantie voor zover haalbaar neemt niet weg dat bij de Minister van Economische Zaken en Klimaat een ruime beoordelingsbevoegdheid blijft berusten tot de vaststelling van een toetsingsbesluit. Er wordt onderkend dat daarmee de relatie tussen de geconstateerde risico's en passende maatregelen ter beheersing daarvan ter beoordeling aan de Minister zijn. Dit is gedaan vanuit de gedachte dat deze beoordeling maatwerk vereist en niet vooraf ingekaderd kan worden zonder kans op onwenselijke uitkomsten. Indien bijvoorbeeld de eigendomsstructuur en -verhoudingen van een verwerver onvoldoende helder zijn, zal het voor de uitkomsten van een risicoanalyse op deze factor relevant zijn in welke mate het ontbreken van transparantie aan de orde is, wat de achtergrond daarvan is en wat er wel bekend is over de eigendomsstructuur. De uitkomst van deze beoordeling kan vervolgens tot een bepaalde mate van onzekerheid of onduidelijkheid leiden, die doorwerkt naar andere beoordelingsfactoren. En dat kan weer consequenties hebben voor wat de juiste en meest passende maatregel is. Een voorbeeld kan dit illustreren. Onduidelijkheid over de eigendomsstructuur van de verwerver van een vitale aanbieder kan bijvoorbeeld negatief zijn voor het risico dat de desbetreffende verwerver onder invloed staat van een staat waarvan bekend is dat het een of meer offensieve programma's heeft. Indien er

over de eigendomsstructuur zeer weinig bekend is, kan het zijn dat daardoor een aanwijzing ontbreekt dat de desbetreffende verwerver onder invloed staat van een dergelijke staat. Dat sluit niet uit dat die invloed toch aanwezig is, maar onzichtbaar is door de onbekendheid met de eigendomsstructuur. Voor een beoordeling in hoeverre er sprake is van een risico op dit punt, is van belang wat er aan informatie precies ontbreekt en wat er aan beschikbare informatie wel voorhanden is en wat de kwaliteit daarvan is. Uit de beoordeling van de eigendomsstructuur kan ook wat anders naar voren komen, zoals indicaties dat de verwerver onder invloed staat van een staat die niet gebonden is aan voor het vitale proces relevante verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties of die geen goede staat van dienst in de naleving van deze verdragen heeft. De beoordelingsfactor ten aanzien van de eigendomsstructuur en -verhoudingen werkt derhalve door naar de beoordeling van andere factoren op risico's voor de nationale veiligheid. Ook de relatie tussen geconstateerde risico's en daarop te nemen maatregelen is derhalve hierin niet vooraf goed vast te stellen. Ook bij sensitieve technologie is dit niet goed vooraf mogelijk. De keuze voor een bepaalde maatregel is mede afhankelijk van de zwaarte van de geconstateerde risico's. Indien een verwerver bijvoorbeeld geen goede staat van dienst heeft inzake de beveiliging, de verhandeling of het gebruik van sensitieve technologie dan is het voorstelbaar dat de te kiezen maatregel ter beheersing van het risico daarop (mede) wordt bepaald door de mate waarin een goede reputatie ontbreekt. Indien die in de volle breedte buitengewoon slecht is, kan dat eerder tot ingrijpendere maatregelen leiden dan wanneer die staat van dienst enkel in een bepaald opzicht in beperkte mate kwetsbaar is. Ook de vaststelling of de ene maatregel ingrijpender dan de andere is, is niet over de volle breedte goed vooraf te bepalen. Het instellen van een veiligheidscommissie of het aanstellen van een beveiligingsfunctionaris zal als minder vergaand beschouwd worden dan andere maatregelen, zoals de maatregel bepaalde delen van de onderneming in een aparte in Nederland gevestigde dochtermaatschappij te bundelen en onder te brengen. In andere gevallen is het evenwel lastig op voorhand te bepalen wat het meest belastend is en is dat afhankelijk van de onderneming en risico's in kwestie. Bijvoorbeeld het verbieden dat bepaalde vermogensbestanddelen, onderdelen of dochtermaatschappijen van de over te nemen onderneming onderdeel uitmaken van de transactie, kan onder omstandigheden mogelijk als meer belastend worden gezien dan het opleggen van een maximum aandelenbelang dat lager ligt dan de voorgenomen investering. Dit hangt wellicht af van de invulling die specifiek aan een maatregel wordt gegeven, waarbij vanuit het oogpunt van effectiviteit veelal ook een combinatie van maatregelen aan de orde zal zijn. Uit de motivering van het toetsingsbesluit zal echter altijd moeten blijken waarom de desbetreffende maatregel of het samenstel aan maatregelen het meest passend is of zijn. Door de afwegingen daarin toe te lichten, wordt de relatie tussen het risico en de opgelegde maatregel in het toetsingsbesluit kenbaar. Dit toetsingsbesluit is vatbaar voor bezwaar en beroep en kan bij de Nederlandse bestuursrechter worden aangevochten.

#### **4.4 Verbod, eisen en voorschriften**

Vooropgesteld, het stelsel van investeringstoetsing is zodanig ontworpen en zal zodanig worden toegepast dat er zo min mogelijk economische belemmeringen uit voortvloeien. Dit betekent dat alleen in geval zich risico's voor de nationale veiligheid voordoen de Minister van Economische Zaken en Klimaat de verwervingsactiviteit niet zonder meer toestaat. Indien er een risico voor de nationale veiligheid dreigt, heeft hij de bevoegdheid om het verkrijgen of houden van zeggenschap of significante invloed te verbieden, eisen te stellen of voorschriften op te leggen.

Om te beginnen kan de Minister opleggen dat aanvullende interne veiligheidsvoorschriften worden opgesteld en in acht worden genomen met betrekking tot de omgang met gevoelige informatie (artikel 23, eerste lid, onder a). Deze voorschriften moeten leiden tot een helder intern veiligheidsregime in de doelonderneming dat de gevoelige informatie waarover de doelonderneming beschikt, beschermt tegen oneigenlijke toegang. In het verlengde daarvan kan de Minister bepalen dat een veiligheids- en integriteitsbeleid moet worden vastgesteld en toegepast ten aanzien van de werving en aanstelling van bestuurders en medewerkers voor sleutelfuncties die toegang geven tot gevoelige informatie of bedrijfsprocessen (artikel 23, eerste lid, onder b). Hiermee legt de Minister de verplichting en verantwoordelijkheid om daar invulling aan te geven bij de doelonderneming en verwerver zelf, met inbegrip van interne screening. De Minister kan ook eisen dat er direct na het voltooien van een verwervingsactiviteit binnen de doelonderneming een veiligheidscommissie of beveiligingsfunctionaris wordt benoemd (artikel 23, eerste lid, onder c). Deze is bevoegd om de toegang tot, of overdracht van, informatie te beperken of zelfs geheel te verbieden en om de doelonderneming advies te geven over de veiligheids- en integriteitsrisico's bij de aanstellingen van bestuurders en medewerkers voor sleutelfuncties die toegang geven tot gevoelige informatie of bedrijfsprocessen. Deze adviseringsbevoegdheid versterkt de positie van de veiligheidscommissie of beveiligingsfunctionaris binnen de onderneming met het oog op gevoelige aanstellingen. De veiligheidscommissie of beveiligingsfunctionaris rapporteert inbreuken op restricties aan de Minister en, indien nodig, doet dit vergezellen van een handhavingsverzoek dat gericht is aan de toezichthoudende ambtenaren. Het kan hierbij bijvoorbeeld gaan om geconstateerde duidelijk gebrekkige of achterwege gelaten interne screening, dat overeenkomstig het eigen veiligheids- en integriteitsbeleid moet worden toegepast. Door deze maatregel is gewaarborgd dat gevoelige informatie of knowhow onder permanent operationeel toezicht staat. Deze maatregel is dus van toepassing op alle betrokkenen, dus ook op eventueel door de Ondernemingskamer in het kader van een enquêteprocedure benoemde onderzoekers, bestuurders of commissarissen. De beheersing van in het toetsingsbesluit geconstateerde risico's voor de nationale veiligheid gaat immers boven het belang van geschillenbeslechting binnen de onderneming. Hierbij moet wel opgemerkt worden dat de beveiligingscommissie of de beveiligingsfunctionaris per geval een afweging zal moeten maken of het beperken of verbieden van toegang aan een betrokkene in lijn is met het toetsingsbesluit en het eigen beleid. Andere type maatregelen hebben verderstrekkende gevolgen voor de inrichting en verantwoordelijkheden ten aanzien van (delen) van de onderneming. Met dergelijke eisen en voorschriften zoals opgesomd in artikel 23, eerste lid, onderdelen a tot en met c, kunnen risico's voor verschillende facetten van de nationale veiligheid worden gemitigeerd die rechtstreeks samenhangen met de voorgenomen verwervingsactiviteit en de desbetreffende verwerver. Zo kan door deze maatregelen de veiligheid of andere gewichtige belangen van de staat veilig worden gesteld voor zover de betrokken onderneming nauw verweven is met de primaire processen van de staat. Ook kunnen dergelijke eisen en voorschriften risico's beperken voor de instandhouding van de continuïteit van vitale processen of het behoud van de integriteit en exclusiviteit van kennis en informatie met kritieke of strategische betekenis voor Nederland. In veel gevallen zijn de betrokken doelondernemingen namelijk niet onderworpen aan algemene eisen inzake de beveiliging van informatie of processen die toegespitst zijn om de risico's verbonden aan een verwervingsactiviteit of verwerver te mitigeren, omdat doelondernemingen hetzij niet in aanraking komen met gerubriceerde overheidsinformatie, geen vertrouwensfuncties kennen

of anderszins niet onderworpen zijn aan actief toezicht door de overheid op de bedrijfsprocessen en informatie van de betrokken onderneming. Het is daarnaast mogelijk om bepaalde processen verplicht onder te laten brengen in een aparte dochtermaatschappij in Nederland (artikel 23, eerste lid, onder d). Doel van deze maatregel is om de verwevenheid tussen de delen van een bedrijf waarin risico's voor de nationale veiligheid zijn geconstateerd te scheiden van de rest van het concern dat bij de verwervingsactiviteit betrokken is. Daaraan gekoppeld kan een verplichting worden opgelegd dat een Nederlandse dochtermaatschappij een eigen raad van commissarissen heeft (artikel 23, eerste lid, onder f), maar kan ook juist worden verboden dat een dochtermaatschappij onderdeel uitmaakt van de transactie (artikel 23, eerste lid, onder g). Op deze wijzen (of met een combinatie van deze maatregelen) worden de relevante delen van een doelonderneming buiten de risicovol geachte wijziging van zeggenschap gehouden. Bovendien kunnen aan een in Nederland gevestigd bestuur eisen worden gesteld ten aanzien van aspecten die relevant zijn voor de nationale veiligheid. Deze mogelijkheid sluit ook aan bij eisen die de Europese Unie inmiddels oplegt in geval een onderneming deel uitmaakt of financiering ontvangt uit EU programma's<sup>25</sup> en bij structurele remedies die kunnen worden opgelegd in het kader van concentratietoezicht. Via deze maatregelen wordt hiermee een bepaalde mate van zelfstandigheid gewaarborgd waardoor de instandhouding van de continuïteit van vitale processen en het toezicht daarop wordt verhoogd. Ook kunnen deze maatregelen bijdragen aan het behoud van de integriteit en exclusiviteit van kennis en informatie met kritieke of strategische betekenis voor Nederland en het voorkomen van ongewenste strategische afhankelijkheden van Nederland van andere landen. Dit sluit aan bij hetgeen de EU als factoren in de FDI-screeningsverordening heeft opgenomen<sup>26</sup> en is ook bekend als structurele maatregel die opgelegd kan worden bij concentratietoezicht.<sup>27</sup>

Zoals gezegd zijn deze maatregelen vooral nuttig in onderlinge combinatie of in combinatie met andere maatregelen. Denk bijvoorbeeld aan de mogelijkheid om voor een aparte dochtermaatschappij een eigen veiligheidscommissie (onderdeel b) of raad van commissarissen (onderdeel f) in te stellen. Het voordeel hiervan is dat er zowel vanuit het oogpunt van de nationale veiligheid als vanuit het oogpunt van bedrijfsvoering maatwerk wordt geleverd: er kan scherper toezicht plaatsvinden op delen van de doelonderneming waar risico's voor de nationale veiligheid kunnen ontstaan, terwijl de bedrijfsvoering van de rest van het concern niet geraakt wordt door deze maatregel. Eventuele integratie- of consolidatieplannen van de verwerver voor de rest van het concern worden hiermee bijvoorbeeld niet doorkruist. Verder kan er, door een raad van commissarissen te laten instellen, meer zicht op de bedrijfsstrategie ontstaan en komt het belang van de dochteronderneming voorop te staan. Het gaat hier allereerst om een duaal bestuursmodel, waarbij de raad van commissarissen geen zitting neemt in het dagelijks bestuur van de dochteronderneming. Hiermee wordt de raad op afstand geplaatst waardoor er een scherp onderscheid ontstaat tussen uitvoering en toezicht. Dit bevordert de onafhankelijkheid van de raad van commissarissen als toezichthouder, waarmee de door de opgelegde

<sup>25</sup> Zie bijv. artikel 9, derde en vierde lid van Verordening (EU) nr. 2021/697 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2021 tot oprichting van het Europees Defensiefonds en tot intrekking van Verordening (EU) 2018/1092, PbEU L 170 van 12 mei 2021.

<sup>26</sup> Zie overweging 13 en artikel 4 van Verordening (EU) 2019/452 van het Europees Parlement en de Raad van 19 maart 2019 tot vaststelling van een kader voor de screening van buitenlandse directe investeringen in de Unie.

<sup>27</sup> Mededeling van de Commissie betreffende op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad en Verordening (EG) nr. 802/2004 van de Commissie aanvaardbare corrigerende maatregelen, PbEU C 267 van 22 oktober 2008, randnummer 32 en verder.

maatregel bedoelde autonomie van de dochtermaatschappij ten opzichte van de verwerver en de rest van het concern bereikt wordt. Daarenboven kan de raad van commissarissen op grond van zijn toezichtstaak eventueel procedures bij de Ondernemingskamer beginnen om het belang van de Nederlandse dochteronderneming te verdedigen. Door deze maatregel kunnen onder meer risico's voor de continuïteit en weerbaarheid van vitale processen en de integriteit van kennis en informatie beheerst worden.

De raad van commissarissen is een permanente verplichting die geldt zolang het toetsingsbesluit van toepassing is. Door het na verloop van tijd opheffen van de raad van commissarissen zouden de in de risicobeoordeling geconstateerde risico's voor de nationale veiligheid immers niet meer beheerst kunnen worden. Met uitzondering van de specifieke (andere) maatregelen die door de Minister zijn opgelegd in het toetsingsbesluit, geldt voor deze dochteronderneming het normale regime zoals vastgelegd in het Burgerlijk Wetboek. Dit betekent dat de Minister geen directe invloed heeft op de benoeming van de commissarissen. Er kunnen alleen eisen en voorschriften in het toetsingsbesluit gesteld worden. De benoeming van commissarissen kan dus via de normale procedures van voordracht en benoeming plaatsvinden. Vanzelfsprekend moet bij de benoeming van een commissaris wel voldaan worden aan eventuele andere eisen en voorschriften uit het toetsingsbesluit. Doordat het normale regime van het Burgerlijk Wetboek van toepassing is wordt het salaris van de commissarissen vastgesteld door de algemene vergadering en betaald door de doelonderneming. Hetzelfde geldt voor de taken en bevoegdheden van de raad, met dien verstande dat de raad het belang van de dochteronderneming moet dienen (en de met haar verbonden onderneming). Onder dit belang wordt ook verstaan het naleven van het toetsingsbesluit, omdat schending van het toetsingsbesluit tot handhaving ervan of zelfs een hernieuwd en ingrijpender toetsingsbesluit zou kunnen leiden. Verder volgt hieruit dat de raad van commissarissen uitsluitend verantwoording verschuldigd is aan de algemene vergadering. Artikel 23 eerste lid, onderdeel f, doorkruist ook niet het recht van de Ondernemingskamer om in het kader van een geëntameerde enquêteprocedure (zie artikel 344 e.v. van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek) bij een Nederlandse vennootschap desgevraagd in te grijpen door bijvoorbeeld commissarissen, met bepaalde (soms vergaande) bevoegdheden, te benoemen, schorsen of te ontslaan. Niettemin moeten hierbij wel andere eisen en voorschriften uit het toetsingsbesluit in acht genomen worden. Daarbij dient opgemerkt te worden dat het instellen van een aparte raad van commissarissen tot de meer ingrijpende maatregelen behoort. Er zal daarom altijd eerst gekeken worden of de in de risicoanalyse geconstateerde risico's voor de nationale veiligheid ook met minder ingrijpende aanvullende voorwaarden of te stellen eisen kunnen worden beheerst. De Minister kan ook beperkingen in het toetsingsbesluit opleggen aan dienstverlening of verkoop van goederen die na de verwervingsactiviteit worden uitgevoerd (artikel 23, eerste lid, onder e). Hiermee wordt voorkomen dat handelingen die na de verwervingsactiviteit worden verricht en die op zichzelf niet leiden tot een verplichte melding, maar die wel risico's voor de nationale veiligheid met zich zouden kunnen meebrengen, na een goedkeurende toetsing alsnog kunnen plaatsvinden. Vanzelfsprekend wordt een dergelijke beperking aan de handel en dienstverlening in het toetsingsbesluit opgenomen. Deze maatregel kan bijdragen aan het behoud van de integriteit en exclusiviteit van kennis en informatie met kritieke of strategische betekenis voor Nederland en het voorkomen van ongewenste strategische afhankelijkheden van Nederland van andere landen. Ook kan in voorkomend geval hiermee worden voorkomen dat Nederlandse ondernemingen – hoewel niet onderdeel van de gebruikelijke exportcontrole – bijdragen aan de offensieve capaciteiten

van een derde land waarmee veiligheid van de Staat of die van bondgenoten in geding kan komen.

Voorts kan de Minister een maximum aandelenbelang voor de verwerver vaststellen (artikel 23, eerste lid, onder h) en opleggen dat de aandelen van de verwerver worden gecertificeerd (artikel 23, eerste lid, onder i). Hierbij moet ook gekeken worden wat dit betekent voor de andere aandeelhouders van de onderneming.

Door de mogelijkheid om certificering van aandelen in het toetsingsbesluit op te leggen kan de Minister een grens stellen aan de mate van invloed die verworven wordt, zodat de risico's voor de nationale veiligheid beperkt worden. In het geval van certificering van de aandelen is ervoor gekozen om dit alleen mogelijk te maken via een stichting administratiekantoor (STAK). Het gaat hierbij in principe om de certificering van gewone aandelen waarmee zeggenschap uitgeoefend kan worden, omdat op deze manier via een STAK de zeggenschap wordt gescheiden van het financieel belang van de aandelen, wat precies het doel van de maatregel is. Certificering kan zowel bij een naamloze vennootschap als bij een besloten vennootschap worden opgelegd. De uitgegeven certificaten moeten in zo'n geval niet geacht worden met medewerking van de vennootschap te zijn uitgegeven en kunnen dus afwijken van een statutaire regeling.

In het toetsingsbesluit zal verder ook aangegeven worden aan welke randvoorwaarden de STAK moet voldoen, mede in het licht van de nadere regels die overeenkomstig artikel 23, tweede lid, bij algemene maatregel van bestuur zullen worden gesteld. De bestuurders moeten bijvoorbeeld acceptabel zijn voor de Minister zonder dat de Minister zichzelf een benoemingsrecht toekent. Hetzelfde geldt mutatis mutandis voor de administratievoorwaarden van de STAK. Welke rechten (met uitzondering van het recht van dividend en recht op uitkering uit de reserves die onverminderd gelden) verbonden worden aan deze certificaten zal in de algemene maatregel van bestuur worden geregeld die op grond van artikel 23, tweede lid, van het wetsvoorstel zal worden vastgesteld en het mede daarop vastgestelde toetsingsbesluit. Hiermee is maatwerk mogelijk.

Verder zal de STAK dienen te handelen in het belang van de doelonderneming alsmede de belangen van de certificaathouder moeten trachten te bewerkstelligen zonder diens aanwijzingen of instructies te aanvaarden. De kosten voor de certificering en de STAK komen voor rekening van de doelonderneming. Het ligt echter wel in de lijn der verwachting dat dit een impact heeft op de prijs en juridische vormgeving van de verwervingsactiviteit.

Via deze maatregel wordt hiermee een grote mate van zelfstandigheid gewaarborgd waardoor de instandhouding van de continuïteit van vitale processen en het toezicht daarop wordt verhoogd. Ook kan deze maatregel bijdragen aan het behoud van de integriteit en exclusiviteit van kennis en informatie met kritieke of strategische betekenis voor Nederland en het voorkomen van ongewenste strategische afhankelijkheden van Nederland van andere landen. Met dergelijke maatregelen wordt een investering primair gericht op het realiseren van een mooi rendement, zonder dat een grote invloed op strategie en beleid van de onderneming mogelijk wordt gemaakt.

Bij de beoordeling of en zo ja welke voorschriften verbonden kunnen worden aan het toetsingsbesluit van de Minister, zal vanuit proportionaliteitsoogpunt en verantwoordelijkheidsverdeling rekening moeten worden gehouden met reeds geldende wet- en regelgeving of besluiten die reeds van toepassing zijn op het desbetreffende vitale proces of de desbetreffende doelonderneming (of verwerver). Nu het toetsingsbesluit van de Minister moet worden genomen in overeenstemming met de bevoegde Minister die verantwoordelijk is voor het desbetreffende vitale proces, is

ook geborgd dat op het niveau van het individuele besluit de relevante kennis en verantwoordelijkheid aanwezig is. Voor verscheidene andere maatregelen bepaalt het wetsvoorstel dat die uitsluitend aan een onderneming die actief is op het gebied van sensitieve technologie kunnen worden opgelegd. De eerste maatregel ziet op de mogelijkheid om de verwerfer te verplichten bepaalde technologie, broncode, genetische code, of kennis bij de staat of een derde partij in Nederland in bewaring te geven en toe te staan dat deze ter beschikking kan worden gesteld door de Staat of een derde partij voor niet-commerciële doeleinden bij acute risico's voor bepaalde vitale processen of veiligheidsbelangen voor de duur dat die risico's zich voordoen. Dit is een concept dat de Europese Commissie ook beschrijft in de context van defensieaanbestedingen of aanbestedingen met een veiligheidskarakter.<sup>28</sup> Via deze maatregel kunnen risico's worden gemitigeerd voor de integriteit en exclusiviteit van kennis en informatie met kritieke of strategische betekenis voor Nederland en het voorkomen van strategische afhankelijkheden voor Nederland van andere landen. Het kan ook bijdragen aan de continuïteit van vitale processen als deze technologie, kennis etc. kritieke inputfactoren zijn voor deze vitale processen. Deze maatregel mag evenwel vanuit proportionaliteit en het doel waarvoor deze kan worden opgelegd, enkel het belang van de nationale veiligheid dienen en dus ook geen commerciële of economische doelstellingen nastreven. De maatregel is er dan op gericht dat technologie, broncode, genetische code, of kennis in bewaring wordt gegeven en pas onder hele specifieke omstandigheden wordt vrijgegeven voor de duur dat een acuut risico zich voordoet.

De derde maatregel biedt de Minister de mogelijkheid om te eisen dat op eerlijke, redelijke en non-discriminatoire voorwaarden een licentie wordt aangeboden op bepaalde kennis, beschermd door octrooien of andere intellectuele eigendomsrechten, aan of een of meer derde partijen gevestigd in de Europese Unie om kennis of technologie beschikbaar te houden voor Nederland of de Europese Unie (artikel 24, onder c). Dit kan bijvoorbeeld een passende maatregel zijn wanneer er sprake is van een pandemie. Het is een maatregel die de Europese Commissie (en de ACM) ook toepast als remedie in het kader van het concentratietoezicht.<sup>29</sup> Met deze maatregel kunnen risico's worden gemitigeerd voor de integriteit en exclusiviteit van kennis en informatie met kritieke of strategische betekenis voor Nederland en kunnen strategische afhankelijkheden voor Nederland van andere landen voorkomen worden.

Op grond van artikel 23, tweede lid, kunnen nadere regels gesteld worden over de wijze waarop moet worden voldaan aan de eisen of nadere voorschriften.

Als het stellen van eisen of het opleggen van voorschriften geen doeltreffende bescherming voor de nationale veiligheid oplevert, kan een activiteit in het uiterste geval verboden worden. Hier wordt nogmaals benadrukt dat dit een ultimatum remedium is en dat steeds zal worden getracht om met minder ingrijpende en op de casus toegesneden maatregelen de risico's voor de nationale veiligheid te ondervangen.

#### **4.5 Veranderde omstandigheden**

Op grond van het wetsvoorstel worden activiteiten getoetst op risico's voor de nationale veiligheid. Dit gebeurt voorafgaand aan de activiteit. Als gevolg van veranderde omstandigheden kunnen zich echter ook nadat

<sup>28</sup> Zie paragraaf 2.1 van het document Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the fields of defence and security – Guidance Note – Security of Supply: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/15409/attachments/1/translations/>.

<sup>29</sup> Zie randnummer 62 en verder betreffende toegangsremedies [https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files\\_remedies/remedies\\_notice\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files_remedies/remedies_notice_en.pdf).

een activiteit is toegestaan risico's voor de nationale veiligheid voordoen. Het gaat hierbij nadrukkelijk om een risico dat is ontstaan zonder dat er een verandering van zeggenschap of significante invloed heeft plaatsgevonden (dan zou er immers sprake zijn van een nieuwe meldplicht en toets). Een voorbeeld hiervan is een machtswisseling in het land van de houder van zeggenschap in een Nederlandse vitale aanbieder actief in energie-opslag. Als het nieuwe regime Nederland vijandig gezind is of wezenlijke invloed uitoefent op de eigenaar van de Nederlandse vitale aanbieder dan zou dit zwaarwegende gevolgen kunnen opleveren voor de continuïteit van het vitale proces doordat de beschikbaarheid van de opslagfaciliteit op een cruciaal moment voor de energievoorziening kan worden verhinderd of door verwaarlozing niet meer effectief inzetbaar is. Daarmee is ook de nationale veiligheid in het geding. Het is daarom wenselijk om deze casus te kunnen heropenen en de verwervingsactiviteit opnieuw aan toetsing te onderwerpen.

Om dit soort risico's als gevolg van veranderde omstandigheden beheersbaar te houden, is het daarom op grond van het wetsvoorstel mogelijk om een eerder getoetste casus te heropenen en aan een nieuwe toets te onderwerpen (artikel 27). Dit is vanuit het perspectief van de nationale veiligheid noodzakelijk omdat de wereld na een toets niet stilstaat en er in de loop der jaren bij een eerder getoetste en toegestane verwervingsactiviteit alsnog risico's voor de nationale veiligheid kunnen ontstaan. Tegelijkertijd heeft het heropenen van een casus en het nemen van een nieuw toetsingsbesluit, of een toetsingsbesluit volgend op een eerdere mededeling dat geen besluit nodig was, behalve effecten op de onderneming zelf, ook effecten op de rechtszekerheid en daarmee de investeringszekerheid van ondernemingen in Nederland. Een eerdere mededeling of eerder toetsingsbesluit stond immers niet in de weg aan de verwervingsactiviteit, maar door omstandigheden kan een nieuwe beoordeling voor die inmiddels al uitgevoerde verwervingsactiviteit nodig zijn. De bevoegdheid tot een herbeoordeling en de gevolgen die aan het intreden daarvan verbonden zouden kunnen zijn, zijn voor de verwerver en de doelonderneming voorafgaand aan de uitvoering van een verwervingsactiviteit kenbaar, want zij volgen rechtstreeks uit het wetsvoorstel. Bovendien zal daar in de mededeling of het eerste toetsingsbesluit ook standaard mededeling van worden gedaan. Het al dan niet intreden van dit risico zal echter over het algemeen buiten de invloedssfeer van de verwerver of doelonderneming liggen en is niet voorzienbaar. Een nieuw toetsingsbesluit kan er toe leiden dat aan de uitgevoerde verwervingsactiviteit alsnog achteraf bepaalde voorschriften worden verbonden die oorspronkelijk niet aan de orde waren. Om de proportionaliteit van deze maatregel te bewaren zijn daarom strenge criteria en waarborgen in het wetsvoorstel vastgelegd.

Heropening kan alleen als er sprake is van een potentiële maatschappelijke ontwrichting met economische, sociale of fysieke gevolgen, of als er sprake is van een directe toegenomen reële bedreiging van de Nederlandse soevereiniteit. Bij de toepassing van het wetsvoorstel wordt er voorafgaand aan de heropening van een eerder getoetste casus vanzelfsprekend geprobeerd om in gesprek te treden met de verwerver of doelonderneming over mogelijke (afdwingbare) afspraken of andere oplossingen, maar hebben deze gesprekken met de verwerver en de onderneming niets opgeleverd. Ook wordt er voorafgaand aan heropening gekeken naar andere overheidsinstrumenten. Maar als gesprekken niets opleveren en de alternatieve maatregelen niet toepasbaar, buitenproportioneel of inadequaet zijn, wordt de casus heropend. Als extra waarborg bij de beoordeling of een eerder getoetste casus heropend wordt, is het een harde eis in dit wetsvoorstel dat een casus uitsluitend na overeenstemming met het gevoelen van de ministerraad heropend kan worden. Hierdoor kan een casus alleen heropend worden als niet enkel de Minister afzonderlijk, maar de ministerraad

beoordeelt dat overheidsingrijpen gerechtvaardigd is. Deze strenge criteria en waarborgen bieden ondernemingen de zekerheid dat alleen in het geval van zwaarwegende risico's voor de nationale veiligheid tot heropening overgegaan wordt. Bij het vervolgens nemen van een toetsingsbesluit met toepassing van artikel 27 zal met inachtneming van de benodigde waarborgen voor de nationale veiligheid zoveel mogelijk rekening worden gehouden met de implicaties van een dergelijk besluit. Indien de verwerver of doelonderneming aantoont dat door het toetsingsbesluit schade wordt geleden die uitgaat boven het normale maatschappelijke risico en die een benadeelde in vergelijking met anderen onevenredig zwaar treft, bestaat op grond van het wetsvoorstel op aanvraag een recht op schadevergoeding.

#### **4.6 Ontheffing**

Artikel 13 biedt de doelonderneming de mogelijkheid om ontheffing te krijgen van het verbod een verwervingsactiviteit uit te voeren voordat de Minister een mededeling heeft gedaan aan een meldingsplichtige dat geen toetsingsbesluit vereist is of dat er een toetsingsbesluit is genomen. Om ontheffing aan te vragen moet er wel eerst een melding gedaan worden zoals bedoeld in artikel 11. Bij de regeling voor ontheffing als bedoeld in artikel 13 is zo veel mogelijk aangesloten bij de ontheffingsmogelijkheden die de Mededingingswet kent in het kader van het concentratietoezicht (artikelen 40 en 46 van die wet). Hierbij wordt, net als bij de Mededingingswet, een route geboden die het mogelijk maakt om in afwachting van een toetsingsbesluit een verwervingsactiviteit alvast te laten plaatsvinden. Het betreft, net als in de Mededingingswet, geen versnelde procedure. Het is uitsluitend een snelle beslissing om wel of niet ontheffing te verlenen van het verbod in artikel 10, eerste lid, waarin is bepaald dat een verwervingsactiviteit niet uitgevoerd mag worden voordat een toetsingsbesluit is genomen of een mededeling is gedaan dat geen toetsingsbesluit vereist is.

Net als gebruikelijk is bij de ACM in het kader van het mededingingsrecht, streeft de Minister er zo veel mogelijk naar om, waar dit geboden is, met bekwame spoed een mededeling te doen of een toetsingsbesluit te nemen, waardoor er geen ontheffing verleend hoeft te worden. Hiermee wordt immers voorkomen dat een tijdens de ontheffingsperiode reeds uitgevoerde verwervingsactiviteit eventueel weer teruggedraaid moet worden.

Indien het niet mogelijk is om snel een mededeling te doen of een toetsingsbesluit te nemen, terwijl er wel een algemeen belang is bij een snelle uitvoering van de verwervingsactiviteit, dan maakt artikel 13 het mogelijk een ontheffing te verlenen. Net als in de Mededingingswet wordt daarna het normale toetsingsproces doorlopen. Het risico voor de verwerver en doelonderneming is daarbij wel dat de Minister achteraf de verwervingsactiviteit verbiedt of daar zulke voorschriften aan verbindt dat de verwerver achteraf gezien de verwervingsactiviteit niet gedaan zou hebben. Er is in deze situatie geen sprake van opgewekt vertrouwen en ook een (op grond van artikel 14) aangewezen persoon die door de Minister aangesteld kan worden, mag niet worden begrepen als een verholde of de facto bevestiging dat de verwervingsactiviteit met bepaalde voorschriften goedgekeurd zal worden. De aangewezen persoon (en de eventuele andere voorschriften verbonden aan de ontheffing) is erop gericht om in de periode tot de definitieve beslissing (en voor zover dat aan de orde is in de periode van ongedaanmaking) de risico's voor de nationale veiligheid te mitigeren.

Deze ontheffing op grond van artikel 13 is een discretionaire bevoegdheid van de Minister en kan uitsluitend verleend worden als het algemeen belang in het geding is. Dit criterium van het algemeen belang is verder ingekaderd; als de ontheffing verleend wordt moet er ten minste sprake

zijn van een reëel risico op economische, fysieke of sociaalmaatschappelijke schade aan de samenleving, een deel of delen daarvan. De doelonderneming zal bij het verzoek om ontheffing aan moeten tonen dat er aan dit criterium voldaan wordt.

In principe is dit artikel bedoeld voor situaties waarin insolventie dreigt of waarin na een faillissement een doorstart gemaakt wordt. Alleen in gevallen waarin er aan het gestelde criterium voldaan wordt kan de Minister besluiten een ontheffing te verlenen.

Een voorbeeld waarin ontheffing van artikel 10, eerste lid, verleend kan worden is de situatie waarin het (dreigende) faillissement van een vitale aanbieder een grote werkgever betreft die van groot belang is voor de (regionale) werkgelegenheid. De sociaalmaatschappelijke schade die daarvan het gevolg zou zijn, leidt ertoe dat in dit geval het algemeen belang in het geding is, met dien verstande dat er geen ontheffing wordt verleend indien dit zou leiden tot kennelijk onaanvaardbare risico's voor de nationale veiligheid. Een tweede voorbeeld, het faillissement van een meldingsplichtige onderneming kan ook een risico meebrengen dat werknemers met specifieke kennis naar het buitenland vertrekken. Ook dan kan het algemeen belang in het geding zijn. Het algemeen belang is er mee gebaat dat schaarse kennis, zoals die voor hoogwaardige technologie, voor de Nederlandse economie behouden blijft om het toebrengen van schade daaraan te voorkomen. Een derde voorbeeld betreft een situatie zoals bij de onderneming Royal IHC.<sup>30</sup>

Het in het tweede lid opgenomen criterium van het algemeen belang wordt alleen meegewogen bij de vraag of er een ontheffing moet worden verleend. Vooropgesteld moet worden dat het uiteindelijke toetsingsbesluit alleen rekening houdt met risico's voor de nationale veiligheid. Andere gevolgen kunnen en zullen niet meegenomen worden in de uiteindelijke beslissing.

Omdat het verlenen van een ontheffing betekent dat een verwervingsactiviteit plaats kan vinden zonder dat er een grondige risicoanalyse heeft plaatsgevonden en er een toetsingsbesluit is genomen, kan de Minister bij het verlenen van een ontheffing beperkingen en voorschriften opleggen die gedurende de ontheffingstermijn moeten voorkomen dat er risico's voor de nationale veiligheid ontstaan. In aanvulling op deze beperkingen en voorschriften kan de Minister ook besluiten om een of meerdere personen aan te wijzen die opdrachten kunnen verstrekken aan zowel de doelonderneming als aan de verwerver – voor zover de opdrachten aan de verwerver betrekking hebben op de bedrijfsvoering, kennis of vermogensbestanddelen waarover de verwerver het bezit, de zeggenschap of significante invloed heeft verworven met de verwervingsactiviteit waarvoor de ontheffing is verleend. De aangewezen persoon of personen dienen over kennis te beschikken van bedrijfsvoering waarbij het algemeen belang een rol speelt, zodat deze persoon over affiniteit beschikt met het algemeen belang op grond waarvan ontheffing is verleend.

Het is vanzelfsprekend dat de aangewezen persoon uitsluitend opdrachten verstrekt die tot doel hebben te voorkomen dat er risico's ontstaan voor de nationale veiligheid. Om dit doel te bereiken bepaalt het vierde lid van artikel 14 dat alle bestuurders, commissarissen, personen die de feitelijke leiding hebben en andere werknemers binnen de doelonderneming of verwerver, de aangewezen persoon alle informatie verstrekken die benodigd is in verband met dit doel. En dat zij de opdrachten opvolgen die verstrekt worden door de aangewezen persoon en dat ze de aangewezen persoon alle medewerking verlenen. Personen kunnen niet

<sup>30</sup> Zie hiervoor de brief aan de Tweede Kamer van de Minister van Economische Zaken en Klimaat en de Staatssecretaris van Financiën van 30 april 2020, Kamerstukken II 2019/20, 35 300 XIII, nr. 102.

aansprakelijk gesteld worden voor het opvolgen van opdrachten van, of verstrekken van informatie aan, de aangewezen persoon.

In het geval een persoon of rechtspersoon het niet eens is met een opdracht van de aangewezen persoon dan kan deze administratief beroep hiertegen instellen bij de Minister. Als er echter in strijd met een opdracht van de aangewezen persoon rechtshandelingen worden gedaan, dan kunnen zowel de aangewezen persoon zelf als de Minister deze rechtshandelingen vernietigen. Hiertegen kan geprocedeerd worden volgens de regels van het (proces)recht dat de burgerlijk rechter toepast.

Op het moment dat er een mededeling wordt gedaan dat er een toetsingsbesluit moet worden aangevraagd of dat er geen toetsingsbesluit nodig is, heeft dat gevolgen voor de ontheffingsperiode. Als de mededeling is dat er geen toetsingsbesluit noodzakelijk is, vervalt de ontheffing direct. Als een toetsingsbesluit op aanvraag vereist is, vervalt de ontheffing als geen aanvraag is ingediend binnen de redelijke termijn die de Minister daarvoor in de mededeling dat een toetsingsbesluit vereist is, noemt. De ontheffing vervalt op grond van artikel 13, vijfde lid, onder c, ook als een aanvraag weliswaar tijdig is ingediend, maar die vervolgens niet in behandeling is genomen. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als, ondanks eventueel geboden herstel, het niet goed mogelijk is voor de Minister de aanvraag in behandeling te nemen waardoor vervolgens geen toetsingsbesluit genomen kan worden. Dit voorkomt dat het indienen van een onoverkomelijk gebrekkige aanvraag als resultaat oplevert dat het nemen van een toetsingsbesluit voor de Minister is geblokkeerd met instandhouding van de ontheffing. Indien een toetsingsbesluit na ontheffing wordt genomen, kan de Minister in het toetsingsbesluit aan de verwervingsactiviteit alsnog voorschriften verbinden als bedoeld in de artikelen 23 en 24. Eventuele voorschriften die golden in de ontheffingsperiode die niet in het toetsingsbesluit opgenomen zijn, vervallen. Eventuele nieuwe voorschriften in het toetsingsbesluit zullen niet met terugwerkende kracht op de ontheffingsperiode van toepassing zijn. Na de ontheffingsperiode krijgt de doelonderneming of verwerper op grond van artikel 25, eerste lid, de mogelijkheid om binnen een redelijke termijn aan de voorschriften te voldoen. Indien de Minister in het toetsingsbesluit besluit om de verwervingsactiviteit te verbieden dan moet de tijdens de ontheffingsperiode gedane verwervingsactiviteit ongedaan gemaakt worden. De Minister trekt een eventuele aanwijzing van een aangewezen persoon in op het moment dat deze niet meer nodig is, maar in ieder geval niet later dan het moment waarop het toetsingsbesluit is genomen en indien van toepassing, voldaan is aan de verplichtingen dienaangaande.

#### **4.7 Niet-nakoming van de meldingsverplichting en de schorsing in rechten**

Zoals hierboven in paragraaf 4.1 is beschreven dient ieder voornemen een verwervingsactiviteit uit te voeren die leidt tot zeggenschap over een vitale aanbieder of tot wijziging in de zeggenschap over, of significante invloed op, een onderneming die beschikt over sensitieve technologie, door een van de meldingsplichtigen gemeld te worden aan de Minister van Economische Zaken en Klimaat. De meldingsverplichting is een cruciaal onderdeel voor de borging van de nationale veiligheid in geval van wijzigingen in zeggenschap of het verwerven of vergroten van significante invloed. Immers, door vooraf te toetsen of een dergelijke zeggenschap of significante invloed risico's met zich meebrengt kan zowel door het verbinden van eisen of voorschriften aan een toetsingsbesluit of door een volledig verbod, worden voorkomen of de kans worden beperkt dat deze risico's zich daadwerkelijk voordoen. Juist op het gebied van de bescherming van de nationale veiligheid kunnen onomkeerbare gevolgen optreden waarbij ex post beoordeling of mitigering geen afdoende

mogelijkheid bieden om de gevolgen voor de nationale veiligheid terug te draaien. Kennis die onterecht ter beschikking is gekomen van de verwerver of een reeds ontstane verstoring van het vitale proces kan niet meer worden teruggedraaid. Het wetsvoorstel voorziet daarom in een aantal effecten in geval deze meldingsverplichting niet of niet tijdig wordt nagekomen. Deze effecten kunnen voor de verwerver en de doelonderneming onder omstandigheden stevige gevolgen hebben, maar dat is noodzakelijk om juist de effectiviteit van de meldplicht te vergroten en de effecten van de schending hiervan zo veel mogelijk te corrigeren. Het wetsvoorstel voorziet in de eerste plaats in een directe schorsing van alle rechten die de verwerver heeft verkregen door de verwervingsactiviteit, zoals stem- en informatierechten, zeggenschap, et cetera. Alleen het recht op de opbrengsten van een onderneming, dividend en de uitkeringen uit de reserves blijft intact (zie artikel 30, aanhef, van het wetsvoorstel). Door alle vormen van zeggenschap, informatierechten, invloed, et cetera, van rechtswege op te schorten bij schending van de meldplicht wordt geregeld dat deze invloed niet uitgeoefend mag worden en ook geen effect mag hebben. Om deze schorsing ook zelf weer effectief te laten zijn is de doelonderneming verplicht naar beste vermogen gevolg te geven aan de schorsing (zie artikel 31 van het wetsvoorstel). Dit kan bijvoorbeeld inhouden dat de doelonderneming de deelname van de verwerver aan de algemene vergadering moet verhinderen of geen informatie deelt met de verwerver. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen ten aanzien van een doelonderneming die beursgenoteerd is nadere regels worden gesteld hoe de doelonderneming gevolg kan geven aan deze schorsing (zie artikel 45, vijfde lid, van het wetsvoorstel).

Zo zal een beursgenoteerde doelonderneming aan de professionele partijen in het effectenverkeer, zoals een centraal instituut, intermediair, instelling in het buitenland, bewaarder van een beleggingsinstelling, et cetera, moeten verzoeken om een bericht door te geleiden naar de verwerver met contactgegevens en informatie dat deze is geschorst. Deze partijen zijn verplicht aan dat verzoek tot het overbrengen van dat bericht medewerking te verlenen. Naar aanleiding van reacties uit de internetconsultaties is de verplichting tot medewerking van professionele partijen uit de bewaarketen om effectief gevolg te geven aan de schorsing vervallen. Hierbij heeft de vereniging van gebruikers en aanbieders in Nederland van de effecteninfrastructuur (DACSI) erop gewezen dat als gevolg van Europese regelgeving<sup>31</sup> de doelonderneming als uitgevende instelling inmiddels alle informatie ontvangt die nodig is om zelf te beoordelen welke uitgebrachte stemmen door de schorsing (moeten) worden getroffen. Gelet hierop en in samenhang met de andere voorzieningen die met dit wetsvoorstel zijn getroffen is bij nader inzien ervan afgezien de medewerkingsplicht in dit wetsvoorstel verder uit te werken en vast te leggen. De schorsing is ook zonder deze medewerkingsverplichting effectief.

Het wetsvoorstel voorziet in de tweede plaats in de mogelijkheid voor de Minister om binnen een termijn van drie maanden nadat de verwervingsactiviteit bij de Minister bekend is geworden, de meldingsplichtigen te

<sup>31</sup> Het betreft Richtlijn 2017/828/EU van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn 2007/36/EG wat het bevorderen van de langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders betreft (PbEU 2017, L 132) die geïmplementeerd is bij Wet van 6 november 2019 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, de Wft en de Wet giraal effectenverkeer ter uitvoering van Richtlijn 2017/828/EU van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn 2007/36/EG wat het bevorderen van de langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders betreft (PbEU 2017, L 132). En voorts Uitvoeringsverordening (EU) 2018/1212 van de Commissie van 3 september 2018 tot vaststelling van minimumeisen ter uitvoering van de bepalingen van Richtlijn 2007/36/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de identificatie van aandeelhouders, de doorgifte van informatie en het faciliteren van de uitoefening van aandeelhoudersrechten (PbEU 2018, L 223).

gelasten binnen een door de Minister vast te stellen redelijke termijn alsnog een melding te doen overeenkomstig artikel 11. Deze bevoegdheid van de Minister, neergelegd in artikel 16, tweede lid, is erop gericht om te voorkomen dat door begrijpelijke omissies, onduidelijkheden, verkeerde adviezen van adviseurs of onbekendheid met de meldplicht een verwervingsactiviteit die in strijd met de meldplicht heeft plaatsgevonden, te allen tijde ongedaan wordt gemaakt of moet worden gemaakt. Door deze bevoegdheid kan een fundamenteel gebrek worden geheeld door de verwervingsactiviteit alsnog aan een toetsing te onderwerpen. Door een positieve mededeling dat geen toetsingsbesluit vereist is of door een positief toetsingsbesluit (met daaraan verbonden voorschriften) wordt het gebrek van niet-melding geheeld. Dit draagt bij aan de proportionaliteit van de meldplicht en biedt de Minister de mogelijkheid om desgewenst een reeds verrichte – maar onrechtmatige – verwervingsactiviteit alsnog inhoudelijk te beoordelen. Dit laat evenwel onverlet dat tot het moment van een positieve mededeling of tot is voldaan aan de voorschriften in een positief toetsingsbesluit de verwerper krachtens dit wetsvoorstel in zijn rechten is geschorst, met uitzondering van zijn rechten op de opbrengsten, dividenden of uitkeringen uit de reserves. Overigens kan een dergelijke toetsing alsnog leiden tot een verbod waarna de verwerper verplicht is de verworven zeggenschap of invloed af te stoten. Het wetsvoorstel voorziet in de derde plaats in een tweetal bevoegdheden voor de Minister om de effectiviteit van de schorsing te waarborgen in geval er juist bij de doelonderneming risico's zijn dat de schorsing niet effectief ten uitvoer wordt gelegd of wanneer de schorsing tot gevolg heeft dat de doelonderneming niet goed in staat is om een vitaal proces te beheren. De eerste bevoegdheid geeft de Minister de mogelijkheid om indien het noodzakelijk is om de effectiviteit van de schorsing te waarborgen, een of meer personen aan te wijzen die opdrachten kunnen verstrekken aan de doelonderneming om het feitelijke effect van de schorsing te bewerkstelligen (artikel 32 van het wetsvoorstel). De doelonderneming, met inbegrip van bestuurders, commissarissen, feitelijk leidinggevend en andere werknemers zijn verplicht alle informatie te verstrekken aan de aangewezen persoon met het doel de schorsing effectief te laten zijn. Ook geldt er een medewerkingsverplichting ten opzichte van de aangewezen persoon (zie artikel 32, derde lid, van het wetsvoorstel). De mogelijkheid om een aangewezen persoon binnen een doelonderneming te parachuter en bepaalde bevoegdheden aan deze persoon te verstrekken, is met name gericht op het mitigeren van het risico dat door (feitelijk) handelen van de doelonderneming en diens bestuur en sleutelfunctionarissen het effect van de schorsing teniet wordt gedaan. Deze bevoegdheid zal door de Minister niet lichtvaardig worden uitgeoefend en zal met name ingezet kunnen worden indien door de gerealiseerde verwervingsactiviteit een zeer grote verwevenheid tussen de verwerper en de doelonderneming is ontstaan, waardoor de zelfstandigheid van de doelonderneming niet meer aanwezig is of betwijfeld kan worden dat de doelonderneming zelfstandig kan handelen. De tweede bevoegdheid gaat een stap verder en is toegespitst op vitale aanbieders. Ten aanzien van vitale aanbieders kan de Minister een of meer personen aanwijzen die de leiding van de doelonderneming overnemen indien er sprake is van een schorsing en (cumulatief) sprake is van een risico op misbruik of uitval van de doelonderneming (zie artikel 33 van het wetsvoorstel). Bij deze bevoegdheid wordt – weliswaar tijdelijk – het bestuur van de doelonderneming vervangen. Deze bevoegdheid is toegespitst op vitale aanbieders, omdat hiervoor de continuïteit van het vitaal proces doorslaggevend is. Het is namelijk goed voorstelbaar dat door de schorsing de verwerper die de zeggenschap zou hebben niet langer bereid is om financiering ter beschikking te stellen om de exploitatie van het vitaal proces voort te zetten, maar ook niet bereid is om toe te staan dat het ondernemingsbestuur alternatieve oplossingen onder-

zoekt. Nu bij vitale processen de continuïteit en betrouwbaarheid van het vitaal proces centraal staat, biedt deze bevoegdheid de mogelijkheid om dat te waarborgen zonder afbreuk te doen aan de effectiviteit van de meldingsplicht en de daaraan verbonden schorsing in geval van overtreding van de meldingsplicht.

Het wetsvoorstel regelt in de vierde plaats dat bij overtreding van de meldplicht en de daaraan verbonden noodzakelijke voorafgaande toetsing een bestuurlijke boete kan worden opgelegd (zie artikel 51, tweede lid, van het wetsvoorstel). De boete die kan worden opgelegd betreft € 870.000 (geldboete van de zesde categorie) of indien een geldboete van de zesde categorie geen passende bestraffing toelaat, ten hoogste 10% van de omzet van de desbetreffende onderneming (artikel 51, derde lid, van het wetsvoorstel).

#### **4.8 Onjuiste of onvolledige informatie bij de melding**

Het wetsvoorstel houdt niet alleen rekening met de omstandigheid dat (mogelijk per abuis) een voorafgaande melding niet heeft plaatsgevonden bij een verwervingsactiviteit als bedoeld in dit wetsvoorstel. Ook is het zeer goed voorstelbaar dat onjuiste of onvolledige informatie is verstrekt die de beoordeling waarop de mededeling of het toetsingsbesluit berust negatief heeft beïnvloed door een verkeerde of onvolledige voorstelling van zaken. Het gevolg hiervan is dat de toetsing van de voorgenomen verwervingsactiviteit onvolledig is en niet alle relevante aspecten zijn meegewogen. Om dit probleem op te lossen biedt het wetsvoorstel de Minister de mogelijkheid om binnen drie maanden nadat bij de Minister bekend werd of een redelijk vermoeden ontstond dat door een meldingsplichtige onjuiste of onvolledige informatie is verstrekt, de meldingsplichtige te gelasten binnen een redelijke termijn opnieuw een melding te doen. Vervolgens kunnen zich twee situaties voordoen: er wordt wel of niet opnieuw gemeld. Ongeacht of er gemeld is, voert de Minister na het verstrijken van de aan de last verbonden meldingstermijn een beoordeling uit. De Minister kan aan de hand hiervan de verwervingsactiviteit opnieuw op risico's voor de nationale veiligheid beoordelen aan de hand van de beoordelingsfactoren neergelegd in paragraaf 3.5 van het wetsvoorstel. Die beoordeling mondt ofwel uit in de schriftelijke bevestiging van instandhouding van de eerdere gedane mededeling dat geen toetsingsbesluit vereist is of leidt tot een ambtshalve toetsingsbesluit dat, in voorkomend geval, het eerdere toetsingsbesluit vervangt (artikel 17, derde lid, onder b). In het laatste geval zullen aan het toetsingsbesluit voorschriften verbonden zijn overeenkomstig artikel 23 en 24 of wordt de verwervingsactiviteit alsnog verboden.

Indien de Minister inderdaad in zo'n geval overgaat tot het gelasten van een nieuwe melding en daarmee tot een herbeoordeling van de verwervingsactiviteit overgaat, is de verwerver vanaf het moment van de last tot het moment van een positieve schriftelijke bevestiging of het nemen van het toetsingsbesluit geschorst in zijn rechten, met uitzondering van zijn financiële rechten (zie artikel 30, aanhef en onder e, van het wetsvoorstel). De werking van de schorsing is hierboven in paragraaf 4.7 beschreven en is gelijkelijk van toepassing op een schorsing krachtens deze bevoegdheid.

Naast deze mogelijkheid van herbeoordeling van de verwervingsactiviteit via een nieuwe toetsing met bijbehorend toetsingsbesluit voorziet het wetsvoorstel in de mogelijkheid voor de Minister om diegene die bij de melding onjuiste of onvolledige informatie verstrekt, een bestuurlijke boete op te leggen (zie artikel 11, vierde lid, juncto artikel 51, eerste lid, van het wetsvoorstel). Tevens is een dergelijke niet-nakoming een economisch delict (zie artikel 57 van het wetsvoorstel). Tot slot moet nog worden opgemerkt dat het verstrekken van onjuiste informatie onder

omstandigheden ook kan leiden tot het delict van valsheid in geschrifte (artikel 225 van het Wetboek van Strafrecht).

#### **4.9 Niet-nakoming van een toetsingsbesluit en de daaraan verbonden voorschriften**

Als een voorgenomen verwervingsactiviteit na een beoordeling is goedgekeurd via een toetsingsbesluit waaraan eisen of voorschriften zijn verbonden overeenkomstig de artikelen 23 en 24, dan dienen de verwerper en de doelonderneming zorg te dragen dat die eisen of voorschriften worden nagekomen (zie in dit verband artikel 26, eerste lid). Deze zijn namelijk van belang om de geïdentificeerde risico's voor de nationale veiligheid te mitigeren. Door eisen en voorschriften te stellen wordt het mogelijk dat de toetsing van een voorgenomen verwervingsactiviteit een proportionele uitkomst krijgt. Niet elk risico voor de nationale veiligheid kan een volledig verbod van een voorgenomen verwervingsactiviteit rechtvaardigen. Omgekeerd betekent dit niet dat elke voorgenomen verwervingsactiviteit maar onverkort doorgang moet vinden. De mogelijkheid om eisen of voorschriften aan een toetsingsbesluit te verbinden en daarmee de voorgenomen verwervingsactiviteit vanuit het belang van de nationale veiligheid in te kaderen, is naast de meldingsverplichting een cruciaal aspect van het stelsel van investeringstoetsing. Dit rechtvaardigt een aantal maatregelen om de nakoming van deze eisen en voorschriften te waarborgen, waarbij onder andere een koppeling wordt gelegd tussen de voortgezette zeggenschap en invloed en de nakoming van de voorschriften.

Het wetsvoorstel voorziet allereerst in de bevoegdheid voor de Minister – in geval de verwerper of de doelonderneming niet voldoet aan een of meer eisen of voorschriften die bij het toetsingsbesluit aan de verwervingsactiviteit zijn verbonden – de relevante partijen te gelasten binnen een redelijke termijn hier alsnog aan te voldoen (artikel 25, eerste lid). Het wetsvoorstel voorziet vervolgens in een bevoegdheid voor de Minister indien de verwerper na verloop van de redelijke termijn niet heeft voldaan aan de opgelegde last. De Minister kan in dat geval andere eisen of andere voorschriften opleggen die zijn opgesomd in het wetsvoorstel (zie artikel 25, tweede lid, onderdeel a). De Minister kan ook de verwervingsactiviteit alsnog verbieden (zie artikel 25, tweede lid, onderdeel b). Als deze bevoegdheid wordt uitgeoefend, zal de verwervingsactiviteit moeten worden teruggedraaid. Tot het moment dat de verwervingsactiviteit ongedaan is gemaakt, kunnen de verworven rechten niet worden uitgeoefend, met uitzondering van het recht op de opbrengst van de onderneming, dividenden en de ontvangst van uitkeringen uit de reserves (zie artikel 30, onderdeel c, van het wetsvoorstel). De werking van deze schorsing van rechten is hierboven in paragraaf 4.7 beschreven en is gelijkelijk van toepassing op een schorsing krachtens deze bevoegdheid. Het wetsvoorstel voorziet ten slotte in de mogelijkheid om in geval van het niet-nakoming of handelen in strijd met de eisen en voorschriften verbonden aan het toetsingsbesluit in de mogelijkheid om een bestuurlijke boete op te leggen (zie artikel 51, tweede lid, van het wetsvoorstel). Tevens is een dergelijke niet-nakoming een economisch delict (zie artikel 57 van het wetsvoorstel).

#### **4.10 Ongedaan maken van de verwervingsactiviteit**

Het in dit wetsvoorstel neergelegde stelsel van investeringstoetsing heeft als fundament de ex ante toetsing van voorgenomen verwervingsactiviteiten na een melding en de mogelijkheid deze verwervingsactiviteiten te verbieden of aan eisen of voorschriften te onderwerpen. De schending van een opgelegd verbod of het niet nakomen van een eis of voorschrift kan uiteindelijk en noodzakelijkerwijs leiden tot het ongedaan maken van

de onrechtmatig verrichte verwervingsactiviteit. Alleen onder de bijzondere omstandigheid dat een verwervingsactiviteit ongedaan gemaakt moet worden wegens veranderde omstandigheden zoals hierboven in paragraaf 4.5 is toegelicht, ligt het anders. Daar heeft de verwerving met toestemming van de Minister plaatsgevonden en zijn de verwerper en doelonderneming binnen de randvoorwaarden van het toetsingsbesluit gebleven, maar zijn er factoren buiten de beheersmacht van de verwerper en doelonderneming die tot een hernieuwd oordeel leiden. Ook voor deze situatie is de procedure voor het ongedaan maken van een verwervingsactiviteit hetzelfde (zie artikelen 28, tweede lid, en 42, eerste lid, van het wetsvoorstel), aangezien de desbetreffende voorschriften tot ongedaanmaking van toepassing zijn zowel op situaties waarin ten tijde van de uitvoering al een verbodsbesluit gold, als op situaties waarbij het toetsingsbesluit is genomen na de uitvoering van de verwervingsactiviteit. In het geval van veranderende omstandigheden zal sprake zijn van laatstgenoemde situatie, evenals in geval van enkele andere situaties waarop paragraaf 3.4 van het wetsvoorstel ziet. In het wetsvoorstel is een aantal mogelijkheden opgenomen om verwervingsactiviteiten die in strijd met een verbod zijn uitgevoerd, ongedaan te kunnen maken. Het wetsvoorstel voorziet in de eerste plaats in de nietigheid van investeringen die in strijd met het verbod hebben plaatsgevonden (zie artikel 28, eerste lid). Het gevolg hiervan is dat overeenkomsten en andere rechtshandelingen bij voorbaat (ex tunc) geen rechtsgevolg hebben en juridisch nimmer gevolg hebben gehad. Een verwerving heeft dan nimmer plaatsgevonden. Alle belanghebbenden dienen dan te handelen als ware de verwerving niet gerealiseerd en zij moet ongedaan worden gemaakt. Indien nodig kan de Minister zelf de nietigheid van de verwerving invoeren voor de civiele rechter indien de betrokkenen zich aan de nietigheid niks gelegen laten liggen in hun (feitelijk) handelen. Het heeft echter de voorkeur dat de Minister overgaat tot het actief opleggen van een last tot het ongedaan maken van de verwervingsactiviteit. Daardoor wordt de kenbaarheid verhoogd en de feitelijke effectiviteit van het overheidshandelen op korte termijn bevorderd (zie artikel 28, tweede lid). De nietigheid treft ingevolge artikel 28, eerste lid, uitsluitend verwervingsactiviteiten die nog moeten worden uitgevoerd. Een krachtens een ontheffing reeds eerder uitgevoerde verwervingsactiviteit wordt niet door deze nietigheid ex tunc getroffen.

Een belangrijke uitzondering op de nietigheid van de verwerving geldt voor rechtshandelingen die samenhangen met de verwervingsactiviteit die plaatsvindt via een effectenafwikkelingssysteem. Deze uitzondering voor het effectenverkeer hangt samen met de noodzaak om de rechtszekerheid en de finaliteit van handelstransacties in effecten niet in gevaar te brengen door het effect van nietigheid. Voor deze rechtshandelingen voorziet het wetsvoorstel in een andere procedure. Daarin gelast de Minister de verwerper om binnen een redelijke termijn de zeggenschap of significante invloed die met de verwervingsactiviteit is verkregen terug te brengen of te beëindigen (zie artikel 42, eerste lid). Net als bij de hierboven beschreven schorsing kan de (professionele) partij die als laatste in het effectenverkeer is geïdentificeerd als deelgenoot in het depot van effecten van de beursgenoteerde onderneming of als cliënt van een bewaarder van die effecten, overgaan tot terugbrenging of vervreemding van het in depot aanwezige aandelenbelang. Het gevolg van deze vaststelling is dat de verplichting tot het ongedaan maken effect heeft op alle effecten (en daaruit voortvloeiende rechten) die de desbetreffende professionele partij in beheer heeft via het effectendepot. Daarmee is een prikkel ingebouwd voor deze partij om daadwerkelijk zorg te dragen dat alleen die deelgenoot in het depot zijn effecten verkoopt waarop het verbod van toepassing is (zie artikel 42, eerste, tweede en vierde lid).

In de tweede plaats voorziet het wetsvoorstel voor bepaalde verboden verwervingsactiviteiten die niet nietig zijn in een systematiek die inhoudt dat de Minister twee wegen kan bewandelen om het gewenste resultaat te bereiken. De Minister kan enerzijds de verwerver of de doelonderneming gelasten de noodzakelijke handelingen te verrichten om de ongewenste effecten van de verwervingsactiviteit te voorkomen of de verwervingsactiviteit ongedaan te maken (zie artikel 28, tweede lid). Het volgen van deze weg verhoogt de kenbaarheid en de feitelijke effectiviteit van het overheidshandelen op korte termijn. Anderzijds kunnen dergelijke handelingen op grond van het bepaalde in het wetsvoorstel door een rechterlijke uitspraak vernietigd worden (zie artikel 28, derde lid). Op grond van artikel 49 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek kan een vernietigbare rechtshandeling worden vernietigd, hetzij door een buitengerechterlijke verklaring, hetzij door een rechterlijke uitspraak. Omwille van de rechtszekerheid en rechtsbescherming kan de Minister een vernietiging uitsluitend via de rechter bewerkstelligen. In de derde plaats kent het wetsvoorstel een procedure die rekening houdt met de mogelijkheid dat de verwerver (of in bepaalde gevallen de doelonderneming) niet overgaat tot het ongedaan maken van de verwervingsactiviteit. Deze procedure wordt hierna toegelicht.

#### *Ongedaan maken zonder medewerking van de verwerver*

Afhankelijk van de vraag of er sprake is van een beursgenoteerde onderneming voorziet het wetsvoorstel in twee mogelijkheden om het ongedaan maken alsnog te realiseren tegen de wensen van de verwerver in. In geval van een niet-beursgenoteerde onderneming is de Minister na afloop van een door hem gestelde redelijke termijn bij uitsluiting onherroepelijk gemachtigd om namens en voor rekening van de verwerver of doelonderneming, diens aandelen overeenkomstig de last te vervreemden of anderszins uitvoering te geven aan de opgelegde last (zie artikel 29, eerste lid). De opbrengst van de vervreemding is uiteindelijk bestemd voor respectievelijk de oud-verwerver of de doelonderneming. Over de termijn waarbinnen uitvoering wordt gegeven aan deze bevoegdheid en de wijze waarop, voor zover van toepassing, opbrengst wordt verstrekt aan of ten bate komt van de verwerver, kunnen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld (zie artikel 29, tweede lid). Tot zover de niet-beursgenoteerde onderneming.

In geval van een beursgenoteerde onderneming is paragraaf 6.4 van het wetsvoorstel aan de orde. Deze paragraaf is onderdeel van het hoofdstuk dat uitsluitend op beursgenoteerde ondernemingen ziet. Bij een beursgenoteerde onderneming beschikt de verwerver over effecten met het karakter van aandelen in die onderneming. Het betreft effecten in depots die via een effectenafwikkelingssysteem verhandeld kunnen worden, waaronder met gebruikmaking van gereguleerde markten en multilaterale handelsfaciliteiten. In het aandelhoudersregister van de Nederlandse vennootschap (artikel 85 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek) zullen voor die aandelen die in het effectenverkeer zijn gebracht, een centraal instituut of een intermediair in het register zijn vermeld als aandeelhouder. Dit vloeit voort uit respectievelijk artikel 8 van de Wet giraal effectenverkeer voor verhandelbare aandelen in de zin van artikel 79, eerste lid, of artikel 187 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, en uit artikel 8b, van de Wet giraal effectenverkeer voor effecten op naam die zijn geleverd aan een intermediair of aan een centraal instituut met vermelding van de datum waarop die aandelen zijn gaan behoren tot het verzameldepot of girodepot.

De doelonderneming is een uitgevende instelling in de zin van artikel 49a, onderdeel d, van de Wet giraal effectenverkeer en heeft dus via het eigen aandelhoudersregister en het feit dat het een uitgevende instelling is,

een relatie met het startpunt van de bewaarketen van effecten met een aandelenkarakter. Dit startpunt betreft een centraal instituut, intermediair, bewaarder of een instelling in het buitenland, waarbij een centraal instituut een cruciale rol vervult door de International Securities Identification Numbers (ISIN) toe te kennen voor de uitgegeven effecten. De geregistreerde partij en verdere partijen in het effectenverkeer hebben zowel via contractuele afspraken als via technische middelen een nauwe samenwerking, waarbij verplichtingen en acties verbonden aan de uitgevende instelling kunnen worden verlegd. Het kan bijvoorbeeld gaan om het uitkeren van dividenden en het laten registeren van de investeerder die een effectenrekening aanhoudt bij een van deze partijen. Die registratie biedt dan een titel voor deelname aan de algemene vergadering van aandeelhouders. Dit systeem kan in een derde land gelegen zijn, waardoor er geen sprake is van effecten die rechtstreeks binnen de Nederlandse territoriale jurisdictie vallen. Verder kan het zonder medewerking van de verwerver ongedaan maken van de verwervingsactiviteit stuiten op het niet verkrijgen van volledig inzicht in de partijen die deel uitmaken van de bewaarketen die naar de verwerver leidt. Om hier een oplossing voor te bieden wordt aangegrepen bij de samenwerking tussen de doelonderneming wiens effecten worden verhandeld en de professionele financiële partijen die dit effectenverkeer ondersteunen. Deze oplossing neemt als vertrekpunt de partij in de bewaarketen die het dichtste bij de onwillige verwerver staat. Indien onduidelijkheid over de eigendomsstructuur en -verhoudingen van de verwerver bestaat, zal de partij die als laatste is geïdentificeerd in de bewaarketen degene zijn die het dichtste bij de verwerver staat. Door een actie op het vervreemden of terugbrengen van de bij deze als laatste bekende partij aanwezige aandelenbelang, zullen zo min mogelijk andere deelgenoten of cliënten in het depot waarin de verwerver direct of indirect deelneemt getroffen worden. Hierbij is eerder al de weg afgelegd dat de desbetreffende partij in de bewaarketen tevergeefs was verzocht de identiteit van die andere deelgenoten of cliënten door te geven en, als dat niet mogelijk is gebleken of daartoe geen bereidheid bestond, in ieder geval een bericht als boodschapper aan hen door te geven waaruit blijkt dat vervreemding of terugbrenging aan de orde kan zijn als de identiteit niet (alsnog) wordt doorgegeven.

Om die vervreemding of terugbrenging van het aandelenbelang uit het depot zonder medewerking van de verwerver vervolgens te bereiken, bevat het wetsvoorstel voorschriften die de doelonderneming onherroepelijk machtigen en verplichten het aandelenbelang namens en voor rekening van de verwerver terug te brengen. Hiermee beschikt de doelonderneming over een titel om ter uitvoering van deze verplichting opdracht tot vervreemding en terugbrenging te geven aan de partij in de bewaarketen die voor de verwerver een aandelenbelang in een depot houdt, bewaart of administreert. De verwerver zelf heeft nagelaten de verwervingsactiviteit ongedaan te maken, zodat thans de (professionele) partij in de bewaarketen die het dichtst bij de verwerver staat de opdracht van de beursgenoteerde doelonderneming krijgt om dit te doen. Indien het een (professionele) partij in een derde land betreft, is de kans aanwezig dat die geen uitvoering zal geven aan een dergelijke opdracht. In dat geval schuift de opdrachtverlening noodgedwongen telkens door naar een volgende partij verderop in de bewaarketen totdat een partij wordt bereikt die bereid is de opdracht uit te voeren. De desbetreffende vervreemding of terugbrenging beperkt zich tot een vermindering met een hoeveelheid waarvoor de verwerver direct of indirect deelgenoot is in het depot en komt alleen ten laste van de verwerver.

In het uiterste geval kan het zich voordoen dat geen enkele (buitenlandse) partij in de bewaarketen bereid blijkt te zijn of medewerking kan verlenen aan de uitvoering van een opdracht tot vervreemding of terugbrenging. In dat geval wordt teruggekeerd naar het startpunt van de bewaarketen. De

Minister verplicht de beursgenoteerde doelonderneming het aandelenbelang waarvoor de verwerver direct of indirect deelgenoot is in een depot van het centraal instituut (of de instelling buiten de Europese Unie met een functie vergelijkbaar met die van centraal instituut) met uitsluiting van anderen te leveren aan de verwerver (artikel 44 van het wetsvoorstel). De verwerver is als deelgenoot reeds rechthebbende, maar tot levering wordt het aandelenbelang uit het depot gehaald en komt dit op naam van de verwerver te staan. Hiermee wordt het mogelijk dit aandelenbelang van de verwerver afzonderlijk te vervreemden of terug te brengen. Om dit te bewerkstelligen moet het aandelenbelang in het aandelenregister op naam van de verwerver worden gesteld, onder evenredige vermindering van het aandelenbelang dat op naam van de professionele partij, zoals het centraal instituut, in dat register geregistreerd staat. De professionele partij is niet langer aandeelhouder voor het deel dat rechtstreeks op naam van de verwerver is gesteld. De verplichte vermindering van het aandelenbelang in het depot voor het aandelenbelang dat deze professionele partij houdt, zal in beginsel iedere deelgenoot of cliënt treffen. Die deelgenoten of cliënten zullen zich tot de professionele partij wenden en bezwaar maken tegen een vermindering die hen treft, terwijl zij daar part noch deel aan hebben. De professionele partij is op grond van het wetsvoorstel verplicht om het aandelenbelang in het eigen depot uitsluitend en volledig ten laste van de deelgenoot of cliënt te verminderen die (uiteindelijk) in de keten in verband kan worden gebracht met de verwerver. Door over te gaan tot vermindering vindt een correctie plaats waardoor binnen het depot alleen die deelgenoot of cliënt wordt getroffen die in verband met de verwerver kan worden gebracht. De deelgenoot of cliënt ten laste van wie is verminderd, kan eveneens een (professionele) partij zijn die weer voor anderen houdt, zodat een kettingreactie van vermindering in aandelenbelang in de keten optreedt, die eindigt bij de uiteindelijke verwerver.

#### **4.11 Identificatie en informatievergaring**

Een cruciaal onderdeel voor de effectiviteit van het ex ante toetsen van voorgenomen verwervingsactiviteiten op risico's voor de nationale veiligheid is het verkrijgen van de juiste informatie over de verwerver, de doelonderneming, de aard en inhoud van de voorgenomen verwervingsactiviteit, de kenmerken en eventuele sensitieve aspecten die zijn verbonden aan de doelonderneming en de relaties die de verwerver en de doelonderneming weer met andere partijen in het economisch verkeer onderhouden. Het wetsvoorstel leunt sterk op de informatie die de verwerver en doelonderneming verstrekken (zie artikel 11). Daarnaast voorziet het wetsvoorstel in informatiebronnen die de Minister kan gebruiken om het beeld over de voorgenomen verwervingsactiviteit compleet te krijgen, zoals informatie opgenomen in basisregistraties of informatie die beschikbaar is bij andere overheidsdiensten of partijen met een wettelijke taak (zie artikel 34 van het wetsvoorstel). Een bijzondere voorziening is gericht op de vaststelling van de eigendomsstructuur en -verhoudingen binnen de verwerver, voor zover deze een onderneming is, of binnen de doelonderneming. Ook is een voorziening geregeld ten aanzien van het verduidelijken van de identiteit van een houder van zeggenschap of significante invloed in een beursgenoteerde doelonderneming en de banden die deze houder heeft met derden (zie artikel 38 van het wetsvoorstel). Voor dit laatste wordt wederom gebruik gemaakt van de bewaarketen om zo scherp mogelijk de identiteit te achterhalen (zie artikel 39 van het wetsvoorstel). Daarnaast voorziet het wetsvoorstel in een specifieke procedure gericht op beursgenoteerde ondernemingen voor het geval het niet lukt om via een partij binnen de bewaarketen de identiteit te achterhalen van daar achterliggende betrokkenen, zoals deelgenoten in een depot of cliënten voor wie een aandelenbelang wordt

bewaard, aangehouden of geadministreerd. In dat geval fungeert de als laatste geïdentificeerde partij in de bewaarketen als boodschapper door een bericht met een verzoek om identificatie door te geleiden naar de achterliggende betrokkenen (zie artikel 40 van het wetsvoorstel en de toelichting daarop).

Tot slot voorziet het wetsvoorstel in de uitzonderlijke bevoegdheid tot binnentreden en doorzoeking in een woning zonder toestemming van de bewoner (artikelen 47 tot en met 50 van het wetsvoorstel). Deze uitzonderlijke bevoegdheid is ingegeven door de ervaringen die bij het mededingings- en concentratietoezicht zijn opgedaan: om bepaalde informatie over onrechtmatige gedragingen te verhullen blijken bestuurders en sleutelfunctionarissen de relevante informatie in de eigen woning te bewaren. Het is zeer goed voorstelbaar dat dit ook het geval zal zijn bij de ex ante toetsing van voorgenomen verwervingsactiviteiten, waarbij de doelonderneming en diens bestuurders en sleutelfunctionarissen onwettelijke informatie trachten te verhullen over de voorgenomen transactie. Van deze zware bevoegdheid zal alleen in uitzonderingsgevallen gebruik worden gemaakt als er duidelijke aanwijzingen zijn dat de relevante informatie mogelijk aanwezig is in een woning. Alle noodzakelijke waarborgen die nodig zijn voor het betreden en doorzoeken van een woning zijn in het wetsvoorstel opgenomen.

## **5. Verhouding tot internationaal recht**

### **5.1 Europees recht**

#### **5.1.1 Algemeen**

De totstandkoming van dit wetsvoorstel moet ook worden gezien tegen de achtergrond en in de context van de inwerkingtreding van verordening (EU) 2019/452 van het Europees Parlement en de Raad van 19 maart 2019 tot vaststelling van een kader voor de screening van buitenlandse directe investeringen in de Unie (PbEU 2019, L 79) (FDI-screeningsverordening). De FDI-screeningsverordening bevat geen verplichting tot het instellen of aanpassen van een wettelijk regime ter bescherming van de nationale veiligheid bij verkrijgingen van zeggenschap over of invloed op ondernemingen in EU-lidstaten door investeerders uit een derde land (zie overwegingen 7 en 8 en artikel 1, tweede lid, en artikel 3, eerste lid, van de verordening). Met de Uitvoeringswet zijn die elementen geregeld die noodzakelijk zijn om de effectieve werking van de verordening te waarborgen en Nederland te laten voldoen aan de verplichtingen uit de verordening. Weliswaar dwingt de FDI-screeningsverordening niet tot het instellen van een wettelijk regime voor het beoordelen van directe investeringen, maar het biedt de lidstaten wel uitdrukkelijk de mogelijkheid daartoe en geeft ook op hoofdlijnen de parameters waar zo'n stelsel in algemene zin aan moet voldoen (zie bijvoorbeeld artikel 3, tweede tot en met vijfde lid, van de FDI-screeningsverordening). De verordening laat evenwel de toepasselijkheid van de bepalingen inzake het vrij verkeer onverlet (zie overweging 10, laatste zin, van de FDI-screeningsverordening). De verenigbaarheid van het wettelijk regime zoals neergelegd in dit wetsvoorstel met de FDI-screeningsverordening wordt in paragraaf 5.1.3 van deze toelichting nader uitgewerkt. Het wetsvoorstel bevat een wettelijk regime ter bescherming van de nationale veiligheid bij verkrijgingen van zeggenschap over vitale aanbieders of zeggenschap over of significante invloed op ondernemingen in Nederland die beschikken over sensitieve technologie. Dit regime maakt geen onderscheid naar de nationaliteit of herkomst van de investeerders en bevat elementen die een belemmering kunnen vormen van de vrijheden op de interne markt die in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) zijn verankerd. In het bijzonder gaat het dan om het vrij verkeer van kapitaal (artikel 63 VWEU),

het vrij verkeer van goederen (artikel 28 VWEU), het vrij verkeer van diensten (artikel 56 VWEU) en de vrijheid van vestiging (artikel 49 VWEU). Deze mogelijke belemmeringen moeten gerechtvaardigd kunnen worden met een beroep op een rechtvaardigingsgrond, zoals de openbare veiligheid. Daarnaast vergt een rechtvaardiging van een belemmering van de interne markt dat de regeling proportioneel is. Daarbij moet worden gezien of de maatregelen geschikt zijn om het beoogde doel te bereiken, niet verder gaan dan noodzakelijk en moet duidelijk zijn dat er geen andere minder ingrijpende maatregelen zijn waarmee hetzelfde doel kan worden bereikt.

In artikel 1 van het wetsvoorstel is nationale veiligheid gedefinieerd om, voor zover mogelijk, duiding te geven aan de inhoud van dit begrip. Dit is gedaan aan de hand van twee sporen. In de eerste plaats is voor het begrip nationale veiligheid aansluiting gezocht bij bestaande nationale wetgeving. En in de tweede plaats wordt het begrip direct in verbinding gebracht met de hiervoor relevante artikelen en begrippen uit het VWEU, zodat dit niet te beperkt of te ruim wordt opgevat.

Wat betreft het eerste spoor, is vastgesteld dat het begrip «nationale veiligheid» weliswaar in een behoorlijk aantal wetten wordt aangehaald, maar nergens wordt gedefinieerd. Het meeste houvast hiervoor biedt nog de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017 (Wiv 2017). Het begrip nationale veiligheid in de Wiv 2017 is hetzelfde als in het EVRM en volgt de uitleg daarvan door het EHRM. In de Wiv 2017 staan de taken «in het belang van de nationale veiligheid» van de AIVD en van de MIVD omschreven. Met name artikel 8 van de taakomschrijving van de AIVD in die wet bevat een aantal kernelementen voor de nationale veiligheid. De eerste taak die de AIVD op grond van artikel 8, tweede lid, onderdeel a, heeft is het verrichten van onderzoek met betrekking tot organisaties en personen die door de doelen die zij nastreven, dan wel door hun activiteiten aanleiding geven tot het ernstige vermoeden dat zij een gevaar vormen voor het voortbestaan van de democratische rechtsorde, dan wel voor de veiligheid of voor andere gewichtige belangen van de staat. In deze taakomschrijving wordt de nationale veiligheid in verband gebracht met de kernelementen «het voortbestaan van de democratische rechtsorde» en met «voor de veiligheid of voor andere gewichtige belangen van de staat». Een taak van de AIVD die hiermee op grond van artikel 8, tweede lid, onderdeel c, verband houdt, is het bevorderen van maatregelen ter bescherming van de hiervoor zojuist genoemde belangen. Daaronder worden begrepen maatregelen ter beveiliging van gegevens waarvan de geheimhouding door de nationale veiligheid wordt geboden en van die onderdelen van de overheidsdienst en van het bedrijfsleven die naar het oordeel van de ter zake verantwoordelijke Ministers van vitaal belang zijn voor de instandhouding van het maatschappelijk leven. Hiermee wordt de nationale veiligheid voor wat betreft beveiliging van gegevens in relatie gebracht met «vitaal belang» voor «de instandhouding van het maatschappelijk leven», waarbij wordt onderkend dat dit ook het bedrijfsleven betreft.

Afgezien van deze voor de nationale veiligheid relevante wetgeving is officieel rijksoverheidsbeleid hierover vastgelegd in de openbaar toegankelijke Nationale Veiligheid Strategie. Deze strategie baseert zich op een definitie van het begrip nationale veiligheid, waarin de maatschappij centraal wordt gesteld. Nationale veiligheid wordt in die strategie gedefinieerd als dat de Nederlandse vitale, ofwel nationale veiligheidsbelangen, in het geding dienen te zijn en de bedreiging van deze belangen dermate ernstig dient te zijn, dat sprake is van (potentiële) maatschappelijke ontwrichting. De dreiging van een (potentiële) maatschappelijke ontwrichting en daarmee van het maatschappelijk leven is aldus een cruciale voorwaarde voor de aanwezigheid van een nationaal veiligheidsbelang. De strategie noemt de belangen die tot de nationale veiligheid worden gerekend: territoriale veiligheid, fysieke veiligheid, economische

veiligheid, ecologische veiligheid, sociale en politieke stabiliteit en internationale rechtsorde. Tevens worden trends en ontwikkelingen geschetst die de nationale veiligheid beïnvloeden.

In het licht van het bovenstaande is bij het formuleren van een definitie van nationale veiligheid gebruik gemaakt van enkele kernelementen voor de nationale veiligheid uit de Wiv 2017, met dien verstande dat voor de afbakening van de reikwijdte hiervan tevens is gekeken naar de definitie die in de Nationale Veiligheid Strategie wordt gebruikt. Voor de toepassing van dit wetsvoorstel kan onder nationale veiligheid enkel worden verstaan de veiligheidsbelangen die binnen het Koninkrijk wezenlijk zijn voor het voortbestaan van de democratische rechtsorde, voor de veiligheid of voor andere gewichtige belangen van de staat, of voor de instandhouding van de maatschappelijke stabiliteit. Dit zijn de doelen van nationale veiligheid. Binnen deze doelen is een begrenzing aangebracht. De doelen moeten zien op het raakvlak tussen economie en veiligheid, zodat de nationale veiligheid vanuit die invalshoek opgevat dient te worden. Omdat dit erg algemeen is geformuleerd, geeft de definitie van nationale veiligheid daaraan nadere invulling. Het dient hierbij te gaan om de instandhouding van de continuïteit van vitale processen, het behoud van de integriteit en exclusiviteit van kennis en informatie met kritieke of strategische betekenis voor Nederland, en het voorkomen van ongewenste strategische afhankelijkheden van Nederland van andere landen. Voor het vaststellen of de nationale veiligheid in deze zin opgevat voor de toepassing van dit wetsvoorstel in het geding is, verschaft de Nationale Veiligheid Strategie context. Deze strategie is echter niet allesbepalend, bijvoorbeeld wanneer plotselinge of onverwachte nieuwe dreigingen opdoemen die nog niet in die strategie verwerkt zijn.

Indien een veiligheidsbelang aan de orde is dat onder dit deel van de definitie van het wetsvoorstel valt, kan dit enkel tot een nationaal veiligheidsbelang leiden, indien dit valt onder de nationale veiligheid als bedoeld in artikel 4, tweede lid, van het Verdrag betreffende de Europese Unie, de openbare veiligheid als bedoeld in de artikelen 45, derde lid, 52, eerste lid, en 65, eerste lid, onderdeel b, van het VWEU, de nationale veiligheid als genoemd in artikel 4, tweede lid, van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) en de wezenlijke belangen van de veiligheid van de staat als bedoeld in artikel 346, eerste lid, onderdeel a, van het VWEU. Dit is het tweede spoor dat de definitie omvat. Deze toevoeging stelt zeker dat voor de toepassing van dit wetsvoorstel het nationaal veiligheidsbelang in het licht van het VWEU-Verdrag juist wordt opgevat. De vrijheid van de Minister(s) om in te grijpen is dan ook ingeperkt tot die situaties waarin de veiligheid, zoals in de definitie is geduid, in het geding is. De verwijzing naar de V(W)EU-artikelen, daarop gebaseerde jurisprudentie in samenhang bezien met het meer materiële deel van de definitie van het begrip nationale veiligheid bepaalt op welke gronden de Minister een besluit kan nemen en geeft richting aan de eisen en voorschriften die de Minister aan zijn besluiten kan verbinden.

De in dit kader relevante, in het wetsvoorstel opgenomen maatregelen zijn de meldplicht voor bepaalde verwervingsactiviteiten (artikel 11), het opleggen van bepaalde maatregelen in verband met een verwervingsactiviteit (artikelen 23 en 24), het mogelijke verbod tot het verrichten van een verwervingsactiviteit (artikel 25) en de maatregelen of verbod die worden opgelegd in een nieuw toetsingsbesluit ingeval van een naderhand voordoend zwaarwegend risico (artikel 27).

In de volgende paragraaf zal worden ingegaan op deze maatregelen in relatie tot de verdragsvrijheden.

### 5.1.2 De verdragsvrijheden en dienstenrichtlijn

*Verhouding tot het vrij verkeer van kapitaal, de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van goederen*

Voor de in de artikelen 2 en 3 bedoelde verwervingsactiviteiten geldt dat die ingeval van het ontbreken van een positieve mededeling van de Minister niet mogen plaatsvinden voordat een daaraan voorafgaand toetsingsbesluit is genomen. Volgens vaste jurisprudentie van het HvJEU vormt de verplichting om voorafgaand toestemming te verkrijgen bij buitenlandse directe investeringen een belemmering van het vrij verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging (zie arresten van het HvJEU van 14 december 1995, *Sanz de Lera e.a.*, gevoegde zaken C-163/94, C-165/94, C-250/94, overwegingen 24–25 en van 14 maart 2000, *Église de Scientologie*, zaak C-54/99, overwegingen 14–15). Hetzelfde geldt voor de verplichting om voorafgaand toestemming te krijgen voor de verwerving van (roerende) vermogensbestanddelen die via de verwerving uitgevoerd zouden kunnen worden naar een andere lidstaat of een derde land. In die gevallen is er sprake van een belemmering van het vrij verkeer van goederen (zie arrest HvJEU van 12 juli 1973, *Riseria Luigi Geddo*, zaak 2/73).

Een dergelijke voorafgaande toetsingsprocedure dient dan ook noodzakelijk zijn ter bescherming van een dwingende reden van algemeen belang of een van de belangen die in het VWEU zijn opgenomen om een belemmering van het vrij verkeer te kunnen rechtvaardigen. In onderhavig geval zijn de dwingende redenen van algemeen belang zoals ook verdragsrechtelijk is vastgelegd in bijvoorbeeld artikel 52, eerste lid, en artikel 36 van het VWEU het belang van de openbare veiligheid dat met deze ante toetsing wordt nagestreefd.

Gelet op de aard van de ondernemingen die vitale aanbieders zijn, of actief zijn op het gebied van sensitieve technologie, kan bij het verkrijgen van zeggenschap over of significante invloed op de onderneming de nationale veiligheid in gevaar komen, ingeval enkel ex post ingegrepen kan worden wanneer door de uitoefening van zeggenschap of invloed er een risico voor de openbare veiligheid ontstaat. Indien met de uitoefening van de zeggenschap of invloed de doelonderneming bepaalde informatie deelt, de kwetsbaarheid van bepaalde vitale processen verhoogt of de bedrijfsvoering en marktpositie zodanig inricht dat er een ongewenste strategische afhankelijkheid van een andere mogendheid ontstaat, zijn er gevolgen die achteraf niet of slechts beperkt herstelbaar zijn. Een ex ante toets op het verrichten van activiteiten zoals gedefinieerd is dan ook noodzakelijk om het belang van de openbare veiligheid te beschermen. Een ex ante toetsing is bovendien een geschikt middel, omdat de Minister aan de hand van de geschetste factoren kan nagaan wat de achtergrond is van degene die de activiteit verricht, wat zijn motieven zijn en wat de mogelijke gevolgen zijn van de activiteit voor de ondernemingen en het risico als gevolg daarvan voor de nationale veiligheid. De Minister beschikt daarbij over een aanzienlijk arsenaal aan informatiebronnen en kan bovendien, bij beursgenoteerde doelondernemingen, deze ondernemingen ook inschakelen voor het verkrijgen van informatie. De Minister kan bij de beoordeling ook meewegen of en zo ja welke (potentiële) risico's kunnen worden gemitigeerd door middel van het verbinden van een of meer eisen of voorschriften aan het toetsingsbesluit zoals is voorzien in artikel 23, eerste lid, en artikel 24 van het wetsvoorstel. De ex ante toetsing zoals voorzien in dit wetsvoorstel is ook een proportioneel middel omdat de ex ante toetsing zodanig is ingericht dat procedure, beoordeling, termijnen en eventuele voorschriften zo transparant mogelijk zijn en non-discriminatoir. Ook wordt getracht de belastende gevolgen voor de verwerver en doelonderneming zo veel mogelijk te beperken zonder de noodzaak de openbare veiligheid te

beschermen aan te tasten. Dit komt op de volgende wijze tot uitdrukking: (1) indien de Minister niet binnen de gestelde termijn tot een mededeling komt, is de verwervingsactiviteit toegestaan (artikel 12, vierde lid, wetsvoorstel). Daarmee wordt voorkomen dat de verwerver en doelonderneming in onzekerheid blijven verkeren door stilzitten van het bestuursorgaan en hebben verwerver en doelonderneming zekerheid dat als de overheid niet tijdig reageert, de verwervingsactiviteit is toegestaan; (2) De procedure is objectief kenbaar en non-discriminatoire: de processtappen, de termijnen, de beoordelingscriteria en de mogelijke eisen en voorschriften die aan het toetsingsbesluit kunnen worden verbonden, zijn objectief kenbaar en wettelijk vastgelegd en ook toegelicht. Daarmee wordt het risico op willekeur en rechtsonzekerheid beperkt; (3) de Minister heeft ook mogelijkheden om zelfstandig informatie op te vragen en te verwerken al dan niet in samenhang met informatie-uitwisseling zoals voorzien in de FDI-screeningsverordening (zie artikel 34 en de Uitvoeringswet). Hiermee kan een deel van de administratieve lasten voor de verwerver en de doelonderneming worden beperkt, omdat de Minister op alternatieve wijze aan de relevante informatie kan komen en de van de verwerver en doelonderneming ontvangen informatie kan verifiëren zonder hen zelf opnieuw te belasten; (4) de beoordeling is toegespitst op de risico's voor de openbare veiligheid die verbonden zijn aan een verwervingsactiviteit en de mogelijke eisen en voorschriften die kunnen worden verbonden aan een toetsingsbesluit zijn ook gericht op het mitigeren van eventuele veiligheidsrisico's. De mogelijkheid van mitigatie via deze eisen en voorschriften zorgt ervoor dat het voor het vrij verkeer belemmerende effect van de ex ante toetsing voor de voorgenoemde activiteit zo veel mogelijk wordt teruggebracht.

De bevoegdheden van de Minister dienen te worden uitgeoefend in overeenstemming met de beginselen van het Nederlandse bestuursrecht. De besluiten van de Minister zijn gemotiveerd en dienen in te gaan op de redenen waarom een bepaalde activiteit niet of slechts onder specifieke voorwaarden wordt toegestaan. Het besluit van de Minister om eisen of voorschriften aan een verwervingsactiviteit te verbinden of om een verbod op te leggen is een voor bezwaar en beroep vatbaar besluit dat voor de Nederlandse bestuursrechter kan worden aangevochten.

Daarmee is ook voldaan aan de standaarden die het Hof van Justitie aanlegt voor de inrichting van ex ante toestemmingsprocedures die het vrij verkeer kunnen belemmeren (zie arrest HvJEU van 4 juni 2002, zaak C-503/99, Commissie/België overwegingen 51–52).

Zoals in de vorige alinea's aangegeven biedt het wetsvoorstel de Minister de mogelijkheid om eisen en voorschriften te verbinden aan een toetsingsbesluit om alsnog een verwervingsactiviteit toe te staan. Deze eisen en voorschriften kunnen de vormgeving van de verwervingsactiviteit (i.e. hoe de investering wordt vormgegeven) en de bedrijfsvoering van de doelonderneming raken. Ook deze eisen en voorschriften zelf kunnen – weliswaar in een specifiek individueel geval – de verwerver en doelonderneming zodanig raken dat er op sommige punten een belemmerend effect op het vrij verkeer ontstaat. Het stelsel zelf, aan de hand waarvan deze eisen en voorschriften kunnen worden opgelegd, is zoals hierboven beschreven een gerechtvaardigde belemmering van het vrij verkeer. De eisen en voorschriften die op grond van het wetsvoorstel kunnen worden opgelegd, zijn onderverdeeld naar:

- a. maatregelen die zowel voor vitale aanbieders als voor ondernemingen actief op het gebied van sensitieve technologie relevant kunnen zijn (artikel 23, onderdelen a tot en met c en e tot en met i);
- b. in aanvulling op a een maatregel die uitsluitend aan een vitale aanbieder kan worden opgelegd met het op het waarborgen van de veiligheid van het vitale proces (artikel 23, onderdeel d);

- c. in aanvulling op a maatregelen die uitsluitend aan ondernemingen actief op het gebied van sensitieve technologie kunnen worden opgelegd (artikel 24).

Binnen deze onderverdeling zijn de maatregelen die voor beide groepen relevant zijn te categoriseren naar:

- maatregelen ter versterking van de veiligheid van de onderneming en in het bijzonder ook de veiligheid van gevoelige informatie (onderdelen a, b en c);
- verbod op verhandelen van bepaalde diensten of producten aan bepaalde landen of bepaalde ondernemingen (onderdeel e)
- voorwaarden ten aanzien van de governance (onderdeel f);
- voorwaarden ten aanzien van de vormgeving van de activiteit zoals de omvang van de transactie, en eisen ten aanzien van de zeggenschap over (delen) van de onderneming (onderdelen g, h, i).

De maatregel die in aanvulling hierop uitsluitend aan vitale aanbieders kan worden opgelegd, ziet op het organisatorisch gescheiden onderbrengen van bepaalde delen van de onderneming die wezenlijk zijn voor het vitaal proces. De maatregelen die uitsluitend voor ondernemingen op het gebied van sensitieve technologie relevant zijn, zijn alle geënt op risico's verbonden aan het behoud van de beschikbaarheid van technologie. Deze onderverdeling draagt bij aan een betere kenbaarheid van de soorten maatregelen die aan een vitale aanbieder respectievelijk aan een onderneming actief op het gebied van sensitieve technologie kunnen worden opgelegd.

De maatregelen ter versterking van de veiligheid en beveiliging van de onderneming en informatie in de onderneming (artikel 23, onderdelen a, b en c) hebben directe gevolgen voor de bedrijfsvoering van de onderneming en kunnen kostenverhogend werken. Ook voor de maatregel, bedoeld in artikel 23, onderdeel d, die uitsluitend voor vitale aanbieders aan de orde kan zijn, geldt dit. Dit kan tot gevolg hebben dat een overname van de betrokken onderneming minder aantrekkelijk wordt omdat bepaalde integratievoordelen of kostenbesparingen niet gerealiseerd kunnen worden. In het specifieke individuele geval kan dit gevolgen hebben die een belemmering van de vrijheid van vestiging kunnen vormen. Ook kunnen deze maatregelen gevolgen hebben voor de operationele bedrijfsvoering van de onderneming. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat dergelijke aanwijzingen en verplichtingen in verband met de openbare veiligheid voor de hand liggen en acceptabel zijn (zie o.a. arrest HvJEU van 18 juli 2007, zaak C-134/05, overwegingen 35–39).

Bij artikel 23, eerste lid, onderdeel e, van het wetsvoorstel (verbieden van het aangaan van bepaalde vormen van dienstverlening of de verkoop van bepaalde goederen vanuit de Nederlandse vestiging van de onderneming aan bepaalde andere ondernemingen of bepaalde landen), kan het vrij verkeer van goederen (artikel 28 VWEU) en het vrij verkeer van diensten (artikel 56 VWEU) in het geding zijn, evenals onder omstandigheden de Unieregelgeving inzake de gemeenschappelijke handelspolitiek. Hiervoor geldt eveneens dat een beroep op de openbare veiligheid gedaan kan worden (artikel 36 VWEU). Het HvJEU heeft een beroep op de openbare veiligheid in zaken op het gebied van handel in strategische gevoelige goederen en goederen voor tweërlei gebruik als gerechtvaardigd aanvaard aangezien «het risico van een ernstige verstoring van de buitenlandse betrekkingen of van het vreedzaam samenleven der volkeren de externe veiligheid van een lidstaat ongunstig kan beïnvloeden». In deze gevallen oordeelde het HvJEU dat artikel 36 VWEU zowel betrekking heeft op interne veiligheid als op externe veiligheid (zie arrest HvJEU van 4 oktober 1991, zaak C-367/89, Richardt, overwegingen 19–23 en arrest HvJEU van 17 oktober 1995, C-83/94, Leifer e.a., overwegingen 26–30). Het voorschrift opgenomen in artikel 23, eerste lid, onderdeel f, van het wetsvoorstel, komt in zekere mate overeen met kwesties die aan de orde

kwamen in de arresten van het HvJEU van 23 oktober 2007, Commissie/ Duitsland (Volkswagen), zaak C-112/05, overwegingen 62–66, van 6 december 2007, Federconsumatori, gevoegde zaken C-463/04 en C-464/04, overwegingen 27–38 van 10 november 2011, Commissie/ Portugal, zaak C-212/09, overwegingen 51–53 en van 4 december 1974, Van Duyn, zaak 41/74, overweging 24. Een aparte raad van commissarissen voor een Nederlandse dochtermaatschappij zou investeerders eventueel kunnen ontmoedigen en in die zin de vrijheid van kapitaalverkeer of de vrijheid van vestiging kunnen hinderen. Als al sprake is van een dergelijke mogelijke belemmering kan deze gerechtvaardigd worden door een dwingende reden van algemeen belang, de openbare veiligheid. Daarbij geldt dat de voorwaarde voldoet aan het vereiste van proportionaliteit. Immers, de eis is enkel dat er een aparte raad van commissarissen is voor de Nederlandse dochter. Deze raad van commissarissen zal functioneren volgens het algemene vennootschapsrecht zoals dat in Nederland geldt en daarbij het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming voorop stellen. Daarbij dient hij de in aanmerking komende belangen van de stakeholders, waaronder de aandeelhouders, mee te wegen.

De voorschriften opgenomen in artikel 23, onderdelen g, h en i, kunnen een belemmering van het vrij verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging betekenen, omdat hiermee beperkingen worden aangebracht in de omvang van de voorgenomen verwerving en de zeggenschap en invloed die hiermee wordt verkregen. Zoals geduïd in paragraaf 5.1.1 zullen deze gerechtvaardigd moeten zijn met een beroep op de openbare veiligheid en zullen ze noodzakelijk en proportioneel moeten zijn, want geschikt voor het doel en niet verdergaand dan nodig is om het risico te mitigeren. Deze voorschriften dienen tegen dezelfde standaard te worden beoordeeld als het mechanisme van de ex ante toetsing zelf (zoals hierboven heeft plaatsgevonden), met dien verstande dat deze voorschriften als mitigerend zijn bedoeld: zonder deze mogelijkheden zou een toetsing eerder leiden tot een volledig verbod, terwijl met deze voorschriften de verwerving wel kan plaatsvinden maar met aanzienlijke beperkingen. Dit draagt wel bij aan de proportionaliteit van het stelsel als geheel, maar zal bij de toepassing in het individuele geval ook proportioneel moeten zijn.

De verplichtingen gericht op het behoud van de beschikbaarheid van technologie van de doelonderneming voor Nederland (artikel 24) hebben directe gevolgen voor de bedrijfsvoering van de onderneming en kunnen kostenverhogend werken. Dit kan enerzijds tot gevolg hebben dat een overname van de betrokken onderneming minder aantrekkelijk wordt omdat bepaalde integratievoordelen of kostenbesparingen niet gerealiseerd kunnen worden. Dit kan in het specifieke individuele geval gevolgen hebben die een belemmering van de vrijheid van vestiging kunnen vormen. Ook kunnen deze beperkingen en verplichtingen de onderneming hinderen in de verkoop van goederen of het aanbieden van diensten, hetgeen in het specifieke individuele geval een belemmering van het vrij verkeer van goederen of diensten met zich zou kunnen brengen. Dergelijke beperkingen kunnen echter worden gerechtvaardigd met een beroep op de openbare veiligheid dat tevens de voorzienings- en leveringszekerheid omvat (zie arrest HvJEU van 10 juli 1984, zaak 72/83, Campus Oil, overwegingen 35–36 en arrest HvJEU van 22 oktober 2013, gevoegde zaken C-105/12 tot en met C-107/12, Essent NV, overweging 59). Bij het opleggen van een dergelijk voorschrift zal de geschiktheid en proportionaliteit van het voorschrift meegenomen moeten worden bij de beoordeling of een dergelijk voorschrift gerechtvaardigd is.

De Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PbEU 2006, L376), hierna: dienstenrichtlijn, is van toepassing op het voorgestelde toetsingskader. In het bijzonder de artikelen 9, 14, 15 en 16 van de dienstenrichtlijn zijn relevant in combinatie met de eisen die hoofdstuk III van de dienstenrichtlijn stelt aan vergunningstelsels. Het begrip nationale veiligheid zoals gedefinieerd in artikel 1 omvat de dwingende reden van algemeen belang van de openbare veiligheid (zie artikel 4, achtste lid, van de dienstenrichtlijn), hetgeen het opleggen van eisen en het invoeren van een vergunningstelsel als bedoeld in de artikelen 16, 15 en 9 van de dienstenrichtlijn kan rechtvaardigen. De onderbouwing van de rechtvaardiging voor de bevoegdheden die de Minister heeft is hiervoor al opgenomen bij de toetsing aan de vrij verkeer bepalingen en hoeft hier niet te worden herhaald. De ex ante toetsing van verwervingsactiviteiten en de daarmee samenhangende bevoegdheden zijn gericht op het beschermen van de openbare veiligheid, de ex ante toetsing is noodzakelijk om onomkeerbare gevolgen voor de openbare veiligheid te vermijden en de ex ante toetsing is een geschikt middel om deze doelstelling realiseren. De meldingsprocedure en de daarmee samenhangende eisen zijn non-discriminatoir en maken geen onderscheid naar nationaliteit of vestigingsplaats. Overeenkomstig artikel 15, zevende lid, en artikel 39, vijfde lid, jo. artikel 16 van de dienstenrichtlijn zullen de eisen en vergunningstelsels opgenomen in de lagere regelgeving die krachtens dit wetsvoorstel wordt opgesteld en die binnen het toepassingsbereik van de dienstenrichtlijn vallen met de vereiste onderbouwing worden genotificeerd bij de Europese Commissie. Het wetsvoorstel zelf bevat geen eisen of vergunningstelsels die overeenkomstig de dienstenrichtlijn genotificeerd moeten worden.

Het effect van de toepasselijkheid van de dienstenrichtlijn is dat ook eisen en vergunningen die niet rechtstreeks zien op het verrichten van een dienstenactiviteit of de markttoegang tot een dienst, onderworpen zijn aan de kaders van de dienstenrichtlijn. De dienstenrichtlijn stelt immers grenzen en beperkingen aan de mogelijkheden voor een lidstaat om jegens een dienstverrichter regulerend op te treden ook wanneer het bijvoorbeeld het bestuur van de dienstverrichter betreft of zijn aandeelhouders. Artikel 15, tweede lid, onderdeel c, van de dienstenrichtlijn bepaalt dat eisen aangaande het aandeelhouderschap van een onderneming aan de beoordeling zoals voorgeschreven in artikel 15, eerste en derde lid, zijn onderworpen. Ook uit het arrest van het HvJEU van 16 juni 2015, Rina Services, zaak C-593/13, overwegingen 23–32, blijkt dat bijvoorbeeld eisen aan de statutaire zetel van een dienstverrichter getroffen worden door de beperkingen van de dienstenrichtlijn. Ook de onderbouwing van de rechtvaardiging voor de bevoegdheden die de Minister heeft is hiervoor al opgenomen bij de toetsing aan de vrij verkeer bepalingen en hoeft hier niet te worden herhaald.

De eisen aan vergunningstelsels in hoofdstuk III van de dienstenrichtlijn worden gerespecteerd: de Dienstenwet is integraal van toepassing evenals bijbehorende implementatie hiervan in hoofdstuk III van de Dienstenwet. Bezien is of afgeweken moest worden van het principe van de van rechtswege verleende vergunning zoals geregeld in artikel 28 van de Dienstenwet en paragraaf 4.1.3.3 van de Awb. De conclusie is dat dat niet nodig is.

### **5.1.3 FDI-screeningsverordening**

Zoals in paragraaf 5.1.1 reeds is aangegeven, dient het onderhavige wetsvoorstel te worden gezien in de context van de FDI-screeningsverordening. De verplichting die op Nederland rust om effectieve uitvoering te geven aan de FDI-screeningsverordening is

uitgewerkt in de Uitvoeringswet. Tegelijkertijd bevat de FDI-screeningsverordening een aantal elementen waaraan de toetsingsmechanismen van de lidstaten moeten voldoen om passend te zijn in de kaders die de FDI-screeningsverordening stelt. Deze elementen komen overigens overeen met de eisen die het Hof van Justitie stelt aan voor het vrij verkeer belemmerende maatregelen (zie bijv. het reeds aangehaalde arrest HvJEU van 4 juni 2002, zaak C-503/99, Commissie/België overwegingen 51–52) en de internationale verplichtingen die de EU en de lidstaten zijn aangegaan in handelsverdragen. In deze paragraaf worden de aanwijzingen nagelopen die de FDI-screeningsverordening stelt en wordt getoetst of het wetsvoorstel past binnen deze aanwijzingen. De FDI-screening stelt in artikel 3 enkele specifieke eisen ten aanzien van de screeningsmechanismen van de lidstaten. De eerste eis, neergelegd in artikel 3, tweede lid, van de FDI-screeningsverordening, vergt dat de regels en procedures met betrekking tot de screeningmechanismen, met inbegrip van desbetreffende termijnen, transparant zijn en geen onderscheid maken tussen derde landen. Daarbij geldt ook de verplichting dat de lidstaten met name de omstandigheden vaststellen die de screening in gang zetten, de redenen voor screening en de geldende gedetailleerde procedurevoorschriften. Het voorliggende wetsvoorstel voldoet aan deze verplichtingen: het toepassingsbereik is vastgelegd en kenbaar via artikelen 1 tot en met 3 van het wetsvoorstel en de algemene maatregel van bestuur die nog nader wordt vastgesteld. De procedure is objectief kenbaar en non-discriminatoire: de processtappen, de termijnen, de beoordelingscriteria en de mogelijke voorschriften die aan het toetsingsbesluit kunnen worden verbonden, zijn in hoofdstuk 2 van het wetsvoorstel objectief kenbaar en wettelijk vastgelegd en dit is ook toegelicht, aangevuld met de algemene kaders die gelden voor besluiten overeenkomstig de Awb. Het wetsvoorstel maakt geen enkel onderscheid naar nationaliteit of vestigingsplaats en is derhalve non-discriminatoire voor alle verwervers, zowel uit derde landen, EU-lidstaten als Nederland. De tweede eis neergelegd in artikel 3, derde lid, van de FDI-screeningsverordening is dat lidstaten verplicht zijn termijnen toe te passen in het kader van hun screeningmechanismen en daarbij de mogelijkheid moeten inbouwen om rekening te houden met de in de artikelen 6 en 7 van de FDI-screeningsverordening bedoelde opmerkingen van andere lidstaten en met de in de artikelen 6, 7 en 8 van de FDI-screeningsverordening bedoelde adviezen van de Commissie. Het wetsvoorstel kent een regeling voor beslistermijnen waarbij rekening is gehouden met de mogelijkheid dat er opmerkingen en adviezen van respectievelijk andere lidstaten of de Europese Commissie worden ingediend die meegenomen moeten worden bij de beoordeling van de activiteit en dus gevolgen kunnen hebben voor de beslistermijn (zie artikel 12 en artikel 18, eerste lid). In de Uitvoeringswet is nader geregeld hoe deze informatie-uitwisseling en samenwerking in Nederland plaatsvindt.

De derde eis neergelegd in artikel 3, vierde lid, van de FDI-screeningsverordening vergt dat vertrouwelijke informatie, met inbegrip van commercieel gevoelige informatie, die ter beschikking wordt gesteld van de lidstaat die de screening uitvoert, wordt beschermd. Ook hier wordt aan voldaan. Artikel 2:5 van de Awb is van toepassing op alle (rechts)handelingen die krachtens dit wetsvoorstel worden verricht en op alle informatie die wordt verkregen en verwerkt. Voor zover gevoelige informatie en gerubriceerde informatie wordt verkregen en verwerkt, gelden aanvullende passende maatregelen voor de vertrouwelijke behandeling en geheimhouding (zie bijvoorbeeld het Besluit Voorschrift Informatiebeveiliging Rijksdienst Bijzondere Informatie 2013). Ook bevat het wetsvoorstel nog een specifiek regime dat rekening houdt met bijzondere geheimhoudingsverplichtingen die op de doelonderneming van toepassing zijn (zie artikel 11, vijfde lid, van het wetsvoorstel).

De vierde eis neergelegd in artikel 3, vijfde lid, van de FDI-screeningsverordening verplicht rechtsbescherming open te stellen voor buitenlandse investeerders en de betrokken ondernemingen: zij dienen de mogelijkheid te hebben om tegen een screeningbesluit van de nationale autoriteiten in beroep te gaan. Het wetsvoorstel voldoet hieraan door tegen de besluiten van de Minister bezwaar en vervolgens beroep bij de rechtbank Rotterdam (sector bestuursrecht) open te stellen. Hoger beroep is mogelijk bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (zie in dit verband ook artikel 52 van het wetsvoorstel).

De vijfde eis neergelegd in artikel 3, zesde lid, van de FDI-screeningsverordening eist dat de lidstaten die beschikken over een screeningmechanisme, zorgen voor de handhaving, wijziging of vaststelling van maatregelen die nodig zijn om het omzeilen van screeningmechanismen en screeningbesluiten op te sporen en te voorkomen. Het wetsvoorstel voldoet aan deze verplichting door volstrekt non-discriminatoire te zijn en geen onderscheid aan te brengen tussen directe investeringen uit een derde land, uit een EU-lidstaat of uit Nederland zelf. Daarmee is de inzet van gekunstelde juridische constructies om onder de kwalificatie uit te komen van buitenlandse investeerder als gedefinieerd in de FDI-screeningsverordening weinig zinvol. Ook bevat het wetsvoorstel uitgebreide mogelijkheden om informatie te achterhalen over de identiteit van achterliggende aandeelhouders/investeerders (zie met name artikel 34 en paragraaf 6.3 van het wetsvoorstel over identiteitsonderzoek en -vaststelling) en wordt ook gebruik gemaakt van mogelijkheden om bepaalde partijen te beschouwen als de geïdentificeerde aandeelhouder (zie artikel 38, vijfde lid, van het wetsvoorstel).

In tegenstelling tot de verplichtende elementen neergelegd in artikel 3, bevat artikel 4 van de FDI-screeningsverordening een aantal suggesties waar de lidstaten gebruik van kunnen maken bij het inrichten of aanpassen van screeningsmechanismen. In artikel 4, eerste lid, onderdeel a, van de FDI-screeningsverordening geeft de Uniewetgever aan dat lidstaten bij de inrichting van hun screeningsmechanismen bij het bepalen van de gevolgen voor de openbare veiligheid of de openbare orde, rekening kunnen houden met de mogelijke gevolgen ervan voor onder meer kritieke infrastructuur, zowel fysiek als virtueel, waaronder infrastructuur voor energie, vervoer, water, gezondheid, communicatie, media, gegevensverwerking of -opslag, lucht- en ruimtevaart en defensie, verkiezingsinfrastructuur of financiële infrastructuur, en gevoelige installaties, alsmede grond en onroerend goed die van cruciaal belang zijn voor het gebruik van zulke infrastructuur. Zowel uit het toepassingsbereik van het wetsvoorstel neergelegd in hoofdstuk 2, alsmede de beoordelingsfactoren neergelegd in paragraaf 3.5 van het wetsvoorstel alsmede de mogelijke eisen en voorschriften die verbonden kunnen worden aan het toetsingsbesluit ingevolge paragraaf 3.6 van het wetsvoorstel blijkt dat de door Nederland gekozen benadering zeer goed aansluit bij de FDI-screeningsverordening. Hetzelfde geldt voor de kritieke technologieën en producten voor tweemaal gebruik als bepaald in artikel 2, punt 1, van Verordening (EG) nr. 428/2009 met inbegrip van artificiële intelligentie, robotica, halfgeleiders, cyberbeveiliging, lucht- en ruimtevaart, defensie, energieopslag, kwantum- en nucleaire technologieën alsmede nano- en biotechnologieën die in artikel 4, eerste lid, onderdeel b, van de FDI-screeningsverordening worden genoemd. Het wetsvoorstel bevat voldoende aanknopingspunten en grondslagen om hier rekening mee te houden. Ook de voorziening inzake kritieke inputs, waaronder energie of grondstoffen, alsmede voedselzekerheid zoals genoemd in artikel 4, eerste lid, onderdeel c, van de FDI-screeningsverordening is meegenomen evenals de toegang tot gevoelige informatie, waaronder persoonsgegevens, of de mogelijkheid om zulke informatie te controleren als bedoeld in artikel 4, eerste lid, onderdeel d, van de FDI-screeningsverordening.

In artikel 4, tweede lid, van de FDI-screeningsverordening geeft de Uniewetgever nog het aanknopingspunt mee dat bij de beoordeling of een buitenlandse directe investering gevolgen kan hebben voor de veiligheid of de openbare orde, de lidstaten met name ook het volgende in aanmerking kunnen nemen:

- of de buitenlandse directe investering direct of indirect onder zeggenschap staat van de overheid, met inbegrip van overheidsinstanties of strijdkrachten in een derde land, onder meer via eigendomsstructuur of aanzienlijke financiering. In het wetsvoorstel is hier uitdrukkelijk rekening mee gehouden (zie artikelen 19, en 20, onderdelen b en d, en 21, onderdelen b, c, d en e, van het wetsvoorstel.).
- of de buitenlandse investeerder reeds betrokken is geweest bij activiteiten die gevolgen hebben voor de veiligheid of openbare orde van een lidstaat. In het wetsvoorstel is ook hier rekening mee gehouden (zie artikel 19, onderdelen b en d, 20, onderdelen a, b en d, en 21, van het wetsvoorstel).
- of er een ernstig risico bestaat dat de buitenlandse investeerder zich bezighoudt met illegale of criminele activiteiten. In het wetsvoorstel is dit ook meegenomen (zie artikel 19, onderdelen b en d, 20, onderdelen a en d, en 21, onderdelen a, b en d, van het wetsvoorstel).

Het wetsvoorstel voldoet aan de eisen die de FDI-screeningsverordening stelt en sluit aan bij een groot aantal uitgangspunten en aanknopingspunten die de FDI-screeningsverordening suggereert. Het wetsvoorstel zal ook binnen 30 dagen na de inwerkingtreding worden genotificeerd bij de Europese Commissie overeenkomstig artikel 3, zevende lid, van de FDI-screeningsverordening.

#### **5.1.4 Mededingingsrecht**

Ten aanzien van de verhouding met het Europees mededingingsrecht zij opgemerkt dat de bevoegdheid van de Minister om in een bepaald geval een verbod op te leggen of eisen of voorschriften te verbinden aan een activiteit, ter voorkoming van het verkrijgen van zeggenschap of van significatie invloed door een verwerfer, verenigbaar is met Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PbEU 2004, L 24) (hierna: EG-concentratieverordening).

Artikel 21, vierde lid, van deze verordening preciseert dat in het kader van een concentratie de lidstaten bevoegd zijn om passende maatregelen te nemen ter bescherming van andere gewettigde belangen dan de belangen die door middel van de EG-concentratieverordening worden afgedekt. De maatregelen die de lidstaten nemen, moeten wel verenigbaar zijn met de algemene beginselen en overige bepalingen van het Unierecht. Bovendien hebben de lidstaten de verplichting om de belangen die zij wensen te beschermen voorafgaand te laten toetsen door de Europese Commissie (zie artikel 20, vierde lid, derde alinea, EG-concentratieverordening).

Op deze verplichte aanmelding van de te beschermen belangen, geldt een belangrijke uitzondering: de belangen van de bescherming van de openbare veiligheid, de pluraliteit van de media en de regels inzake toezicht. In het wetsvoorstel wordt door middel van het toetsingsregime het belang van de openbare veiligheid gediend. Daarmee vormt de EG-concentratieverordening geen beletsel voor het instellen en uitoefenen van deze bevoegdheid.

In de FDI-screeningsverordening is ook expliciet stilgestaan bij de verhouding tot het concentratietoezicht dat de Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten verrichten overeenkomstig de EG-concentratieverordening. Uit overweging 36 van de FDI-screeningsverordening valt af te leiden dat beide verordeningen en regimes naast elkaar bestaan. Het concentratietoezicht ingevolge de EG-concentratieverordening wordt door deze verordening onverlet

gelaten. De toepassing van screeningsmechanismen (waartoe ook de toetsing op grond van dit wetsvoorstel zal gaan behoren) ingevolge deze verordening staat dus naast het concentratietoezicht ingevolge de EG-concentratieverordening en kan dus parallel aan dat toezicht plaatsvinden. Overweging 36 benadrukt dat deze mogelijkheid onder het concentratietoezicht om naast het concentratietoezicht andere maatregelen te treffen om andere belangen te waarborgen, in samenhang met de verordening moet worden uitgelegd: de verordening en de screeningsmechanismen die de lidstaten instellen of handhaven, zijn passend in de ruimte die artikel 21, vierde lid, van de EG-concentratieverordening biedt. Dit wetsvoorstel laat de toepassing van die verordening onverlet.

#### **5.1.5. Verhouding tot algemene verordening gegevensbescherming**

Bij de toepassing van zijn bevoegdheden en het toetsen van een activiteit zal de Minister in verschillende situaties geconfronteerd kunnen worden met persoonsgegevens en deze ook verwerken. Immers onder verwerking wordt op grond van artikel 4, onder 2, van Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming) (PbEU 2016, L 119) verstaan: een bewerking of een geheel van bewerkingen met betrekking tot persoonsgegevens of een geheel van persoonsgegevens, al dan niet uitgevoerd via geautomatiseerde procedés, zoals het verzamelen, vastleggen, ordenen, structureren, opslaan, bijwerken of wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiden of op andere wijze ter beschikking stellen, aligneren of combineren, afschermen, wissen of vernietigen van gegevens. De omvang en de aard van de persoonsgegevens zullen verschillen, afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Dit vergt dat getoetst wordt aan de hand van de algemene verordening gegevensbescherming of de verwerking van de persoonsgegevens krachtens dit wetsvoorstel rechtmatig plaatsvindt en voldoet aan de beginselen van gegevensverwerking. Deze beginselen zijn neergelegd in artikel 5 van de algemene verordening gegevensbescherming. In artikel 34, eerste lid, van het wetsvoorstel is expliciet vastgelegd dat de Minister persoonsgegevens verwerkt in de zin van artikel 4, eerste lid van de algemene verordening gegevensbescherming voor zover dit noodzakelijk is ter beoordeling van, vaststelling van en bescherming tegen risico's voor de nationale veiligheid die verbonden zijn aan een verwerkingsactiviteit ten aanzien van een doelonderneming waarop deze wet van toepassing is. Bovendien staan de verwerkingen die met het oog op dat doel toegestaan zijn in artikel 34, tweede lid, opgesomd, zodat dit nader is geconcretiseerd. Tevens is in artikel 34, vierde lid, van het wetsvoorstel vastgelegd dat geïdentificeerde andere partijen (bestuursorganen, diensten, toezichthouders of andere personen) gegevens verstrekken aan de Minister die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van dit wetsvoorstel. Gegevens worden slechts verwerkt voor zover dat nodig is voor de uitvoering van de wet. Dit wetsvoorstel zelf is gericht op het beschermen van de nationale veiligheid tegen de risico's die voorgenomen activiteiten met zich mee kunnen brengen, zoals uitdrukkelijk in het wetsvoorstel als doel van de noodzakelijke verwerking van persoonsgegevens is bepaald. Daarmee is de noodzakelijke doelbinding zoals vereist in artikel 5, eerste lid, onderdeel b, van de algemene verordening gegevensbescherming wettelijk vastgelegd en transparant. De voor de uitvoering van dit wetsvoorstel relevante persoonsgegevens zijn rechtstreeks gerelateerd aan de beoordeling van de voorgenomen activiteit, namelijk het aangaan van een transactie waardoor zeggenschap of significante invloed wordt verkregen over een doelonderneming of

vermogensbestanddelen van een doelonderneming. De voorafgaande melding en de bijbehorende beoordeling van de voorgenomen activiteit op risico's voor de nationale veiligheid vergt dat de identiteit van de verwerver, de relaties van de verwerver met andere (geïdentificeerde) partijen en voor zover relevant de staat van dienst van de verwerver in relatie tot vitale processen en in relatie tot vertrouwelijkheids- en geheimhoudingsverplichtingen en wettelijke beperkingen inzake handelstransacties en investeringen met specifieke partijen, landen et cetera, transparant gemaakt wordt. Tot op zekere hoogte zal de beoordeling vergen dat deze informatie ook wordt verworven van de doelonderneming.

In veel gevallen zal de verwerver een rechtspersoon zijn. In zulke gevallen zal veel informatie betrekking hebben op de rechtspersoon zelf, zoals naam, registratienummer, aandeelhouderschap van de rechtspersoon en daarmee ook de natuurlijke personen die bepalend zijn voor het beleid van de onderneming, waaronder de leden van de raad van bestuur, de raad van commissarissen (of daarmee vergelijkbare functies) of sleutelfunctionarissen zoals de secretaris van de Raad van Bestuur of een chief operating officer van een productiefaciliteit. Ook kunnen de aandeelhouders van de betrokken verwervende onderneming natuurlijke personen zijn wiens identiteit en relaties met derden betrokken worden bij de beoordeling van de risico's voor de nationale veiligheid van de voorgenomen activiteit. Deze te verwerken persoonsgegevens zijn toereikend voor de uitvoering van dit wetsvoorstel en gekoppeld aan de beoordelingsfactoren die worden gebruikt om het risico voor de nationale veiligheid van een voorgenomen transactie te kunnen beoordelen (zie paragraaf 3.5 van het wetsvoorstel). Het beginsel van minimale gegevensverwerking zoals vastgelegd in artikel 5, eerste lid, onderdeel c, van de algemene verordening gegevensbescherming is toegepast. De verwerking van de hiervoor geschetste persoonsgegevens is proportioneel, omdat op geen andere wijze de risico's verbonden aan een voorgenomen activiteit kunnen worden beoordeeld, omdat deze risico's onlosmakelijk verbonden zijn aan invloedrelaties tussen natuurlijke personen, rechtspersonen, statelijke en niet-statelijke actoren en juist deze relaties in beeld gebracht dienen te worden. Door de persoonsgegevens gericht af te bakenen en strikt te gebruiken om relaties en beïnvloedingsmogelijkheden of -situaties in beeld te krijgen, gaat de gegevensverwerking niet verder dan noodzakelijk is. Er is geen sprake van (semi) geautomatiseerde besluitvorming, profilering of big dataverwerkingen, hetgeen ook de risico's voor disproportionele verwerking van persoonsgegevens beperkt.

De Minister en de in artikel 34, vierde lid, aangeduide partijen mogen gegevens verwerken op grond van artikel 6, eerste lid, onderdeel c en e, juncto artikel 6, derde lid, van de algemene verordening gegevensbescherming. Als gegevens verwerkt worden, is dit namelijk noodzakelijk om te voldoen aan de wettelijke verplichtingen. De verwerking is ook noodzakelijk voor de vervulling van een taak in het kader van de uitoefening van het openbaar gezag die aan de Minister is opgedragen, namelijk het beoordelen van voorgenomen activiteiten op risico's voor de nationale veiligheid in samenspraak en samenwerking met andere instanties. Dat deze taak met dit wetsvoorstel is voorzien en geregeld is in lijn met de eerder behandelde FDI-screeningsverordening. Er is dus met dit wetsvoorstel zowel sprake van een lidstatelijk recht dat deze taak voorziet voor de Minister van Economische Zaken en Klimaat als een Unierechtelijk kader dat de lidstaten uitdrukkelijk machtigt en stimuleert om een dergelijke toetsingsstelsel te introduceren. Met deze kaders is voldaan aan het beginsel van rechtmatigheid van de gegevensverwerking zoals vereist onder artikel 5, eerste lid, onderdeel a, van de algemene verordening gegevensbescherming.

De algemene verordening gegevensbescherming eist dat persoonsgegevens juist zijn en zo nodig worden geactualiseerd en dat alle redelijke

maatregelen moeten worden genomen om de persoonsgegevens die, gelet op de doeleinden waarvoor zij worden verwerkt, onjuist zijn, onverwijld te wissen of te rectificeren. Dit is het beginsel van «juistheid» zoals vastgelegd in artikel 5, eerste lid, onderdeel d, van de algemene verordening gegevensbescherming. Het belang van de juistheid van persoonsgegevens vanuit het perspectief van gegevensbescherming overlapt met het belang dat de Minister bij het uitvoeren van zijn wettelijke taak om zo veel mogelijk duidelijkheid en zekerheid te verkrijgen over bijvoorbeeld de identiteit van een natuurlijke persoon die relevant of betrokken is bij de voorgenomen verwerving. Het wetsvoorstel gaat uit van een meldingsverplichting waarbij reeds door de verwerker of de doelonderneming de noodzakelijke informatie wordt verstrekt. Dit draagt bij aan het bevorderen van de juistheid van de informatie. Tegelijkertijd kunnen op grond van artikel 34, derde lid, van het wetsvoorstel gegevens worden betrokken van registers, in het bijzonder basisregistraties zoals het handelsregister. Voor deze informatie geldt dat wettelijk gezien een hoge mate van betrouwbaarheid aan deze gegevens mag worden toegekend. Het wetsvoorstel kent ook in geval van een beursgenoteerde onderneming een mechanisme waarbij met gebruikmaking van procedures en professionele partijen in het effectenverkeer, zo veel mogelijk de correcte identiteit van een houder van zeggenschap of significante invloed kan worden achterhaald (zie in het bijzonder paragraaf 6.3 van het wetsvoorstel). Ook verstrekt de onderneming aan de Minister op verzoek om niet een uittreksel uit het door de onderneming gehouden register met betrekking tot een recht op een aandeel, als bedoeld in artikel 85 en 194 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek zoals voorzien in artikel 35, eerste lid, onderdeel a, van het wetsvoorstel. Ook dit draagt bij aan de juistheid van de informatie. Tot slot geldt op grond van artikel 3:2 van de Awb dat de Minister en de verantwoordelijke en bevoegde ambtenaren het zorgvuldigheidsbeginsel toepassen. Dat vergt dat bij geconstateerde fouten – al dan niet op aangeven van de belanghebbende – correcties zullen worden doorgevoerd.

Voor de verwerking van persoonsgegevens geldt ook een opslagbeperking (zie artikel 5, eerste lid, onderdeel e, van de algemene verordening gegevensbescherming). Dit beginsel van opslagbeperking vergt dat persoonsgegevens niet langer worden bewaard dan noodzakelijk is voor de verwerking. Voor de uitvoering van dit wetsvoorstel is het noodzakelijk om ook na het onherroepelijk worden van het besluit of afsluiten van de zaak nog een beperkte tijd inzage te hebben in de beoordeling van een activiteit vanwege de noodzaak voor consistentie van beleid, uitvoering en toezicht. De voor de uitvoering van dit wetsvoorstel relevante persoonsgegevens zijn rechtstreeks gerelateerd aan de beoordeling van de activiteit en zullen derhalve ook nog beschikbaar moeten blijven. In lagere regelgeving zal nader worden uitgewerkt hoe lang deze persoonsgegevens bewaard zullen worden (zie artikel 34, veertiende lid en 41, derde lid, van het wetsvoorstel).

De algemene verordening gegevensbescherming vergt dat de persoonsgegevens onder meer beschermd zijn tegen ongeoorloofde of onrechtmatige verwerking en tegen onopzettelijk verlies, vernietiging of beschadiging. Het gaat dan om het beginsel van integriteit en vertrouwelijkheid. De verwerker moet passende maatregelen treffen om hier aan te voldoen, met inbegrip van technische en organisatorische maatregelen (zie artikel 5, eerste lid, onderdeel f, van de algemene verordening gegevensbescherming). Ook hieraan wordt voldaan. De gegevensverwerkingen van de in artikel 34 benoemde betrokken partijen vinden plaats in een beveiligde werkomgeving binnen het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat in Den Haag. Op basis van de FDI-screeningsverordening moet vervolgens bepaalde informatie via een beveiligd informatiesysteem naar andere lidstaten en de Europese Commissie worden verstuurd. De ambtenaren die deze verwerkingen verrichten vervullen een vertrouwens-

functie in de zin van de Wet veiligheidsonderzoeken en zijn derhalve onderworpen aan een veiligheidsonderzoek. De ambtelijke organisatie die onder de Minister van Economische Zaken en Klimaat uitvoering geeft aan dit wetsvoorstel werkt met een beveiligd en versleuteld informatie-systeem met de instanties die informatie verstrekken. Dit systeem is in staat om gerubriceerde informatie beveiligd langs elektronisch weg te delen. Tot slot zullen besluiten op grond van dit wetsvoorstel enkel bekend worden gemaakt aan belanghebbenden.

In lijn met de verplichting van artikel 5, tweede lid, van de algemene verordening gegevensbescherming is de Minister in artikel 34, elfde lid, van het wetsvoorstel aangewezen als verwerkingsverantwoordelijke. De Minister is echter niet de enige die in het kader van deze wet persoonsgegevens zal verwerken. Er worden afspraken gemaakt over de wijze van verwerking van persoonsgegevens, zodat deze op eenduidige wijze plaatsvindt, zowel door de verschillende Ministers als door de instanties die informatie verstrekken. Deze afspraken zullen worden weergegeven in een gegevensbeschermingseffectbeoordeling als bedoeld in artikel 35 van de algemene verordening gegevensbescherming.

De Minister van Economische Zaken en Klimaat ontvangt in het kader van de melding, bedoeld in artikel 11 en op grond van artikel 34, derde tot en met zevende lid, de nodige informatie om een bepaalde activiteit te kunnen beoordelen op risico's voor de nationale veiligheid. Deze beoordeling doet hij echter niet alleen. Op grond van artikel 10, tweede lid, van het wetsvoorstel neemt de Minister het toetsingsbesluit in overeenstemming met de Minister van Justitie en Veiligheid en, indien van toepassing, de beleidsmatig verantwoordelijke Minister. Ook is in artikel 10, derde lid, bepaald dat de Minister, indien nodig, andere Ministers kan raadplegen (zie ook de toelichting bij artikel 10). Deze kunnen alleen maar een beoordeling doen of een advies geven, indien zij ook de benodigde informatie hebben over de specifieke activiteit. Deze informatie kan persoonsgegevens bevatten. Hiervoor bevat artikel 34, twaalfde lid een grondslag (zie ook de toelichting bij artikel 34). Zoals blijkt uit artikel 34, vierde lid, onderdeel c, van het wetsvoorstel kunnen justitiële gegevens in de zin van de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens verwerkt worden, zoals informatie over strafrechtelijke veroordelingen op basis van de Wed of het Wetboek van strafrecht. Het verstrekken van justitiële gegevens geschiedt met inachtneming van de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens. Op de daarop volgende verwerking van deze gegevens ten behoeve van het nemen van een toetsingsbesluit is de algemene verordening gegevensbescherming van toepassing en de regels voor de verwerking van persoonsgegevens van strafrechtelijke aard die in de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming zijn opgenomen.

Bij het gebruik van justitiële gegevens gaat het expliciet niet om alle justitiële informatie, maar uitsluitend die informatie die relevant is voor de beoordeling of er sprake kan zijn van een risico voor de nationale veiligheid. Om die reden is het criminele verleden van een verwerver opgenomen als beoordelingscriterium in artikel 19. Bepaalde delicten kunnen immers relevant zijn voor de beoordeling of een activiteit die betrekking heeft op een doelonderneming met sensitieve technologie of vitale aanbieder kan leiden tot een risico voor de nationale veiligheid. In paragraaf 4.2 is dit nader toegelicht.

Zo kunnen bepaalde delicten relevant zijn voor de beoordeling of een activiteit die betrekking heeft op een doelonderneming die actief is op het gebied van sensitieve technologie leidt tot een risico voor de nationale veiligheid. Bijvoorbeeld, als een verwerver is veroordeeld voor het schenden van geheimen of meeneed, dan kan dit reden zijn om bij een verwerving van sensitieve technologie risico's voor de nationale veiligheid te vermoeden. De meldingsplichten zullen bij melding van een activiteit gevraagd worden naar hun crimineel verleden. Deze informatie zal

gecontroleerd worden aan de hand van de beschikbare justitiële gegevens.

#### **5.1.6. Handvest grondrechten van de Europese Unie**

Het wetsvoorstel bevat een verwijzing in de definitie van nationale veiligheid naar de rechtvaardigingsgronden van de artikelen 346, eerste lid, onderdeel a, 52, eerste lid, en 65, eerste lid, onderdeel b, van het VWEU. Uit artikel 51, eerste lid, van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Handvest van 7 december 2000, PbEG 2000, C 364, zoals laatstelijk gewijzigd op 12 december 2007, PbEU 2007, C 303) (hierna: Handvest) en de jurisprudentie van het HvJ (zie de arresten van het HvJ van 17 juli 1997, zaak C-28/95, Leur-Bloem, overwegingen 28–34 en van 30 april 2014, zaak C-390/12, Pflieger, overwegingen 30–36) volgt dat in zo'n geval het Handvest van toepassing is. Een nationale regeling, die de uitoefening van een of meerdere door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden blijkt te belemmeren, kan slechts in aanmerking komen voor de in het Europees recht neergelegde uitzonderingen om die belemmering te rechtvaardigen voor zover dat in overeenstemming is met de grondrechten waarvan het HvJ de eerbiediging verzekert (zie de hiervoor aangehaalde zaak C-390/12, Pflieger, overweging 36). In het licht hiervan verdienen enkele grondrechten neergelegd in het Handvest bijzondere aandacht. Artikel 17 van het Handvest beschermt het recht op eigendom. De bescherming die deze bepaling biedt, komt overeen met de bescherming zoals geboden door artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (hierna aangeduid als artikel 1, Eerste protocol, EVRM) (zie in dit verband artikel 52, derde lid, van het Handvest en de toelichting bij artikel 17 opgenomen in de toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten, PbEU 2007, C 303, blz. 17 en verder). In paragraaf 5.2.1 wordt uitgebreid stilgestaan bij de verenigbaarheid met het EVRM, in het bijzonder artikel 1, Eerste Protocol, EVRM. Die analyse is mutatis mutandis ook van toepassing op de verenigbaarheid met artikel 17 van het Handvest.

Naast artikel 17 van het Handvest, verdient ook artikel 16 van het Handvest bijzondere aandacht. Dit grondrecht beschermt de vrijheid van ondernemerschap. Dit recht is niet absoluut: de overheid kan in het algemeen belang op een groot aantal wijzen op deze vrijheid ingrijpen, door het stellen van beperkingen aan de uitoefening van de economische activiteit (zie arrest van het HvJEU van 28 november 2013, zaak C-348/12 P, Kala Naft, overwegingen 121–123). In de hiervoor opgenomen paragrafen 5.1.1 en 5.1.2 is stilgestaan bij de verenigbaarheid van het wetsvoorstel en de daarin neergelegde bevoegdheden en verplichtingen voor verwerfers en doelondernemingen. Overeenkomstig de jurisprudentie van het HvJEU geldt een toetsing van de wettelijke voorschriften aan de vrij verkeerbepalingen van het VWEU ook als een toetsing aan de verenigbaarheid met artikel 16 van het Handvest (zie de hiervoor aangehaalde zaak C-390/12, Pflieger, overweging 64). Het wetsvoorstel is derhalve ook verenigbaar met artikel 16 van het Handvest.

Voorts zijn het recht op de bescherming van persoonsgegevens (artikel 8 Handvest), de vrijheid van meningsuiting en informatie (artikel 11 Handvest) en het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht (artikel 47 Handvest) relevante onderdelen van het Handvest.

Ten aanzien van het recht op de bescherming van persoonsgegevens regelt artikel 34 de grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens. Tevens is in het wetsvoorstel voorzien in een wettelijke grondslag en doelbinding voor de verwerking van persoonsgegevens. Zoals hiervoor is uitgelegd, zijn de Europese kaders voor de verwerking en bescherming van persoonsgegevens onverminderd van toepassing. Ten aanzien van de vrijheid van meningsuiting en informatie dat ook het recht op het kennis nemen van informatie omvat, kan worden opgemerkt dat de Eurowob en

de Wob integraal van toepassing zijn en dus op deze wijze het verkrijgen van informatie mogelijk is. De Eurowob is in deze context relevant, omdat de Europese Commissie in het kader van de toepassing van de bevoegdheden van dit wetsvoorstel op grond van de FDI-screeningsverordening bevoegd is aanvullende informatie op te vragen en opmerkingen en adviezen in te dienen die de Minister kan laten meewegen bij besluiten op grond van dit wetsvoorstel. Een uitgebreidere toelichting hierover is opgenomen in de memorie van toelichting bij de Uitvoeringswet (Kamerstukken II, 2019/20, 35 502, nr. 3). De Wet openbaarheid van bestuur is onverminderd van toepassing op de handelingen van de Nederlandse overheid op grond van dit wetsvoorstel. Evenmin verhindert dit wetsvoorstel de vrijheid van meningsuiting of legt daar enige beperking aan op. Tot slot laat het wetsvoorstel de bestaande rechtsbescherming onverlet.

Tot slot voorziet het wetsvoorstel in een doeltreffende rechtsbescherming. Tegen de besluiten van de Minister staat bezwaar open. Vervolgens kan tegen de beslissing op bezwaar beroep worden ingesteld bij de onafhankelijke bestuursrechter. Tegen de uitspraak van de rechtbank staat hoger beroep open bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Er is dus een effectief mechanisme om in rechte op te komen bij een onafhankelijke rechter overeenkomstig artikel 47 van het Handvest.

## **5.2 Europees verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM)**

### **5.2.1. Algemeen**

Het wetsvoorstel bevat een aantal voorschriften en procedures die het functioneren van de verwervers en doelondernemingen inkaderen en de mogelijkheid om in doelondernemingen te investeren of andere vormen van activiteiten te verrichten. De mogelijke risico's voor de verenigbaarheid van dit wetsvoorstel met het EVRM zijn verbonden aan de bescherming van het recht op ongestoord genot van eigendom zoals voorzien in artikel 1, Eerste Protocol, EVRM. De in het wetsvoorstel beschreven maatregelen reguleren het eigendomsrecht op geoorloofde wijze in de zin van artikel 1, Eerste Protocol, EVRM. Niet elke vorm van regulering brengt namelijk een aantasting van de rechten onder artikel 1, Eerste Protocol, EVRM met zich mee. Een bepaalde mate van regulering van activiteiten is onlosmakelijk verbonden aan de rol van de overheid om economische activiteiten in de samenleving ordentelijk te laten plaatsvinden en met inachtneming en bescherming van het publiek belang dat daarbij in het geding kan zijn. De toelaatbaarheid van regels, is mede afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de aard en inhoud van de regulering. Zo zal dus niet iedere regulering strijdig zijn met het bepaalde in artikel 1, Eerste Protocol, EVRM, noch rechtstreeks effect hebben op het ongestoorde eigendomsrecht. Dit is pas aan de orde ten aanzien van bepalingen en bevoegdheden die een duidelijk effect hebben op het ongestoord genot van eigendom.

Het wetsvoorstel reguleert in hoofdzaak het gebruik van eigendom door de verwerver en de doelonderneming. Het wetsvoorstel bevat daarnaast bevoegdheden waarbij onder omstandigheden sprake kan zijn van een zodanige aantasting van het ongestoord genot van eigendom van de verwerver of doelonderneming dat dit kan leiden tot een de facto ontneming van eigendom.

Vanuit deze benadering verdienen de meest vergaande bevoegdheden in het wetsvoorstel bijzondere aandacht. Het gaat om het opleggen van (1) een verbod van een bepaalde voorgenomen activiteit, (2) de mogelijkheid een voorgenomen activiteit toe te staan en daaraan bepaalde typen voorschriften te verbinden die in dit wetsvoorstel zijn voorzien, (3) de mogelijkheid om zelfs als een activiteit eerder werd toegestaan opnieuw te beoordelen, wegens een zwaarwegend risico voor

de nationale veiligheid ingegeven door feiten die zich voordoen nadat een activiteit is beoordeeld, en op basis van deze beoordeling een (nieuw) toetsingsbesluit te nemen, en (4) de mogelijkheid om voor activiteiten die zijn verricht na 8 september 2020 en voorafgaand aan de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel te gelasten dat deze gemeld worden en worden beoordeeld en onderworpen aan een besluit overeenkomstig dit wetsvoorstel. Ook de gevolgen verbonden aan het niet melden van een voorgenomen activiteit overeenkomstig dit wetsvoorstel, aan het melden van een voorgenomen activiteit waarbij onjuiste of vervalste informatie werd verstrekt of aan het niet-nakomen van voorschriften verbonden aan het besluit waarbij de voorgenomen activiteit werd toegestaan, zijn van invloed op het ongestoord genot van eigendom door de verwerver of de doelonderneming.

Met deze bepalingen heeft de Minister beïnvloedingsmogelijkheden ten aanzien van de exploitatie van ondernemingen. Het bestuur van de onderneming en de (potentiële) verwervers zijn dus niet geheel vrij om over de strategie over en de bedrijfsvoering van de doelonderneming te beslissen. Dit kan een inperking vormen van het ongestoord genot van eigendom door de verwerver of de doelonderneming. Vanuit het geheel van maatregelen gezien kan door de uitvoering van de wetgeving, de waarde (goodwill) van de onderneming of van de specifieke activiteit dalen. Ook dat wordt door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) gezien als beperking van eigendom (EHRM, arrest van 26 juni 1986 Van Marle v. Nederland).

Tegelijkertijd erkent het EHRM dat ter borging van het algemeen belang het reguleren en aan beperkingen onderwerpen van eigendom en het gebruik daarvan, legitiem kan zijn mits een aantal voorwaarden in acht wordt genomen. De wetgever komt volgens het EHRM in deze een ruime beoordelingsmarge toe. Een inbreuk op het eigendomsrecht is gerechtvaardigd wanneer er sprake is van regulering van eigendom en deze aan de legaliteitstoets, de legitimiteitstoets en de evenredigheidstoets («fair balance») voldoet. Op deze voorwaarden wordt in paragraaf 5.2.2 nader ingegaan. Voor zover wat bevoegdheden betreft waarbij onder omstandigheden sprake kan zijn van een zodanige aantasting van het ongestoord genot van eigendom van de verwerver of doelonderneming dat dit kan leiden tot een de facto ontneming van eigendom, wordt stilgestaan in paragraaf 5.2.3.

### **5.2.2 Regulering van eigendom**

De bevoegdheid om een activiteit te verbieden of aan voorwaarden te onderwerpen, heeft een effect op het ongestoord genot van eigendom. De bevoegdheid raakt daarmee aan artikel 1, Eerste Protocol, van het EVRM. Regulering van eigendom is onder de werking van dit artikel toegestaan, mits aan een aantal voorwaarden is voldaan: legaliteit, legitimiteit en fair balance. De legaliteitseis betekent dat de regeling precies, toegankelijk en voorzienbaar moet zijn. De legitimiteitstoets vereist dat met de regulering een doel in het algemeen belang wordt nagestreefd, in casus is dat de nationale veiligheid. In paragraaf 2.1 is ingegaan op het belang van de bescherming van de nationale veiligheid. De procedure en de toetsingscriteria zijn (wettelijk) vastgelegd en kenbaar voor eenieder die daaraan is onderworpen. De discretionaire ruimte voor de Minister is ingekaderd en beperkt. Verder staat administratiefrechtelijke bescherming open tegen elk besluit van de Minister op grond van de voorgestelde wet.

In het wetsvoorstel worden beperkingen gesteld aan de mogelijkheid activiteiten te verrichten die leiden tot wijziging in de zeggenschap of tot verkrijging of vergroting van significante invloed in specifieke doelondernemingen of het verwerven van zeggenschap via bezit of significante invloed over vermogensbestanddelen van deze doelondernemingen. Deze activiteiten zullen veelal bestaan uit het vergroten of verkrijgen van een aandeelhouderschap in een doelonderneming. Aandelen (en daarmee ook

de rechten die daarmee verband houden) worden gezien als «eigendom» in de zin van het Eerste Protocol EVRM. Zij vertegenwoordigen namelijk de economische waarde van een onderneming. De bescherming van het eigendomsrecht in het Eerste Protocol heeft immers een breed bereik. Voor aandeelhouders geldt echter dat zij zich slechts in uitzonderlijke gevallen op een schending van artikel 1, Eerste Protocol, EVRM kunnen beroepen (EHRM, *Agrotexim v. Griekenland*, arrest van 26 september 1995, overwegingen 64–66). Dit is alleen anders voor zover de wettelijke beperkingen specifiek zien op een rechtstreekse aantasting of beperking van de rechten die een aandeelhouder normaliter toekomt (zie EHRM, *Agrotexim v. Griekenland*, arrest van 26 september 1995, overweging 62). Voor wat betreft vermogensbestanddelen geldt overeenkomstig vaste jurisprudentie van het EHRM dat een zeer ruime categorie van vermogensbestanddelen onder de bescherming van artikel 1, eerste protocol EVRM valt. Het moet daarbij wel gaan om eigendom dat reeds in het bezit is van de betrokken partij of waarvan in voldoende mate gerechtvaardigd vertrouwen is dat dit eigendom en het genot ervan verkregen zal worden (zie onder andere EHRM, *Von Maltzan and Others*, arrest van 2 maart 2005, overweging 74). Artikel 1, eerste protocol, EVRM beschermt overigens niet het recht op het verwerven van eigendom (zie EHRM, *Van der Mussele v. België*, arrest van 23 november 1983, Series A no. 70, overweging 48). Dit in tegenstelling tot de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van kapitaal onder het EU-recht.

Het wetsvoorstel voorziet primair in een ex ante toetsing van het verrichten van activiteiten die kunnen leiden tot een wijziging in de zeggenschap over of de verwerving van een significant invloed in de doelonderneming. Deze ex ante toetsing geldt ook voor het verwerven van zeggenschap via bezit of significante invloed over vermogensbestanddelen van deze doelondernemingen. De verplichting tot het voorleggen van de voorgenomen activiteit en de procedure voor de beoordeling hiervan is geregeld in de paragrafen 3.1, 3.2, 3.5 en 3.6 van het wetsvoorstel. Zoals hierboven reeds is toegelicht, beschermt artikel 1, eerste protocol, EVRM niet het recht op het verwerven van eigendom. Ook geldt dat wetgevende maatregelen die in algemene zin (de waarde van) eigendommen kunnen aantasten in de jurisprudentie van het EHRM in beginsel worden aangemerkt als regulering en niet direct gelijk gesteld kunnen worden aan onteigening (Besluit van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens van 9 maart 1989, zaak *Banér v. Zweden*, Application Nr. 11763/85, punt 5, derde alinea). Het feit dat de onderdelen verbonden aan het recht van eigendom worden beperkt, maakt deze beperkingen niet tot een vorm van onteigening (EHRM, *Sporrong and Lönnroth*, arrest van 23 september 1982, Series A no. 52, overwegingen 60–63). Het verbinden van voorschriften aan een (positief) toetsingsbesluit waarmee de verwerver zijn activiteit (alsnog) kan ontplooien, is derhalve als zodanig geen aantasting van het eigendomsrecht die verder gaat dan een vorm van regulering van eigendom, zelfs als deze voorschriften stevige beperkingen op of aantastingen van de uitoefening van het eigendomsrecht kunnen inhouden (zie o.a. EHRM, *Chassagnou*, arrest van 29 april 1999, Applications nos. 25088/94, 28331/95 en 28443/95, overweging 74, en EHRM, *S.A. BIO D'ARDENNES*, arrest van 12 november 2019, Application Nr. 44457/11, overwegingen 47–49 en EHR, *Malfatto*, arrest van 6 oktober 2016, Applications nr. 40886/06 en nr. 51946/07, overwegingen 60–61).

Het wetsvoorstel kent ook diverse bepalingen die voorzien in bepaalde juridische effecten en bevoegdheden in geval de wettelijke verplichting om een voorgenomen activiteit ter toetsing voor te leggen aan de Minister niet wordt nagekomen (zie artikel 16, artikel 30 en artikel 45 van het wetsvoorstel). Ook kent het wetsvoorstel vergelijkbare juridische effecten en bevoegdheden in geval een activiteit plaatsvindt in strijd met een toetsingsbesluit waarbij de voorgenomen activiteit werd verboden of een

instemming verbonden werd aan de naleving van bepaalde opgelegde voorschriften (zie artikelen 25 en 26 en paragrafen 4.1, 4.2 en 6.4 van het wetsvoorstel). Voor deze juridische effecten en bevoegdheden geldt volgens de jurisprudentie van het EHRM dat dergelijke effecten en bevoegdheden die het genot van het eigendom kunnen aantasten een vorm van regulering van eigendom zijn die een doelstelling van algemeen belang nastreven, namelijk het afdwingen van de naleving van wettelijke verplichtingen die in het algemeen belang zijn opgelegd in het kader van het genot van eigendom (zie o.a. EHRM, Raimondo, arrest van 22 februari 1994, Application Nr. 12954/87, overwegingen 28–30; en EHRM, International Bank of Commerce for Development AD, arrest van 2 juni 2016, Application nr. 7031/05, overweging 123).

Zowel de wettelijke regeling van de bevoegdheden om ex ante voorgenomen activiteiten te toetsen en zo nodig te verbieden of daar voorschriften aan te verbinden als de bevoegdheden en juridische effecten die in dit wetsvoorstel zijn opgenomen in geval deze verplichtingen gekoppeld zijn aan de ex ante toetsing en het toetsingsbesluit, moeten daarom in het kader van de regulering van eigendom overeenkomstig de tweede paragraaf van artikel 1, Eerste Protocol, EVRM worden beoordeeld aan de hand van de vraag of deze voldoende toegankelijk, precies en voorspelbaar zijn. De mogelijke inperkingen in dit wetvoorstel, berusten op deugdelijke en afgebakende gronden, waardoor de verwervers hiervan kennis kunnen nemen. Aan de legaliteitstoets is dan ook voldaan. Een maatregel ter regulering van eigendom kan alleen gerechtvaardigd zijn wanneer deze ten dienste is van het algemeen belang, hetgeen in dit wetsvoorstel de nationale veiligheid is. Het belang van de veiligheid van de staat is in het geding bij vitale processen en het gebruik van sensitieve technologie. Het zwaarwegende karakter van dit belang maakt effectieve en doelmatige bescherming noodzakelijk en rechtvaardigt zowel restricties in aandeelhouderschap als het verbieden van de uitoefening van aan aandelen verbonden rechten of zelfs het gedwongen verkopen van aandelen.

Een inperking van eigendomsrechten dient daarnaast in overeenstemming te zijn met het «fair balance» vereiste. Bij de afweging of er bij dit wetsvoorstel inderdaad sprake is van een «fair balance» dient de afweging op twee niveaus plaats te vinden. Allereerst op het niveau van de wettelijke regeling: is er een redelijke mate van evenredigheid tussen de gebruikte middelen en het doel dat ermee wordt nagestreefd, dat wil zeggen een redelijke verhouding («fair balance») op het wettelijk niveau tussen de bescherming van individuele rechten en het algemeen belang. Ten tweede op individueel niveau: ook al is de wetgever binnen de hem toekomende ruime beoordelingsmarge gebleven en is er op het niveau van de regelgeving derhalve sprake van een «fair balance», dan nog is er geen proportionaliteit als een bepaald individu een buitensporige last draagt («individual and excessive burden»). Ten aanzien van de «fair balance» test op wettelijk niveau kan worden verwezen naar paragraaf 2.3 van deze toelichting waar is stilgestaan bij de mogelijkheden om minder zware vormen van regulering toe te passen en de mogelijkheden die ondernemingen zelf hebben om maatregelen te treffen tegen ongewenste activiteiten zoals gedefinieerd in dit wetsvoorstel. Er zijn geen mogelijkheden voor het treffen van minder ingrijpende voorzieningen om bovengenoemde belangen te beschermen.

Wat betreft de proportionaliteit op individueel niveau geldt als uitgangspunt dat alle (toekomstige) verwervers /aandeelhouders qua proces op dezelfde manier worden behandeld bij de ex ante beoordeling of een investering of verwerving waarmee zeggenschap of significante invloed kan worden verkregen over ondernemingen of vermogensbestanddelen waaraan een risico voor de nationale veiligheid is verbonden. Het wetsvoorstel is qua kaders en procedures neutraal in de nationaliteit of vestigingsplaats van de verwerper en respecteert daarmee ook het

verbod op discriminatie neergelegd in artikel 14 van het EVRM. Dit zorgt er ook voor dat bij de beoordeling van een voorgenomen verwerving niet reeds bij voorbaat een onderscheid wordt gemaakt, maar aan de hand van de specifieke feiten van het geval zoals de aard van de verwerving, de doelonderneming of vermogensbestanddelen in kwestie en de specifieke risico's voor de nationale veiligheid verbonden aan de voorgelegde transactie.

Bij de beoordeling zal juist gericht maatwerk plaatsvinden toegespitst op de verwerver, de beoogde verwerving en alle feiten van het geval en de daaraan verbonden risico's voor de nationale veiligheid. Door de mogelijkheid van opleggen van mitigerende voorschriften zoals voorzien in de artikelen 23 en 24 van het wetsvoorstel is het mogelijk om op gepaste wijze maatwerk te bieden dat aansluit bij voornoemde feiten en risico's. Juist hiermee wordt het proportionaliteitsbeginsel toegepast en het risico verminderd dat er sprake is van een buitensporige en onevenredige last die op de betreffende verwerver rust. Deze werkwijze en aanpak voorkomt dat ongelijkheid en daarmee een mogelijke onevenredigheid optreedt voor de individuele investeerder/aandeelhouder die aan de ex ante toetsing onderworpen is voordat er geïnvesteerd mag worden. Het EHRM weegt bij het bepalen of er sprake is van een «fair balance» bovendien mee in hoeverre klagers zich welbewust in een risicovolle positie hebben laten brengen. In dat verband wordt ook wel gesproken over actieve en passieve risico-aanvaarding. In dit wetsvoorstel is op voorhand duidelijk met welke wettelijke beperkingen en criteria de verwervers en doelondernemingen, die binnen het toepassingsbereik van het wetsvoorstel vallen, rekening moeten houden en welke bevoegdheden de Minister heeft. Op het moment dat de aandeelhouder zich niet aan de wettelijke regeling houdt, aanvaardt hij actief het risico dat de Minister hem verbiedt de aan zijn aandelen verbonden rechten uit te oefenen of dat hem een last tot verkoop van zijn aandelen wordt opgelegd. Ieder verwerver of doelonderneming die een verwervingsactiviteit verricht waarop paragraaf 2.1 van het wetsvoorstel van toepassing is, wordt onderworpen aan dezelfde toets.

Meer specifiek ten aanzien van de proportionaliteit kan worden opgemerkt dat verwervers en doelondernemingen weliswaar niet geheel vrij zijn om verwervingsactiviteiten te verrichten, maar de wettelijke regeling zoals voorzien in dit wetsvoorstel handhaaft wel degelijk de vrijheid om investeringen, fusies, et cetera, aan te gaan. De verwerver en doelonderneming zijn gerechtigd om zelf de aandelen of vermogensbestanddelen te vervreemden, of een fusie of gemeenschappelijke onderneming aan te gaan, zelfs als de Minister op grond van artikel 23 of 24 van het wetsvoorstel voorschriften verbindt aan de activiteit. Ook in het geval het voorschrift inhoudt dat het voorgenomen aandelenbelang van de verwerver gecertificeerd dient te worden (artikel 23, eerste lid, onderdeel i) blijft de verwerver onderscheidenlijk de doelonderneming belangrijke aspecten verbonden aan het eigendomsrecht genieten. Dit is zelfs het geval wanneer de Minister op grond van artikel 28 of 42 opdraagt de zeggenschap of de significante invloed terug te brengen of te beëindigen binnen een redelijke termijn. Er is dus nog wel de mogelijkheid om over het eigendom van de aandelen, de vermogensbestanddelen of de onderneming te beschikken. De termijn daarvoor moet wel zodanig lang zijn dat de degene die het desbetreffende eigendom, vermogensbestanddeel of onderneming moet afstoten, de mogelijkheid heeft het tegen redelijk normale voorwaarden en prijs te vervreemden. Het eigendom gaat niet verloren. In beide gevallen blijft bovendien het recht op dividend intact zolang de aandeelhouder de wettelijke verplichtingen respecteert. Wat betreft de toepassing van de artikelen 29 en 43 wordt nog opgemerkt dat er geen sprake is van onteigening of confiscatie door een overheidslichaam omdat de verwerver de gelegenheid krijgt om de zeggenschap of significante invloed eerst zelf terug te brengen of te beëindigen binnen

een redelijke termijn en pas daarna de Minister bevoegd is om dat zelf te doen (of de doelonderneming op aanwijzing van de Minister). In die laatste gevallen gaat de eigendom niet over op de staat, maar wordt het eigendom verkocht aan een derde en krijgt de voormalige verwerver de opbrengst van de verkoop. Er is ook hier dus sprake van regulering van eigendom. Dit vindt steun in de volgende arresten van het EHRM: EHRM, *Tre Traktor Aktieblog v. Zweden*, arrest van 7 juli 1989, Application 10873/84, overwegingen 54 en 55, EHRM, *Posti en Rahko v. Finland*, arrest van 24 september 2002, Application 27824/95, overwegingen 76 en 77 en EHRM, *de zaak Denimark (Denimark Limited and 11 Others v. the United Kingdom)*, Application 37660/97, arrest van 26 September 2000, blz. 9 en 10).

### **5.2.3. Ongestoord genot van eigendom en de facto ontneming van eigendom**

Het wetsvoorstel kent twee bevoegdheden waarbij er onder omstandigheden sprake kan zijn van een zodanige aantasting van het genot van eigendom dat er sprake kan zijn van een vorm van ontneming, omdat het eigendomsrecht van verwerver feitelijk te niet wordt gedaan. Bij de uitoefening van deze twee bevoegdheden kan – afhankelijk van de specifieke omstandigheden het individuele geval – sprake zijn van ontneming die moet voldoen aan de standaard onder artikel 1, eerste protocol, EVRM die geldt voor (de facto) ontneming, omdat in het specifieke geval het eigendomsrecht van de verwerver (of doelonderneming) feitelijk teniet wordt gedaan. Ingevolge artikel 1, eerste protocol, EVRM en daaruit voortvloeiende jurisprudentie is in zulke situaties vereist dat (1) wettelijk geregeld is op welke wijze deze ontneming plaatsvindt. Daar is in dit geval aan voldaan; (2) de ontneming een publiek belang te dient. Ook daar is hier sprake van, omdat de ontneming gericht is op het beschermen van de openbare veiligheid; (3) de ontneming niet willekeurig plaats dient te vinden en er dienen procedures en uitgangspunten te worden gevolgd die een dergelijke willekeur kunnen voorkomen. Het wetsvoorstel en de daarin vastgelegde bevoegdheden kennen een zodanige inkadering door middel van beoordelingscriteria, mogelijke eisen en voorschriften en een duidelijke motiveringsplicht met rechtsbescherming dat ook hier aan wordt voldaan; (4) er sprake is van een volledige vergoeding van de waarde van het ontnomen goed, rekening houdend met de specifieke factoren in het individueel geval die een correctie kunnen aanbrengen op de verplichting tot volledige compensatie (zie EHRM, arrest van 21 februari 1986, *James and others*, Application nr. 8793/79, overweging 54 en EHRM, arrest van 29 maart 2006, *Scordino* No.1, Application Nr. 36813/97, overweging 98).

De eerste bevoegdheid ziet op de bevoegdheid van de Minister om zelfs als een activiteit eerder werd toegestaan, wegens een zwaarwegend risico voor de nationale veiligheid ingegeven door feiten die zich voordoen nadat een mededeling is gedaan of een toetsingsbesluit is genomen, de activiteiten opnieuw te beoordelen en op basis van deze beoordeling een (nieuw) toetsingsbesluit te nemen (artikel 27). Dit toetsingsbesluit berustend op een nieuwe beoordeling kan met zich meebrengen dat voorschriften verbonden worden aan de activiteit terwijl dit eerder niet het geval was of zwaardere voorschriften worden opgelegd. Ook kan het toetsingsbesluit anders dan eerst in ultimo met zich meebrengen dat de activiteit moet worden beëindigd (zie artikel 27).

Deze bevoegdheid is met extra waarborgen omkleed ten opzichte van de reguliere (ex ante) toetsing: a) heroverweging is alleen mogelijk als een potentiële maatschappelijke ontwrichting kan plaatsvinden met potentiële economische, sociale of fysieke gevolgen of als er een directe toegenomen reële bedreiging van de Nederlandse soevereiniteit is ontstaan; b) de Minister moet handelen binnen zes maanden nadat dit zwaarwegend risico bekend is; c) in overeenstemming met gevoelen van de

ministerraad wordt voorafgaand beoordeeld of aan deze voorwaarden is voldaan. Naast deze extra waarborgen blijven de eisen voor een beoordeling en toetsingsbesluit onverminderd van toepassing en zal de Minister gehouden zijn rekening te houden met het proportionaliteitsbeginsel en in dit specifieke geval het beginsel van rechtszekerheid in het licht van de veelal onvoorzienbare toepassing van deze bevoegdheid. Dat heeft tot gevolg dat bij een (hernieuwde) toetsing de Minister in de meeste gevallen zo veel mogelijk zal trachten door middel van aanvullende voorschriften het risico te mitigeren. Alleen als deze aanvullende voorschriften gelet op hun uitwerking een zodanige aantasting van het eigendomsrecht opleveren, in het licht van ook de gerechtvaardigde verwachtingen, dat er sprake is van een de facto ontneming van eigendom of als het veiligheidsrisico zodanig is dat de activiteit beëindigd moet worden, dan ontstaat een schadevergoedingsplicht voor de staat. Hoewel de verwachting is dat enkel in hoogst uitzonderlijke gevallen een herbeoordeling plaatsvindt die tot schadeplichtigheid leidt, is het in verband met de rechtszekerheid wenselijk te voorzien in een uitdrukkelijk grondslag voor nadeelcompensatie. Gelet hierop voorziet het wetsvoorstel in een uitdrukkelijk recht op nadeelcompensatie op aanvraag van de doelonderneming of de verwerver, indien als gevolg van een nieuw toetsingsbesluit schade ontstaat die voor één van hen of beiden uitgaat boven het normale maatschappelijke risico en die een benadeelde in vergelijking met andere vitale aanbieders of ondernemingen actief op het gebied van sensitieve technologie onevenredig zwaar treft. Hiermee wordt aangesloten bij de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten die nog in werking moet treden. Deze verplichting tot vergoeding van schade is niet absoluut noch ongeclausuleerd: zoals reeds in paragraaf 5.2.2 is toegelicht wordt de verwerver en doelonderneming in staat gesteld om binnen een redelijke termijn zelf de aandelen of vermogensbestanddelen te vervreemden, of een fusie of gemeenschappelijke onderneming ongedaan te maken. Gedurende deze termijn blijft de verwerver of doelonderneming gerechtigd tot in ieder geval de financiële voordelen van het eigendom. Daarnaast biedt deze redelijke termijn de verwerver en doelonderneming de mogelijkheid om zo'n groot mogelijke opbrengst te realiseren, hoewel erkend moet worden dat door de gedwongen afstoting een prijsdrukkend effect kan optreden. Ook als de Minister zelf de beëindiging van de activiteit ter hand neemt, komt de waarde van een verkooptransactie ten goede aan de oorspronkelijke eigenaar of verwerver. Het verschil tussen de gerealiseerde waarde en de marktwaarde die op het moment van het opleggen van besluit gold is de waarde die in ieder geval vergoed moet worden. Daarnaast dienen bijkomende factoren te worden meegenomen, bijvoorbeeld in hoeverre de activiteit ook zag op een integratie van ondernemingen waardoor bijkomende kosten voor de desintegratie worden gemaakt. De tweede bevoegdheid ziet op de mogelijkheid om voor activiteiten die zijn verricht na 8 september 2020 en voorafgaand aan de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel te gelasten dat deze gemeld moeten worden en worden beoordeeld en onderworpen aan een besluit overeenkomstig dit wetsvoorstel. Dit is geregeld in artikel 58 van dit wetsvoorstel en hangt onlosmakelijk samen met de internetconsultatie van het ontworpen wetsvoorstel dat evenals de brief van 2 juni 2020, Kamerstukken II 2019/20, 30 821, nr. 113, kenbaar maakte dat de investeringstoetsing met terugwerkende kracht wordt ingevoerd. Voor de terugwerkende kracht is in het wetsvoorstel de formele peildatum 8 september 2020 opgenomen, aangezien op deze datum het te consulteren ontwerp voor een wetsvoorstel inclusief memorie van toelichting openbaar voor eenieder toegankelijk werd. Daarmee is in belangrijke mate inzicht verschaft in de toe te passen kaders van dit wetsvoorstel. Het opnemen van de peildatum 8 september 2020 in artikel 58 van dit wetsvoorstel heeft tot gevolg dat activiteiten na inwerkingtreding van de wet, die na 8 september, derhalve

vanaf 9 september 2020 zijn gedaan, met terugwerkende kracht getoetst kunnen worden wanneer daar vanuit de bescherming van de nationale veiligheid aanleiding voor is. Deze terugwerkende kracht is noodzakelijk om de beweegredenen die in hoofdstuk 13 over de peildatum zijn toegelicht. Wat betreft de verhouding tot een toetsingsbesluit als gevolg van veranderende omstandigheden als bedoeld artikel 27 van dit wetsvoorstel nog het volgende. In tegenstelling tot de bevoegdheid neergelegd in dat artikel speelt het gerechtvaardigd vertrouwen minder zwaar, omdat het geconsulteerde wetsvoorstel reeds kenbaar heeft gemaakt dat een dergelijke beoordeling met terugwerkende kracht zou plaatsvinden en er niet reeds eerder een inhoudelijke toetsing van de activiteit heeft plaatsgevonden. Dat rechtvaardigt ook een minder strenge wettelijke inkadering dan bij artikel 27. Voor het overige blijft ook bij de toepassing van artikel 58 een grote mate van terughoudendheid het uitgangspunt, met name op het punt van het verbieden van een activiteit. Nu het bestaan van de verplichting tot schadevergoeding en de omvang ervan sterk afhankelijk is van de specifieke feiten van het geval, voorziet het wetsvoorstel in dit geval zelf niet in een aparte wettelijke grondslag voor het verstrekken van eventuele schadevergoeding voor de aantasting van het eigendomsrecht. Bij individuele besluiten waarbij een vergoedingsplicht ontstaat, zal de benodigde compensatie worden bepaald en versterkt als onderdeel van het besluit. Deze is toetsbaar via de rechtsbescherming die voorzien is voor dergelijke besluiten.

#### **5.2.4 Artikel 8 EVRM**

Op grond van artikel 8 van het EVRM heeft een ieder recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie. Het betreden en doorzoeken van die woning tegen de wil van de bewoner is alleen toelaatbaar, wanneer deze inmenging in de privacy van de eigen woning bij wet is voorzien en zij in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economische welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en met het oog op dat belang proportioneel is. In de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens wordt aan de eis dat de inperking «in een democratische samenleving noodzakelijk is» geacht te zijn voldaan als er sprake is van een dringende maatschappelijke behoefte. In dat kader is tevens van belang dat de maatregel proportioneel is en dat er geen alternatieven mogelijk zijn die minder ingrijpend zijn (subsidiariteit).

De beperking van het huisrecht door de binnentredingsbevoegdheid in dit wetsvoorstel kan door het belang van de nationale veiligheid worden gerechtvaardigd. Het toepassingsbereik van het wetsvoorstel ziet op vitale aanbieders dan wel ondernemingen die actief zijn op het gebied van sensitieve technologie. Voor deze groepen ondernemingen geldt dat bij een activiteit een risico bestaat dat de verwerver, bestuurder, leidinggevende of sleutelfunctionaris van de verwerver (en in voorkomend geval van de doelonderneming) actief meewerken aan het verhullen van de (daadwerkelijke) identiteit van de verwerver, zijn motieven of de banden die de verwerver heeft met derden. Het wetsvoorstel biedt de Minister weliswaar diverse mogelijkheden om door middel van de ontsluiting van informatiebronnen en het verzamelen van inlichtingen deze aspecten te achterhalen en mee te laten wegen bij het vaststellen van een toetsingsbesluit of bij het beoordelen of de voorschriften van een toetsingsbesluit zijn nagekomen. Tegelijkertijd is bij een actieve inzet van verwerver en doelonderneming om een effectieve toetsing van de voorgenomen verwerving en de daarop volgende naleving van een toetsingsbesluit te verhinderen of te doorkruisen, een reëel risico dat relevante informatie in woningen van bestuurders, sleutelfunctionarissen of andere medewerkers

wordt bewaard. Dit is een risico dat reeds bij de handhaving van het mededingingsrecht is geconstateerd (zie wetsvoorstel tot Wijziging van de Mededingingswet en van enige andere wetten in verband met de implementatie van EG-verordening 1/2003, Kamerstukken II 2003/04, 29 276, nr. 3, memorie van toelichting, paragraaf 2.4, laatste alinea) en bij kwesties van nationale veiligheid ook verwacht kan worden. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens erkent dat dit soort situaties een bevoegdheid tot het doen van een huiszoeking kan rechtvaardigen, mits met de juiste waarborgen omkleed (zie EHRM, arrest van 2 oktober 2014, Delta Pekárny, Application nr. 97/11, overwegingen 82–83).

Gelet op de onomkeerbare effecten die kunnen optreden in geval relevante informatie wordt achtergehouden waarmee een effectieve toetsing kan plaatsvinden, is de mogelijkheid gerechtvaardigd om in het uiterste geval een huiszoeking te kunnen doen. Immers de verkrijging van informatie over gevoelige technologie of processen of de kennis hoe vitale aanbieders hun vitale processen beschermen, kan niet worden teruggedraaid wanneer deze informatie eenmaal is verkregen. Ook bestaat er een reëel risico dat een verwerver (al dan niet in opdracht van een achterliggende derde) de operationele kwetsbaarheid van aanbieders die actief zijn op het gebied van sensitieve technologie of van vitale aanbieders gaat verhogen, waardoor disrupties van dergelijke ondernemingen plaatsvinden met grote maatschappelijke gevolgen. Tegelijkertijd is de uitoefening van een bevoegdheid tot huiszoeking een forse inbreuk op de privacy en huisvrede van de betrokken personen. Deze bevoegdheid zal daarom alleen in uitzonderlijke gevallen worden toegepast, wanneer de Minister en zijn ambtenaren beschikken over aanwijzingen dat relevante informatie wordt achtergehouden en mogelijk aanwezig is in de woningen van de betrokken personen. Door de vele procedurele waarborgen waarmee de binnentredingsbevoegdheid is omgeven wordt voorts voldaan aan de proportionaliteitseis. Deze waarborgen (met name de voorafgaande machtiging) hebben immers tot doel te verzekeren dat van de bevoegdheid alleen gebruik wordt gemaakt als dat strikt noodzakelijk is en aan vooraf gestelde eisen voldoet. In verband met de subsidia-riteitseis wordt erop gewezen, zoals hierboven al aan de orde kwam, dat de bevoegdheid nodig en ook uitsluitend bedoeld is voor gevallen waarin de gegevens, juist omdat ze in een woning worden bewaard, niet op een andere, minder ingrijpende wijze kunnen worden verkregen. Ze zijn dan immers onbereikbaar bij bedrijfsbezoeken en evenmin bereikbaar in de woning zolang de bewoner geen toestemming geeft om binnen te komen. Ten slotte wordt in verband met artikel 8 van het EVRM opgemerkt dat dit wetsvoorstel voorziet in de door dat artikel vereiste wettelijke grondslag.

### **5.3 Overig internationaal recht**

#### **5.3.1 WTO-recht en handels- en investeringsverdragen**

In het internationale handels- en investeringsrecht valt een onderscheid te maken tussen de behandeling van een investering bij markttoegang (zogenaamde «pre-establishment») en de behandeling als de investeerder eenmaal gevestigd is (zogenaamde «post-establishment»). Markttoegangsvoorwaarden bepalen of het voor een investeerder uit een verdragspartij mogelijk is om zich te vestigen, en zo ja, onder welke voorwaarden zo'n investering wordt toegelaten. Daarin kan een overheid verschillende keuzes maken, waaronder welke buitenlandse investeringen ze wil toelaten, hoe ze die selecteert, in welke sectoren ze dat toe laat en op basis van welke aanvullende voorwaarden de buitenlandse investeerder wordt toegelaten.

Via de Europese Unie is Nederland op multilateraal, regionaal en bilateraal niveau gebonden aan internationale afspraken over markttoegang en de behandeling van buitenlandse directe investeringen. Immers, de exclusieve bevoegdheid van de Europese Unie in het kader

van de gemeenschappelijke handelspolitiek krachtens artikel 3, eerste lid, onder e, en artikel 207, eerste lid, van het VWEU omvat de bevoegdheid om met derde landen zowel afspraken over markttoegang te maken, als afspraken over de bescherming van buitenlandse directe investeringen met uitzondering van afspraken over indirecte buitenlandse (portfolio-)investeringen en geschillenbeslechting (zie Advies HvJEU van 16 mei 2017, 2/15, Vrijhandelsovereenkomst tussen de Europese Unie en de Republiek Singapore). Daarnaast heeft de EU verdragen gesloten betreffende de markttoegang van goederen, bescherming van intellectueel eigendom en afspraken over kapitaalstromen. Ook heeft Nederland een groot aantal bilaterale investeringsbeschermingsakkoorden met landen buiten de EU afgesloten waarin ook afspraken gemaakt zijn over de behandeling van buitenlandse investeringen nadat deze zijn toegelaten tot de markt. Deze zijn geautoriseerd in EU-kader.

Het wetsvoorstel is verenigbaar met alle internationale verplichtingen die voor Nederland gelden. Hieronder wordt het relevante internationale rechtskader toegelicht en toegepast op dit wetsvoorstel, te beginnen bij het multilaterale kader.

Multilaterale regels ten aanzien van markttoegang van investeringen vallen onder het raamwerk van de World Trade Organization (hierna: WTO) en specifiek onder de General Agreement on Trade in Services (hierna: GATS). Daarnaast zijn voor het wetsvoorstel de regels van de Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (hierna: TRIPS-akkoord), en daar waar het wetsvoorstel de handel in goederen raakt, het General Agreement on Tariffs and Trade (hierna: GATT) en de Agreement on Trade Related Investment Measures (hierna: TRIMS-akkoord) relevant. Deze WTO-regels vormen ook de basis van de verdergaande afspraken die in EU-kader zijn gemaakt in regionale en bilaterale handelsverdragen met derde landen. Daarnaast gelden op het terrein van investeringen de OESO-afspraken die Nederland in het kader van kapitaalstromen heeft gemaakt. Deze zijn vastgelegd in de OECD Codes of Liberalisation of Capital Movements and Current Invisible Operations.

#### *WTO-GATS*

De GATS schept een algemeen regelgevend kader voor de afspraken over de handel in diensten die gelden voor alle WTO-leden. Zowel de EU als de EU-lidstaten zijn lid van de WTO. De afspraken gelden onder meer voor buitenlandse directe investeringen die tot uitdrukking komen in de vorm van een commerciële aanwezigheid op het grondgebied van een ander lid van de WTO van waaruit diensten worden verricht op het grondgebied van dat WTO-lid (zogenaamde mode 3). Zie ook de memorie van toelichting bij de Uitvoeringswet screeningsverordening buitenlandse directe investeringen (Kamerstukken II 2019/20, 35 502, nr. 3). Immers, een groot gedeelte van de buitenlandse directe investeringen worden gedaan in de vorm van een commerciële aanwezigheid.<sup>32</sup> De GATS erkent expliciet de beleidsruimte die verdragspartijen hebben om de markttoegang en de uitoefening van diensten te reguleren ter bescherming van het publieke belang, en bevat waarborgen die ervoor zorgen dat dergelijke wet- en regelgeving niet arbitrair of ongerechtvaardigd discriminerend is of een verkapte handelsbelemmering vormt (artikelen XIV en XIV-bis GATS).

Daarbij bestaat de GATS uit twee onderdelen. Ten eerste bevat het akkoord algemene verplichtingen die van toepassing zijn op alle verdragspartijen en sectoren. Ten tweede bevat het akkoord specifieke verplichtingen en afspraken/toezeggingen die verdragspartijen, ook op sectoraal

<sup>32</sup> Zie o.a. UNCTAD «World Investment Report» 2019, waaruit blijkt dat ongeveer 60% van de investeringen in de vorm van een «mode 3» investering wordt gedaan.

niveau, individueel zijn aangegaan. De belangrijkste verplichtingen in het algemene deel zijn als volgt. Artikel II van de GATS ziet op een meestbegunstigde behandeling. Dat betekent dat verdragspartijen verplicht zijn om geen ongunstigere behandeling te geven aan diensten en dienstenaanbieders uit een andere verdragspartij dan zij aan andere derde landen geven. Daarnaast voorziet artikel III in het gebod tot transparantie en artikel IV in de verplichting om maatregelen van gelijke werking op redelijke, objectieve en onpartijdige manier toe te passen. Ook moet er op grond van artikel VI, tweede lid, van de GATS effectieve rechtsbescherming geboden worden.

Als het gaat om specifieke verplichtingen, het tweede onderdeel van de GATS, bieden artikel XVI en XVII het kader voor markttoegang en nationale behandeling van diensten en dienstenaanbieders op het grondgebied van een verdragspartij per specifieke sector. Nationale behandeling houdt in het geval van de EU in, dat de EU toezegt dat zij, in gelijke situaties, investeerders van een andere verdragspartij niet minder gunstig behandelt dan eigen investeerders en dienstverleners. Hierbij geldt ook de algemene verplichting van de meest begunstigde behandeling – tenzij daar een uitzondering voor bestaat – waarbij iedere verdragspartij investeerders uit een andere verdragspartij in gelijke situaties niet minder gunstig behandelt dan investeerders uit een andere derde verdragspartij. Deze verplichtingen moeten gelezen worden in combinatie met de specifieke verplichtingen die de verdragspartijen in de annex (het schema) van de GATS zijn aangegaan. Concreet betekent dat dat verdragspartijen in het schema kunnen aangeven of zij markttoegang geven aan buitenlandse diensten en dienstenaanbieders en of zij die conditioneel maken op voorwaarden uit artikel XVI(2). Artikel XVI(2) geeft hierbij dus ruimte aan verdragspartijen om eisen te stellen aan de juridische vorm van de dienstenaanbieder of de mogelijkheid om deelname van buitenlands kapitaal te beperken. In het horizontale gedeelte van het schema van de Europese Unie heeft een aantal EU-lidstaten een dergelijk voorbehoud gemaakt op de markttoegang van buitenlandse diensten en hun aanbieders. Zo geeft Frankrijk aan dat alle overnames van meer dan 33,33% van het aandelenkapitaal of stemrechten in een Frans bedrijf, of 20% in een beursgenoteerde onderneming door een buitenlandse investeerder, onderworpen zijn aan een investerings-toets. Ook de andere lidstaten die op moment van schrijven een investerings-toets hanteren, hebben dit opgenomen in het horizontale gedeelte van het schema van markttoegang bij de WTO.<sup>33</sup> Dezelfde systematiek geldt voor de bepalingen over nationale behandeling. Daarbij geldt als belangrijkste criterium dat nationale wet- en regelgeving geen onderscheid mag maken (in rechte en in feite) tussen eisen die gesteld worden aan buitenlandse diensten en dienstenaanbieders van een andere WTO-verdragspartij en die gesteld worden aan nationale diensten en dienstenaanbieders. Hoewel Nederland reeds in het WTO-akkoord over de handel in diensten (GATS) de Nederlandse dienstenmarkt grotendeels geopend heeft voor buitenlandse dienstverleners, zijn daarbij uitzonderingen opgenomen die betrekking hebben op sectoren en vitale processen die ook onder nationaal recht bescherming genieten, zoals de gas-en elektriciteitsnetwerken, drinkwatervoorzieningen en allerlei andere gereguleerde sectoren.

Het niet toepassen van de GATS-verplichtingen kan alleen gerechtvaardigd worden met een beroep op de algemene uitzonderingen (artikel XIV GATS) of de veiligheidsuitzonderingen (artikel XIV *bis* GATS). In geval een beroep wordt gedaan op de algemene uitzonderingsgronden

<sup>33</sup> Het gaat hier om Cyprus, Spanje, Frankrijk, Hongarije, Finland, Italië, Malta, Portugal, Polen en Slovenië, via het schema van de EU bij de WTO in te zien via: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/SCHD/GATS-SC/SC157.pdf&Open=True>.

geldt bovendien dat de maatregelen niet op een arbitraire of ongerechtvaardigde discriminatoire wijze mogen worden toegepast tussen landen waar dezelfde omstandigheden zich voordoen en niet een verkapte restrictie op de handel in diensten mogen zijn. Op grond van artikel XIV, onder a, GATS kan het bijvoorbeeld gerechtvaardigd zijn dat WTO-leden maatregelen treffen om de openbare orde te beschermen. In voetnoot 5 bij dit artikel van de GATS wordt verduidelijkt dat een uitzondering op grond van openbare orde alleen ingeroepen kan worden als er daadwerkelijk een voldoende duidelijke bedreiging is voor een van de fundamentele belangen van de maatschappij. Een verdragspartij die een dergelijke uitzondering inroept, zal moeten aantonen dat de maatregel ontworpen is om de «openbare orde te beschermen» en dat de maatregel noodzakelijk is.<sup>34</sup> De veiligheidsuitzonderingen neergelegd in artikel XIV *bis* van de GATS stellen dat niets een verdragspartij bij de GATS in de weg staat om maatregelen te nemen die het noodzakelijk acht ter bescherming van essentiële veiligheidsbelangen, die i) gerelateerd zijn aan of bedoeld zijn voor directe of indirecte militaire doeleinden; ii) gerelateerd zijn aan nucleaire toevoer; of iii) die genomen worden ten tijde van oorlog of andere dreigingen in internationale betrekkingen. Er is geen jurisprudentie over dit artikel, wel over een soortgelijke nationale veiligheidsuitzondering in de GATT (zie hieronder).

Het wetsvoorstel voldoet aan de verplichtingen onder de GATS. Het wetsvoorstel als zodanig blokkeert geen investering uit een ander land, is non-discriminatoire en maakt geen onderscheid naar nationaliteit of vestigingsplaats in lijn met de verplichting van meestbegunstigde behandeling (artikel II GATS) en de nationale behandeling (artikel XVII GATS). Als het gaat om specifieke verplichtingen van Nederland en de EU onder de GATS, bieden artikelen XVI en XVII GATS en de vastgelegde afspraken in de verplichtingschema's een specifiek kader waaraan Nederland zal moeten voldoen bij het verlenen van markttoegang en nationale behandeling aan diensten en dienstenaanbieders van een verdragspartij. Daarnaast voldoet het wetsvoorstel ook aan de hierboven aangehaalde verplichtingen uit artikel VI, eerste en tweede lid, GATS ten aanzien van een redelijke, objectieve en onpartijdige manier van toepassing van het toetsingsregime met bijbehorende rechtsbescherming. Tegen de besluiten van de Minister staat de mogelijkheid van bezwaar en vervolgens beroep bij de rechtbank Rotterdam (sector bestuursrecht) open. Hoger beroep is mogelijk bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (zie in dit verband ook artikel 52). Daarnaast biedt het Nederlandse bestuursrecht op zelfstandige basis een solide rechtsbescherming met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de bestuursrechtelijke rechtsgang, aangevuld in voorkomend geval met de mogelijkheid om de staat via een onrechtmatige daadsactie via civielrechtelijke weg aan te spreken.

Eventuele beperkingen van de markttoegang die uit het wetsvoorstel voortvloeien kunnen mogelijk gerechtvaardigd worden met een beroep op de uitzonderingen in artikel XIV en artikel XIV *bis* GATS. De vitale aanbieders die dit wetsvoorstel beoogt te beschermen zijn ondernemingen die een vitaal proces uitvoeren. Deze vitale processen zijn gelinkt aan de nationale veiligheid gelet op het toetsingsregime van dit wetsvoorstel. In de definitie van sensitieve technologie wordt krachtens artikel 8, eerste lid, van het wetsvoorstel aansluiting gevonden met het domein van nationale veiligheid en openbare orde. Dat maakt een rechtvaardiging onder het engere artikel XIV *bis* van de GATS aannemelijk. Daarnaast is een beroep op de ruimere rechtvaardigingsgronden van artikel XIV GATS mogelijk, dat de algemene uitzonderingen bevat op basis waarvan eventuele belemmeringen van markttoegang gerecht-

<sup>34</sup> Panel Report – United States – Measures affecting the cross border supply of betting and gambling services, 10<sup>th</sup> of November 2004, WT/DS285/R, paragraaf 6.455.

vaardigd kunnen worden. Op basis van artikel XIV(a) is het gerechtvaardigd voor een partij om maatregelen te nemen als die als doel hebben om de openbare orde en publieke moraal te beschermen *en* als deze maatregelen noodzakelijk zijn. Hoewel voetnoot 5 bij artikel XIV(a) aangeeft dat een dergelijke rechtvaardigingsgrond alleen kan worden ingeroepen als er een echte en voldoende dreiging is voor een fundamenteel maatschappelijk belang, heeft de Appellate Body aangegeven in de zaak *US-Gambling* dat verdragspartijen enige beleidsruimte hebben om in te vullen wat zij hier onder verstaan.<sup>35</sup> Zoals aangegeven in het wetsvoorstel zal er, indien er sprake is van risico's rondom een activiteit waarbij geoordeeld wordt dat er een risico is voor de nationale veiligheid, rekening gehouden worden met de omstandigheden van het geval bij de beoordeling van welke voorwaarden effectief zijn en zullen deze bovendien proportioneel zijn in relatie tot de aard en hoogte van het risico.

#### WTO-TRIPS

Het TRIPS-akkoord beschermt het intellectueel eigendom van de eigenaren en is in het kader van het wetsvoorstel vooral relevant wanneer er beperkingen worden gesteld aan de overdracht van activiteiten waarbij sprake is van sensitieve technologie. Immers, het TRIPS-akkoord heeft als doel om juist het intellectueel eigendomsrecht van de eigenaren te beschermen. Daarom bevat het TRIPS-akkoord een aantal randvoorwaarden waar verdragspartijen zich aan moeten houden en verplicht het akkoord onder andere tot het geven van een nationale behandeling en een meestbegunstigde behandeling aan natuurlijke en rechtspersonen uit andere verdragspartijen. Daarnaast incorporeert het TRIPS-akkoord bepaalde standaarden van bescherming uit andere verdragen op het gebied van het auteursrecht, merken, modellen, geografische aanduidingen, octrooien, topografieën en bedrijfsgeheimen en reguleert het de procedures rondom licenties. Terwijl de andere WTO-akkoorden een positieve verplichting hebben, wordt het TRIPS-akkoord gekenmerkt door een negatieve verplichting aan overheden om zich vooral te onthouden van bepaald ingrijpen.<sup>36</sup> Tegelijkertijd is het uitgangsprincipe volgens artikel 8 TRIPS-akkoord dat verdragspartijen bij het aannemen of veranderen van wet- en regelgeving, maatregelen mogen nemen die noodzakelijk zijn ter bescherming van de volksgezondheid of anderszins het publieke belang in sectoren van vitaal belang beschermen, mits in overeenstemming met de overige bepalingen van het TRIPS-akkoord. In de zaak *Australia – Tobacco Plain Packaging* heeft het WTO-panel een brede interpretatie gegeven aan dit artikel, door te zeggen dat artikel 8.1 van het TRIPS-akkoord de intentie van de verdragspartijen weergeeft om bepaalde legitieme maatschappelijke belangen na te streven.<sup>37</sup> In het wetsvoorstel is opgenomen dat indien een beoordeling uitwijst dat er risico's voor de nationale veiligheid zijn, er eisen en nadere voorschriften kunnen worden opgelegd. Op basis van artikel 24, onder a, kan een onderneming actief op het gebied van sensitieve technologie verplicht worden om bepaalde technologie, een broncode of kennis bij de staat of een derde partij in Nederland in bewaring te geven. Deze kunnen beschermd zijn door middel van het auteursrecht. Dit is in lijn met de uitzondering van artikel 13 van het TRIPS-akkoord, waardoor verdragspartijen in bepaalde gevallen uitzonderingen mogen maken op het normale genotsrecht van het auteursrecht als dit geen onredelijke last voor de legitieme belangen van de auteursrechthebbende met zich meebrengt. Daarnaast kan een onderneming actief op het gebied van sensitieve

<sup>35</sup> Appellate Body Report, *US – Gambling*, para. 298.

<sup>36</sup> Panel Reports, *EC – Trademarks and Geographical Indications (US)*, para. 7.210.

<sup>37</sup> Panel Reports, *Australia – Tobacco Plain Packaging*, para. 7.2402.

technologie op basis van artikel 24, onder c, van het wetsvoorstel gedwongen worden om een op eerlijke, redelijke en non-discriminatoire voorwaarden een licentie op bepaalde kennis, beschermd door octrooien of andere intellectuele eigendomsrechten, aan te bieden aan een of meer derde partijen gevestigd in de Europese Unie om kennis of technologie beschikbaar te houden voor Nederland of de Europese Unie. Deze rechten zijn in principe beschermd onder artikel 28 van het TRIPS-akkoord, maar daarop zijn twee uitzonderingen mogelijk. Artikel 30 van het TRIPS-akkoord voorziet in een bijzonder enge uitzondering waardoor verdragspartijen in bepaalde gevallen inbreuk mogen maken op het exclusieve recht dat een octrooi normaal gesproken 20 jaar ongestoord beschermt, op voorwaarde dat zulke uitzonderingen geen onredelijke inbreuk maken op de normale exploitatie van het octrooi en dat de legitieme belangen van een eigenaar niet op onredelijke wijze worden aangetast. In de zaak *Canada – Pharmaceutical Patents*, heeft het WTO-panel een nauwe interpretatie aan dit artikel gegeven.<sup>38</sup> Artikel 31 TRIPS biedt meer ruimte aan verdragspartijen om onder bepaalde voorwaarden toch inbreuk te maken op het octrooirecht van de houders. Nationale wet- en regelgeving van een verdragspartij kan in bepaalde gevallen toestaan dat er «om andere reden» inbreuk wordt gemaakt op het octrooirecht zonder voorafgaande toestemming van de octrooihouder, inclusief het gebruik daarvan door de overheid of door derde partijen die door de overheid zijn aangewezen, als aan de cumulatieve voorwaarden van dat artikel wordt voldaan. Dat betekent onder andere dat een dergelijke inbreuk per geval beoordeeld moet worden, dat er gepoogd moet zijn om toestemming van de octrooihouder te krijgen op basis van redelijke commerciële voorwaarden en dat toestemming niet binnen een redelijke termijn mogelijk bleek. Verder moet het octrooi gebruikt worden voor toepassing op het grondgebied van een lidstaat en wordt de octrooihouder zo spoedig mogelijk geïnformeerd. Zoals hierboven beschreven zullen deze bepalingen uit het wetsvoorstel alleen in zeer uitzonderlijke situaties worden ingezet en kan in die zeer uitzonderlijke gevallen een inbreuk op de beschermde rechten gerechtvaardigd worden.

#### *WTO-GATT en TRIMS*

Wanneer het gaat om een beperking van de handel in goederen, dat wil zeggen beperkingen in de handel van vermogensbestanddelen of technologie, dient voldaan te worden aan de WTO-verplichtingen onder de GATT en het TRIMS-akkoord. Immers, hoewel het wetsvoorstel non-discriminatoire is en geen onderscheid naar nationaliteit of vestigingsplaats kent, kan het beperkingen stellen aan de overdracht van goederen en in het bijzonder aan activiteiten die te maken hebben met sensitieve technologie. De GATT bevat het algemene kader voor de handel in goederen onder de WTO, waarbij het uitgangspunt is dat landen in principe geen tarifaire en non-tarifaire beperkingen stellen aan de handel in goederen anders dan in overeenstemming met de bepalingen uit de WTO. Dat betekent dat verdragspartijen gehouden zijn een meestbegunstigde behandeling (artikel I) en een nationale behandeling (artikel III) te geven aan producten uit of bestemd voor andere verdragspartijen. Specifiek met betrekking tot het laatste is relevant dat het op basis van artikel III:4 GATT verboden is om een minder gunstige behandeling te geven aan producten die geïmporteerd worden uit andere verdragspartijen door interne regels te stellen die een negatief effect hebben op de verkoop of het gebruik van die producten. Het doel van deze bepaling is om protectionisme in de vorm van de facto discriminatie tegen te gaan en WTO panels zullen bij de vraag of er sprake is van schending van deze bepaling een vergelijking maken tussen de behandeling van binnenlandse

<sup>38</sup> Panel Report, *Canada – Pharmaceutical Patents*, paras. 7.20–7.21.

en buitenlandse producten<sup>39</sup>. Zoals gezegd maakt het wetsvoorstel geen onderscheid in behandeling op basis van nationaliteit maar zal er een objectieve beoordeling plaatsvinden naar het risico voor de nationale veiligheid van een bepaalde activiteit. Bij de mitigerende maatregelen die krachtens de artikelen 23 en 24 van het wetsvoorstel opgelegd kunnen worden, kan wel sprake zijn van een andere behandeling waardoor een negatief effect ontstaat op de verkoop of het gebruik van producten. Ook kan er door het wetsvoorstel strijd ontstaan met de verplichting die volgt uit artikel XI GATT om geen kwantitatieve beperkingen te stellen aan de invoer of uitvoer van producten van- en naar een andere verdragspartij. Echter, uitzonderingen hierop kunnen gerechtvaardigd zijn als wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel XX GATT of artikel XXI GATT. Te beginnen met het laatste, op basis van artikel XXI GATT, kunnen verdragspartijen schending van hun verplichtingen onder de GATT rechtvaardigen als dit noodzakelijk is vanwege een essentieel veiligheidsbelang. Daaronder vallen krachtens artikel XXI onder b (ii) militaire en dual-use goederen, maar kunnen krachtens artikel XXI onder b (iii) ook andere maatregelen gerechtvaardigd zijn die genomen worden ten tijde van oorlog of een andere noodsituatie in de internationale betrekkingen. Uit de zaak *Russia – transit* blijkt dat het begrip «essentieel veiligheidsbelang» een breed begrip is, waarbij het gaat om functies die essentieel zijn voor het functioneren van een staat. Wat precies in het veiligheidsbelang is, zal per situatie verschillen en daarom is het aan de verdragspartijen zelf om te bepalen wat zij onder hun essentiële veiligheidsbelang verstaan.<sup>40</sup> Naast de rechtvaardiging op grond van nationale veiligheidsbelangen, kunnen eventuele schendingen gerechtvaardigd worden met een beroep op de algemene uitzonderingen uit artikel XX GATT. Zo kunnen maatregelen die noodzakelijk zijn om bijvoorbeeld de publieke moraal of het leven of gezondheid van mens, dier of plant te beschermen gerechtvaardigd worden met een beroep op dit artikel, mits de maatregelen niet leiden tot arbitraire of ongerechtvaardigde discriminatie of tot een verkapte beperking van de handel. Het doel van het wetsvoorstel is om risico's rondom vitale processen en activiteiten die sensitieve technologie omvatten, te mitigeren. De mitigerende maatregelen die uit hoofde van het wetsvoorstel opgelegd kunnen worden en daarmee een belemmering van de handel in goederen kunnen vormen, zullen dus mogelijk gerechtvaardigd kunnen worden onder artikel XXI GATT en artikel XX GATT. Het TRIMS-akkoord heeft als doel om investeringen in internationaal verband aan te moedigen en bevat daarom een kader dat van toepassing is indien verdragspartijen verdragspartijenmaatregelen nemen die investeringen kunnen beperken. Het akkoord werd gesloten naar aanleiding van een geschil tussen Canada en de Verenigde Staten over de invoering van een investeringstoets door Canada waarbij zij een aantal performance vereisten stelden aan inkomende investeringen.<sup>41</sup> In nieuwere EU-handelsverdragen geldt dit niet alleen ten aanzien van investeringsmaatregelen die betrekking hebben op de handel in goederen, maar ook op maatregelen die betrekking hebben op de handel in diensten, zie bijvoorbeeld artikel 8.5 CETA. Echter, deze akkoorden bevatten geen afspraken over screening of andere pre-establishment vereisten. Bij het stellen van beperkingen wordt in de annex bij het verdrag een uitwerking gegeven van deze artikelen door een niet-limitatieve lijst op te nemen met verboden gedragingen, zoals het stellen van lokalisatievereisten. De investeringstoets die in het wetsvoorstel wordt beoogd ziet puur op de bescherming van de nationale veiligheid en wordt niet gedreven door protectionistische economische motieven. Ook onder TRIMS gelden

<sup>39</sup> Zie voor de drietrappstest, Appellate Body Report, *Korea – Various Measures on Beef*, para. 133.

<sup>40</sup> Panel report, *Russia – Traffic in Transit*, paras. 7.130–7.131).

<sup>41</sup> Panel report, *Canada – Administration of the Foreign Investment Review Act*.

dezelfde uitzonderingsgronden van artikel XX en XXI van de GATT (artikel 3 TRIMS-akkoord). Zie hierboven.

#### *Bilaterale/regionale EU-handelsakkoorden*

In bilateraal verband heeft de EU met een aantal partners akkoorden afgesloten die afspraken bevatten over wederzijdse markttoegang van buitenlandse investeerders die gebaseerd zijn op de bovenstaande WTO-verplichtingen maar die wat betreft de liberaliseringsverplichtingen verdergaan dan de huidige verplichtingen onder de WTO. De WTO-regels bieden daar ruimte voor. Het gaat op moment van schrijven om Canada, Japan, Singapore, Vietnam en Zuid-Korea. De systematiek van deze akkoorden volgt die van de WTO. In deze akkoorden heeft Nederland de markttoegang in de gas-en elektriciteitssector voorwaardelijk gemaakt aan de respectievelijke sectorale investeringstoetsen. Tevens bevatten deze akkoorden ook algemene uitzonderingen en nationale veiligheidsuitzonderingen vergelijkbaar met de hierboven besproken uitzonderingen op grond van de GATS, TRIPS, GATT en TRIMS.

#### *OESO Codes of Liberalisation*

De EU en haar lidstaten hebben in het kader van de OECD Codes of Capital Movements and Current Invisible Operations, afgesproken om de handel in goederen en diensten en de vrijheid van kapitaalbewegingen te ondersteunen. De systematiek van deze akkoorden volgt die van de GATS en geldt enkel ten aanzien van investeerders uit de bij de OESO aangesloten landen. De Codes bevatten algemene bepalingen die de randvoorwaarden scheppen voor overheidsbeleid ten aanzien van investeringen. In aanvulling daarop kunnen verdragspartijen zelf specifiek verdere liberaliseringsmaatregelen nemen en bij de OESO opgeven. Zo bevat artikel 1 van de code de algemene verplichting om een nationale behandeling te geven aan buitenlandse aandeelhouders en om de liquidatie van aandelen van buitenlandse aandeelhouders toe te staan en geen belemmeringen voor het overmaken van kapitaal te introduceren. Artikel 2 geeft aan dat verdragspartijen in principe kapitaalverkeer onverlet laten, maar hier een voorbehoud op kunnen maken. Ook bevat artikel 3 van de code een uitzonderingsgrond voor openbare orde en veiligheid, waardoor verdragspartijen gemachtigd zijn om maatregelen te nemen die zij in dat kader noodzakelijk achten. De tekst komt overeen met de uitzonderingsgronden van de GATS. Op basis van deze Codes moet alle wet- en regelgeving, beleid of andere praktijk die een beperking van de kapitaalstromen inhoudt, aangemeld worden en door de OESO beoordeeld worden, net zoals dat onder de GATS een verplichting is. Daarbij is een *standstill* bepaling van toepassing. Maatregelen die een belemmering kunnen vormen voor het doen van een investering, moeten aangemeld worden. Echter, screeningsmaatregelen of andere administratieve voorwaarden, evenals andere administratieve eisen of interne bepalingen die een effect hebben op een onderneming zijn van deze meldingsplicht uitgezonderd, zolang zij niet beletten dat een investering wordt gedaan.<sup>42</sup> Zo is geoordeeld dat constructies zoals «gouden aandelen» geen belemmering zijn van artikel 1 zolang dit op een non-discriminatoire manier gebeurt. Hoewel het wetsvoorstel een algemene werking heeft en er juist op gericht is om een minimale impact op de activiteiten van een onderneming te hebben, kan het in sommige gevallen voorkomen dat de mitigerende maatregelen tot een restrictie van kapitaalstromen leiden.

<sup>42</sup> OECD Codes of Liberalisation, Users's Guide, via <http://www.oecd.org/investment/investment-policy/38072327.pdf>, p. 22.

### **5.3.2 Bilaterale investeringsbeschermingsovereenkomsten**

Naast afspraken over markttoegang voor investeringen, heeft Nederland een groot aantal bilaterale investeringsbeschermingsovereenkomsten (IBO's) met derde landen gesloten. Ook de EU onderhandelt met derde landen over investeringsbeschermingsverdragen. Deze investeringsbeschermingsovereenkomsten beschermen buitenlandse investeringen, nadat deze zijn toegelaten tot de markt tegen onrechtmatig overheidshandelen, waaronder discriminatoir of onredelijk handelen. Deze internationale investeringsbeschermingsafspraken zien dus alleen op reeds gedane investeringen (de «post-establishment» fase) en zijn in dit verband relevant als het als gevolg van veranderde omstandigheden noodzakelijk blijkt om een eerder getoetste casus (en dus reeds gevestigde investering) te heropenen en aan een nieuwe investeringstoets te onderwerpen. In deze overeenkomsten worden afspraken gemaakt over een redelijke en billijke behandeling van investeerders, een non-discriminatieverbod (recht op gelijke behandeling met nationale investeerders en investeerders uit andere derde landen), transparantie, voorwaarden die van toepassing zijn in geval van onteigening en het recht op effectieve rechtsbescherming, inclusief een alternatief geschillenbeslechtsingsmechanisme voor geschillen tussen een investeerder en een staat. De afspraken bieden waarborgen over hoe een overheid jegens een investeerder hoort te handelen, maar beperken de overheid geenszins om maatregelen te nemen in het publieke belang. Hierbij verschillen de afspraken niet van de werking van de algemene beginselen van zorgvuldig overheidshandelen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur onder het Nederlands bestuursrecht. Deze IBO's hebben alleen betrekking op investeringen die al zijn toegelaten tot de markt en zien niet op de vraag of een investering als zodanig wordt toegelaten. Deze verdragen zijn voor het onderhavige wetsvoorstel met name relevant als het gaat om gevallen waarin het als gevolg van veranderde omstandigheden noodzakelijk is om een eerder getoetste casus te heropenen en aan een (nieuwe) investeringstoets te onderwerpen, zoals neergelegd in artikel 27 van het wetsvoorstel. Hierbij gaat het om al toegelaten investeringen, die naderhand toch een zwaarwegend risico dreigen op te leveren. In zulke gevallen kan net als bij de bescherming onder artikel 1, eerste protocol, EVRM een verplichting tot compensatie ontstaan afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval (zie hierboven paragraaf 5.2.3). Dat is onder andere het geval als het gaat om directe of indirecte onteigening. Het recht voor overheden om te reguleren is expliciet en impliciet bevestigd in investeringsverdragen, zie bijvoorbeeld artikel 24 van het Energiehandvest.

## **6 Verhouding tot ander nationaal recht**

### **6.1 Grondwet**

Het wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid om – in het bijzondere geval dat dit nodig is – een woning binnen te treden en te doorzoeken naar informatie die noodzakelijk is voor de tenuitvoerlegging van dit wetsvoorstel. Volgens artikel 12 van de Grondwet is het binnentreden in een woning zonder toestemming van de bewoner alleen geoorloofd in de gevallen bij of krachtens de wet bepaald, door hen die daartoe bij of krachtens de wet zijn aangewezen. In artikel 47 van het wetsvoorstel is voorzien in de bevoegdheid voor de krachtens artikel 46 aangewezen ambtenaren tot doorzoeken van een woning. Aan het vereiste van de Grondwet op dit punt is dus voldaan.

Voor het binnentreden zijn volgens het tweede lid van artikel 12 van de Grondwet, voorafgaande legitimatie en mededeling van het doel van het binnentreden vereist, behoudens bij de wet gestelde uitzonderingen. Artikel 5:12 van de Awb verplicht toezichthouders een legitimatie bij zich te dragen. Verder bevat het wetsvoorstel waarborgen dat de bevoegdheid

niet snel wordt ingezet. Voor het doorzoeken is een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris vereist en de machtiging wordt ook zo nodig getoond bij de doorzoeking. In de machtiging moet ook het doel van de doorzoeking zijn aangegeven. Verder is de betrokken toezichthouder verplicht een verslag op te maken omtrent de doorzoeking. Dat verslag wordt uiterlijk de vierde dag na de dag van de doorzoeking aan degene bij wie de doorzoeking is verricht, verstrekt. Daarmee wordt voldaan aan het vereiste van artikel 12, derde lid, van de Grondwet, waarin is bepaald dat de bewoner zo spoedig mogelijk een schriftelijk verslag van het binnentreden krijgt verstrekt.

Verder moet nog kort worden stilgestaan bij artikel 14 van de Grondwet. Deze bepaling beschermt het particuliere eigendom tegen onteigening door de overheid (artikel 14, eerste lid, Grondwet) of tegen het vernietigen, onbruikbaar maken of beperken van de uitoefening van het eigendomsrecht (artikel 14, derde lid, Grondwet). De bescherming die deze bepaling biedt, komt in de kern overeen met de bescherming zoals voorzien in artikel 1, Eerste Protocol, EVRM. Aangezien zoals hierboven toegelicht in paragraaf 5.2.1 tot en met 5.2.3 bij de uitoefening van de bevoegdheden neergelegd in dit wetsvoorstel geen sprake is van ontneming van eigendom is er geen verplichting tot het stellen van regels omtrent schadeloosstelling. Alleen voor twee bevoegdheden neergelegd in het wetsvoorstel kan dit anders liggen.

De eerste bevoegdheid ziet op de bevoegdheid van de Minister om een verwervingsactiviteit opnieuw te beoordelen, zelfs als een activiteit eerder werd toegestaan, wegens een zwaarwegend risico voor de nationale veiligheid ingegeven door feiten die zich voordoen nadat een toetsingsbesluit is genomen, en op basis van deze beoordeling een (nieuw) toetsingsbesluit te nemen (artikel 27). De herbeoordeling kan met zich meebrengen dat voorschriften verbonden worden aan de activiteit terwijl dit eerder niet het geval was of zwaardere voorschriften worden opgelegd. Ook kan de herbeoordeling in ultimo met zich meebrengen dat de activiteit moet worden beëindigd (zie de artikelen 28, tweede lid en 42, eerste lid, die tevens betrekking kunnen hebben op het ongedaan moeten maken en moeten beëindigen op grond van een in die leden aangehaald verbod dat in een toetsingsbesluit is opgenomen dat als gevolg van veranderende omstandigheden op grond van artikel 27 is opgelegd).

De tweede bevoegdheid ziet op de mogelijkheid om voor activiteiten die zijn verricht na 8 september 2020 en voorafgaand aan de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel te gelasten dat deze gemeld moeten worden en worden beoordeeld en onderworpen aan een besluit overeenkomstig dit wetsvoorstel. Dit is geregeld in artikel 58 van dit wetsvoorstel en de beweegredenen daarvoor zijn in paragraaf 5.2.3 toegelicht. Zoals in die paragraaf 5.2.3. is toegelicht, kan er bij de uitoefening van deze twee bijzondere bevoegdheden onder omstandigheden sprake zijn van een zodanige aantasting van het genot van eigendom dat er sprake kan zijn van een vorm van ontneming, omdat het eigendomsrecht van verwerfer feitelijk te niet wordt gedaan.

Voor de reguliere bevoegdheden neergelegd in het wetsvoorstel, in het bijzonder de bevoegdheid om voorschriften te verbinden aan de voorgenomen activiteit zoals voorzien in de artikelen 23 en 24 van het wetsvoorstel, is er sprake van regulering van eigendom waarbij de noodzakelijkheid en proportionaliteit van een voorschrift gekoppeld wordt aan het risico voor de nationale veiligheid dat daarmee wordt gemitigeerd. Voor zover er al sprake mocht zijn van een onevenredige beperking van de uitoefening van het eigendomsrecht in het specifieke geval, kan worden voorzien in een passende nadeelcompensatie.

## 6.2 Mededingingswet

Hoofdstuk 5 van de Mededingingswet regelt het nationale concentratietoezicht in geval van een fusie van voorheen twee onafhankelijke ondernemingen of in geval van de verwerving van de zeggenschap over een onderneming door een andere onderneming of natuurlijke persoon die reeds de zeggenschap heeft over een andere onderneming. Het doel van dit nationale concentratietoezicht is het voorkomen of mitigeren van de gevolgen van fusies en overnames die de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze zouden kunnen belemmeren, met name als resultaat van het in het leven roepen of het versterken van een economische machtspositie. Het concentratietoezicht van hoofdstuk 5 van de Mededingingswet dient dus een ander doel dan de toets die in dit wetsvoorstel is opgenomen. Het concentratietoezicht op grond van hoofdstuk 5 van de Mededingingswet wordt dus niet geraakt en kan naast de toepassing van Nederlandse screeningsmechanismen, waaronder de in dit wetsvoorstel geregelde toets, worden uitgeoefend. Wel kan in het kader van het Nederlandse concentratietoezicht relevante informatie beschikbaar zijn bij de Autoriteit Consument en Markt (ACM). Het wetsvoorstel voorziet dan ook in artikel 34, vierde lid, onderdeel d, in de mogelijkheid om op verzoek informatie te ontvangen die in het bezit is van de ACM.

## 6.3 Wet openbaarheid van bestuur (Wob)

Op grond van artikel 3, eerste lid, van de Wob kan eenieder een verzoek om informatie, neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid, richten tot een bestuursorgaan. Een bestuurlijke aangelegenheid heeft betrekking op het functioneren van het openbaar bestuur in al zijn facetten.<sup>43</sup> Documenten die betrekking hebben op de informatie-uitwisseling over activiteiten zoals geregeld in het wetsvoorstel kunnen – voor zover ze bij een Nederlands bestuursorgaan berusten – voorwerp zijn van een verzoek om informatie. Immers de informatie-uitwisseling zelf en de daaruit voortvloeiende beleidsmaatregelen of besluitvorming kwalificeren als een aangelegenheid die betrekking heeft op beleid van een bestuursorgaan, daaronder begrepen de voorbereiding en de uitvoering ervan en daarmee dus als een bestuurlijke aangelegenheid. Op grond van artikel 2, eerste lid, van de Wob, geldt dat de Wob moet wijken voor andere bij wet geregelde openbaarheidsregelingen indien deze regelingen uitputtend zijn. In de andere gevallen kan de Wob worden gebruikt om aanvullende informatie te vragen.<sup>44</sup> Een voorbeeld van zo'n uitputtende regeling is de Wiv 2017. De Wiv 2017 bevat een uitputtende regeling voor de kennisneming van informatie die bij de AIVD of de MIVD berust, waardoor de Wob hierop niet van toepassing is.<sup>45</sup> Ook wanneer informatie in Nederland wordt gerubriceerd overeenkomstig het Besluit Voorschrift Informatiebeveiliging Rijksdienst Bijzondere Informatie 2013 (hierna: VIRBI 2013), kan de verstrekking van informatie gevraagd op grond van de Wob niet zonder meer worden geweigerd. Van openbaarmaking kan slechts worden afgeweken indien daarvoor een grond aanwezig is als bedoeld in artikel 10 of 11 van de Wob. Bij een verzoek tot openbaarmaking zal de rubricering opnieuw worden beoordeeld en slechts in stand blijven indien de belangen onder de weigeringsgronden van de Wob vallen.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> Kamerstukken II 1986/87, 19 859, nr. 3, memorie van toelichting, blz. 24–25.

<sup>44</sup> Kamerstukken II 1986/87, 19 859, nr. 3, memorie van toelichting, blz. 18–19.

<sup>45</sup> Kamerstukken II, 2016/17, 34 588, nr. 3, memorie van toelichting, blz. 148.

<sup>46</sup> Zie o.a. toelichting bij artikel 5 van Besluit Voorschrift Informatiebeveiliging Rijksdienst Bijzondere Informatie 2013.

De toets die op grond van deze wet wordt verricht, valt binnen het bereik van de FDI-screeningsverordening. Artikel 10, tweede lid, van de verordening bepaalt dat de lidstaten en de Europese Commissie de bescherming dienen te waarborgen van de bij de toepassing van de verordening verzamelde vertrouwelijke informatie. Tegelijkertijd wordt in diezelfde bepaling aangegeven dat dit moet geschieden in overeenstemming met het Unierecht en het toepasselijke nationale recht. Het gevolg hiervan is dat weliswaar de vertrouwelijkheid in acht moet worden genomen, maar dat de Wob wel degelijk van toepassing is nu de verordening zelf geen bepalingen bevat die de openbaarmaking (of juist niet) van documenten regelt.

## **7 Uitvoering**

De Minister van Economische Zaken en Klimaat geeft uitvoering aan deze wet. Daarvoor wordt een Bureau Toetsing Investeringen (BTI) ingericht, waar de meldingen van voorgenomen verwervingsactiviteiten zullen worden ontvangen en deze in behandeling zullen worden genomen. Om te beoordelen of een activiteit een risico kan vormen voor de nationale veiligheid, zal de Minister onderzoek moeten doen naar de partij die zeggenschap of significante invloed verkrijgt. Meestal zal het gaan om een rechtspersoon die vaak op zijn beurt weer deel uitmaakt van een groep van rechtspersonen of waar een veelheid aan aandeelhouders deelneemt in deze partij. Daarom zal de Minister in kaart moeten brengen welke krachten er achter de rechtspersoon schuil gaan en bij wie de uiteindelijke zeggenschap berust.

Het team dat in opdracht van de Minister de inhoudelijke beoordeling van een gemelde verwervingsactiviteit uitvoert en het toetsingsbesluit voorbereidt, bestaat uit een vaste kern van medewerkers van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat. Daarnaast is er een flexibele, multidisciplinaire schil van vertegenwoordigers en specialisten uit verschillende ministeries en diensten, alsmede van specialisten van het meest betrokken vakdepartement in geval van een vitaal proces. Zij dragen vanuit hun expertise en verantwoordelijkheid bij aan de risicoanalyse. Het kernteam voert een eerste risicoanalyse uit, waarbij in principe ook medewerkers van het Ministerie van Justitie en Veiligheid worden geraadpleegd. Als uit deze eerste risicoanalyse blijkt dat er geen risico's voor de nationale veiligheid kunnen worden geïdentificeerd, dan wordt er binnen maximaal acht weken een mededeling gedaan dat geen toetsingsbesluit vereist is. Omdat naar verwachting de meeste zaken al tijdens dit eerste toetsingsmoment afgedaan kunnen worden, komt dit aan het investeringsklimaat en bedrijfsleven tegemoet. Er wordt hier binnen een beperkte termijn zekerheid verschaft of een verwervingsactiviteit doorgang kan vinden.

Als in deze eerste fase echter blijkt dat een zaak te ingewikkeld is om binnen acht weken tot een mededeling te komen dat geen toetsingsbesluit vereist is, of als uit de eerste risicoanalyse blijkt dat er redenen zijn om een risico voor de nationale veiligheid te vermoeden, dan is er nader onderzoek nodig. Hiervoor kan de termijn verlengd worden met maximaal zes maanden. Indien de casus hiertoe aanleiding geeft kunnen, naast medewerkers van het Ministerie van Justitie en Veiligheid, ook experts van andere vakdepartementen geraadpleegd worden. Tijdens zo'n onderzoek zal er zowel doorgevraagd worden bij de betrokken ondernemingen als nadere vragen gesteld, en onderzoek uitgezet worden bij andere informatiebronnen. Er kan ook een verzoek tot naslag gedaan worden bij de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Bij dit onderzoek in de tweede fase kan naast informatie van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten in Nederland, ook informatie gebruikt worden van onder andere bevriende buitenlandse autoriteiten en het Nederlandse diplomatieke postennetwerk in het land van herkomst. Deze tweede fase van het

onderzoek duurt maximaal zes maanden. In geval het onderzoek wordt verlengd, worden de meldingsplichtigen (de verwerper en de doelonderneming) hierover geïnformeerd. Ook zal gemotiveerd worden waarom het onderzoek langer zal duren en hoeveel tijd hiervoor uitgetrokken zal worden.

De uitkomst van een verlengd onderzoek kan zijn dat een verwervingsactiviteit toelaatbaar is en er geen toetsingsbesluit vereist is. De Minister doet mededeling aan de meldingsplichtigen van de uitkomst van het onderzoek en of er een toetsingsbesluit nodig is. Indien een toetsingsbesluit vereist is, zal de verwervingsactiviteit pas mogen plaatsvinden nadat een toetsingsbesluit is verkregen en dit besluit geen verbod op de verwervingsactiviteit inhoudt. Om een toetsingsbesluit te verkrijgen zal een aanvraag ingediend moeten worden. Op grond van artikel 4:14, derde lid, van de Awb moet het toetsingsbesluit dan binnen acht weken na indiening worden genomen, tenzij op grond van dit wetsvoorstel die beslissingstermijn wordt verlengd. Die verlenging dient met een redelijke termijn te zijn en is niet langer dan zes maanden minus de termijn die voor het eerdere deel van het onderzoek is gebruikt. Na afronding van het onderzoek volgt het toetsingsbesluit, dat de eisen en voorschriften bevat waaronder de verwervingsactiviteit mag worden uitgevoerd. Indien een verwervingsactiviteit is uitgevoerd zonder dat eerst een toetsingsbesluit is aangevraagd, terwijl dat wel vereist was op grond van een eerdere mededeling van de Minister, dan zal ambtshalve een toetsingsbesluit worden genomen met daarin de eisen en voorschriften die van toepassing zijn. Daarin kan onder omstandigheden ook een verbod staan op het uitvoeren van de verwervingsactiviteit, die dan reeds tot stand is gekomen (zie paragraaf 4.10 van deze toelichting).

Deze systematiek van twee fases is vergelijkbaar met andere processen zoals de beoordeling van concentraties door de ACM en investerings-toetsing op basis van de Telecommunicatiewet. Voor dit wetsvoorstel is omwille van de conformiteit binnen het stelsel van investeringstoetsing aangesloten bij de termijnen van deze sectorale investeringstoets. Er zijn twee fases: een eerste fase van acht weken en een tweede fase van maximaal zes maanden (zie hierover ook de toelichting bij artikel 12).). Deze verlengingsmogelijkheid van maximaal zes maanden is gebaseerd op de tijd die nodig kan zijn om relevante informatie in een derde land te vergaren indien met dat land geen inlichtingen worden uitgewisseld. Het streven is daarbij om de termijn zo kort mogelijk te houden. Ook zal er bij de eerste evaluatie van de wet worden bekeken of het mogelijk is de wettelijke (maximum) termijn te verkorten.

Om te voorkomen dat de toetsing van een verwervingsactiviteit buiten de gestelde toetsingstermijn loopt, is er in het wetsvoorstel een waarborg voor betrokken ondernemingen opgenomen. Als er binnen de gestelde toetsingstermijn namelijk geen mededeling wordt gedaan dat er een toetsingsbesluit vereist is, dan wordt de verwervingsactiviteit automatisch van rechtswege toegelaten. Met deze systematiek is een juiste balans bereikt tussen enerzijds de bevoegdheden van de Minister en de noodzaak om daarvoor tot een gewogen risicoanalyse te komen, en anderzijds het belang van de meldingsplichtigen om zo snel mogelijk zekerheid te krijgen over de voorgenomen verwervingsactiviteit.

Als tijdens het toetsingsproces blijkt dat zich risico's voor de nationale veiligheid kunnen voordoen, dan zullen over het algemeen medewerkers van de Minister vooraf met de meldingsplichtigen in gesprek gaan over de bedrijfseconomische gevolgen van het opleggen van eisen of voorschriften en over de effectiviteit ervan voor de nationale veiligheid. Het opleggen van eisen of voorschriften is immers maatwerk. Niettemin staat het belang van het beheersen van de risico's voor de nationale veiligheid altijd voorop.

Omdat de informatie die verwerkt zal worden in het kader van dit wetsvoorstel, persoonsgegevens bevat en staatsgeheim of bedrijfsge-

voelig kan zijn, zal de eenheid die uitvoering geeft aan dit wetsvoorstel, in haar werkzaamheden beschikken over beveiligde apparatuur en een afgeschermd fysieke ruimte binnen het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, die voldoen aan alle beveiligingseisen voor de ontvangst, verwerking en verzending van gevoelige informatie. Er wordt geïnvesteerd in beveiligde verbindingen, beveiligde werkruimtes, geschikte computers en randapparatuur.

## **8 Informatievoorziening**

Om te beoordelen of een verwervingsactiviteit een risico kan vormen voor de nationale veiligheid, zal de Minister onderzoek moeten doen naar de partij die zeggenschap of significante invloed verkrijgt. Meestal zal het gaan om een rechtspersoon die vaak op zijn beurt weer deel uitmaakt van een groep van rechtspersonen. De informatie die de beoogde verwerver verstrekt bij de melding vormt hierbij de basis, maar de verstrekte informatie kan door de Minister worden gecontroleerd en aangevuld uit eigen onderzoek.

### **8.1 Melding**

Meldingsplichtige partijen verstrekken aan de verantwoordelijke Minister alle informatie die noodzakelijk is voor de uitvoering van de toets. Om te komen tot een risicoafweging dient de Minister van Economische Zaken en Klimaat relevante informatie ter beschikking te krijgen die inzicht geeft in de betrouwbaarheid en staat van dienst van de verwerver. Daarnaast dient de Minister voor een goede risico-afweging inzicht te krijgen in relevante informatie over het vestigingsland van de verwerver of het land waar de verwerver onder invloed van staat. Het kan bijvoorbeeld relevant zijn wat de staat van dienst van het export(controle)beleid van dit land is. Deze informatie is noodzakelijk voor het maken van een analyse en afweging bij het beheersen van risico's voor de nationale veiligheid. De informatie die wordt aangeleverd bij de melding van een verwervingsactiviteit vormt het startpunt van de analyse en afweging. Het gaat hierbij om informatie die betrekking heeft op:

- informatie over de partijen en hun vertegenwoordigers, zoals de namen en contactgegevens;
- gegevens betreffende de verkrijging van zeggenschap of significante invloed, zoals de eigendomsstructuur van verwerver en doelonderneming, inclusief informatie over de uiteindelijke verwerver en diens deelneming in het kapitaal;
- de waarde bij benadering van de verwervingsactiviteit;
- de producten, diensten en ondernemingsactiviteiten van de verwerver en de doelonderneming;
- de staten waarin de verwerver en de doelonderneming relevante ondernemingsactiviteiten uitvoeren;
- de financiering van de verwervingsactiviteit en de bron ervan;
- de datum of de geplande datum van voltooiing van de verwervingsactiviteit; en
- de feiten en omstandigheden die een rol kunnen spelen bij de beoordeling van de risico's voor de nationale veiligheid bij een verwervingsactiviteit. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om strafrechtelijke, financiële en fiscaal-bestuurlijke informatie. Daarbij kan het ook gaan om informatie van toezichthouders en informatie over de uitkomsten van eerdere analyses.

Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur wordt vastgesteld welke informatie een volledige melding minimaal dient te bevatten. Bij het bepalen welke informatie een melding dient te bevatten, zal voor zover mogelijk rekening worden gehouden met informatie die de meldingsplichtige ook op grond van andere toetsingskaders dient te verschaffen. In

hoeverre en op welke wijze dit haalbaar is, zal bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nader vastgesteld dienen te worden. Voor ondernemingen die bijvoorbeeld op financiële markten actief zijn en die tevens vitale aanbieder in de zin van dit wetsvoorstel zijn, kan worden nagegaan of een verklaring van geen bezwaar zoals bedoeld in artikel 3:95 van de Wft (DNB) en artikel 5:32d Wft (AFM) hiervoor van betekenis kan zijn; zie over die verklaring nader paragraaf 3.2 onder het kopje «Vitale aanbieders op het gebied van financiële markten».

Een tweede voorbeeld is de meldplicht op grond van het concentratietoezicht als bedoeld in hoofdstuk 5 van de Mededingingswet. Artikel 27 van die wet bepaalt wat onder een concentratie wordt verstaan. Hieronder vallen fusies en het direct of indirect verkrijgen van zeggenschap als bedoeld in de Mededingingswet op in dat artikel omschreven wijze, alsmede de totstandbrenging van een gemeenschappelijke onderneming die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult. Artikel 28 bevat uitzonderingen op wat als concentratie wordt beschouwd. Het toepassingsbereik van het concentratietoezicht is afhankelijk gesteld van de gezamenlijke behaalde omzet van de ondernemingen die groot genoeg moet zijn (zie artikelen 29 tot en met 31 van de Mededingingswet). Ook hier hangt van de specifieke situatie af of zich samenloop voordoet, zoals van de omvang en de aard van een verweringsactiviteit. In paragraaf 5.1.4 van het algemeen deel is toegelicht dat voor zover samenloop zich voordoet dit geen beletsel is voor een toetsing als bedoeld in dit voorstel.

Deze voorbeelden maken duidelijk dat er uiteenlopende wettelijke kaders zijn die qua reikwijdte tot samenloop kunnen leiden. Door de verschillende achtergrond van die kaders, is het niet vanzelfsprekend dat informatie die op basis van een andere wet moet worden verstrekt ook relevantie heeft voor een meldplicht bij dit wetsvoorstel. Dit zal nader moeten worden vastgesteld, zodat hiermee bij het opstellen van een algemene maatregel van bestuur rekening kan worden gehouden. Een andere randvoorwaarde is dat de overlappende informatie voldoende afzonderlijk (technisch) te identificeren is, zodat aan een informatieverzoek op grond van artikel 34, vierde lid, operationeel uitvoering kan worden gegeven. De informatie moet de Minister van Economische Zaken en Klimaat met andere woorden wel technisch snel, op maat, en op betrouwbare wijze kunnen bereiken als er vanaf wordt gezien die deel te laten uitmaken van de meldplicht. Indien dit immers niet het geval is kan dit tot gevolg hebben dat de toetsingsprocedure vertraging oploopt omdat de benodigde informatie op zich laat wachten, gefragmenteerd is en/of nog geverifieerd moet worden. Zo'n vertraging van de procedure zou tegengesteld zijn aan het doel om de administratieve lasten laag te houden. Voorts is het voor de uitvoerbaarheid van dit wetsvoorstel van belang welke toetsingsverantwoordelijke als eerste de beschikking heeft over informatie om te delen. Anders bestaat wederom het risico dat bepaalde informatie pas veel later na een melding beschikbaar komt voor de toepassing van dit wetsvoorstel wat de behandeling van een gedane melding vertraagt. Administratieve lastenvermindering zou dan ten koste van de doorlooptijd van de behandeling van de melding gaan. Dat is uiteraard niet de bedoeling. Deze en andere aspecten zullen bij de uitwerking van de te verschaffen informatie bij een meldplicht in een algemene maatregel van bestuur worden afgewogen en gezien. Om met het oog op administratieve lastenvermindering voldoende armslag te hebben, voorziet artikel 11, derde lid, in de mogelijkheid bij algemene maatregel van bestuur te regelen wanneer in plaats van het verschaffen van informatie bij een melding volstaan kan worden met een vermelding van degene aan wie die informatie al is verstrekt. Dit kan onder nader vast te stellen voorwaarden, zoals de voorwaarde dat eerder verstrekte informatie niet aan juistheid en volledigheid moet hebben ingeboet en de

Minister van Economische Zaken en Klimaat tot die eerder verstrekte informatie langs andere weg ook daadwerkelijk en tijdig toegang heeft.

## **8.2 Onderzoek**

De informatie uit het meldingsformulier zal aan de hand van verschillende bronnen onderzocht worden op feitelijke juistheid. Daarnaast kan de Minister bij de beoordeling van een melding ook onderzoek doen naar andere relevante informatie.

Voor zijn onderzoek maakt de Minister om te beginnen gebruik van openbare bronnen als het handelsregister en het kadaster. Daarnaast verstrekken de partijen die in het vierde lid van artikel 34 zijn opgesomd de Minister desgevraagd alle informatie die noodzakelijk is voor de uitvoering van deze wet (zie ook de artikelsgewijze toelichting bij artikel 34). Dit betreft, de ACM, de Minister van Justitie en Veiligheid, de Minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking en de Minister van Financiën, voor zover het gegevens betreft die verwerkt worden door de Belastingdienst. Het gaat hierbij altijd om gegevensvragen naar aanleiding van een specifieke casus die bij het Bureau Toetsing Investerings ligt. Het is nadrukkelijk niet de bedoeling om gegevens bij partijen op te vragen zonder dat er een casus aan ten grondslag ligt. Er wordt nog samen met de Belastingdienst verder uitgezocht welke specifieke gegevens verstrekt kunnen worden. Daarbij wordt gekeken naar de kwaliteit van de gegevens en daarmee samenhangend de relevantie voor het toetsingsbesluit. Dit zal bij algemene maatregel van bestuur verder uitgewerkt worden.

In artikel 34, vierde lid, onderdeel f, is een vangnetbepaling opgenomen. Als op een later moment blijkt dat de lijst niet volledig is kan deze bij algemene maatregel van bestuur worden aangevuld.

De informatie die in het onderzoek naar voren komt zal vanzelfsprekend beoordeeld worden op kwaliteit en betrouwbaarheid van de bron. Een belastingaangifte voor vennootschapsbelasting kan bijvoorbeeld niet-geverifieerde of verouderde informatie bevatten. Er zal dus altijd gekeken moeten worden welke informatie bruikbaar is. Zo kan bijvoorbeeld verouderde informatie weliswaar niet altijd gebruikt worden, maar zij kan wel nieuwe onderzoeksrichtingen openen. Ook kan informatie uit verschillende onafhankelijke bronnen elkaar bevestigen. De inhoudelijke beoordeling van een melding is daarom altijd een samenspel van vele factoren, dat uiteindelijk altijd zal leiden tot een feitelijk en goed onderbouwd toetsingsbesluit.

Zie voor een verder toelichting over de verwerking van persoonsgegevens en de verhouding tot de algemene verordening gegevensbescherming paragraaf 5.1.5 en voor de te gebruiken informatiebronnen de artikelsgewijze toelichting bij artikel 34.

De Minister van Economische Zaken en Klimaat zal binnen vijf jaar na de inwerkingtreding van deze wet de doeltreffendheid en de effecten van de informatieverzameling, in het kader van de evaluatie, onderzoeken. Dit kan aanleiding geven om de informatiebronnen, opgenomen in artikel 34, aan te passen.

## **9 Toezicht, handhaving en sanctionering**

### **9.1 Toezicht**

De door de Minister van Economische Zaken en Klimaat aangewezen ambtenaren zullen toezicht houden op de naleving en handhaving van deze wet. Dit zullen zij niet alleen doen door het raadplegen van openbare bronnen, maar ook via informatie die wordt ontvangen via de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Uit artikel 5:20 van de Awb volgt dat een ieder verplicht is aan een toezichthouder binnen de door hem

gestelde redelijke termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden. Dit betekent onder andere dat verwervers of doelondernemingen die zich moeten houden aan de eisen of voorschriften die aan een verwervingsactiviteit zijn verbonden, ook de noodzakelijke gegevens moeten verstrekken zodat de toezichthouder kan controleren of dit gebeurt.

De Minister zal daarnaast veranderingen in zeggenschaps- en invloedsverhoudingen in ondernemingen monitoren om te kunnen beoordelen of een uit het oogpunt van de nationale veiligheid ongewenste partij daarbij zeggenschap of (in het geval van ondernemingen die actief zijn op het gebied van bepaalde sensitieve technologieën) significante invloed verwerft zonder voorafgaande melding. Hij kan hierbij gebruik maken van signalen hierover die op verschillende manieren bij hem terecht komen. Dat kan via reguliere contacten met de sector, via werknemers of bestuurders die in gesprek treden omdat ze twijfels hebben over de intenties van een potentiële verwerper en via verslaggeving over op handen zijnde verwervingsactiviteiten in de (vak)media. Sommige verwervingsactiviteiten zullen immers ook in een vroeg stadium kunnen rekenen op de nodige aandacht van journalisten. Dit soort signalen kunnen aanleiding zijn om onderzoek te doen naar ongemelde verwervingsactiviteiten, niet-nagekomen eisen en voorschriften of veranderde omstandigheden.

## **9.2 Handhaving en sanctionering**

Een ander deel van de taken van de door de Minister aangewezen ambtenaren betreft handhaving van wettelijke voorschriften en het sanctioneren van daarbij geconstateerde overtredingen. De Minister beschikt over diverse bevoegdheden en instrumenten voor het uitvoeren van deze handhavingstaken. Deze sluiten zoveel mogelijk aan bij de bevoegdheden en instrumenten van de Awb. Hiernaast is in het wetsvoorstel de mogelijkheid gecreëerd voor handhaving en sanctionering via de Wed.

Uitgangspunt voor de invulling en vormgeving van het handhavingsinstrumentarium van de Minister is de effectiviteit van het mitigeren van de risico's voor de nationale veiligheid in combinatie met een goede borging van de belangen van de betrokken partijen. Een belangrijke voorwaarde voor een effectief toezicht is dat van het toezicht een preventieve afschrikwekkende werking uitgaat. Er dient een stevige prikkel vanuit te gaan voor ondernemingen en andere betrokkenen om de geldende wettelijke voorschriften na te leven.

De preventieve afschrikwekkende werking wordt mede bepaald door de gevolgen die de handhaving voor een overtreder heeft of kan hebben. Een sanctie moet – zowel financieel als anderszins – voldoende zwaar zijn om afschrikwekkend te kunnen zijn en naleving te stimuleren.

Indien de Minister bevoegd is tot het opleggen van bestuurlijke sancties aan overtreders omvat die bevoegdheid doorgaans tevens het opleggen van een bestuurlijke boete. Bestuurlijke boetes hebben een bestraffend karakter. Van voldoende hoge boetes gaat, zoals hiervoor al is opgemerkt, tevens een preventieve afschrikwekkende werking uit hetgeen de bereidheid tot naleving van de regels vergroot. Dit geldt echter in mindere mate wanneer de overtreder een statelijke actor is. Deze beschikt immers over zodanige financiële middelen dat een bestuurlijke boete onvoldoende afschrikwekkend kan zijn. Daarom voorziet dit wetsvoorstel niet alleen in de mogelijkheid tot bestuursrechtelijke sanctionering, maar ook in de mogelijkheid tot strafrechtelijke sanctionering overeenkomstig de Wed.

Via strafrechtelijke sanctionering overeenkomstig de Wed is ook de bijkomende straf van stillegging van een onderneming mogelijk en

kunnen ook de specifieke strafvorderlijke bevoegdheden van de Wed worden toegepast.

Naast de bij of krachtens artikel 141 van het Wetboek van Strafvordering aangewezen ambtenaren (zoals de ambtenaren van politie) zullen op grond van artikel 17 van de Wed nog andere ambtenaren aangewezen worden die in het kader van dit wetsvoorstel met de opsporing van economische delicten worden belast.

Voor alle terreinen en sectoren waarop de Minister van Economische Zaken en Klimaat in het kader van deze wet toezicht houdt, geldt dezelfde doelstelling, namelijk dat de hoogte van de sanctie evenredig is met het oog op de gepleegde overtreding en voldoende afschrikwekkend is voor zowel de overtreder (speciale preventie) als andere potentiële overtredders (generale preventie). Deze doelstelling wordt weerspiegeld door een aantal algemene uitgangspunten die de Minister in acht dient te nemen bij het vaststellen van een bestuursrechtelijke sanctie. Het gaat hierbij om de ernst van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid en de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.

In de praktijk legt de Minister doorgaans geen boete van de maximale omvang op omdat de in de Awb gecodificeerde algemene beginselen van behoorlijk bestuur vergen dat de boete evenredig is en wordt afgestemd op onder meer de ernst van de overtreding (artikelen 3:4, tweede lid, en 5:46, tweede lid, van de Awb). Hoe de Minister de boetehoogte in de praktijk dient te bepalen, is afhankelijk van de ernst en duur van een overtreding.

## **10 Financiële gevolgen**

### **10.1 Regeldruk**

Het is nog niet met zekerheid vast te stellen hoeveel bedrijven binnen de reikwijdte van de toets zullen vallen omdat de reikwijdte van het wetsvoorstel voor een deel bij algemene maatregel van bestuur nader uitgewerkt wordt. De inschattingen hieronder van de regeldrukeffecten betreffen dus grove schattingen. Nadere regeldrukeffecten worden daarom in de toelichting van algemene maatregel van bestuur opgenomen.

Uitgangspunt is dat vitale aanbieders en ondernemingen die actief zijn op het gebied van sensitieve technologie binnen de reikwijdte van het wetsvoorstel komen te vallen. De categorieën vitale aanbieders die onder de reikwijdte vallen, staan in het wetsvoorstel opgesomd. Het aantal aanbieders van vitale processen dat onder het wetsvoorstel is gebracht (zoals uiteengezet in paragraaf 3.2) betreft naar verwachting enkele tientallen bedrijven. Daarnaast zal – naast de in het wetsvoorstel zelf afgegeven afbakening, de exacte reikwijdte voor sensitieve technologie nog nader worden vastgesteld bij algemene maatregel van bestuur aan de hand van de daarvoor in het wetsvoorstel vastgestelde criteria. Duidelijk is echter dat zeker niet alle hightech-ontwikkelaars en -producenten werken met sensitieve technologie. De categorie zal daarom naar verwachting een beperkte deelverzameling betreffen van technologiebedrijven.

In de vitale processen zijn relatief weinig mkb'ers actief en relatief veel grote ondernemingen. Hierdoor zullen naar verwachting zeer weinig mkb'ers of kleine bedrijven en zzp'ers binnen het toetsingsbereik van het wetsvoorstel vallen. Er zijn naar verwachting meer mkb'ers actief op het gebied van sensitieve technologie. Daarnaast zijn er ook startups die te kwalificeren zijn als microbedrijven die investeringen proberen op te halen. Indien deze startups actief zijn op het gebied van sensitieve technologie, dan worden zij geraakt door dit wetsvoorstel. Niettemin is het de verwachting dat dit in veel gevallen om relatief eenvoudige transacties zal gaan, waardoor er snel een toetsingsbesluit genomen kan

worden. De meest complexe transacties zullen waarschijnlijk verwervingsactiviteiten (zoals fusies en overnames) van grotere bedrijven omvatten. In het wetsvoorstel is een regime van toetsing opgenomen dat zorgt voor een meldplicht en risicoanalyse. Verwervingsactiviteiten die binnen de reikwijdte vallen moeten vooraf worden gemeld bij de Minister van Economische Zaken en Klimaat. Hierbij moeten meldingsplichten in eerste instantie alle bij of krachtens algemene maatregel van bestuur verplichte informatie aanleveren bij de Minister. Indien de Minister aanvullende verzoeken om informatie heeft, moet de meldingsplichtige hieraan voldoen. Als laatste is het de meldingsplichtige niet toegestaan om in afwachting van een mededeling dat geen toetsingsbesluit vereist is, of het toetsingsbesluit, de voorgenomen verwervingsactiviteit uit te voeren. Een belangrijk uitgangspunt bij de ontwikkeling van het wetsvoorstel is om de administratieve lasten voor het bedrijfsleven zo laag mogelijk te houden. Hier is aan voldaan door het wetsvoorstel duidelijk af te bakenen en de reikwijdte te beperken. Daarbij is er een transparante procedure en zijn er korte doorlooptermijnen. Doordat ook vooraf duidelijk is welke informatie een bedrijf standaard bij een melding aan moet leveren kunnen bedrijven die een verwervingsactiviteit voorbereiden hierop anticiperen. De kosten die zullen voortvloeien uit de meldplicht zullen hoofdzakelijk bestaan uit (interne en externe) juridische advisering. De kosten hiervan zullen per verwervingsactiviteit en partij variëren. Het kan immers gaan om een simpele investering in een mkb'er, maar ook om een complexe fusie tussen multinationals.

De regeldruk voor een meldingsplichtige onderneming behelst vooral het kennisnemen van de regelgeving en alle administratieve handelingen zoals het opzoeken van de juiste informatie om een volledige melding te kunnen doen. Indien er vanuit het Bureau Toetsing investeringen om aanvullende informatie gevraagd wordt zal deze opgezocht en aangeleverd moeten worden. Voor de inschatting van de regeldrukkosten hieronder wordt er uitgegaan van twee verschillende scenario's: complexe en simpele activiteiten. Er wordt hieronder een inschatting gemaakt van de gemiddelde kosten van beide scenario's.

Bij het melden van een simpele verwervingsactiviteit wordt ervan uitgegaan dat er zowel interne als externe adviseurs betrokken zijn en dat er in één vijfde van de gevallen om extra informatie gevraagd zal worden. Bij een simpele verwervingsactiviteit gaat het bijvoorbeeld om een binnenlandse overname van een mkb'er. Bij het melden van een complexe verwervingsactiviteit wordt ervan uitgegaan dat er zowel interne als externe adviseurs betrokken zijn en dat er in drie vijfde van de gevallen om extra informatie gevraagd zal worden. Bij een complexe verwervingsactiviteit gaat het bijvoorbeeld om een fusie tussen twee multinationals. Voor de inschatting van de kosten hieronder is gebruikgemaakt van het Handboek regeldrukkosten, in het bijzonder de tijdbestedingstabel bedrijven en de standaarduurtarieven.

#### *Scenario simpele verwervingsactiviteit*

In het scenario dat er een simpele verwervingsactiviteit getoetst wordt, wordt ervan uitgegaan dat er ongeveer 21 uur aan interne advisering en 19 uur aan externe advisering nodig is om een volledige melding te doen. In het geval van het aanleveren van extra informatie zal hier nog eens 15 uur aan intern advies en 3 uur aan extern advies voor nodig zijn. Er wordt hier uitgegaan van een standaarduurtarief van 54 euro voor hoogopgeleide medewerkers en 400 euro als uurtarief bij externe advisering. Ervan uitgaande dat er in een vijfde van de simpele verwervingsactiviteiten om aanvullende informatie gevraagd wordt kost het melden van zo'n activiteit gemiddeld 9.136 euro.

In het scenario dat er een complexe verwervingsactiviteit getoetst wordt, wordt ervan uitgegaan dat er ongeveer 70 uur aan interne advisering en 117 uur aan externe advisering nodig is om een volledige melding te doen. In het geval van het aanleveren van extra informatie zal hier nog eens 120 uur aan intern advies en 120 uur aan extern advies voor nodig zijn. Er wordt hier uitgegaan van een standaarduurtarief van 54 euro voor hoogopgeleide medewerkers en 400 euro als uurtarief bij externe advisering. Ervan uitgaande dat er in drie vijfde van de complexe verwervingsactiviteiten om aanvullende informatie gevraagd wordt kost het melden van zo'n activiteit gemiddeld 83.268 euro.

De bovengenoemde lasten betreffen uitsluitend eenmalige lasten. De exacte omvang van het aantal meldingen is onbekend. Niettemin wordt er uitgegaan van 30 zaken per jaar, waarvan ongeveer 5 complexe zaken. Dit levert een totaaleffect van administratieve lasten per jaar op van naar schatting 644.740 euro, waarvan tweederdedeel ten laste komt van complexe verwervingsactiviteiten van grote bedrijven.

Hierbij dient opgemerkt te worden dat de in het wetsvoorstel bedoelde verwervingsactiviteiten in het bedrijfsleven vaak omvangrijke trajecten zijn, zeker als het gaat om grote en complexe transacties. Daarbij zijn standaard vaak adviseurs vanuit verschillende specialismen betrokken, zoals juristen, accountants, overnamespecialisten, consultants en fiscalisten. Het is de verwachting dat de wetgeving waar het hier om gaat een standaard onderdeel zal worden van de totale overname-adviespraktijk.

Daarnaast kan een verwervingsactiviteit onder voorwaarden toegestaan worden. Aan de naleving van deze voorwaarden kunnen ook kosten verbonden zitten. Deze zijn voor rekening van de betrokken partij aan wie de voorwaarden opgelegd worden. Omdat het opleggen van voorwaarden maatwerk is, is het onmogelijk om hier een inschatting van te geven. Verwacht wordt dat de nalevingsbereidheid van dit wetsvoorstel bij deze groep bedrijven groot zal zijn. Doelondernemingen hebben immers belang bij stabiliteit.

## **10.2 Apparaatskosten**

De ingeschatte apparaatsuitgaven voor de uitvoering van het wetsvoorstel zijn gebaseerd op het verwachte aantal zaken dat gemeld gaat worden en de ervaring die met andere investeringstoetsen is opgedaan. De exacte omvang van het aantal meldingen is onbekend, maar er wordt uitgegaan van 30 zaken per jaar.

Om zaken te kunnen afhandelen wordt er personeel aangetrokken voor de bemensing van de eenheid. Gerekend wordt op 3 FTE. De werkzaamheden zullen niet alleen bestaan uit toetsing en afhandeling, maar ook op het beantwoorden van vragen van ondernemingen en voorlichting. Hiervoor is ongeveer 400.000 euro gereserveerd. Daarbij moeten er voor de toetsingswerkzaamheden materieel en een fysieke ruimte geregeld worden. Momenteel is er al een toetsingseenheid binnen met Ministerie van Economische Zaken en Klimaat die zich bezig houdt met investerings-toetsing op basis van sectorale wetgeving in het energiedomein en telecom. In deze eenheid is ook het Europese contactpunt voor informatie-uitwisseling tussen lidstaten en de Europese Commissie over directe investeringen uit derde landen ondergebracht. De uitvoering van dit wetsvoorstel zal een integraal onderdeel worden van deze toetsingseenheid. Gerekend wordt op 300.000 euro aan extra materiële kosten. De kosten van de toetsingseenheid zullen op de begroting rusten van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, het Ministerie van Justitie en Veiligheid en de betrokken vakministeries wiens vitale processen onder

het toetsingsbereik van de wet vallen. Naast een structurele bijdrage in de kosten van de toetsingseenheid zullen alle bij een toetsingsbesluit betrokken Ministers ook voor de beoordeling relevante experts ter beschikking van de toetsingseenheid stellen. Er is ook rekening gehouden met de mogelijkheid dat de uitvoering van het wetsvoorstel leidt tot juridische schade of gevolgschade. Hoewel het niet waarschijnlijk is dat een aansprakelijkstelling leidt tot een claim die door de rechter wordt toegewezen, is niettemin een reservering van 350.000 euro gemaakt. Dit bedrag is gebaseerd op een model waarin de impact van dit wetsvoorstel gerelateerd is aan cijfers van andere toetsingsinstanties in Nederland, zoals ACM, en toetsingsinstanties in andere EU-lidstaten. Bij de berekening is rekening gehouden met variaties in de onderliggende factoren.

Er wordt geen significante toename van de werklast van de rechtelijke organisatie verwacht door de uitvoering van het wetsvoorstel en daarmee dus geen significante structurele stijging van de apparaatskosten als gevolg van dit wetsvoorstel. In een beperkt aantal gevallen voorziet het wetsvoorstel dat een rechter ingeschakeld wordt. De meest waarschijnlijke gevallen waarbij dit het geval zal zijn, is bij een beroep tegen een toetsingsbesluit, bij een verzoek aan de rechter om een in strijd met het wetsvoorstel uitgeoefende verwervingsactiviteit te vernietigen en bij een machtiging van de rechter-commissaris voor het doorzoeken van een woning. In het eerste geval is een toetsingsbesluit weliswaar vatbaar voor bezwaar en beroep en kan bij de Nederlandse bestuursrechter worden aangevochten, maar zullen er naar verwachting weinig gevallen zijn waarbij beroep aangetekend wordt. Er worden immers slechts 30 zaken per jaar verwacht. Daarbij zullen medewerkers van BTI over het algemeen voorafgaand aan het opleggen van eisen of voorschriften in gesprek treden met de meldingsplichtigen (het is immers maatwerk). In het tweede geval, omdat de nalevingsbereidheid van dit wetsvoorstel naar verwachting hoog is, wordt ook een gang naar de rechter om vernietiging van een in strijd met het wetsvoorstel uitgevoerde verwervingsactiviteit te vragen zeer klein geacht. In het derde geval, er zal mogelijk in een beperkt aantal gevallen een machtiging van de rechter-commissaris gevraagd worden voor het doorzoeken van een woning. Van deze mogelijkheid zal echter met terughoudendheid gebruik gemaakt worden. Al met al levert dit de verwachting op dat de gevolgen voor de werklast van de rechtelijke macht zeer beperkt zullen zijn.

### **10.3 Markteffecten en concurrentiepositie**

Dit wetsvoorstel is niet zonder gevolgen voor het investeringsklimaat en daarmee het bedrijfsleven. Door voorschriften, eisen en andere restricties op te leggen aan verwervingsactiviteiten zoals fusies en directe investeringen ontstaat een «rem» die een vergelijkbaar effect kan hebben als traditionele investeringsbelemmeringen zoals bureaucratie. Investeringscreening maakt sommige verwervingsactiviteiten niet alleen onmogelijk, maar doet ook de zogeheten transactiekosten van verwervingsactiviteiten toenemen. Het onderwerpen van een verwervingsactiviteit aan toetsing creëert doorgaans onzekerheid bij zowel de verwerver als de doelonderneming, kan het uitvoeringsproces van de verwervingsactiviteit vertragen en kan leiden tot additionele administratieve lasten. Juist een open economie als Nederland die sterk gebaat is bij zijn openheid en internationale verwevenheid dient daarom bij de invoering van een investeringstoets oog te hebben voor de effecten op het investeringsklimaat en daarmee de proportionaliteit van het instrument. Ook de OESO constateert dat FDI-screening op nationale veiligheid één van de factoren kan zijn die buitenlandse investeringen belemmert. De OESO heeft daarom een handreiking met een aantal richtlijnen vastgesteld om de transparantie en proportionaliteit van het instrument te

bevorderen. Deze aanbevelingen zijn zo veel mogelijk in onderliggend wetsvoorstel verwerkt.

Een aantal uitgangspunten is essentieel om de proportionaliteit van het instrument en de toepassing ervan te waarborgen. Het eerste uitgangspunt is dat de nationale veiligheid het enkele aangrijpingspunt vormt voor het toepassen van het wetsvoorstel. Dit voorkomt protectionistisch misbruik van dit instrument. Ook vraagt een proportionele investeringstoets om beperkte onzekerheid voor zowel verwervers als doelondernemingen, een zo beperkt mogelijke reikwijdte, lage administratieve lasten en korte doorlooptijden. Voor iedere partij moet duidelijk zijn in welke gevallen verwervingsactiviteiten moeten worden gemeld en op welke wijze en welke beoordelingscriteria van toepassing zijn. De onzekerheid voor bedrijven wordt zo veel mogelijk beperkt door de reikwijdte van het wetsvoorstel zo precies mogelijk af te bakenen, voor zover nodig ook bij algemene maatregel van bestuur, zodat ondernemingen voorafgaand weten of potentiële verwervingsactiviteiten waarbij ze betrokken worden gemeld moeten worden. Daarnaast is het wetsvoorstel duidelijk en transparant over de beoordelingscriteria en op welke categorie ondernemingen deze van toepassing zijn; mogelijke voorschriften en eisen die opgelegd kunnen worden; en over de toetsingstermijnen waarmee rekening gehouden moet worden. Hiermee wint de uitvoering van het wetsvoorstel aan transparantie, rechtszekerheid en anticipeerbaarheid. Ook biedt het wetsvoorstel betrokken partijen zekerheid dat als de toetsingstermijnen overschreden worden, de verwervingsactiviteit van rechtswege goedgekeurd wordt. Verder is bij de risicobeoordeling van een verwervingsactiviteit het uitgangspunt dat de verwervingsactiviteit door kan gaan, maar dat er indien er risico's voor de nationale veiligheid zijn geconstateerd voorschriften en eisen opgelegd worden om risico's te beheersen. Pas als deze maatregelen niet voldoende worden geacht, wordt in het uiterste geval een verbod overwogen. Daarmee is een verbod echt een *measure of last resort*. Specifieker, aan het genoemde uitgangspunt dat de reikwijdte zo beperkt mogelijk moet blijven zal worden voldaan door in het wetsvoorstel vooraf te specificeren welke vitale aanbieders en (deels ook bij algemene maatregel van bestuur) welke sensitieve technologieën onder de reikwijdte van het wetsvoorstel worden gebracht. Een meldplicht wordt alleen opgelegd als bij verwervingsactiviteiten zoals bedoeld in het wetsvoorstel risico's voor de nationale veiligheid kunnen ontstaan. Zo wordt ten aanzien van sensitieve technologie alleen die technologie die raakt aan de nationale veiligheid onder de reikwijdte van de toets gebracht. Om de afbakening van sensitieve technologie zo proportioneel mogelijk te houden wordt hiervoor een grondig en zorgvuldig proces ingericht waarbij niet alleen advies kan worden gevraagd aan het Analistennetwerk Nationale Veiligheid, maar waarbij ook een structureel overleg wordt ingesteld waarin het hoogtechnologisch bedrijfsleven, kennisinstellingen en experts vanuit de overheid betrokken worden. Hierdoor wordt de inhoudelijk afbakening van sensitieve technologieën op grond van risico's voor de nationale veiligheid bij verwervingsactiviteiten inhoudelijk gewaarborgd en wordt per sensitieve technologie maatwerk geleverd. Aan ondernemingen waarbij vooraf al duidelijk is dat ze niet actief zijn op het gebied van sensitieve technologie wordt dus niet nodeloos een meldplicht opgelegd. Ook is door het vooraf selecteren van sensitieve technologieën kennis hierover aanwezig bij het Bureau Toetsing Investerings dat de toets uitvoert. Dit kan een positief effect hebben op de doorlooptijden van het toetsingsproces. Met deze nauwkeurige afbakening onderscheidt het Nederlandse wetsvoorstel zich van veel andere Europese investeringstoetsingsmechanismen waarbij veelal een bredere groep ondernemingen onder de reikwijdte wordt geplaatst. Binnen het Nederlandse stelsel van investeringstoetsing wordt zo veel mogelijk maatwerk geleverd door sectorale investeringstoetsing voorrang

te verlenen boven dit wetsvoorstel en door binnen dit wetsvoorstel waar mogelijk maatwerk te leveren per categorie bedrijven. Daarnaast blijft het Nederlandse stelsel van investeringstoetsing hiermee ruim binnen de kaders van de Europese FDI-screeningsverordening die voor veel landen leidend zijn in het ontwerp van hun toetsingsmechanisme.

Een ander belangrijk uitgangspunt van het wetsvoorstel is dat het landenneutraal is. Niet de herkomst van een verwerver, maar de aard van de doelonderneming bepaalt of de een verwervingsactiviteit gemeld moet worden. Dit geldt evengoed voor verwervers uit Nederland, als voor verwervers uit andere Europese of derde landen. Dit doet niet alleen recht aan het uitgangspunt dat buitenlandse verwervingsactiviteiten in principe welkom zijn, maar het voorkomt ook omzeilingsconstructies van de meldplicht. Het mes snijdt dus aan twee kanten: verwervingsactiviteiten die de bedrijvigheid in Nederland ten goede komen omdat ze kapitaal, kennis en talent met zich meebrengen worden niet categorisch uitgesloten en de effectiviteit van het wetsvoorstel wordt versterkt door verwervingsactiviteiten uit alle landen aan een meldplicht te onderwerpen.

#### *Internationaal perspectief*

Veel van de ons omringende landen die net als Nederland hun concurrentiepositie proberen te verbeteren door investeringen, technologie, kennis en talent aan te trekken hebben omwille van de nationale veiligheid (en in bepaalde gevallen ook omwille van de openbare orde) al langere tijd investeringsscreeningsmechanismen ingesteld.<sup>47</sup> De laatste jaren is er zelfs een trend om bestaande screeningsmechanismen te verscherpen door bijvoorbeeld de reikwijdte van het mechanisme uit te breiden (Duitsland) of de meldingsdrempel te verlagen (Frankrijk). Deze trend is verder versneld door de COVID-19-crisis.<sup>48</sup> Ten opzichte van deze ons omringende landen is Nederland, op de sectorale investeringstoetsen voor de energie- en telecommunicatiesector na, een van de laatsten die zijn investeringsscreeningsmechanisme uitbreidt naar vitale processen en sensitieve technologie. Ook andere nabijgelegen landen die nog geen (uitgebreid) screeningsmechanisme hebben werken hier momenteel aan. Hoewel er belangrijke verschillen zijn tussen de verschillende screeningsmechanismen van lidstaten, passen de hoofdkenmerken van dit wetsvoorstel wel in het beeld van Europese screeningsmechanismen. Het wetsvoorstel combineert elementen van verschillende lidstaten waardoor er vanuit zowel het oogpunt van de economie als de nationale veiligheid een gebalanceerd en proportioneel wetsvoorstel ligt. Daarbij, doordat het Nederlandse screeningsmechanisme past in de Europese trend en elementen uit screeningsmechanismen van andere landen combineert, zijn de gevolgen voor de Nederlandse concurrentiepositie en het investeringsklimaat relatief beperkt. De meeste landen hebben bijvoorbeeld een verplicht toetsingsregime met drempelwaarden. In dit wetsvoorstel bepaalt de aard van de doelonderneming of een verwervingsactiviteit binnen de reikwijdte van het wetsvoorstel valt. In veel andere landen is dit ook het geval, maar is ook de herkomst van een verwervingsactiviteit (komt die uit het land zelf of van binnen de EU of buiten de EU?) medebepalend voor de vraag of een verwervingsactiviteit gescreend

<sup>47</sup> De lidstaten die een screeningsmechanisme hebben moeten dit melden bij de Europese Commissie, die hier een lijst van bijhoudt. De lidstaten die hun screeningsmechanisme op het moment van schrijven hebben aangemeld bij de Europese Commissie zijn Denemarken, Duitsland, Spanje, Frankrijk, Italië, Letland, Litouwen, Hongarije, Nederland, Oostenrijk, Polen, Portugal, Roemenië en Finland. Recente onderzoeken naar de toetsingssystemen in onder meer deze landen met daarin uitgebreide beschrijvingen van deze regelingen is uitgevoerd door de OESO.

<sup>48</sup> OECD, *Investment screening in times of COVID-19 – and beyond*. Toegankelijk via <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/investment-screening-in-times-of-covid-19-and-beyond-aa60af47/>.

wordt. In die zin is het Nederlandse voorstel dus strikt landenneutraal. Daarnaast vallen (net als Nederland) in een aantal landen ook bedrijven die onderdeel zijn van vitale processen of bepaalde technologieën die raken aan de nationale veiligheid binnen de reikwijdte. De exacte afbakening hiervan verschilt echter per land. Duitsland en Frankrijk hebben bijvoorbeeld een vrij breed toepassingsbereik. Het is overigens lastig om screeningsmechanismen van landen goed te kunnen vergelijken omdat de aanpak per land sterk verschilt. Frankrijk heeft bijvoorbeeld een relatief sectorale aanpak waarin het veel sectoren bij lagere regelgeving (decreet) aanwijst. Ook heeft het in vergelijking met dit wetsvoorstel veel lagere toetsingsdrempels. Hierdoor is het gehele screeningsmechanisme in Frankrijk door de bank genomen breder dan in Nederland is voorzien. Duitsland heeft een stelsel van investerings-toetsing waarbij in principe iedere verwervingsactiviteit waarbij meer dan 25% significante invloed wordt verworven door een verwerper van buiten de EU of Europese Vrijhandelassociatie aan investeringstoetsing onderworpen kan worden. Daarnaast stelt het aanvullende regels voor sectoren waarin bijvoorbeeld bedrijven beschikken over goederen voor tweërlei gebruik. Finland en Oostenrijk hebben verder een meer algemene meldplicht in plaats van een sectorspecifieke meldplicht. Het Verenigd Koninkrijk heeft een algemene meldplicht waarbij het een selectie van kritische sectoren buiten de wet houdt. De Minister wijst bij lagere regelgeving (statement) aan welke sectoren volgens hem sensitief zijn en waarop screening van toepassing is. In vergelijking met dit weliswaar diffuse beeld van screeningsmechanismen valt het op dat het Nederlandse stelsel van investeringstoetsing relatief veel rechtszekerheid en maatwerk per sector biedt. Zo krijgt op grond van dit wetsvoorstel sectorale investeringstoetsing altijd voorrang; wordt er binnen dit wetsvoorstel waar mogelijk maatwerk geleverd per categorie ondernemingen; worden relatief veel onderdelen van de reikwijdte op wetsniveau geregeld; en kent het wetsvoorstel een uitgebreide uiteenzetting van beoordelingsfactoren en voorwaarden en voorschriften die aan een toetsingsbesluit verboden kunnen worden.

Nederland is inderdaad bijzonder met betrekking tot zijn transparantie in voorschriften en eisen die opgelegd kunnen worden aan een verwervingsactiviteit. Dit komt de rechtszekerheid en investeringszekerheid te goede. De meeste landen hebben enkel de mogelijkheid tot het opleggen van voorschriften opgenomen in hun wetgeving, terwijl Nederland de mogelijke voorschriften en eisen die opgelegd kunnen worden vooraf heeft gespecificeerd. Verder is Nederland qua toetsingstermijnen in lijn met landen zoals Duitsland of Frankrijk, waar de maximale toetsingstermijn respectievelijk 7 maanden of 75 werkdagen is. Naast de mogelijkheid tot het opleggen van boetes bij niet naleven heeft een aantal landen ook de mogelijkheid tot stafrechtelijke handhaving (in Duitsland bijvoorbeeld tot een celstraf van maximaal 5 jaar).

## 11 Evaluatie

Na vijf jaar wordt de wet geëvalueerd. Een verslag daarvan wordt naar de Staten-Generaal gestuurd. In de evaluatie wordt een aantal elementen geadresseerd. Om te beginnen de mate waarin de uitgangspunten en doelen van het wetsvoorstel worden behaald en of deze wet daartoe in samenhang met ander beschikbaar instrumentarium nog altijd het juiste instrument is. Onderzocht wordt of er sprake is van ontwijkingen en hoe effectief de handhaving hierop verloopt. Er wordt ook gekeken naar de reikwijdte van het wetsvoorstel. Hierbij wordt er enerzijds geëvalueerd of er geen vitale processen of sensitieve technologieën buiten het wetsvoorstel vallen, terwijl het met het oog op de nationale veiligheid wel wenselijk is dat ze daar onder vallen. Anderzijds wordt er bekeken of de

reikwijdte van de wet proportioneel is ten opzichte van de gevolgen voor het investeringsklimaat. Hierbij zal onder meer stilgestaan worden bij de vraag of het wenselijk is om voor bepaalde bedrijfssectoren die momenteel onder de reikwijdte van het wetsvoorstel vallen een sectorale investeringstoets te ontwikkelen om de specifieke sector meer maatwerk te bieden. Ook de uitvoering wordt geëvalueerd, onder meer de informatie-uitwisseling met toeleverende instanties. Als laatste wordt de uitwerking van het instrument op het bedrijfsleven in de evaluatie meegewogen.

## **12 Advies en consultatie**

### *Internetconsultatie*

Er zijn 10 openbare reacties op het concept voor een wetsvoorstel binnengekomen en een reactie van het Adviescollege toetsing regeldruk. Het wordt erg gewaardeerd dat er vanuit allerlei expertises en belangen meegedacht wordt met het wetsvoorstel. Hieronder wordt ingegaan op de reacties. De reactie van het Adviescollege toetsing regeldruk wordt hieronder apart behandeld. Alvorens nader in te gaan op deze reacties is het van belang er op te wijzen dat met het oog op een betere leesbaarheid en toegankelijkheid van het wetsvoorstel, de structuur en indeling van het wetsvoorstel sterk is gewijzigd ten opzichte van het voorstel zoals dat via internet is geconsulteerd. Dit is gedaan naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State om de leesbaarheid van het wetsvoorstel te verbeteren. In de eerste plaats is het wetsvoorstel onderverdeeld in hoofdstukken en paragrafen. In de tweede plaats zijn bepalingen met erg veel leden opgeknipt in afzonderlijke artikelen, hetgeen verklaart waarom het totaal aantal artikelen vrijwel is verdubbeld ten opzichte van het geconsulteerde voorstel. Daarnaast is de plaatsbepaling van sommige bepalingen herzien als dit logischer was met het oog op de systematiek en toegankelijkheid van het wetsvoorstel. In de derde plaats zijn voorschriften die enkel relevant zijn voor verwervingsactiviteiten met betrekking tot beursgenoteerde ondernemingen gegroepeerd en in een apart hoofdstuk ondergebracht. Deze aangepaste indeling maakt het bijvoorbeeld voor niet-beursgenoteerde ondernemingen eenvoudiger om vast te stellen welk deel van de voorschriften voor hen relevant is en voor beursgenoteerde ondernemingen welke voorschriften specifiek aanvullend voor hen gelden. Verdere wijzigingen in definities die het wetsvoorstel bevat en de uitleg daarvan in de memorie van toelichting, raken de inhoud van de reacties uit de internetconsultatie. Daarop wordt hierna ingegaan.

### *Reikwijdte*

Door verschillende organisaties is commentaar gegeven ten aanzien van het voornemen van het kabinet om vitale processen en aanbieders vast te stellen bij algemene maatregel van bestuur. Het commentaar is onder meer dat bedrijven op voorhand en op basis van objectieve criteria willen weten voor welke ondernemingen er een meldingsplicht geldt. Het kabinet heeft het wetsvoorstel hierop aangepast door categorieën van vitale aanbieders in het wetsvoorstel zelf aan te wijzen, zodat de kenbaarheid hiervan niet bij algemene maatregel van bestuur ontstaat. Hiermee wordt tevens gevolg gegeven aan het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: de Afdeling) op dit onderdeel. Het proces waarmee bedrijven onder de reikwijdte van dit wetsvoorstel zijn gebracht is nader toegelicht in paragrafen 3.2 van de memorie van toelichting. Ook de toevoeging van vitale aanbieders zal in de toekomst bij wet geregeld moeten worden, tenzij een aanwijzing zo urgent blijkt dat een wetswijziging niet kan worden afgewacht. Voor die gevallen regelt het

wetsvoorstel dat een aanwijzing tijdelijk gedelegeerd bij algemene maatregel van bestuur kan plaatsvinden, waarna die aanwijzing alsnog bij wet wordt geregeld onder intrekking van de algemene maatregel van bestuur.

In de reacties van Stichting Eumedion, advocatenkantoor Allen & Overy en VNO-NCW en MKB Nederland is commentaar geleverd op de kenbaarheid van de categorie toeleveranciers die onderdeel kunnen vormen van de reikwijdte van de toets. Het kabinet heeft het standpunt op dit onderdeel herzien. Voor toeleveranciers van vitale processen wordt bij nader inzien een uitsluitend sectorale benadering een geschiktere aanpak bevonden, waarvoor steun in het advies van de Afdeling wordt gevonden. De betekenis van toeleveranciers voor een vitaal proces is namelijk niet op één lijn te stellen met die van de primaire aanbieders van een vitaal proces. Een uitsluitend sectorale benadering voor deze groep biedt de flexibiliteit om alleen in die gevallen in wetgeving te voorzien waar dat voor een sector nodig is.

Ook is in 7 reacties commentaar geleverd op de wijze waarop sensitieve technologie onder reikwijdte van de wet wordt gebracht, en dat relevante kennis en expertise van het bedrijfsleven rondom dit soort technologie beter zou kunnen worden benut. Het proces om sensitieve technologie onder de reikwijdte te brengen is daarom uitgebreid toegelicht in paragraaf 3.3.

### *Begrip nationale veiligheid*

In reacties van onder meer VNO-NCW en MKB Nederland en enkele burgers wordt gevraagd om het begrip nationale veiligheid meer invulling te geven door het scherper te definiëren of de relatie ten aanzien van de in het wetsvoorstel opgenomen verwijzing naar de begrippen in Europese verdragen «openbare veiligheid» en «wezenlijke belangen van de veiligheid van de staat» verder te verduidelijken.

Het begrip nationale veiligheid is in artikel 1 van het wetsvoorstel nader gedefinieerd. Hiervoor is gebruik gemaakt van enkele kernelementen voor de nationale veiligheid uit de Wiv 2017, met dien verstande dat voor de afbakening van de reikwijdte hiervan tevens is gekeken naar de definitie die in de Nationale Veiligheid Strategie wordt gebruikt. Deze nadere afbakening van nationale veiligheid komt tevens tegemoet aan het advies van de Afdeling hierover. In paragraaf 5.1.1 van het algemeen deel van de memorie van toelichting wordt op de betekenis van nationale veiligheid nader ingegaan. Daaraan wordt nog toegevoegd dat het belangrijk is op te merken dat de nationale veiligheid een dynamische praktijk is en daarom een voldoende open begrip dient te blijven. Nationale veiligheid is immers zeer contextafhankelijk omdat het per plaats, tijd en situatie verschilt. Nationale veiligheid wordt onder andere bepaald door de geopolitieke en sociaal-politieke context en de technologische mogelijkheden van het moment. Bijvoorbeeld, enkele decennia geleden vormde digitalisering geen bedreiging voor de continuïteit en weerbaarheid van vitale processen. Maar omdat tegenwoordig veel vitale processen afhankelijk zijn van digitale processen zijn ze ook kwetsbaar geworden voor een computerstoring of hack. Vanwege deze dynamische praktijk is noch in de Europese Unie noch in andere lidstaten het begrip nationale veiligheid een afgebakend begrip. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is de definitie van dit kernbegrip echter wel aangevuld en eveneens in de toelichting van context voorzien. Hiermee is getracht dit begrip van meer inhoud en kleuring te voorzien, zonder af te doen aan de contextafhankelijkheid ervan.

In paragraaf 3.5 van het wetsvoorstel zijn beoordelingscriteria opgesteld aan de hand waarvan een risicoanalyse plaats zal vinden. Het doel van deze beoordelingscriteria is niet om nationale veiligheid als begrip in te

kaderen, maar wel om de kenbaarheid en voorstelbaarheid over de manier waarop de toets toegepast wordt te vergroten. Ook dit komt de investeringszekerheid en rechtszekerheid van het bedrijfsleven ten goeden.

In een reactie wordt gevraagd waarom openbare orde geen toetsingsgrond is, terwijl in Europese regelgeving openbare orde en openbare veiligheid vaak wel samen genoemd worden. Belangrijke uitgangspunten van de toets zijn dat het een transparant kader biedt en dat de gevolgen voor het investeringsklimaat zo beperkt mogelijk blijven. Daarom is ervoor gekozen om de reikwijdte van de toets te beperken tot uitsluitend nationale veiligheid, omdat hier in een veel beperktere categorie situaties sprake van is en de potentiële gevolgen voor de maatschappij en staat en de gevolgen hier veel groter en fundamenteeler zijn. Er is daarom voor gekozen nationale veiligheid als enige aangrijpingspunt voor het toepassen van de toets in het wetsvoorstel op te nemen.

#### *Beoordelingscriteria*

Prof. mr. B.J. de Jong van het Van der Heijden Instituut geeft in een reactie aan dat het moeilijk is de criteria veel preciezer te maken dan ze nu zijn geformuleerd in paragraaf 3.5 van het wetsvoorstel. Hij suggereert dat de meeste winst te behalen is door zo veel mogelijk concrete voorbeelden van verwervingsactiviteiten en hoe zij beoordeeld zouden worden te geven. Hij wijst hiervoor als inspiratiebron op de informatie die het US Treasury Department in 2020 heeft gegeven over hoe investeringen op grond van nationale veiligheid zouden worden beoordeeld. Deze suggestie zal worden meegenomen bij de praktische uitwerking van de voorlichtingstaak die naar aanleiding van de internetconsultatie opgenomen is in artikel 9 van dit wetsvoorstel. In zijn reactie wijst Prof. mr. B.J. de Jong op de bevoegdheid om bij algemene maatregel van bestuur extra factoren aan te wijzen, die eveneens bij de beoordeling, bedoeld in het eerste tot en met derde lid, worden betrokken. Hij wijst erop dat deze bevoegdheid de noodzakelijke flexibiliteit biedt om toetsing snel te actualiseren, tegelijkertijd wijst hij erop dat vanuit het investeerdersperspectief het van belang is of de criteria ook lopende een toetsingsprocedure kunnen worden uitgebreid. Hij acht het onwenselijk dat de spelregels tijdens de wedstrijd worden aangepast. Dat tast volgens hem de rechtszekerheid aan, omdat de inhoud van deze nieuwe factoren onvoldoende voorzienbaar is.

Er is voor gekozen het wetsvoorstel in verdergaande mate aan te passen dan in de reactie wordt voorgesteld. Aanleiding daarvoor is het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State. Daarin wordt voorgestaan dat meer duidelijkheid wordt gegeven welke maatregelen (of categorieën maatregelen) in welke situatie en bij welk risico mogelijk kunnen worden getroffen. In reactie op dat deel van het advies is er onder meer voor gekozen de mogelijkheid tot uitbreiding van beoordelingsfactoren en maatregelen bij algemene maatregel van bestuur te schrappen. Daardoor kunnen nieuwe factoren (en maatregelen) uitsluitend door middel van wetswijziging met instemming van het parlement worden toegevoegd. Dit biedt de meldingsplichtigen de zekerheid dat alleen langs de weg van wetswijziging nieuwe factoren en maatregelen toegevoegd kunnen worden. En het stelt het parlement in de gelegenheid vast te stellen in hoeverre een uitbreiding wenselijk is, inclusief de afweging welke gevolgen een uitbreiding zou kunnen hebben voor rechtszekerheid omtrent de verhouding tussen risico's en maatregelen. De verhoogde rechtszekerheid die dit biedt weegt zwaarder dan de verminderde flexibiliteit die het schrappen van de delegatiegrondslag tot gevolg heeft. De Nederlandse Vereniging van Banken stelt in haar reactie dat er in het wetsvoorstel geen objectieve en duidelijke toetsingscriteria van de voorgenomen verwervingsactiviteiten zijn opgenomen. Naar het oordeel

van de vereniging voldoen de factoren opgesomd in artikel 7 (thans paragraaf 3.5 van het wetsvoorstel) hier niet aan. Zo haalt de vereniging de volgende twee factoren aan als onvoldoende duidelijk, namelijk i) de transparante eigendomsstructuur van de verwerver neergelegd in artikel 7 lid 1 sub a, en ii) de factor dat de verwerver een strafbaar feit heeft begaan zoals neergelegd in artikel 7 lid 1 sub d. Op deze laatste factor geeft de vereniging aan dat ook onduidelijk is tot hoe ver teruggekeken wordt, bijvoorbeeld de hele bestaansperiode van de verwerver of alleen in de laatste 5 jaar.

Zoals hierboven reeds is opgemerkt over de nationale veiligheid, is dit begrip in het wetsvoorstel aangescherpt en nader toegelicht, onverlet latende dat het begrip dynamisch want contextafhankelijk is. De factoren opgenomen in paragraaf 3.5 van het wetsvoorstel zijn de factoren aan de hand waarvan een risicoanalyse plaats zal vinden. Deze factoren bieden zelf houvast naar welke aspecten gekeken wordt en verhogen daarmee de kenbaarheid en voorstelbaarheid over de manier waarop de toets wordt toegepast. Ook deze factoren zijn naar hun aard contextafhankelijk. Zo is de betekenis van de factor van een strafbaar feit mede afhankelijk van welk strafbaar feit is gepleegd en hoe ver dat in het verleden heeft plaatsgevonden. Zo zal een strafbaar feit wegens een schending van een wettelijke geheimhoudingsverplichting anders worden gewogen dan een strafbaar feit wegens bijvoorbeeld een milieuovertreding afhankelijk van de aard van de verwerver en de doelonderneming. Overigens is mede naar aanleiding van het advies van de Autoriteit Persoonsgegevens voorzien in een delegatiegrondslag in artikel 22 van het wetsvoorstel om bij ministeriële regeling transparant vast te leggen welke delicten als factor meegewogen worden. Ook is deze factor over een strafbaar verleden in artikel 19, onderdeel d, aangescherpt en gaat de toelichting daarover, naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State, aanzienlijk uitgebreider op de betekenis daarvan in (zie paragraaf 4.2 van de memorie van toelichting). Uit die analyse blijkt de relevantie en noodzaak van het instrument om bepaalde begane strafbare feiten bij de beoordeling op risico's voor de nationale veiligheid te betrekken. Uit artikel 22 volgt thans uitdrukkelijk dat dit uitsluitend strafbare feiten mogen zijn die van invloed kunnen zijn op de beoordeling van een risico voor de nationale veiligheid. Ten aanzien van de onduidelijkheid over wat bedoeld wordt met de factor van onvoldoende transparante eigendomsstructuur van de verwerver (artikel 7, eerste lid, onderdeel a, van het geconsulteerde voorstel en thans artikel 19, onderdeel a, van het wetsvoorstel), kan worden opgemerkt dat de memorie van toelichting naar aanleiding hiervan is aangevuld (zie paragraaf 4.2).

Zowel de Nederlandse Vereniging van Banken als VNO-NCW en MKB Nederland geven in hun reacties aan dat de factor van de veiligheidssituatie in het land waarvan de verwerver ingezetene is of in de landen van de omliggende regio onzeker of slecht is (artikel 7, eerste lid, onderdeel c; thans artikel 19, onderdeel c) te onduidelijk is qua afbakening en betekenis en dat de toelichting op dit punt gebrekkig is. De Afdeling advisering van de Raad van State heeft hierover eveneens opmerkingen gemaakt. Naar aanleiding hiervan is in het desbetreffende onderdeel van het wetsvoorstel zoveel mogelijk verduidelijkt wat met een veiligheidssituatie die onzeker of slecht is, wordt bedoeld. Ook is de memorie van toelichting hierop aangevuld en verduidelijkt (zie paragraaf 4.2).

### *Significante invloed*

Verscheidene reacties geven aan dat niet duidelijk is wanneer een kapitaalverschaffer significante invloed heeft. Zij lichten dit in hun reacties nader toe aan de hand van voorbeelden en nadere vragen. Allereerst is naar aanleiding van deze reacties belangrijk onder de aandacht te brengen

dat de reikwijdte van het wetsvoorstel hierin is aangepast. Op een verwervingsactiviteit die tot significante invloed leidt, is het wetsvoorstel niet langer van toepassing als het gaat om vitale aanbieders. Dit is beperkt tot ondernemingen die actief zijn op het gebied van sensitieve technologie. De inschatting is dat de risico's voor de nationale veiligheid die ontstaan als met een verwervingsactiviteit significante invloed, dus minder dan zeggenschap, bij een vitale aanbieder wordt verkregen veelal voldoende ondervangen zijn met bestaande sectorale wetgeving (ook al bevat die niet een investeringstoets als voorzien in dit wetsvoorstel). Bij nader inzien zijn de risico's in dat geval niet van zodanige orde dat dit rechtvaardigt om de vangnetfunctie van dit voorstel over de volle breedte hierop van toepassing te laten zijn. Mocht in voorkomend geval toch aanvullende bescherming nodig zijn, is sectorale wetgeving aangewezen voor risico's die ontstaan door verwervingsactiviteiten die significante invloed in een vitale aanbieder opleveren. Dit sluit aan bij de advisering van de Afdeling over een meer sectorale aanpak.

Daarnaast zijn naar aanleiding van voormelde reacties voorschriften in het wetsvoorstel opgenomen die meer inzicht bieden wanneer het verkrijgen of vergroten van significante invloed aan de orde is. Beslissend voor die invloed is het aantal stemmen dat in de algemene vergadering kan worden uitgebracht of dat er bepaalde invloed op benoeming of ontslag van een of meer bestuurders aanwezig is. Dit is de maatstaf waarlangs wordt beoordeeld of significante invloed aanwezig is. Het voorstel bevat drempelwaardes bestaande uit verschillende percentages waarbij significante invloed zich voordoet. Het voorstel voorziet in de mogelijkheid van een algemene maatregel van bestuur die per aangegeven specifieke categorie van ondernemingen op het gebied van sensitieve technologie bepaalt welk percentage van de stemmen in de algemene vergadering minimaal vereist is voor significante invloed en welke andere in het voorstel genoemde onderdelen die significante invloed bepalen van toepassing zijn. De verwachting is dat deze aanpassingen in het wetsvoorstel meer houvast en duidelijkheid bieden bij de vaststelling of van het verkrijgen of vergroten van significante invloed sprake is vergeleken met het geconsulteerde voorontwerp.

### *Termijnen*

Respondenten als de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en het Koninklijk Notarieel Broederschap, VNO-NCW en MKB Nederland en advocatenkantoor Allen & Overy merken op dat vanwege het belang van de verwerper of de doelonderneming om snel zekerheid te krijgen over de voorgenomen transactie de doorlooptijd in het onderzoek tamelijk of erg lang is. Ook wordt hierbij aangegeven dat een eventuele verlenging van de standaard termijn alleen bij uitzonderingsgevallen en met gegronde redenen mogelijk zou moeten zijn.

Allereerst wordt opgemerkt dat de genoemde termijnen maximale termijnen zijn. Voorgenomen verwervingsactiviteiten zonder bijzondere risico's en voorzien van de juiste informatie zullen ruimschoots binnen deze termijn beoordeeld kunnen worden. De termijn van 8 weken en ook de verlenging van 6 maanden is bedoeld voor die voorgenomen transacties waar onduidelijkheden bestaan over de identiteit van de verkrijger of de mogelijke risico's voor de nationale veiligheid. De verantwoordelijke Minister heeft deze termijn nodig om aanvullend onderzoek te kunnen doen bij de verschillende binnenlandse en buitenlandse ketenpartners. Een respondent verwijst naar de wettelijke situatie in Duitsland als een mogelijk alternatief. In Duitsland geldt een termijn van vier maanden nadat alle noodzakelijke informatie is ontvangen, ook eventuele aanvullend verzochte informatie. Hierdoor krijgt de verwerper of doelonderneming derhalve mogelijkerwijs evenmin de noodzakelijke snelle

duidelijkheid, aangezien gedurende de beoordeling aanvullende informatie kan worden verzocht en de termijn van vier maanden pas aanvangt nadat deze informatie is ontvangen. Deze suggestie wordt gelet op de doorlooptijden die nodig kunnen zijn niet overgenomen. Voor wat betreft de noodzakelijkheid voor een motivering die de verlenging van de termijn toelicht, wordt deze suggestie overgenomen.

Een respondent merkt op dat het opschorten van een termijn in geval van een verzoek om aanvullende informatie, een en ander als bedoeld in artikel 6, tweede lid, Voorontwerp, aan een maximum wordt gebonden. De meldingsplichtige heeft zelf in de hand hoe lang hij erover doet om de informatie aan te leveren en dus ook hoe lang de opschorting van de termijn feitelijk duurt. Er zal dus altijd al een maximum termijn aan worden verbonden, namelijk totdat de informatie is verkregen.

#### *Faillissement en dreigende insolventie*

De Nederlandse Vereniging van Banken geeft aan dat in het kader van een herstructurering van de ondernemingsactiviteiten van een entiteit ter afwijking van een faillissement het kan voorkomen dat de bank als kredietverstrekker zeggenschap verwerft in deze entiteit, bijvoorbeeld als kredietverstrekker bij een (uit oogpunt van sanering) noodzakelijke omzetting van een schuld in aandelen of als pandhouder van verpande aandelen. In dit geval wordt gesteld dat de verwerving door de bank buiten het toepassingsbereik van het wetsvoorstel zou moeten vallen. Dit voorstel is niet overgenomen. Het is vanuit het oogpunt van de nationale veiligheid noodzakelijk dat er geen onderscheid gemaakt wordt tussen verwerving van zeggenschap of significante invloed op basis van herkomst of aard van de verwerver of soort verwervingsactiviteit (met uitzondering van de in artikel 5 gestelde uitzonderingen). Het verlenen van ontheffing van de meldingsplicht op grond van de financieel-economische belangen van een schuldeiser is ondergeschikt aan de bescherming van de nationale veiligheid die dit wetsvoorstel beoogt. In deze context moet ook opgemerkt worden dat het toezicht dat van toepassing is op banken niet ziet op risico's voor de nationale veiligheid. Hierdoor wordt juist het belang van dit wetsvoorstel onderstreept. Naar aanleiding van de internetconsultatie waarin verschillende instanties, waaronder VEB en de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de NOa en KNB, stelden dat de beperkende voorwaarden voor ontheffing hun doel voorbij schoten, is artikel 19 (artikelen 13 en 14 in het aangepaste wetsvoorstel) en de toelichting in paragraaf 4.6 herzien. Op grond van artikel 13 kan er een ontheffing aangevraagd worden van het verbod om een verwervingsactiviteit uit te voeren als er geen mededeling is gedaan of toetsingsbesluit is genomen, mits er aan het gestelde criterium van het algemeen belang wordt voldaan. Dit betreft een discretionaire bevoegdheid van de Minister. Hierdoor kan ook in situaties van bijvoorbeeld faillissement ontheffing van het verbod om een verwervingsactiviteit uit te voeren als er nog geen mededeling is gedaan of toetsingsbesluit is genomen verleend worden. Ook banken kunnen hier gebruik van maken.

#### *Doorzoeken van de woning*

Voorts merkt VNO-NCW en MKB Nederland op dat de bevoegdheid tot het doorzoeken van de woning in geen enkele verhouding staat tot het doel van de melding binnen het geconsulteerde wetsvoorstel, in het bijzonder omdat het risico van het niet verkrijgen van de juiste informatie al voldoende wordt afgedekt. Daarbij wordt opgemerkt dat een overtreding van de wet is aangemerkt als een economisch delict, waarbij de strafrechtelijke onderzoeksmethodes al ingezet kunnen worden. Er lijkt dus geen

enkele noodzaak om al in het kader van het inwinnen van informatie deze uitzonderlijke bevoegdheid in te zetten. Allereerst dient te worden opgemerkt dat de mogelijke inzet van strafrechtelijke onderzoeksmethodes op grond van de Wed pas kan plaatsvinden na voltooiing van een transactie, ofwel pas nadat er geconstateerd is dat er een overtreding is geweest doordat een goedkeuring van de verweringsactiviteit gebaseerd was op onjuiste of onvolledige informatie. Hierdoor kunnen de mogelijke risico's voor de nationale veiligheid zich derhalve reeds hebben gemanifesteerd. Juist vanwege deze zwaarwegende belangen van nationale veiligheid dient bij een besluit op grond van dit wetsvoorstel alle relevante informatie bij de verantwoordelijke Minister bekend te zijn. Alleen als er in uitzonderingsgevallen duidelijke aanwijzingen zijn dat de relevante informatie mogelijk aanwezig is in een woning zal deze zware bevoegdheid worden toegepast. Deze suggesties zijn derhalve niet overgenomen.

#### *Beveiligingsfunctionaris of veiligheidscommissie als maatregel*

Ten aanzien van de eisen en voorschriften die op grond van artikel 8 (thans onderdeel van paragraaf 3.6) van het wetsvoorstel opgelegd kunnen worden, betreffen de reacties van VNO-NCW en MKB Nederland en die van de Nederlandse vereniging van Banken de mogelijkheid dat de Minister eist dat er een veiligheidscommissie ingesteld wordt of een beveiligingsfunctionaris aangesteld wordt die bevoegd is de toegang tot, of overdracht van informatie te beperken of te verbieden. Hierbij wordt de vraag gesteld of deze maatregel zou gelden voor alle bij de vennootschap betrokkenen. Andere reacties zoals die van VNO-NCW en MKB Nederland en het advocatenkantoor Allen & Oberly betreffen maatregelen die tot doel hebben om de (gevoelige bedrijfsonderdelen van de) doelonderneming autonoom van de verwerper te maken. Zo wordt er gevraagd om meer duidelijkheid met betrekking tot de mogelijkheid om (op grond van artikel 8, eerste lid, sub f; thans artikel 23, eerste lid, onderdeel d) bepaalde processen of dienstverlening aan de Nederlandse overheid onder te laten brengen in een aparte dochtermaatschappij in Nederland. Paragraaf 4.4 van het algemeen deel is naar aanleiding van deze reacties verduidelijkt en tevens is naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State meer scherp in de voorschriften aangebracht over de taken van de veiligheidscommissie of een beveiligingsfunctionaris (zie artikel 23, eerste lid, onderdeel c). Dit draagt bij aan de kenbaarheid van de inhoud van deze maatregel en de risico's die daarmee worden ondervangen.

#### *Noodzakelijkheid brede investeringstoets*

In een reactie op het wetsvoorstel wordt gesteld dat uit de ex ante analyses die naar de vitale processen zijn gedaan de noodzaak voor een brede investeringstoets niet naar voren komt. Het is weliswaar juist dat uit de ex ante analyses die zijn gedaan naar veiligheidsrisico's in de vitale processen blijkt dat vrijwel alle vitale processen op enigerlei wijze beschermd zijn tegen ongewenste zeggenschap, maar uit die analyses komt ook naar voren dat de mate waarin dat het geval is verschilt. Vanwege het diverse beeld dat uit de ex ante analyses naar voren komt laat dit wetsvoorstel ook alle ruimte voor maatwerk waar dat gewenst is. Tegelijkertijd fungeert het wetsvoorstel als vangnet voor de situaties waarin de bestaande bescherming tekort schiet. Over de verhouding tussen dit wetsvoorstel en andere wetgeving op basis waarvan een specifieke toets van toepassing is of zal worden, is in verscheidene reacties verzocht om verduidelijking daarvan. Ook de Afdeling gaat in het advies op dit punt nader in.

Om hieraan tegemoet te komen, is het volgende gedaan. In de eerste plaats bepaalt het wetsvoorstel thans dat een onderneming een vitale aanbieder is als die behoort tot een in artikel 7 aangewezen categorie ondernemingen. Deze aangewezen categorieën ondernemingen omvatten geen categorieën waarop ten tijde van de indiening van het wetsvoorstel een specifieke investeringstoets uit andere wetten van toepassing is, zodat dit duidelijkheid verschaft. Hierbij is ook gekeken of een specifieke wet een drempel hanteert en naar de aard van de verwervingsactiviteit waarop een toetsing zich richt. In artikel 86f van de Elektriciteitswet 1998 is bijvoorbeeld opgenomen dat de wijziging van zeggenschap over een productie-installatie met een nominaal elektrisch vermogen van meer dan 250 MW meldingsplichtig is. Hiermee is in het kader van die wet een beoordeling gemaakt dat productie-installaties met minder vermogen niet gemeld hoeven te worden. Het is dan niet de bedoeling dat deze alsnog gemeld moeten worden in het kader van dit wetsvoorstel. Dit betekent dus dat ondernemingen betreffende productie-installaties van elektriciteit niet onder dit wetsvoorstel zijn aangewezen als vitale aanbieder. Een ander voorbeeld betreft de Telecommunicatiewet. Die wet bevat bijvoorbeeld in hoofdstuk 14a (Wet ongewenste zeggenschap telecommunicatie) een uitgebreide regeling voor het verkrijgen en houden van overwegende zeggenschap in een telecommunicatiepartij. In dit hoofdstuk is geen regeling opgenomen voor het «los» aankopen van vermogensbestanddelen van een dergelijke partij. Dit betekent niet dat de aankoop van vermogensbestanddelen van een telecommunicatiepartij alsnog gemeld moet worden onder dit wetsvoorstel. Indien de aankoop van vermogensbestanddelen van telecommunicatiepartijen een risico is, dan moet de Telecommunicatiewet hier zelf in voorzien. Telecommunicatiepartijen zullen dus onder dit wetsvoorstel niet worden aangewezen als vitale aanbieder.

Vastlegging van categorieën vitale aanbieders in het wetsvoorstel zelf betekent wel dat als er in de toekomst voor een specifiek type vitale aanbieders een nieuwe of aangepaste specifieke toets in een andere wet wordt geregeld en die geheel of gedeeltelijk overlapt met een in dit wetsvoorstel aangewezen categorie aan ondernemingen, dit wetsvoorstel of, indien tot wet verheven, deze wet hierop moeten worden aangepast. Dat zal in de praktijk dan worden «meegenomen» in de wijziging van de specifieke wet voor zover dat mogelijk is of anders zal een aparte wetswijziging hiervoor nodig zijn.

Naast deze verduidelijking volledig toegespitst op vitale aanbieders, bevat het wetsvoorstel ook een voorrangsregel die met name betekenis zal hebben voor ondernemingen die actief zijn op het gebied van sensitieve technologie. De afbakening van sensitieve technologie vindt in het wetsvoorstel immers op andere wijze plaats dan die voor vitale aanbieders waardoor op andere wijze meer duidelijkheid over de verhouding tot specifieke toetsen in andere wetgeving dient te worden verschaft. De voorrangsregel houdt in dat het wetsvoorstel niet van toepassing is op een verwervingsactiviteit, als op grond van een andere wet een specifieke toets uit hoofde van nationale veiligheid van toepassing is, ongeacht de inhoud van die specifieke toets (artikel 5, onderdeel b). Deze laatste toevoeging verheldert dat het onverschillig is in welke mate een specifieke toets uit een andere wet met dit wetsvoorstel overeenstemt. Een sectorspecifieke toets uit hoofde van nationale veiligheid prevaleert altijd, ook als die minder intensief is dan in dit wetsvoorstel is geregeld. Als op grond van een andere wet een sectorspecifieke toets uit hoofde van nationale veiligheid van toepassing is treedt dit wetsvoorstel dus terug. Het meerdere of verdergaande dat dit wetsvoorstel regelt ten opzichte van een sectorspecifieke toets brengt daarin geen verandering. Aan deze absolute voorrangsregel ligt de overweging ten grondslag dat bij een sectorspecifieke toets een welbewuste afweging is gemaakt ten aanzien van de reikwijdte en inhoud van

die toets uit hoofde van nationale veiligheid. Indien een verwervingsactiviteit op grond van een wet met een specifieke toets uit hoofde van nationale veiligheid moet worden gemeld en beoordeeld, is dit wetsvoorstel niet van toepassing.

Er is geen specifieke toets van toepassing als een verwervingsactiviteit weliswaar onder het toepassingsbereik van een wet met een specifieke toets valt, maar onder die wet niet hoeft te worden gemeld (bijvoorbeeld omdat de meldingsdrempel niet is gehaald). In dat geval is in het kader van de ontwikkeling van de sectorspecifieke toets de afweging gemaakt welke meldingsdrempels voor die specifieke verwervingsactiviteit van belang zijn en is er kennelijk welbewust voor gekozen die buiten de reikwijdte van de wet te laten blijven. Het is niet de bedoeling dat in dit geval in het kader van dit wetsvoorstel een specifieke verwervingsactiviteit alsnog getoetst wordt. Dit is verduidelijkt door middel van artikel 5, onderdeel c, van het wetsvoorstel. Daarin staat dat het wetsvoorstel niet van toepassing is op een verwervingsactiviteit als een andere wet van toepassing is die voorziet in een specifieke toets uit hoofde van nationale veiligheid, maar die toets niet van toepassing is doordat de verwervingsactiviteit niet voldoet aan een in de andere wet gestelde minimale omvang aan de verwervingsactiviteit of van een andere aard is dan in de andere wet voor toetsing is voorgeschreven. De verduidelijking in artikel 5, onderdeel c, heeft voorts betrekking op de situatie dat een toets uit hoofde van nationale veiligheid niet van toepassing is omdat de verwervingsactiviteit van een andere aard is dan in de andere wet voor toetsing is voorgeschreven, zoals het verwerven van vermogensbestanddelen terwijl de toets uit de andere wet zich beperkt tot het doen van investeringen. Deze duidelijkheid kan met het oog op eventuele toekomstige specifieke wetgeving op het gebied van sensitieve technologie die een toets uit hoofde van nationale veiligheid bevat dienstig zijn.

#### *Medewerkingsplicht bewaarketen*

In de reacties van Eumedion, Vereniging van Effectenverkeer Bezitters (VEB) en DACSI (vereniging van gebruikers en aanbieders in Nederland van de effecteninfrastructuur) wordt kritisch gereageerd op (aspecten van) de medewerkingsplicht van partijen in de bewaarketen met betrekking tot de opdracht tot vervreemding en terugbrenging van het aandelenbelang, de uitlevering van het aandelenbelang en de schorsing van bepaalde aandeelhoudersrechten. De kern van het bezwaar van Eumedion is dat de medewerking zich uitstrekt tot het gehele aandelenbelang en daarmee alle deelgenoten in een depot treft, inclusief die, die niet de uiteindelijke houder van de zeggenschap of significante invloed zijn. Ook DACSI wijst op de effecten daarvan die disproportioneel worden geacht. Voorts worden vraagtekens geplaatst bij de afdwingbaarheid van de in het voorontwerp opgenomen bepalingen met extraterritoriale werking ingeval van buitenlandse partijen, waar ook de gecombineerde commissie vennootschapsrecht op wijst als het gaat om derde landen. Verder wordt volgens de VEB een aandeelhouder die geen meldingsplicht heeft overtreden, noch contractueel in de relatie met professionele partijen in de effecten iets kan bewerkstelligen, geraakt in de uitoefening van zijn rechten als tot schorsing wordt overgegaan. Deze aandeelhouder kan zich niet verweren tegen een dergelijke schorsing omdat hij zelf geen partij is bij de vaststelling door de Minister, noch bij de uiteindelijke schorsing. DACSI acht de medewerking door de achtereenvolgende schakels in de bewaarketen aan schorsing zelfs geheel onnodig. In dat verband wordt gewezen op de betekenis van de implementatie van de zogenoemde Shareholders Rights Directive II (SRD2-richtlijn) geïmplementeerd in de Nederlandse wet en het in de praktijk stemmen (al dan niet bij volmacht) veelal buiten de bewaarketen om. Waar het gaat om het moeten terugbrengen van een aandelenbelang doet DACSI een aantal suggesties,

waaronder een aandeelhoudersidentificatieverzoek onder de SRD2-richtlijn om de laatste bewaarp partij («last intermediary») vast te stellen. Verder wordt geconstateerd dat de medewerkingsverplichting van een bewaarp partij niet is uitgewerkt.

Naar aanleiding van deze commentaren en reacties is langs verschillende sporen getracht waar mogelijk tegemoet te komen aan de geuite bezwaren zonder afbreuk te doen aan de bescherming van het belang van de nationale veiligheid. Daartoe zijn verscheidene artikelen die de bewaarketen betreffen aangepast. Omwille van de toegankelijkheid zijn deze artikelen apart gegroepeerd en onderdeel geworden van een afzonderlijk hoofdstuk 6 dat voor beursgenoteerde ondernemingen relevant is.

Een eerste spoor dat naar aanleiding van de consultatie is uitgewerkt, betreft de identificatie van de verwerver in het geval de eigendomsstructuur en -verhoudingen van die verwerver niet duidelijk zijn (zie paragraaf 6.3 van het wetsvoorstel). Om te voorkomen dat niet nodeloos veel deelgenoten en cliënten worden getroffen door schorsing, vervreemding of terugbrenging van een aandelenbelang is relevant dat de identiteit van de uiteindelijke verwerver wordt achterhaald en de als laatste geïdentificeerde partij in de bewaarketen voor hem. Hiermee wordt voorkomen dat de effecten van schorsing, vervreemding of terugbrenging zich uitstrekken tot een partij in de bewaarketen die eerder in de keten actief is en daardoor houder is van een meeromvattend depot met meer of grotere deelgenoten. Het wetsvoorstel bevat nu een meeromvattende en verderstreckende uitwerking van het uit te voeren onderzoek naar de identiteit van de verwerver en de laatste partij in de bewaarketen.

Uitgangspunt is nog steeds dat de partij in de bewaarketen waarvan de identiteit bekend is op haar beurt de identiteit van de volgende in de keten aan de doelonderneming kenbaar maakt. Maar als het kenbaar maken van een identiteit bijvoorbeeld in strijd is met de wet van een land wordt thans ook geregeld dat de medewerkingsplicht van de partijen in de bewaarketen inhoudt om enkel als boodschapper voor de doelonderneming te fungeren. De deelgenoten of cliënten waarvoor een aandelenbelang in depot wordt gehouden of bewaard, kunnen in dat geval de eigen identiteit onder geheimhouding rechtstreeks aan de doelonderneming bekend maken. Deze systematiek past beter bij die, die voor de SRD2-richtlijn geldt, waar om werd verzocht. Ook wordt hiermee een uiterste inspanning geleverd om de identiteit van de achterliggende verwerver alsnog te achterhalen.

Een tweede spoor dat is uitgewerkt richt zich op de vervreemding of terugbrenging van een aandelenbelang, indien is gebleken dat de verwerver niet bereid is om daaraan medewerking te verlenen (paragraaf 6.4 van het wetsvoorstel). Het wetsvoorstel werkt thans uit dat in dat geval de bekende partij in de bewaarketen die het dichtst bij de verwerver staat als eerste de opdracht krijgt over te gaan tot vervreemding of terugbrenging van een aandelenbelang. Dit is het meest logische vertrekpunt om zo min mogelijk anderen dan de verwerver bij een vervreemding of terugbrenging te betrekken. Indien deze als laatste geïdentificeerde partij in de bewaarketen die medewerking in weerwil van de verplichting daartoe niet verleent, schuift de medewerkingsplicht door naar de volgende in de keten en zo verder totdat een partij wordt bereikt die wel meedoet. Dit steeds verder opschuiven kan aan de orde zijn als bijvoorbeeld medewerking in het buitenland achterwege blijft en die door de doelonderneming niet is af te dwingen. De partij die wel medewerking verleent, dient het aandelenbelang te verminderen met een hoeveelheid waarvoor de verwerver direct of indirect deelgenoot of cliënt is. Daarbij vindt deze vermindering alleen plaats ten laste van de verwerver of degene die dat geacht wordt te zijn.

Mocht geen enkele partij in de bewaarketen uitvoering geven aan de opdracht tot vervreemding of terugbrenging van het aandelenbelang, voorziet het wetsvoorstel in een nieuw ontwikkeld derde spoor. Dat spoor voorziet er in dat de Minister de beursgenoteerde doelonderneming de opdracht kan verstrekken het aandelenbelang waarvoor de verwerver direct of indirect deelgenoot is in een depot van het centraal instituut of daarmee vergelijkbare instelling buiten de Europese Unie te leveren aan de verwerver op de wijze als in het wetsvoorstel is vastgelegd (artikel 44 van het wetsvoorstel). De verwerver is als deelgenoot reeds rechthebbende, maar door de levering wordt het aandelenbelang uit het depot gehaald en komt dit op naam van de verwerver te staan. Hiermee wordt het mogelijk dit aandelenbelang van de verwerver afzonderlijk te vervreemden of terug te brengen. Om dit te bewerkstelligen moet het aandelenbelang in het aandelenregister op naam van de verwerver worden gesteld onder evenredige vermindering van het aandelenbelang dat op naam van de professionele partij, zoals het centraal instituut, in dat register geregistreerd staat. De gewenste wijziging in het aandelenbelang speelt zich zoveel mogelijk binnen de rechtssfeer van Nederland af, zodat dit geëffectueerd kan worden. Vervolgens bevat het wetsvoorstel een mechanisme van informatieverplichtingen dat erop gericht is deze wijziging kenbaar te maken aan telkens de volgende schakel van de keten. Dit heeft als doel dat ook in die volgende schakel telkens een evenredige vermindering van het aandelenbelang wordt bewerkstelligd dat op naam staat van de verwerver of degene die dat wordt geacht te zijn. Dit steeds verder «doorzakken» van de evenredige vermindering van het aandelenbelang zorgt ervoor dat een vermindering zo dicht mogelijk in de buurt van de verwerver komt. Er zal een impuls zijn om hieraan zoveel als mogelijk gevolg te geven omdat anders andere deelgenoten of cliënten van de verwerver zich tot hun partij in de bewaarketen zullen wenden dat zij ten onrechte worden getroffen in hun belangen door een vermindering. Zij zullen daarbij desnoods rechtsmiddelen kunnen inzetten als de toepasselijke jurisdictie daarvoor mogelijkheden biedt en medewerking niet wordt verleend terwijl dat wel mogelijk is. De toepassing van dit derde spoor is een uiterst middel indien alle andere opties geen uitkomst bieden.

Tot slot is in reactie op ontvangen commentaar de verplichting in het wetsvoorstel tot medewerking van professionele partijen uit de bewaarketen om effectief gevolg te geven aan de schorsing vervallen; zie nader paragraaf 4.7 van het algemeen deel van de memorie van toelichting. Aan de hand van de onderscheidenlijk sporen wordt zoveel als mogelijk recht gedaan aan de belangen van deelgenoten, cliënten en partijen in de bewaarketen zonder dat bescherming tegen risico's voor de nationale veiligheid illusoir wordt.

#### *Heropening toetsingsprocedure en rechtsbescherming*

In de reacties van VNO-NCW en MKB Nederland wordt ingegaan op de rechtsbescherming die wordt geboden, waaronder ook specifieke vragen zijn gesteld over de werking van de procedure tot heropening ingeval van een zwaarwegende risico voor de nationale veiligheid waarvoor op grond van artikel 10, derde lid, van het geconsulteerde wetsvoorstel rechterlijke machtiging van de voorlopige voorzieningenrechter vereist was. Er wordt verzocht in de memorie van toelichting hier nader op in te gaan en het wetsvoorstel voor zover nodig aan te passen. Na de internetconsultatie heeft een volledige heroverweging plaatsgevonden van de procedure tot heropening. Voor de afwegingen hieromtrent wordt verwezen naar de onderstaande reactie op de advisering van de Raad voor de Rechtspraak.

VNO-NCW en MKB-NL zijn bezorgd over de peildatum, die in artikel 36 van het geconsulteerde wetsvoorstel is opgenomen. Ze zijn van mening dat de peildatum geschrapt dient te worden, of in ieder geval de terugkijktermijn niet langer mag zijn dan 6 maanden voorafgaand aan de inwerkingtreding van het wetsvoorstel. De terugkijktermijn is in het geconsulteerde voorstel gefixeerd op 2 juni 2020. Dit betekent dat hoe langer het duurt voordat dit wetsvoorstel door beide Kamers der Staten-Generaal wordt aangenomen, hoe verder in de tijd hij terugwerkt. Dit maakt het middel volgens VNO-NCW en MKB-NL minder proportioneel. Bovendien is er in artikel 36 geen einddatum opgenomen.

De peildatum van 2 juni 2020 is naar een latere datum verplaatst: 8 september 2020. In plaats van de datum waarop de terugkijktermijn is aangekondigd bij Kamerbrief, is die verplaatst naar de dag waarop het wetsvoorstel en bijbehorende memorie van toelichting via internetconsultatie openbaar toegankelijk werden (zie voor uitgebreide uitleg waarom het noodzakelijk is een peildatum op te nemen in het voorstel paragraaf 11 van de toelichting). Dit betekent dat, zodra het wetsvoorstel in werking is getreden, en als de bescherming van de nationale veiligheid daar aanleiding toe geeft, verwervingsactiviteiten die vanaf 9 september 2020 zijn gedaan, met terugwerkende kracht getoetst kunnen worden. Tevens is in vervolg op het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State in de memorie van toelichting nader gemotiveerd waarom terugwerkende kracht noodzakelijk is. Ook is er naar aanleiding van de reactie een termijn opgenomen in artikel 58. De Minister mag de betrokkenen uiterlijk binnen acht maanden na inwerkingtreding van de wet nog gelasten een melding te doen. Dit geeft de Minister de nodige tijd om zorgvuldig te onderzoeken en af te wegen of het noodzakelijk is voor de nationale veiligheid om een zaak te toetsen en het geeft ondernemingen ook de rechtszekerheid dat heropening na die acht maanden niet meer aan de orde is.

Ook is besloten de reikwijdte van artikel 58 te beperken. Uit de internetconsultatie is gebleken dat er nog veel onduidelijkheid is over het bij algemene maatregel van bestuur kunnen uitbreiden van sensitieve technologieën onder de reikwijdte van het voorstel. Daarom is nu in het vierde lid opgenomen dat artikel 58 niet van toepassing is op deze categorie.

#### *Adviescollege toetsing regeldruk*

Het dictum van het Adviescollege toetsing regeldruk was dat het wetsvoorstel ingediend kon worden mits er aan twee adviespunten voldaan werd<sup>49</sup>. Het eerste adviespunt betrof een herberekening op basis van een lager tarief voor hoogopgeleide medewerkers van de kosten voor ondernemingen die voortkomen uit een toetsingsproces. Het tweede advies betrof het in kaart brengen van de regeldrukeffecten met behulp van scenario's. Beide adviespunten zijn overgenomen en in paragraaf 10.1 van deze toelichting verwerkt.

Er heeft een mkb-toets plaatsgevonden. Voor een paneldiscussie waarbij mkb'ers input konden leveren op het wetsvoorstel hadden 10 mkb'ers zich aangemeld. Vanwege de COVID-19-pandemie werd deze toets digitaal georganiseerd. Helaas heeft uiteindelijk geen enkele mkb'er deelgenomen aan de paneldiscussie waardoor de input van individuele mkb'ers niet is meegenomen in de bedrijfseffectentoets. Op de internetconsultatie heeft MKB-Nederland wel een uitgebreide reactie ingezonden, waardoor de belangen van het mkb wel gehoord en meegewogen zijn in het wetsvoorstel.

<sup>49</sup> Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

De Autoriteit Consument en Markt (hierna verder: ACM) is verzocht om een uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidstoets uit te brengen op het wetsvoorstel. In artikel 34, vierde lid, onderdeel d, van het wetsvoorstel wordt bepaald dat de ACM desgevraagd alle informatie aan de verantwoordelijke Minister moet verstrekken voor zover het gegevens betreft die worden verwerkt in het kader van hoofdstuk 5 van de Mededingingswet. De ACM acht het wetsvoorstel op dit punt uitvoerbaar<sup>50</sup>. Gezien het karakter van het wetsvoorstel is de handhaafbaarheidstoets achterwege gebleven. Op grond van het wetsvoorstel voorziet de ACM ook geen additionele uitvoeringslasten.

#### *Autoriteit Persoonsgegevens*

De Autoriteit Persoonsgegevens (hierna: AP) heeft een advies uitgebracht over het wetsvoorstel<sup>51</sup>. In het advies geeft de AP aan dat het concept op een aantal onderdelen tekortschiet omdat de wijze waarop persoonsgegevens verwerkt worden niet voldoende transparant is ten aanzien van de betrokkenen. De AP benoemt hierbij een aantal specifieke elementen. Ten eerste stond in artikel 5, tweede lid (thans artikel 11, tweede lid), van het concept dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur wordt bepaald welke informatie een melding ten minste moet bevatten. De zinsnede «ten minste» is uit het concept geschrapt. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur zal precies transparant gemaakt worden welke informatie moet worden aangeleverd door een afschrift van het meldingsformulier bij te voegen als bijlage bij de regelgeving. Ten tweede staat in artikel 20, tweede lid, van het concept (thans artikel 34, derde lid, van het wetsvoorstel) dat de Minister gebruik kan maken van overige openbare registers bij de wet ingesteld en openbare informatie. De AP vraagt zich af waarom de registers (waarvan nu een aantal voorbeelden is opgenomen in de toelichting) niet expliciet worden aangewezen bij lagere regelgeving. Ook maakt de AP een opmerking over de openbare gegevens die gebruikt worden. Er wordt gevolg gegeven aan dit advies door de registers te benoemen bij ministeriële regeling en bij ministeriële regeling meer duiding te geven over de openbare informatie die bij de beoordeling zal worden gebruikt. Hiertoe is een delegatiegrondslag opgenomen in artikel 34, dertiende lid. Ten derde geeft de AP aan dat de gegevensverstrekking in de geconsulteerde versie van het voorstel door de meldingsplichtigen (artikel 20, zesde lid), de instanties genoemd in artikel 20, derde lid, en de veiligheidsdiensten (artikel 20, vierde lid) verder uitgewerkt zou moeten worden of dat toegelicht zou moeten worden waarom verdere uitwerking niet kan of wenselijk is.

Wat de meldingsplichtigen betreft is het helaas niet mogelijk om preciezer aan te geven welke informatie zij moeten verstrekken aanvullend op de melding. Dit is afhankelijk van de casus en niet op voorhand te zeggen. Immers, voor zover er op voorhand duidelijkheid is over de noodzakelijke informatie, zal dit in het kader van de melding gevraagd worden en in het meldingsformulier worden opgenomen. Indien in de praktijk blijkt dat het structureel, casusonafhankelijk, noodzakelijk is om bepaalde extra informatie te verkrijgen, dan zal dit tot wijziging leiden van het meldingsformulier. Over de uitvoering van deze bevoegdheid wordt uiteraard verantwoording afgelegd in het kader van het interne toezicht op de naleving van de algemene verordening persoonsgegevens zoals dat bij het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat is ingericht. Hierin is een rol weggelegd voor de Functionaris Gegevensbescherming die te

<sup>50</sup> Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

<sup>51</sup> Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

allen tijde inzicht kan vragen in de door het Bureau Toetsing Investerings opgevraagde gegevens.

Wat de instanties, opgenomen in het vierde lid, betreft is in reactie op het advies van de AP in artikel 34, veertiende lid, de verplichting opgenomen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen met betrekking tot de informatie die op grond van het vierde lid verstrekt wordt door deze instanties. Met de Belastingdienst is afgesproken dat ook de specificatie van de gegevensverstrekking door de Belastingdienst hierin wordt meegenomen. De verdere uitwerking op wetsniveau is geschrapt.

De mededeling door de veiligheidsdiensten kan worden gedaan binnen de kaders van de Wiv 2017 en de Regeling naslag Wiv 2017<sup>52</sup>. De diensten zullen alleen informatie verstrekken voor zover dat past binnen deze kaders (zie ook de artikelsgewijze toelichting bij artikel 34).

Ten slotte zal bij of krachtens algemene maatregel van bestuur ook meer helderheid gegeven worden over de relevante justitiële informatie en gepleegde delicten die op grond van artikel 34, vierde lid, bij de Minister van Justitie en Veiligheid kunnen worden opgevraagd. De mogelijkheid om inzicht te krijgen in strafvorderlijke gegevens is geschrapt.

Uiteraard wordt de lagere regelgeving die in deze paragraaf wordt aangekondigd, voorzien van een eigen privacy impact assessment, voorgelegd aan de AP, zodat de AP kan beoordelen of deze regelgeving de vereiste transparantie biedt.

Als laatste punt heeft de AP geadviseerd om de bewaartermijn van 15 jaar te onderbouwen in de memorie van toelichting. Besloten is om de bewaartermijn vast te leggen in lagere regelgeving. Paragraaf 5.1.5 van de toelichting is hierop aangepast.

#### *Raad voor de Rechtspraak*

De Raad voor de Rechtspraak (hierna verder: RvdR) heeft in reactie op het wetsvoorstel aangegeven het belang van het voorstel te onderkennen<sup>53</sup>.

De RvdR heeft geen zwaarwegende bezwaren tegen het wetsvoorstel, maar geeft in overweging een aantal onderdelen te verduidelijken of aan te passen. Hierna wordt op deze opmerkingen nader ingegaan.

Mede naar aanleiding van de opmerking van de RvdR over het begrip significante invloed in relatie tot het facultatieve karakter van een algemene maatregel van bestuur is verduidelijkt wanneer zich significante invloed voordoet. Er wordt voorgeschreven dat een algemene maatregel bestuur bepaalt welk percentage voor significante invloed op welke specifieke categorie van ondernemingen van toepassing zal zijn. Verder heeft de onduidelijkheid die de term «sectorspecifieke toets» volgens de RvdR met zich brengt, geleid tot een neutralere formulering in het wetsvoorstel door middel van de bewoordingen «op grond van een andere wet een specifieke toets uit hoofde van nationale veiligheid van toepassing is». Voorts is overeenkomstig het advies van de RvdR in de memorie van toelichting verduidelijkt waarom sensitieve technologie zich ook kan uitstrekken tot aanwezigheid hiervan bij «haar bondgenoten». De RvdR geeft aan dat bij een heropening van een eerder getoetste casus niet duidelijk is van welke voorzieningenrechter een machtiging van de rechtbank Rotterdam vereist is. De RvdR merkt op dat niet duidelijk of dit de bestuursrechtelijke voorzieningenrechter moet zijn en als dat het geval is dient in een procesrechtelijke inkadering te worden voorzien nu de Awb niet voorziet in een kader voor een dergelijke verzoekschriftprocedure. Na de internetconsultatie heeft een volledige heroverweging plaatsgevonden ten aanzien van de haalbaarheid van een aparte rechterlijke machtiging

<sup>52</sup> Stcrt. 2018, 23324.

<sup>53</sup> Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

tot heropening. Het is een juiste constatering dat de Awb niet voorziet in een procedure waarbij de bestuursrechter een voorgenomen besluit op verzoek van een bestuursorgaan eerst kan toetsen op het voldoen aan bepaalde criteria of maatstaven. De systematiek van de Awb is er niet op geënt een voorgenomen besluit eerst aan een rechterlijke machtiging te kunnen onderwerpen, zodat hierbij geen aansluiting gezocht kan worden. De Awb heeft besluiten tot onderwerp die door een bestuursorgaan zijn genomen, met inbegrip van voorbereidingsbesluiten. Deze afbakening in de Awb staat er aan in de weg om een aparte procedure in dit wetsvoorstel op te nemen waarbij de rechter zich een oordeel vormt over een nog niet tot stand gekomen en daarmee voorgenomen bestuursrechtelijk besluit. Dit zou in feite tot een ongewenste verbreding van de reikwijdte van de Awb leiden, waarbij is meegewogen dat er een staatsrechtelijk spanningsveld ontstaat als een rechter een verantwoordelijkheid toebedeeld krijgt bij de totstandkoming van bestuurlijke besluitvorming. Om soortgelijke redenen is het niet passend om de rechter-commissaris of de burgerlijke rechter deze taak te laten vervullen, die bovendien over expertise beschikken die overwegend op andere terreinen dan het bestuursrecht liggen. De uitkomst van deze afweging laat onverlet dat het wenselijk is dat niet eerder dan na een zwaarwegende en weloverwogen beoordeling tot een heropening mag worden overgegaan. Om daar op passende wijze invulling aan te geven, bepaalt het wetsvoorstel dat de Minister uitsluitend in overeenstemming met de ministerraad tot een besluit tot heropening mag overgaan, indien een van beide omstandigheden vervuld is die het wetsvoorstel daaraan stelt. Tegen dit heropeningsbesluit staat vervolgens bezwaar en vervolgens beroep bij de rechtbank Rotterdam (sector bestuursrecht) open. Hoger beroep is mogelijk bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Voorts heeft de RvdR verscheidene opmerkingen gemaakt die verband houden met het doorzoeken door aangewezen ambtenaren van een woning zonder toestemming van de bewoner. Naar aanleiding van de vraag van de RvdR of de bevoegdheid een woning zonder toestemming van de bewoner te doorzoeken niet juist een afwijking van artikel 5:15 van de Awb is, luidt het antwoord bevestigend en is de memorie van toelichting hierop aangepast. Tevens is in het wetsvoorstel vastgelegd dat altijd een machtiging van de rechter-commissaris, belast met de behandeling van strafzaken bij de rechtbank Rotterdam, vereist is. Door te kiezen voor de rechtbank Rotterdam wordt bundeling van kennis bevorderd en sluit dit aan bij de in de Wet ongewenste zeggenschap telecomcommunicatie hierin gevolgde benadering. Ook is verduidelijkt dat uitsluitend een met het toezicht op dit wetsvoorstel belaste ambtenaar een verzoek tot machtiging mag doen en blijkt uit de memorie van toelichting dat dit verzoek gemotiveerd dient te zijn. Tot slot is in de memorie van toelichting nader toegelicht wat wordt bedoeld met een machtiging bij wijze van voorzorgsmaatregel en volgt uit een verwijzing naar de Algemene wet op het binnentreden dat een doorzoeking onder toezicht van de rechter-commissaris altijd in diens aanwezigheid kan plaatsvinden. Wat betreft de verhouding tot die wet blijkt thans uit het wetsvoorstel dat die wet van toepassing is, behoudens in gevallen dat daarvan is afgeweken. De RvdR kan zich vinden in de keuze om bestuursrechtelijke beroepszaken en de machtingszaken bij de rechtbank Rotterdam te concentreren. Ten aanzien van de bestuursrechtelijke zaken is de RvdR van mening dat aan de eis van specifieke deskundigheid is voldaan, vanwege de expertise van de Rechtbank Rotterdam met dit soort regelgeving. De RvdR verwacht verder dat de toename van de werklast voor de rechtspraak niet substantieel is. Hierin volgt hij de memorie van toelichting. De RvdR voegt echter wel een aantal extra soort zaken toe die hij ook verwacht. Dit is overgenomen in de memorie van toelichting (paragraaf 10.2). Het betreft beroepsprocedures tegen besluiten waarbij lasten zijn opgelegd, personen zijn aangewezen en ontheffingen zijn verleend; beroepen tegen

handhavingsbesluiten die aanhangig worden gemaakt; en (strafrechtelijke) raadkamerprocedures indien en voor zover de rechter-commissaris een machtiging niet verstrekt. De RvdR merkt daarbij op dat hij verwacht dat de toename in werklast als gevolg van bovengenoemde drie procedures ook beperkt is. Niettemin verwacht de RvdR wel dat als er bij de handhaving van het wetsvoorstel een boete opgelegd wordt, de procedurebereidheid groot zal zijn. Tegelijkertijd onderschrijft de RvdR de verwachting uit de toelichting dat de nalevingsbereidheid van het wetsvoorstel groot zal zijn, waardoor hij in dezen geen groot aantal zaken verwacht bij de rechtspraak.

### 13 Peildatum

Op 2 juni 2020 is door de Minister van Economische Zaken en Klimaat het voornemen meegedeeld om een peildatum op te nemen in het wetsvoorstel en daarmee een deel van het wettelijke kader voor het stelsel van investeringstoetsing met terugwerkende kracht in te voeren vanaf de formele peildatum 2 juni 2020.<sup>54</sup> Vervolgens is op 8 september 2020 een uitgewerkt voorstel met memorie van toelichting voor internetconsultatie openbaargemaakt. Dit heeft geleid tot het verplaatsen van de peildatum naar 8 september 2020. Na inwerkingtreding van het wetsvoorstel zullen verwervingsactiviteiten die vanaf 9 september 2020 zijn gedaan, met terugwerkende kracht getoetst kunnen worden wanneer daar vanuit de bescherming van onze nationale veiligheid aanleiding voor is. Bovendien mag de Minister de betrokkenen uiterlijk binnen acht maanden na inwerkingtreding van de wet nog gelasten een melding te doen. Dit geeft de Minister de nodige tijd om zorgvuldig te onderzoeken en af te wegen of het noodzakelijk is voor de nationale veiligheid om een zaak te toetsen en het geeft ondernemingen ook de rechtszekerheid dat heropening na die acht maanden niet meer aan de orde is.

Het aankondigen van het voornemen om een peildatum op te nemen in het wetsvoorstel werd gedaan tegen de achtergrond van de COVID-19-uitbraak. Door de economische omstandigheden als gevolg daarvan nam het risico toe dat ondernemingen (toen en nu) te maken krijgen met ongewenste verwervingsactiviteiten, zoals overnames of investeringen. Dit geldt ook voor verwervingsactiviteiten in doelondernemingen, waardoor er een risico voor de nationale veiligheid kan ontstaan. Dit werd ook gesignaleerd door de Europese Commissie. De Commissie riep haar lidstaten op alert te zijn en waar mogelijk op te treden tegen onwenselijke marktontwikkelingen, zoals het voorkomen van ongewenste strategische afhankelijkheden of onderbreking van de vitale processen.<sup>55</sup>

Het opnemen van de peildatum is een proportioneel middel om ongewenste verwervingsactiviteiten en strategisch (ontduikings)gedrag te voorkomen tegen de achtergrond van de COVID-19-uitbraak, wanneer deze gevolgen hebben voor de nationale veiligheid. Zonder terugwerkende kracht is niet uitgesloten dat de doorlooptijd die met de voorbereiding en behandeling van het voorstel gemoeid is door kwaadwillende partijen wordt aangegrepen om een toetsing op een verwervingsactiviteit te ontlopen terwijl er risico's voor de nationale veiligheid in het geding zijn. De omvang van de kans op misbruik of ontduikingsgedrag is niet te

<sup>54</sup> Kamerstukken II 2019/20, 30 821, nr. 113.

<sup>55</sup> MEDEDELING VAN DE COMMISSIE – Gecoördineerde economische respons op de uitbraak van Covid-19 – COM(2020) 112, 13/3/2020; paragraaf 2, vierde alinea en de daarin aangekondigde aanwijzingen: COMMUNICATION FROM THE COMMISSION – Guidance to the Member States concerning foreign direct investment and free movement of capital from third countries, and the protection of Europe's strategic assets, ahead of the application of Regulation (EU) 2019/452 (FDI Screening Regulation), C(2020) 1981, 25/3/2020.

objectiveren, ook al omdat een toets met de inhoud en reikwijdte van dit wetsvoorstel nou eenmaal niet bestaat. Het betreft een risicotaxatie. Hierbij is in overweging genomen dat er in algemene zin een toename van dreigingen is die het intreden van risico's voor de nationale veiligheid als gevolg van ongewenste zeggenschap hebben vergroot, zoals hiervoor uiteengezet. Het bewustzijn van deze toegenomen dreiging beperkt zich niet tot Nederland maar vindt weerklank in een bredere Europese ontwikkeling. De Europese FDI-screeningsverordening is, los van COVID-19, eveneens een uiting hiervan en bevestigt het grotere belang dat wordt gehecht aan het verzekeren van nationale veiligheid bij buitenlandse investeringen. Ook uit de urgentie en voortvarendheid waarmee de voorbereiding van dit voorstel ter hand is genomen, kan worden afgeleid dat het belang van voorafgaande toetsing groot wordt geacht door ontwikkelingen in dat dreigingsbeeld. Voor de terugwerkende kracht van de werking van het voorstel om kwaadwillende partijen de pas af te snijden, is voorts meegewogen dat de gevolgen van het intreden van een risico voor de nationale veiligheid groot zijn. Zelfs bij een enkele verwervingsactiviteit in een specifieke onderneming kan het intreden van een risico voor de nationale veiligheid grote impact hebben voor Nederland met onomkeerbare gevolgen. Dit volgt uit de gerichtheid van het voorstel op vitale aanbieders en sensitieve technologie. Ook al is de grootte van de kans dat een kwaadwillende partij het voorstel voor wil zijn niet heel objectief te bepalen, toch kunnen de gevolgen van het intreden van die kans groot zijn. Het verhinderen van calculerend gedrag door partijen met verkeerde intenties die grote implicaties voor de Nederlandse samenleving kunnen hebben, is te rekenen tot bijzondere omstandigheden die de terugwerkende kracht verklaren die aan het voorstel is verleend.

Niet alle verwervingsactiviteiten die plaats hebben gevonden in de periode tussen 8 september 2020 en de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel moeten alsnog actief gemeld worden en zullen getoetst worden. Alleen indien bij de Minister een op redelijke gronden gebaseerd vermoeden is ontstaan dat een verwervingsactiviteit die heeft plaatsgevonden voorafgaand aan de inwerkingtreding van het wetsvoorstel, maar na 8 september 2020, een risico voor de nationale veiligheid zou kunnen opleveren, worden de betrokken gelast alsnog een melding te doen. Door de peildatum is er weliswaar sprake van enige onzekerheid voor ondernemingen en verwervers, maar deze is beperkt doordat de terugkijktermijn een afgebakende periode beslaat en het toepassingsbereik consistent is met door het kabinet eerder in de Kamerbrief *Investeringsstoets op risico's voor de nationale veiligheid*<sup>56</sup> gecommuniceerde toepassingsbereik. Het met terugwerkende kracht toetsen van verwervingsactiviteiten zoals overnames en investeringen is een krachtig middel, waar naar verwachting een afschrikwekkend effect van uitgaat. Het zal met terughoudendheid worden toegepast, zodat het ingrijpen in private zeggenschaps- en eigendomsverhoudingen proportioneel zal zijn.

---

<sup>56</sup> Kamerbrief *Investeringsstoets op risico's voor de nationale veiligheid*. Kamerstuk 30 821, nr. 97.

## II. ARTIKELEN

### Hoofdstuk 1. Algemeen

#### Artikel 1

##### *aandeel*

Voor de definitie van aandeel wordt verwezen naar artikel 5:33, eerste lid, onderdeel b, van de Wet op het financieel toezicht. Daaronder wordt niet alleen een aandeel in traditionele zin van artikel 79, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek begrepen, maar ook andere waardebewijzen die een recht op of invloed in een onderneming vertegenwoordigen, ongeacht of dit een beursgenoteerde of niet-beursgenoteerde onderneming betreft. Onder het begrip vallen eveneens een certificaat van een aandeel of een daarmee gelijk te stellen verhandelbaar waardebewijs en een optie of een ander verhandelbaar waardebewijs waarmee een aandeel of een certificaat of daarmee te vergelijken waardebewijs kan worden verworven. Gelet op de verwijzing in artikel 187 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek naar artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht kan het bij aandelen van een beursgenoteerde onderneming ook gaan om een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Ten tweede wordt verwezen naar de artikelen 82, eerste lid, en 175 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Hiermee vallen ook aandelen van een naamloze vennootschap met beperkte aansprakelijkheid of van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid onder de definitie, die niet een beursgenoteerde onderneming zijn.

##### *beursgenoteerde doelonderneming*

Onder beursgenoteerde doelonderneming wordt verstaan een doelonderneming waarvan de aandelen worden verhandeld met gebruikmaking van een effectenafwikkelingssysteem. Door te bepalen dat de verhandelbaarheid via een effectenafwikkelingssysteem dient plaats te vinden om als beursgenoteerde doelonderneming te worden aangemerkt, is verzekerd dat het begrip beursgenoteerde doelonderneming gekoppeld is aan de verhandelbaarheid van aandelen met gebruikmaking van girale systemen.

##### *centraal instituut*

Het giraal effectenverkeer zoals geregeld in de Wet giraal effectenverkeer en zoals dat plaatsvindt op gereguleerde markten zoals Euronext Amsterdam, is een vorm van handel in aandelen die niet meer via fysieke levering van aandelen aan toonder of op naam plaatsvindt, maar door het aanhouden en wijzigen van de tenaamstelling van tegoeden op speciaal daarvoor bestemde rekeningen. Het gaat hier om effectenrekeningen waarop door middel van bijschrijving en afschrijving het tegoed kan wijzigen. In de Wet giraal effectenverkeer zijn enkele typen depots voor effectenrekeningen gedefinieerd gelet op de specifieke functie van deze depots voor die rekeningen. Het gaat dan om de girodepots zoals geregeld in hoofdstuk 3 van de Wet giraal effectenverkeer en de verzameldepots zoals geregeld in hoofdstuk 2 van de Wet giraal effectenverkeer. Een girodepot wordt aangehouden door het centraal instituut voor ieder soort effect. Een verzameldepot wordt aangehouden door een intermediair ook voor ieder soort effect. In dit wetsvoorstel wordt bij deze definities aangesloten en voor zover noodzakelijk daarop voortgebouwd. Daarnaast worden in de Wet giraal effectenverkeer en daarmee ook in dit wetsvoorstel diverse actoren expliciet benoemd en gedefinieerd die een rol vervullen in het giraal effectenverkeer en specifieke effectenrekeningen

beheren. Het giraal effectenverkeer kent als startpunt een centrale effectenbewaarinstantie. Volgens artikel 1 van de Wet giraal effectenverkeer is een centraal een instituut een centrale effectenbewaarinstantie als bedoeld in artikel 2 van Verordening (EU) nr. 909/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende de verbetering van de effectenafwikkeling in de Europese Unie, betreffende centrale effectenbewaarinstanties en tot wijziging van Richtlijnen 98/26/EG en 2014/65/EU en Verordening (EU) nr. 236/2012 (PbEU 2014, L 257). In Nederland is Euroclear Nederland tot op heden het enige centraal instituut. Een centraal instituut kan volgens artikel 34, eerste lid, van de Wet giraal effectenverkeer girodepots houden en is volgens artikel 36, eerste lid, van de Wet giraal effectenverkeer belast met het beheer van deze girodepots. Een girodepot omvat het totaal van alle effecten van een uitgevende instantie waarvan de aandelen zijn toegelaten op de gereguleerde markt. Ingeval de aandelen van een doelonderneming zijn toegelaten tot een gereguleerde markt in Nederland, zal een centraal instituut al deze aandelen in een girodepot beheren. In het aandelhoudersregister van de beursgenoteerde doelonderneming wordt een centraal instituut of intermediair vermeld als aandeelhouder. Dit vloeit voort uit respectievelijk artikel 8 van de Wet giraal effectenverkeer voor verhandelbare aandelen in de zin van artikel 79, eerste lid, of artikel 187 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, en uit artikel 8b, van de Wet giraal effectenverkeer voor effecten op naam die zijn geleverd aan een centraal instituut of intermediair met vermelding van de datum waarop die aandelen zijn gaan behoren tot het verzameldepot of girodepot. In het effectenverkeer vervult Euroclear Nederland de rol van centrale effectenbewaarinstantie («Central Securities Depository») zoals ook gedefinieerd in artikel 2 van Verordening (EU) nr. 909/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende de verbetering van de effectenafwikkeling in de Europese Unie, betreffende centrale effectenbewaarinstanties en tot wijziging van Richtlijnen 98/26/EG en 2014/65/EU en Verordening (EU) nr. 236/2012 (PbEU 2014, L 257). In het wetsvoorstel is rekening gehouden met de mogelijkheid dat een doelonderneming een beursnotering heeft op een gereguleerde markt in het buitenland, buiten de EU. Dit kan ertoe leiden dat het centraal instituut slechts voor een deel of voor geen van de aandelen een rol vervult zoals voorzien in de Wet giraal effectenverkeer.

#### *doelonderneming*

Onder doelonderneming worden in dit wetsvoorstel alle ondernemingen verstaan die op een in artikel 1 omschreven wijze bij een bepaalde verwervingsactiviteit betrokken zijn of het resultaat daarvan zijn. Er kan uitsluitend sprake zijn van een doelonderneming als een onderneming het onderwerp of resultaat is van een in de definitie nader omschreven verwervingsactiviteit, zoals het doen van investeringen of het aangaan van een fusie of de uitkomst daarvan, namelijk een gefuseerde onderneming. Een doelonderneming moet verder gevestigd zijn in Nederland (onderdelen a tot en met f). Door het in de begripsomschrijving van doelonderneming te hebben over onderneming, wordt voor de vaststelling of de vestigingsplaats in Nederland is, het accent op de feitelijke verbondenheid met Nederland gelegd en niet op de formele, statutaire werkelijkheid. Een doelonderneming is daardoor pas een echte onderneming als die feitelijk wordt gevoerd en daarmee economische activiteiten worden verricht. Gelet hierop volgt uit het gebruik van de term onderneming binnen de definitie van het begrip doelonderneming dat de vaststelling of de vestigingsplaats in Nederland ligt, en ongeacht de rechtsvorm, de plaats van de activiteiten en van de feitelijke leiding doorslaggevend is. De onderneming die is ontstaan na de uitvoering van een verwervingsactiviteit als resultaat van een fusie of van de oprichting

van een joint venture, valt ook binnen deze definitie (onderdelen b en c). Na de uitvoering van de verwervingsactiviteit wordt deze onderneming de (nieuwe) doelonderneming. Zij is ook verantwoordelijk voor het blijven voldoen aan de eisen en voorschriften, of, indien in strijd met de bepalingen van de wet is gehandeld, het voldoen aan een door de Minister opgelegde last of andere maatregel.

Ook de onderneming die overblijft na een splitsing wordt gezien als doelonderneming (onderdeel d). Dit geldt alleen voor de onderneming die na de splitsing een in Nederland gevestigde onderneming is.

Verder is in onderdeel e bepaald dat een onderneming waarvan essentiële vermogensbestanddelen worden vervreemd, beschouwd wordt als de doelonderneming. Dit kan een onderneming zijn die zich bezighoudt met een vitaal proces of die actief is op het gebied van sensitieve technologie, maar het is ook mogelijk dat deze niet meer bestaat. Daarom volgt uit onderdeel e dat de doelonderneming ook een natuurlijke persoon of rechtspersoon kan zijn die voor een gewezen onderneming bevoegd is essentiële bestanddelen te vervreemden.

Ten slotte is in onderdeel f bepaald dat een doelonderneming ook een in Nederland gevestigde onderneming is, die geheel of gedeeltelijk, voorwerp is van een verkrijging onder algemene titel.

#### *effectenafwikkelingssysteem*

De definitie van het begrip effectenafwikkelingssysteem haakt aan op een door een centrale effectenbewaarinstantie als bedoeld in artikel 2 van de Verordening (EU) nr. 909/2014 over de effectenafwikkeling<sup>57</sup> geëxploiteerd effectenafwikkelingssysteem als bedoeld in punt 3 van afdeling A van de bijlage van die verordening of een daarmee vergelijkbaar systeem dat wordt geëxploiteerd door een instantie buiten de Europese Economische Ruimte met een functie die vergelijkbaar is met die van een centrale effectenbewaarinstantie. Daarmee wordt een koppeling gelegd met systemen die vallen onder de definitie van artikel 2, onderdeel 10, van genoemde verordening. Dit zijn de systemen die door centrale effectenbewaarinstanties worden gebruikt om de giralisering van aandelen te faciliteren (zie artikel 3 van de Verordening).

#### *investering*

Een van de verwervingsactiviteiten die onder de reikwijdte van dit wetsvoorstel valt, is een investering. Een investering kan leiden tot de wijziging van de zeggenschap in één of meer doelondernemingen. Het wetsvoorstel is in dat geval van toepassing als de investering leidt tot wijziging van de zeggenschap in een of meer doelondernemingen die vitale aanbieder zijn of die zeggenschap hebben over een vitale aanbieder. Ten tweede gaat het om wijziging van de zeggenschap of verkrijging of vergroting van significante invloed in een of meer doelondernemingen die actief zijn op het gebied van sensitieve technologie, of in een doelonderneming die zeggenschap heeft over, of significante invloed heeft op een dergelijke onderneming. In deze definitie is bepaald wat allemaal valt onder een investering. Participaties in het kapitaal bestaan meestal uit de verkrijging van aandelen in het kapitaal van een vennootschap of door het verstrekken van een in aandelen converteerbare achtergestelde lening ten laste van een vennootschap. Participaties in een vermogensbestanddeel bestaan uit onder andere de verwerving van een bedrijfsonderdeel, personeel, machines of intellectueel eigendom door middel van overeen-

<sup>57</sup> Verordening (EU) nr. 909/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende de verbetering van de effectenafwikkeling in de Europese Unie, betreffende centrale effectenbewaarinstanties en tot wijziging van Richtlijnen 98/26/EG en 2014/65/EU en Verordening (EU) nr. 236/2012 (PbEU 2014, L 257).

komst waarin de eigendomsoverdracht is vastgelegd. Een voorbeeld van een dergelijke overeenkomst is een outsourcingovereenkomst of de koopovereenkomst bij een activa/passiva-transactie. De woorden «rechtstreeks of middellijk» geven aan dat door opdrachtrelaties en stromanconstructies moet worden heen gekeken. Indien een participatie wordt verkregen via een derde (bijvoorbeeld via een 100% dochter van degene die zeggenschap verkrijgt), wordt de participatie verworven door de onderneming die in werkelijkheid achter de operatie zit. De «personen» in de definitie kunnen zowel natuurlijke personen als rechtspersonen zijn.

#### *meldingsplichtige*

De meldingsplichtigen zijn alle bij de activiteit betrokken partijen. Dit betreft zowel de verwerver(s) als de doelonderneming(en). Dit betekent dat al deze partijen verantwoordelijk zijn voor de melding op grond van artikel 11 eerste lid, van dit wetsvoorstel. Dit betekent ook dat zij allemaal kunnen worden aangesproken als een activiteit wordt uitgevoerd zonder voorafgaande melding. Een uitzondering is gelegen in artikel 11, vijfde lid. Zie hiervoor de toelichting bij dit artikel.

#### *nationale veiligheid*

In paragraaf 5.1 van het algemeen deel van de toelichting is reeds ingegaan op het begrip nationale veiligheid. Voor de inhoud daarvan is gekeken naar de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017 en naar de Nationale Veiligheid Strategie. Zoals in paragraaf 5.1 ook is vermeld, wordt in de definitie van dit begrip tevens verwezen naar de omschrijving van het begrip nationale veiligheid in de verschillende artikelen uit het VEU en VWEU om aan te geven met welk doel voorwaarden aan de uitvoering van een activiteit mogen worden verbonden of een verbod mag worden opgelegd. Door dit deel van de definitie wordt beoogd te verzekeren dat de beperkingen op het vrij verkeer van kapitaal, goederen en diensten die dit wetsvoorstel met zich meebrengt, uitsluitend worden opgelegd met een volgens het VEU en VWEU gerechtvaardigd doel. Wat precies onder openbare veiligheid moet worden verstaan is verder uitgewerkt in de jurisprudentie van het Hof van Justitie, zie met name het Scientology-arrest, zaak C-54/99, overweging 17 en arrest EC/Hongarije, zaak C-78/18, overwegingen 88–96.

#### *onderneming*

In dit wetsvoorstel wordt aangesloten bij het ondernemingsbegrip zoals dat in Europese regelgeving wordt uitgelegd. Als een onderneming in de zin van artikel 101, eerste lid, van het VWEU wordt gezien elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd (HvJ 23 april 1991, C-41/90, punt 21, Höfner en Elser). Een economische activiteit bestaat uit het leveren van goederen of diensten op een bepaalde markt (HvJ 16 juni 1987, C-118/85, punt 7, Commissie v. Italië). Deze definitie is in lijn met het ondernemingsbegrip dat in Nederland wordt gebruikt in het kader van onder meer de Mededingingswet en subsidieregelgeving.

#### *stemmen*

Bij de definitie van stemmen wordt aangesloten bij hetgeen in artikel 5:33, eerste lid, onderdeel d, van de Wet op het financieel toezicht wordt verstaan onder stemmen, namelijk de stemmen die op aandelen kunnen worden uitgebracht, alsmede de stemmen waarover een persoon beschikt of wordt geacht te beschikken op grond van artikel 5:45, eerste tot en met elfde lid van de Wft. Laatstbedoelde stemmen vloeien niet uit een direct

aandeelhouderschap voort, maar uit allerlei constructies waardoor de invloed die kan worden uitgeoefend bij een ander dan de eigenaar van het aandeel berust (zie ook de toelichting bij het begrip aandeel). Ook voor stemmen in een besloten vennootschap waarop artikel 187 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek van toepassing is en stemmen in een niet beursgenoteerde onderneming, vereniging of coöperatie wordt zoveel mogelijk aangesloten bij de bepalingen in de Wft.

#### *sensitieve technologie*

Zie paragraaf 3.3 van de algemene toelichting.

#### *significante invloed*

Zie paragraaf 3.4 van de algemene toelichting.

#### *toetsingsbesluit*

Een activiteit mag niet plaatsvinden voordat door Onze Minister een toetsingsbesluit is genomen, tenzij een mededeling door Onze Minister is gedaan dat een toetsingsbesluit niet vereist is (artikel 10, eerste lid). Een toetsingsbesluit wordt op aanvraag verleend, maar niet als een activiteit eerst zonder toetsingsbesluit plaatsvindt terwijl daarvoor een besluit vereist was. In dat geval neemt de Minister van Economische Zaken en Klimaat het toetsingsbesluit ambtshalve, in overeenstemming met de Minister van Justitie en Veiligheid en voor zover van toepassing ook in overeenstemming met de desbetreffende vakminister. Het toetsingsbesluit volgt na de beoordeling van de activiteit op risico's voor de nationale veiligheid, op grond van paragraaf 3.5 van het wetsvoorstel. Het toetsingsbesluit kan twee uitkomsten hebben:

1. de activiteit wordt onder eisen of voorschriften toegelaten (artikelen 23, eerste lid, en 24); of
2. de activiteit wordt verboden (artikel 25, derde lid).

Ten slotte kan een toetsingsbesluit worden genomen naar aanleiding van de overgang van goederen als bedoeld in artikel 1 van boek 3 van het Burgerlijk Wetboek onder algemene titel, waardoor zeggenschap of significante invloed wordt verworven (artikel 2, onderdeel g, of artikel 3, onderdeel d). Omdat de overgang van rechtswege geschiedt, is in het wetsvoorstel voor een dergelijke activiteit een uitzondering opgenomen op artikel 11, eerste lid (in artikel 11, zesde lid). In dit geval vindt de melding plaats na de overgang van zeggenschap en kan in het toetsingsbesluit worden bepaald dat het verboden is dat de zeggenschap of significante invloed wordt gehouden.

#### *verwerver*

De verwervers zijn de partijen (personen of rechtspersonen) die door middel van een bepaalde verwervingsactiviteit betrokken raken bij een doelonderneming, de partijen die besluiten om tot splitsing over te gaan, de partijen die vermogensbestanddelen willen verwerven of de partijen die zeggenschap of significante invloed verwerven via een andere rechtshandeling of ten gevolge van een verkrijging van goederen in vermogensrechtelijke zin onder algemene titel.

#### *verwervingsactiviteit*

In de artikelen 2 en 3 van dit wetsvoorstel is beschreven welke verwervingsactiviteiten er binnen de reikwijdte van de wet zullen vallen. Zie hierover de toelichting bij die artikelen.

Voor de omschrijving van het begrip vitale aanbieder is, voor zover mogelijk, aansluiting gezocht bij de Wbni. Dit is de enige wet die het begrip vitale aanbieder definieert. De Wbni implementeerde de NIB-richtlijn<sup>58</sup> over de beveiliging van netwerk- en informatiesystemen en incorporeerde tegelijkertijd de toen nog bestaande Wet gegevensverwerking en meldplicht cybersecurity. Deze voorloper van de Wbni bevatte een algemene definitie van het begrip «vitale aanbieder». Als gevolg van de NIB-richtlijn was het bij de implementatie van die richtlijn echter nodig binnen deze algemene definitie een subgroep van vitale aanbieders te onderscheiden. Deze subgroep wordt in de NIB-richtlijn aangeduid als «aanbieders van essentiële diensten». Op grond van artikel 1 van de Wbni is een vitale aanbieder daarom:

- een aanbieder van een essentiële dienst; of
- een aanbieder van een andere dienst waarvan de continuïteit van vitaal belang is voor de Nederlandse samenleving.

De NIB-richtlijn somt in een bijlage de soorten entiteiten op die een lidstaat als «aanbieder van een essentiële dienst» mag aanwijzen, waarbij aan de volgende criteria moet zijn voldaan:

- a. de entiteit verleent een dienst die van essentieel belang is voor de instandhouding van kritieke maatschappelijke en/of economische activiteiten;
- b. de verlening van die dienst is afhankelijk van netwerk- en informatiesystemen, en
- c. een incident zou aanzienlijke versturende effecten hebben voor de verlening van die dienst (waarbij het bij een incident om een beveiligingsincident in het netwerk- of informatiesysteem gaat). Met inachtneming van deze criteria zijn krachtens de Wbni aanbieders van essentiële diensten aangewezen.

Anders dan de Wbni gaat dit wetsvoorstel echter niet over de beveiliging van netwerk- en informatiesystemen. Voor de aanwijzing van een vitale aanbieder is op grond van dit wetsvoorstel niet beslissend of een dienst afhankelijk is van netwerk- en informatiesystemen en wat de gevolgen van een beveiligingsincident voor die systemen zijn. De afbakening van de subgroep «aanbieder van een essentiële dienst» past met andere woorden niet bij het onderwerp en de voorschriften van dit wetsvoorstel. Dit begrip is hierom niet integraal in dit wetsvoorstel overgenomen. In plaats daarvan is binnen de door de Wbni opgedeelde, tweeledige definitie van «vitale aanbieder» gezien wat het bindende, gemeenschappelijke element daartussen is dat ook voor dit wetsvoorstel gebruikt kan worden. Het betreft een element dat kenmerkend is voor iedere vitale aanbieder, ongeacht de specifieke context. Voor een «aanbieder van een essentiële dienst» is volgens de NIB-richtlijn een van de kenmerkende criteria dat het altijd dient te gaan om een entiteit die een dienst verleent «die van essentieel belang is voor de instandhouding van kritieke maatschappelijke en/of economische activiteiten» (zie hierboven, onderdeel a). Dit criterium keert in andere bewoordingen en toegespitst op Nederland ook terug bij het tweede deel van de definitie in de Wbni over een «aanbieder van een andere dienst». Volgens dat tweede deel van de definitie is vereist dat «de continuïteit van vitaal belang is voor de Nederlandse samenleving». Dit in wezen gemeenschappelijke criterium voor iedere vitale aanbieder uit de Wbni is overgenomen in de definitie van «vitale aanbieder» in het wetsvoorstel. Daarmee is een gemeenschappelijke noemer gecreëerd die is ontleend aan de Wbni en die ook voor iedere vitale aanbieder onder dit wetsvoorstel kenmerkend is. Hieraan is

<sup>58</sup> Richtlijn (EU) 2016/1148 van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 2016 houdende maatregelen voor een hoog gemeenschappelijk niveau van beveiliging van netwerk- en informatiesystemen in de Unie (PbEU 2016, L 194).

voor het wetsvoorstel vervolgens invulling gegeven door middel van de aanwijzing van categorieën van vitale aanbieders; zie paragraaf 3.2 van de algemene toelichting.

### *zeggenschap*

Voor de bepaling of er sprake is van de wijziging van zeggenschap wordt aangesloten bij artikel 26 van de Mededingingswet en de jurisprudentie hierover. Zie paragraaf 3.4 van de algemene toelichting.

## **Hoofdstuk 2. Toepassingsbereik**

### **§ 2.1. Verwervingsactiviteiten**

#### **Artikel 2**

Het toepassingsbereik van het wetsvoorstel is onderwerp van hoofdstuk 2 van het wetsvoorstel. Dit bereik wordt zowel bepaald aan de hand van de verwervingsactiviteiten waarop het wetsvoorstel van toepassing is (paragraaf 2.1) als door de afbakening van doelondernemingen waarop die verwervingsactiviteiten zich richten (paragraaf 2.2). Hierbij wordt onderscheid gemaakt tussen verwervingsactiviteiten waardoor een verwerver zeggenschap verkrijgt over een (onderdeel van) een doelonderneming dan wel significante invloed verkrijgt of vergroot in een doelonderneming. De verwervingsactiviteiten die in artikel 2 staan, hebben gemeen dat een verwerver zeggenschap verkrijgt over een (onderdeel van) een doelonderneming. Het betreft zeggenschap over een doelonderneming die een vitale aanbieder is, of over een doelonderneming die actief is op het gebied van sensitieve technologie.

In onderdeel a, worden investeringen onder de reikwijdte van het wetsvoorstel gebracht, die leiden tot de wijziging van zeggenschap in een onderneming die gevestigd is in Nederland en die voldoet aan de in artikel 1 gestelde vereisten om als «doelonderneming» te kwalificeren.

Met onderdeel b, worden fusies onder de reikwijdte van het wetsvoorstel gebracht. Dit geldt zowel voor fusies waarbij er een nieuwe onderneming door de twee fusierende partijen wordt opgericht, als voor fusies waarbij de ene onderneming opgaat in de andere. Zowel een nieuw opgerichte onderneming als een samengevoegde onderneming wordt dan een doelonderneming.

Met onderdeel c, wordt het tot stand brengen van een gemeenschappelijke onderneming die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult onder de reikwijdte van het wetsvoorstel gebracht.

In onderdeel d wordt een splitsing onder de reikwijdte van het voorstel gebracht. Dit geldt alleen voor zover deze splitsing ook een wijziging teweegbrengt in de zeggenschap. Indien de eigendomsverhoudingen in de oude onderneming zuiver worden overgenomen in de ondernemingen die na de splitsing zijn ontstaan, of indien de splitsing ervoor zorgt dat er geen sprake meer is van een doelonderneming, dan hoeft de splitsing niet gemeld te worden.

Met onderdeel e, wordt de overgang van vermogensbestanddelen onder de reikwijdte van het wetsvoorstel gebracht. Dit geldt alleen voor zover de vermogensbestanddelen die worden verworven ervoor zorgen dat een onderneming als vitale aanbieder of als onderneming op het gebied van sensitieve technologie kan functioneren. Onderhoudsbusjes zijn bijvoorbeeld niet essentieel voor het functioneren als vitale aanbieder of als onderneming op het gebied van sensitieve technologie, dus de aanschaf hiervan hoeft niet gemeld te worden.

In onderdeel f is een restcategorie opgenomen. Ook op een andere manier kan zeggenschap verkregen worden. Dit kan bijvoorbeeld in de vorm van

een huurovereenkomst, waarbij de verwerver zeggenschap verkrijgt over het beheer en de middelen, terwijl de eigendomsrechten of de aandelen niet worden overgedragen. Met deze restcategorie wordt voorkomen dat via allerlei omwegen constructies verzonnen kunnen worden om wel zeggenschap te verkrijgen, maar niet onder de reikwijdte van het wetsvoorstel te vallen.

Ten slotte is in onderdeel g het verkrijgen van goederen onder algemene titel in een doelonderneming onder de reikwijdte van het wetsvoorstel gebracht als daardoor zeggenschap in die onderneming wordt verkregen. Omdat het hier gaat om verkrijging van rechtswege gelden op een aantal punten in dit wetsvoorstel afwijkende bepalingen voor deze soort activiteiten (zoals het moment van melding op grond van artikel 11, zesde lid).

### **Artikel 3**

Dit artikel heeft, anders dan artikel 2, uitsluitend betrekking op verwervingsactiviteiten die betrekking hebben op doelondernemingen die actief zijn op het gebied van sensitieve technologie. Artikel 2 maakt geen onderscheid naar het soort doelonderneming, terwijl artikel 3 zich toespitst op de doelondernemingen die actief zijn op het gebied van sensitieve technologie. De verwervingsactiviteiten die in artikel 3 staan, hebben gemeen dat een verwerver daardoor significante invloed als gedefinieerd in artikel 1 verkrijgt of vergroot in een (onderdeel van) een doelonderneming. Het verkrijgen of vergroten van significante invloed door middel van een verwervingsactiviteit is eerder te realiseren dan het verwerven van daadwerkelijke zeggenschap. Dit is een ander verschil met artikel 2 waarin een verwervingsactiviteit voor een verwerver tot zeggenschap leidt over een (onderdeel van een) doelonderneming. In artikel 2 gaat het met andere woorden om vormen van zeggenschap bij alle doelondernemingen die onder het toepassingsbereik van dit wetsvoorstel vallen, terwijl het in artikel 3 om significante invloed gaat bij doelondernemingen die actief op het gebied van sensitieve technologie zijn. Voor het toepassingsbereik van dit wetsvoorstel is verkrijging of vergroting van significante invloed dus alleen relevant voor zover dit wordt verkregen in een doelonderneming die actief is op het gebied van sensitieve technologie. Bij sensitieve technologie kunnen risico's voor de nationale veiligheid al in een veel eerder stadium ontstaan dan bij het verwerven van zeggenschap. Denk hierbij aan bepaalde sensitieve technologieën die zo kwetsbaar of gevaarlijk zijn, dat zelfs het uitoefenen van een bepaalde mate van invloed door middel van het agenderen of druk uitoefenen in de vergadering van aandeelhouders onwenselijk kan zijn. De inschatting is dat risico's voor de nationale veiligheid eerder aanwezig zijn bij verwervingsactiviteiten die zijn gericht op sensitieve technologie dan bij verwervingsactiviteiten die zijn gericht op een doelonderneming die vitale aanbieder is en waarop veelal specifieke wetgeving van toepassing is die de werking van vitale processen uit andere hoofde waarborgen. Daarom is het relevant dat al het verkrijgen of vergroten van significante invloed in doelondernemingen die actief zijn op het gebied van sensitieve technologie, getoetst wordt op basis van het wetsvoorstel.

### **Artikel 4**

Met het vaststellen van de verschillende soorten verwervingsactiviteiten die tot significante invloed kunnen leiden (artikel 3), is nog niet vastgesteld wanneer significante invloed zich voordoet. Gelet daarop voorziet het eerste lid van artikel 4 in een aantal drempels om rekening te kunnen houden met verschillen tussen categorieën doelondernemingen die actief zijn op het gebied van sensitieve technologie en waarbij verkrijging of

vergroting van significante invloed aan de orde kan zijn. De hoogte van een drempel kan op grond van het derde lid bij algemene maatregel van bestuur per aangewezen categorie van doelondernemingen worden bepaald. De drempelwaardes waarbij significante invloed aanwezig kan zijn, liggen bij tien, twintig en vijftwintig procent van het aantal uit te brengen stemmen in de algemene vergadering. Een persoon kan zowel een natuurlijke persoon als een rechtspersoon zijn. Wat onder het begrip stemmen valt, is in artikel 1 gedefinieerd. In die gevallen van significante invloed hoeft er nog geen sprake te zijn van zeggenschap. Uit het tweede lid volgt dat zich in ieder geval niet (langer) significante invloed voordoet als zeggenschap is verworven, zodat dit de bovengrens is die aan significante invloed wordt gesteld. Zie over de begrippen zeggenschap en significante invloed nader hiervoor in paragrafen 3.4. Deze bovengrens geldt ook voor de drempel voor significante invloed in het eerste lid, onderdeel d. Dit onderdeel ziet op constructies waarbij een derde invloed verkrijgt doordat de doelonderneming zich jegens die derde verbindt of heeft verbonden om te bevorderen dat de daartoe bevoegde organen van een doelonderneming de bestuurders die zijn voorgedragen door deze derde, worden benoemd of ontslagen. Het laatste onderdeel (eerste lid, onderdeel e) ziet op de mogelijkheid dat via een aandeelhoudersovereenkomst de invloedverdeling tussen aandeelhouders significant anders kan zijn dan uit de statuten blijkt. Er is zeker gesteld dat aandeelhoudersovereenkomsten waarin een verdeling in invloed wordt vastgelegd die materieel overeenkomt met onderdelen a tot en met c, ook onder het begrip van significante invloed vallen. In het vierde lid is opgenomen dat bij de bepaling van het percentage van de stemmen in de algemene vergadering, de stemmen worden meegerekend van de personen met wie in overleg wordt gehandeld. Er is sprake van het handelen in overleg wanneer natuurlijke personen, rechtspersonen of vennootschappen samenwerken op grond van een overeenkomst met als doel het verwerven van significante invloed.

## **Artikel 5**

In dit artikel is een aantal uitzonderingen opgenomen. Dit wetsvoorstel is op grond van onderdeel a, niet van toepassing indien het bij een bepaalde activiteit, op grond van een wettelijk voorschrift, slechts mogelijk is voor de Nederlandse staat, provincies, gemeenten of andere openbare lichamen om verwerver te zijn. Dit kan zowel onmiddellijk, als middellijk. In de Drinkwaterwet is bijvoorbeeld bepaald dat de zeggenschap over een drinkwaterbedrijf kan worden verkregen door publiekrechtelijke rechtspersonen (onmiddellijk) of door een naamloze of besloten vennootschap waarvan de aandelen worden gehouden door publiekrechtelijke rechtspersonen (middellijk). Zie artikel 1, definitie van de gekwalificeerde rechtspersoon juncto artikel 15 van de Drinkwaterwet.

Dit wetsvoorstel is op grond van onderdeel b, niet van toepassing indien er op de activiteit op grond van een andere wet een specifieke toets uit hoofde van nationale veiligheid van toepassing is, ongeacht de inhoud van die specifieke toets. Een sectorspecifieke toets, zoals opgenomen in de Wet ongewenste zeggenschap telecommunicatie, houdt rekening met de specifieke belangen en gevoeligheden in de sector en gaat daarom logischerwijs boven dit bredere toetsingskader. Het is niet de bedoeling dat bepaalde activiteiten twee keer getoetst worden. Onderdeel c bevat een specifieke voorrangsregel ten opzichte van andere wetten met een specifieke toets uit hoofde van nationale veiligheid. Een andere wet kan in een specifieke toets voorzien, gericht op een bepaald onderwerp, maar in het specifieke geval hoeft toch geen toets plaats te vinden. Dat kan het geval zijn omdat de omvang van de verwervingsactiviteit een drempelwaarde die de specifieke wet daaraan stelt, niet overschrijdt of omdat de activiteit van een ander karakter is dan waar de toets zich in die wet op

richt, bijvoorbeeld op verwerving van vermogensbestanddelen, terwijl de toets zich welbewust beperkt tot verwerving van aandelen. Dit onderdeel bepaalt dan dat dit wetsvoorstel alsnog niet van toepassing is op een dergelijke verwervingsactiviteit. In hoofdstuk 12 van het algemeen deel van de memorie van toelichting wordt dit onder het kopje «Noodzakelijkheid brede investeringstoets» nader toegelicht.

In onderdeel d, is een uitzondering opgenomen ten behoeve van zogenoemde beschermingsstichtingen, die in het leven zijn geroepen om vijandige overnames te voorkomen.

In onderdeel e is opgenomen dat het wetsvoorstel niet van toepassing is als de verwerver de Nederlandse staat, een provincie, een gemeente of een ander openbaar lichaam is. Deze uitzondering ligt in het verlengde van de uitzondering opgenomen in onderdeel a. Hier ziet het op een feitelijke verwerving door een publiekrechtelijke rechtspersoon.

## **Artikel 6**

Het toepassingsbereik van het wetsvoorstel wordt behalve door de verwervingsactiviteiten ook nader afgebakend door te bepalen welke doelondernemingen voorwerp van of resultaat zijn van een verwervingsactiviteit. De artikelen 2 en 3 beperken dit tot doelondernemingen die een vitale aanbieder zijn en ondernemingen die actief op het gebied van sensitieve technologie zijn. Uit artikel 6 volgt dat een doelonderneming die niet zelf een vitale aanbieder is of actief is op het gebied van sensitieve technologie toch onder het toepassingsbereik van het wetsvoorstel valt als de verbondenheid van de doelonderneming met die andere onderneming groot genoeg is. Daaraan is voldaan als de doelonderneming op basis van zeggenschap sturing kan geven aan dan wel, uitsluitend bij sensitieve technologie, significante invloed kan uitoefenen op een in Nederland gevestigde vitale aanbieder of een onderneming die actief is op het gebied van sensitieve technologie. Deze toevoeging is nodig omdat een verwerver anders een verwervingsactiviteit kan uitvoeren, die niet aan een investeringstoets is onderworpen terwijl wel risico's voor de nationale veiligheid aanwezig kunnen zijn.

## **§ 2.2. Vitale aanbieders en sensitieve technologie**

### **Artikel 7**

Dit artikel bepaalt welke doelondernemingen ten tijde van de totstandkoming van dit wetsvoorstel als vitale aanbieder worden aangemerkt. In het algemeen deel van memorie van toelichting is nader toegelicht op welke wijze tot een afbakening aan vitale aanbieders voor onderscheidenlijke sectoren is gekomen. Dit artikel vormt daarvan de uitwerking door precies te duiden wanneer een doelonderneming een vitale aanbieder is. Dit is gedaan door voor afzonderlijke deelgebieden waarop vitale aanbieders actief kunnen zijn een uitsplitsing naar leden te maken. Het betreft achtereenvolgens vitale aanbieders op het gebied van transport van warmte, op het gebied van nucleaire installaties, op het gebied van luchtvervoer, op het gebied van havenactiviteiten, op het gebied van het bankwezen, op het gebied van infrastructuur voor de financiële markten en op het gebied van winbare energie. De definities die in dit artikel van vitale aanbieders op de verschillende gebieden is gegeven, sluiten voor zover passend aan bij die uit het Besluit beveiliging netwerk- en informatiesystemen. Ook de toelichting op de achtergrond van de vitale aanbieders is deels ontleend aan de toelichting op dat besluit. In dit wetsvoorstel is het aangrijpingspunt de verwervingsactiviteit die op een doelonderneming ziet die een vitale aanbieder is of die actief is op het gebied van sensitieve technologie. Gelet daarop staat in dit artikel telkens de afbakening van de vitale aanbieder centraal omdat de verwervingsacti-

viteit ziet op de onderneming die als vitale aanbieder wordt aangemerkt. Hierna is ieder artikellid voorzien van een nadere toelichting.

#### *Eerste lid*

Een warmtetransportnet is infrastructuur waarvoor geldt dat het beheer door een onafhankelijke partij de meest doelmatige wijze is om een grootschalig aanbod van warmte die de lokale warmtebehoefte structureel overstijgt te ontsluiten voor grote afnemers of warmtebedrijven die in verschillende gemeenten warmte leveren aan verbruikers. Een warmtetransportnet is daarmee dus van belang voor de regionale warmtevoorziening. Vooralsnog doet deze situatie zich uitsluitend voor in Zuid-Holland. Vanwege de schaalgrootte en de technische karakteristieken van de infrastructuur is het uitdagend om de leveringszekerheid van een warmtetransportnet in noodsituaties te borgen. Tegelijkertijd zijn grote groepen verbruikers afhankelijk van een warmtetransportnet voor hun warmtevoorziening. Om die reden valt een beheerder van een warmtetransportnet binnen de reikwijdte van dit wetsvoorstel.

#### *Tweede lid*

In Nederland is een aantal bedrijven actief in de nucleaire sector die ieder hun eigen karakterisering hebben. Voor de definitie van vitale aanbieders in de sector Nucleair wordt aangesloten bij artikel 15, onder b, van de Kernenergiewet (KEW) alsmede het Geheimhoudingsbesluit Kernenergiewet.

In artikel 15, onder b, KEW is bepaald dat nucleaire installaties voor hun activiteiten een vergunning nodig hebben. Nucleaire installaties zijn volgens de KEW inrichtingen «waarin kernenergie kan worden vrijgemaakt, splijtstoffen kunnen worden vervaardigd, bewerkt of verwerkt, dan wel splijtstoffen worden opgeslagen». In het Geheimhoudingsbesluit Kernenergiewet is vastgelegd dat, als gegevens zijn verkregen onder een verplichting tot geheimhouding, of door de in het besluit genoemde Ministers zijn aangewezen, diegene die deze informatie heeft, maatregelen moet nemen om de geheimhouding daarvan te verzekeren. De houders van een KEW-vergunning vallen automatisch onder het Geheimhoudingsbesluit. Dat besluit wordt in het tweede lid aangehaald, aangezien ook andere bedrijven onder het Geheimhoudingsbesluit vallen. De reden om de nucleaire sector onder dit wetsvoorstel te brengen wordt in sterke mate beïnvloed door het non-proliferatie-aspect gepaard gaande met (internationaal) politieke gevoeligheid, alsmede de potentiële financiële en sociaal-maatschappelijke gevolgen van een incident. De door de vitale aanbieders, bedoeld in het tweede lid, aangeboden vitale producten (energie, isotopen, splijtstof) en diensten (afvalopslag) moeten goed beschermd worden. Daarnaast worden bedrijven aangemerkt als vitale aanbieders als deze bedrijven de beschikking hebben over gegevens die noodzakelijk zijn voor het scheiden van verschillende in splijtstof voorkomende uraniumisotopen met gebruikmaking van gasultracentrifuges en het produceren van hulpmiddelen en materialen die nodig zijn voor het scheiden van verschillende in splijtstof voorkomende uraniumisotopen met gebruikmaking van gasultracentrifuges. Deze gegevens dienen op grond van het Geheimhoudingsbesluit Kernenergiewet uit overwegingen van non-proliferatie geheim te worden gehouden

#### *Derde lid*

Het faciliteren en regisseren van passagiersafhandeling met bagageafhandeling en vrachtafhandeling is primair een taak van de Royal Schiphol Group N.V. Zij is een internationale luchthavenonderneming met als

belangrijkste activiteit de exploitatie van de luchthaven Schiphol. De dienstverlening van Royal Schiphol Group N.V. richt zich op het faciliteren van een veilige en vlotte vlucht- en vliegtuigafhandeling. Daarbij stuurt zij vooral aan op, voert zij de regie op en coördineert zij de operationele taken rondom het luchtvaartsysteem Mainport Schiphol. Dit vitale proces omvat het laten landen en stijgen van vliegtuigen op en van Schiphol, dat betrekking heeft op de luchtzijde van Mainport Schiphol waar vliegtuigen landen, taxiën, parkeren en opstijgen, het laten doorstromen van passagiers op Schiphol, dat betrekking heeft op het aankomen, inchecken, grenscontrole, veiligheidscontrole, boarden en goederencontrole in het passagiersverkeer, en het afhandelen van bagage van passagiers op Schiphol, dat betrekking heeft op het afgeven en claimen van bagage door passagiers, het screenen, laden, transporteren en uitladen van bagage door verschillende partijen op Schiphol, en het controleren van bagage door de douane.

Ze stelt faciliteiten en noodzakelijke nutsvoorzieningen ter beschikking aan onder andere afhandelaren en luchtvaartmaatschappijen. De passagiersafhandeling met bagageafhandeling en vrachtafhandeling worden door haar ook getypeerd als kritische processen binnen de eigen activiteiten. Het crisismanagement vormt een belangrijk proces binnen het proces passagiersafhandeling met bagageafhandeling. Ook de exploitant op de Luchthaven Schiphol van de inrichting voor de opslag, overslag en tanken van vliegtuigbrandstof, die aan bepaalde in onderdeel c, gestelde eisen voldoet is aangewezen als vitale aanbieder vanwege het grote belang van deze activiteiten voor een veilige en vlotte vlucht- en vliegtuigafhandeling. Een goede passagiersafhandeling met bagageafhandeling en vrachtafhandeling is een voorwaarde voor het behoud van de kwaliteit die Schiphol biedt om aantrekkelijk te blijven als internationale luchthaven en daarmee aan de internationale bereikbaarheid van Nederland. Voor die internationale bereikbaarheid van Nederland is ook een luchtvaartmaatschappij die Luchthaven Schiphol gebruikt een vitale aanbieder, indien die door (intercontinentale) vliegbewegingen voorziet in een omvangrijk bestemmingsnetwerk. In het algemeen deel van de toelichting wordt gemotiveerd dat het daarbij gaat om een luchtvaartmaatschappij die over een door de Minister van Infrastructuur en Waterstaat verstrekte exploitatievergunning voor het verrichten van luchtvervoer beschikt en wordt aangegeven waarom daarnaast het criterium van een derde van het aantal jaarlijks te vergeven slots wordt gehanteerd voor het behouden van een goede uitgangspositie als internationale hub. Een dergelijk netwerk draagt namelijk niet alleen in een belangrijke mate bij aan de aantrekkelijkheid van Nederland als bestemming voor zaken of bezoek, maar is ook een belangrijke waarborg voor de leverings- voorzieningszekerheid van Nederland voor essentiële goederen die met luchtvracht snel geleverd moeten worden evenals de mogelijkheid van repatriëring van onderdanen en het waarborgen indien nodig van de verbindingen met overige delen van het Koninkrijk.

#### *Vierde lid*

De Divisie Havenmeester, onderdeel van het Havenbedrijf Rotterdam, neemt een centrale functie in binnen Mainport Rotterdam. Het Havenbedrijf Rotterdam zorgt voor de ontwikkeling, aanleg, beheer en exploitatie van het Rotterdamse havengebied. De Divisie Havenmeester is vanuit haar publieke taak verantwoordelijk voor een veilige en vlotte afwikkeling van het scheepvaartverkeer in de Rotterdamse haven en het aanloopgebied voor de kust en heeft een eigenstandige verantwoordingsplicht naar de gemeente Rotterdam en het Rijk. Vanuit deze verantwoordelijkheid werkt de havenmeester samen met verschillende andere partijen. Er zijn diverse partijen die de havenmeester (als de eindaanbieder) ondersteunen in de uitvoering van zijn processen, zoals Rijkswaterstaat,

Portbase en verschillende IT-dienstenleveranciers. Deze partijen zijn niet als vitale aanbieder aangewezen omdat zij geen dienst aanbieden aan een eindgebruiker, maar aan de havenmeester. De toegankelijkheid van een haven staat of valt bij een vlot en veilig scheepvaartverkeer en een adequate afhandeling van lading. Binnen de Mainport Rotterdam werkt een groot aantal dienstverleners samen om deze mainportfunctie waar te kunnen maken. Hierbij valt te denken aan de havenmeester, loodsen, sleepdiensten, roeiers, terminals etcetera. Bij de afwikkeling van het scheepvaartverkeer speelt de havenmeester een centrale rol in het samenbrengen van de dienstverleners en het verschaffen van de voor deze dienstverleners essentiële informatie. Deze spilfunctie is onmisbaar voor het operationeel houden van alle activiteiten die de Mainport Rotterdam tot mainport maakt.

#### *Vijfde tot en met achtste lid*

Het aanbieden en afwickelen van betalings- en effectenverkeer zijn diensten die in Nederland in het financieel verkeer onmisbaar zijn en daarom tot de vitale processen op financieel gebied behoren. In het algemeen deel van de memorie van toelichting is de achtergrond daarvan toegelicht. Het vijfde tot en met achtste lid omschrijven de vitale aanbieders die voor deze processen onder het toepassingsbereik van dit wetsvoorstel vallen.

Op grond van het vijfde lid worden banken aangewezen die van groot belang zijn voor het waarborgen van vitale financiële processen in Nederland. In dit artikellid wordt verwezen naar banken die op grond van artikel 17d, onderdeel a, van het Besluit prudentiële regels Wft als significant worden aangemerkt. Het betreft banken met zetel in Nederland die op individuele basis als significant kwalificeren onder artikel 6 van de SSM Verordening<sup>59</sup>. De criteria op grond waarvan banken worden aangemerkt als significant zijn opgesomd in artikel 6, vierde lid, van de SSM Verordening en deel IV van de SSM-kaderverordening<sup>60</sup>. Er is voor gekozen niet rechtstreeks naar artikel 6, vierde lid, van de SSM Verordening te verwijzen omdat deze bepaling uitgaat van het hoogste geconsolideerde (groeps)niveau en daaronder alle entiteiten binnen de prudentiële consolidatiescope van een significante bankengroep vallen. Dat wordt nader tot uitdrukking gebracht in artikel 40, tweede lid, van de SSM-kaderverordening, waarin is bepaald dat banken altijd als significant worden aangemerkt als zij onderdeel uitmaken van een significante groep. Achtergrond daarvan is te bewerkstelligen dat alle entiteiten van een significante groep – ook als zij op zichzelf minder significant zijn – onder het toezicht van de ECB vallen. Voor de investeringstoets onder dit wetsvoorstel is die groep echter te breed. Daarom is een beperking aangebracht via de verwijzing naar artikel 17d, onderdeel a, van het Besluit prudentiële regels Wft, zodat alleen instellingen die overeenkomstig die bepaling op individuele basis als significant kwalificeren – welke beperking qua reikwijdte ook in die bepaling uitdrukkelijk is beoogd – tevens onder het bereik van het wetsvoorstel vallen. Het zesde lid merkt als vitale aanbieder aan de exploitant van een handelsplatform in Nederland waarop ten minste de helft van de eerste toelatingsen of verhandelingen van effecten als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht in Nederland plaatsvindt. Dit wordt

<sup>59</sup> Verordening (EU) nr. 1024/2013 van de Raad van 15 oktober 2013 waarbij aan de Europese Centrale Bank specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen (PbEU 2013, L 287).

<sup>60</sup> Verordening (EU) nr. 468/2014 van de Europese Centrale Bank van 16 april 2014 tot vaststelling van een kader voor samenwerking binnen het Gemeenschappelijk Toezichtsmechanisme tussen de Europese Centrale Bank en nationale bevoegde autoriteiten en met nationale aangewezen autoriteiten (GTM-kaderverordening) (ECB/2014/17) (PbEU 2014, L 141).

berekend naar de totale nominale waarde van de eerste toelatingen of verhandelingen van effecten in Nederland over de afgelopen twaalf maanden. Het zevende lid preciseert een aantal in het zesde lid genoemde begrippen. Het zevende lid, onderdeel a, bepaalt wat onder handelsplatform in Nederland wordt verstaan. Het dient te gaan om een handelsplatform dat in Nederland wordt beheerd of geëxploiteerd door een persoon met zetel in Nederland. Deze persoon dient het op grond van de Wft te zijn toegestaan om een georganiseerde handelsfaciliteit of een multilaterale handelsfaciliteit te exploiteren of een gereguleerde markt in Nederland te exploiteren of beheren. Het in Nederland exploiteren of beheren van een gereguleerde markt dient eveneens te zijn toegestaan op grond van de Wft en wel op grond van de artikelen 5:26 en 5:27 van de Wft. Het zevende lid, onderdeel b, verduidelijkt tot slot wat wordt bedoeld met eerste toelating of verhandeling.

Het achtste lid geeft een omschrijving van de soorten vitale aanbieders die voor het aanbieden en afwikkelen van betalings- en effectenverkeer in Nederland voor de financiële markten onmisbaar zijn. Dit betreft allereerst een centrale tegenpartij die in de hiertoe in onderdeel a aangehaalde EU-verordening is omschreven als een rechtspersoon die zichzelf plaatst tussen de tegenpartijen bij contracten die op een of meer financiële markten worden verhandeld en daarbij de koper wordt voor elke verkoper en de verkoper voor elke koper. Een centrale tegenpartij heeft een risicomitigerende werking doordat zij (i) het tegenpartijrisico overneemt, met andere woorden zij garandeert de nakoming van de verplichtingen, en (ii) transacties van bij haar aangesloten partijen saldeert. Verder gaat het op grond van onderdeel b om clearinginstellingen als bedoeld in artikel 1:1 van de Wft. Daarin wordt een clearingstelling omschreven als degene die zijn bedrijf maakt van het sluiten van overeenkomsten betreffende financiële instrumenten met een centrale tegenpartij die optreedt als exclusieve wederpartij bij deze overeenkomsten, waarvan de bedingen die de kern van de prestaties aangeven overeenkomen met de bedingen die deel uitmaken van overeenkomsten, gesloten door derden of door hemzelf in zijn hoedanigheid van partij, op een handelsplatform en die in de laatstbedoelde overeenkomsten de kern van de prestaties aangeven. Op dit moment zijn er in Nederland geen instellingen die uitsluitend als clearinginstelling fungeren. Wel verrichten banken vaak clearingactiviteiten. Artikel 2:4, tweede lid, van de Wft bepaalt dat banken met zetel in Nederland die (ook) het bedrijf van clearinginstelling uitoefenen niet voor die activiteit over een zelfstandige vergunning hoeven te beschikken. De bankvergunning volstaat. Om te voorkomen dat ook kleinere banken met clearingactiviteiten onder dit wetsvoorstel vallen is hiervoor in onderdeel c een minimale transactieomvang opgenomen. Onderdeel d merkt afwikkelondernemingen als vitale aanbieders aan, die over een door de Nederlandsche Bank verleende vergunning als bedoeld in artikel 2:3.0b van de Wft beschikken. De vergunningplicht is afhankelijk gesteld van het aantal in Nederland verrichte girale betalingstransacties dat gesteld is op 120 miljoen per kalenderjaar. Een afwikkelonderneming is verantwoordelijk voor de afhandeling van het girale betalingsverkeer en verricht in dat kader werkzaamheden gericht op in de Wft nader omschreven specifieke diensten zoals het doorsturen en het goedkeuren van verzoeken van betaalopdrachten wanneer een klant in een winkel afrekent, gevolgd door saldering. Een aantal van de deelbegrippen die binnen de aangehaalde definities in onderdelen b, c en d worden aangehaald, zijn op hun beurt ook weer gedefinieerd. Hier wordt verder volstaan met te verwijzen naar de definities die in artikel 1:1 van de Wft hierover zijn opgenomen. Onderdeel e merkt ook een centraal instituut met zetel in Nederland als een vitale aanbieder aan. Uit de definitie die artikel 1 van het begrip centraal instituut geeft, blijkt dat dit een rechtspersoon is die een

effectenafwikkelingssysteem als bedoeld in punt 3 van afdeling A van de bijlage bij verordening (EU) nr. 909/2014 exploiteert en ten minste één andere kerndienst als bedoeld in afdeling A van die bijlage verstrekt. Een door een centrale effectenbewaarinstantie geëxploiteerd effectenafwikkelingssysteem maakt eenvoudig girale overdracht van effecten mogelijk en beschermt bovendien tegen faillissementsrisico van een intermediair waar een effectenrekening wordt aangehouden.

#### *Negende lid*

In onderdeel a van dit artikellid wordt de houder van de winningsvergunning Groningenveld, bedoeld in artikel 52a van de Mijnbouwwet, aangehaald. Vergunninghouder is de Nederlandse Aardolie Maatschappij. In onderdeel b wordt verwezen naar artikel 10a, vijftiende lid, van de Gaswet dat bij Wet van 27 januari 2021 tot wijziging van de Mijnbouwwet (het verwijderen of hergebruiken van mijnbouwwerken en investeringsaftrek) is opgenomen. Bij deze wijziging zijn ook de artikelen 53 en 54 uit de Gaswet geschrapt. Deze artikelen zagen op de zogenaamde kleine veldentaak van GasTerra. Artikel 10a, vijftiende lid, waarnaar wordt verwezen, treedt naar alle waarschijnlijkheid eerder in werking dan dit wetsvoorstel tot wet wordt verheven en in werking zal treden. Gelet daarop is het niet nodig te voorzien in een samenloopbepaling.

#### *Tiende lid*

De gasopslagen in Nederland hebben een belangrijke rol bij de omschakeling van het Nederlandse energiesysteem. Zij kunnen als buffer dienen en op die manier pieken in vraag of onverwachte verstoringen in de beschikbaarheid van hoogcalorisch en laagcalorisch gas opvangen. Gelet op het belang van gasopslagen voor de Nederlandse voorziening in zowel hoogcalorisch als laagcalorisch gas waar zowel consumenten als een groot deel van het bedrijfsleven van afhankelijk zijn worden de houders van een opslagvergunning aangemerkt als vitale aanbieder voor de doelstelling van deze wet. Gasopslag kan zowel ondergronds als bovengronds plaatsvinden. Voor het ondergronds opslaan van gas is op grond van artikel 25 van de Mijnbouwwet een opslagvergunning nodig. De houders van een dergelijke vergunning worden met het voorgestelde tiende lid, onderdeel a, aangewezen. De exploitatie van een ondergrondse gasopslag kan door een andere partij dan de vergunninghouder worden uitgevoerd en de opslag kan ook bovengronds plaatsvinden zodat er geen houder van een opslagvergunning is. Om deze exploitanten ook aan te wijzen worden in het voorgestelde tiende lid, onderdeel b, de op grond van artikel 9a van de Gaswet aangewezen beheerders van een gasopslaginstallatie ook onder de werking van deze wet gebracht.

#### *Elfde en twaalfde lid*

Het elfde en twaalfde lid gaat over de toekomstige aanwijzing van vitale aanbieders. Het uitgangspunt is dat die aanwijzing eveneens bij wet geschiedt. Het is echter niet uit te sluiten dat veranderingen in het dreigingsbeeld zulke plotselinge en ingrijpende gevolgen hebben voor de maatschappij dat een onderneming daardoor zo snel mogelijk als een vitale aanbieder moet worden aangemerkt waarop dit wetsvoorstel van toepassing is. In dat geval voorziet het elfde lid in de mogelijkheid een categorie vitale aanbieders gedelegeerd bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen. In de nota van toelichting zal gemotiveerd dienen te worden waarom sprake is van spoedeisendheid die een gedelegeerde aanwijzing vereist. Dit betreft een tijdelijke delegatie die op grond van het twaalfde lid altijd zo spoedig mogelijk door een wetsvoorstel opgevolgd dient te worden. Indien een van beide Kamers van de Staten-Generaal

besluit het voorstel niet aan te nemen wordt de algemene maatregel van bestuur onverwijld ingetrokken. Als het voorstel wordt aangenomen wordt de algemene maatregel van bestuur ingetrokken op het tijdstip van inwerkingtreding van de desbetreffende wet. Op deze wijze is ook voor de toekomst de betrokkenheid van het parlement bij de aanwijzing van vitale aanbieders gewaarborgd.

## **Artikel 8**

In artikel 8 wordt bepaald wanneer er sprake is van sensitieve technologie. In paragraaf 3.3 van het algemeen deel van de memorie van toelichting is uitgelegd waarom sensitieve technologie onder de reikwijdte van het voorstel wordt gebracht. Sensitieve technologie omvat in de basis producten voor tweërlei gebruik waarvan de uitvoer vergunningplichtig is op grond van artikel 3, eerste lid, van verordening (EG) nr. 428/2009 van de Raad van 5 mei 2009 tot instelling van een communautaire regeling voor controle op de uitvoer, de overbrenging, de tussenhandel en de doorvoer van producten voor tweërlei gebruik (PbEU 2009, L 134) en militaire goederen als bedoeld in artikel 2 van de Uitvoeringsregeling strategische goederen 2012. Niet alle goederen die onder deze kwalificatie vallen zijn echter van belang voor het toetsingsstelsel. Daarom is in het tweede lid een mogelijkheid opgenomen om producten voor tweërlei gebruik en militaire goederen uit te zonderen als sensitieve technologie. Dat de uitvoer van sommige producten een groot risico kan opleveren voor de nationale veiligheid betekent niet altijd dat de verkrijging van zeggenschap in een producent van deze producten een risico voor de nationale veiligheid oplevert. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan grondstoffen waarmee (ook) wapens gemaakt kunnen worden, waarvoor een kostbare fabriek moeten worden gebouwd om deze te produceren, maar er geen sprake is van hoogwaardig technologisch product waarbij het weglekken van kennis een bedreiging vormt. Aan de andere kant kan het nodig zijn om bepaalde technologieën aan de reikwijdte toe te voegen die (nog) niet gekwalificeerd zijn als producten voor tweërlei gebruik of militaire goederen als bedoeld in het eerste lid. Zoals ook in het algemeen deel van de memorie van toelichting is aangegeven, gaat de technologische ontwikkeling zeer snel en is het nodig om daarop te kunnen inspelen. Het moet voldoende kenbaar en onderbouwd zijn waarom de verkrijging van zeggenschap of significante invloed in een onderneming die actief is op het gebied van een bepaalde technologie een risico kan opleveren voor de nationale veiligheid. Daarom is in het derde lid van dit artikel de mogelijkheid opgenomen om bij algemene maatregel van bestuur de lijst van sensitieve technologieën uit te breiden. Dit kan op grond van het derde lid, onderdeel a, bij technologieën die van essentieel belang kunnen zijn voor de uitoefening van de taken van defensie en van opsporings-, inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Dit kan op grond van het derde lid, onderdeel b, indien de beschikbaarheid en aanwezigheid van deze technologieën binnen Nederland of haar bondgenoten, in EU-, of NAVO-verband en in landen waarmee Nederland intensieve relaties heeft, zoals op basis van vriendschapsverdragen, essentieel is om onaanvaardbare risico's voor de verkrijgbaarheid van bepaalde essentiële producten of voorzieningen te voorkomen. Het voorkomen van deze risico's strekt zich daarmee ook uit tot technologieën die worden aangeboden aan bondgenoten van Nederland, die op grond van wederkerigheidsprincipes bijdragen aan het nationale veiligheidsbelang. En dit kan, op grond van het derde lid, onderdeel c, bij technologieën die worden gekenmerkt door een breed toepassingsbereik binnen verschillende vitale processen of processen die raken aan de nationale veiligheid. Dit ziet op zogenaamde «sleuteltechnologieën», die op zeer verschillende gebieden inzetbaar zijn en waar vaak geen goed substituuut voor is, zoals kwantumtechnologie.

Per technologie die aan de reikwijdte wordt toegevoegd bij algemene maatregel van bestuur, wordt een procedure gevolgd, zoals beschreven in paragraaf 3.3, en wordt in de toelichting specifiek stilgestaan bij de noodzaak van deze uitbreiding.

## **Artikel 9**

Bij twijfel of een bepaalde activiteit onder de reikwijdte van het wetsvoorstel valt, kan contact opgenomen worden met het Bureau toetsing investeringen (BTI) van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat. Het kan bijvoorbeeld lastig zijn om te beoordelen of bepaalde vermogensbestanddelen essentieel zijn voor het kunnen functioneren als doelonderneming, zeker als de beoordeling gedaan moet worden door een meldingsplichtige die wat verder van het proces af staat (zoals een curator in faillissement). De informatie wordt zo spoedig mogelijk verstrekt. Het BTI zal tevens een handleiding opstellen waarin beschrijvingen komen te staan van casussen die onder de reikwijdte van het wetsvoorstel vallen. Deze handleiding zal in de loop der tijd aangevuld worden met casussen die het BTI behandeld heeft. De handleiding zal op de website van het BTI komen te staan, maar op grond van het tweede lid, zullen partijen ook expliciet gewezen worden op de handleiding als hun casus vergelijkbaar is met een casus in de handleiding.

## **Hoofdstuk 3. Toelaatbaarheid verwervingsactiviteiten**

### **§ 3.1. Vereiste van mededeling of toetsingsbesluit voorafgaand aan verwervingsactiviteit**

## **Artikel 10**

In dit artikel is het verbod opgenomen een verwervingsactiviteit uit te voeren voordat een mededeling is gedaan aan een meldingsplichtige dat geen toetsingsbesluit vereist is of voordat een toetsingsbesluit is genomen. Dit verbod geldt niet indien er sprake is van het verkrijgen van goederen onder algemene titel waardoor zeggenschap of significante invloed wordt verworven, aangezien dit van rechtswege gebeurt. Het wetsvoorstel gaat uit van een voorafgaande toetsing voordat zeggenschap over of significante invloed op een doelonderneming wordt verkregen. Hiermee wordt voorkomen dat risico's voor de nationale veiligheid ontstaan met mogelijke onomkeerbare gevolgen.

In het tweede lid is bepaald dat het toetsingsbesluit wordt genomen door de Minister van Economische Zaken en Klimaat, in overeenstemming met de Minister van Justitie en Veiligheid, en, indien van toepassing, de Minister of Ministers die het mede aangaat. De Minister van Justitie en Veiligheid wordt altijd bij de besluitvorming betrokken vanwege zijn coördinerende verantwoordelijkheid voor de nationale veiligheid. Of er ook een andere Minister betrokken moet worden, hangt af van de omstandigheden van het geval. Als een andere Minister wettelijk of beleidsmatig verantwoordelijk is voor het vitale proces waar de activiteit betrekking op heeft, of een bijzonder belang heeft bij een bepaalde sensitieve technologie, dan wordt het toetsingsbesluit ook in overeenstemming met deze Minister genomen.

Uit het derde lid volgt dat de Minister indien nodig ook andere Ministers kan raadplegen dan de Minister van Justitie en Veiligheid en de eventueel betrokken vakminister, voordat hij een toetsingsbesluit neemt. De verwachting is dat de Minister in de meeste gevallen de activiteit kan toestaan. Indien er sprake is van een lastig te beoordelen situatie kan het nodig zijn om gebruik te maken van de expertise van andere Ministers om tot een goed oordeel te kunnen komen. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de Minister van Financiën bij lastige financiële constructies,

de Minister van Buitenlandse Zaken bij de inschatting van risico's van buitenlandse staatsinvloeden en de Minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking als er een link is met exportcontrole.

### **§ 3.2. Meldplicht voorafgaand aan plaatsvinden verwervingsactiviteit**

#### **Artikel 11**

In artikel 11 is bepaald dat ieder voornemen om een activiteit uit te voeren, door een van de meldingsplichtigen gemeld moet worden aan de Minister van Economische Zaken en Klimaat. Het artikel laat vrij welke meldingsplichtige de melding doet, als er maar een melding wordt gedaan en de noodzakelijke informatie wordt aangeleverd. In de praktijk zullen de meldingsplichtigen samen moeten werken om alle informatie aan te kunnen leveren. De informatie die bij de melding moet worden aangeleverd wordt verder uitgewerkt bij algemene maatregel van bestuur. De Minister stelt daarvoor een middel ter beschikking, dat ook elektronisch beschikbaar zal zijn, zodat meldingen op uniforme wijze bij het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat worden aangeleverd. Om administratieve lasten zo beperkt mogelijk te houden, voorziet het derde lid in de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur te bepalen dat een meldingsplichtige over reeds eerder door hem verstrekte informatie kan volstaan met de vermelding dat die informatie eerder is verstrekt. Er zal nader vastgesteld dienen te worden in welke gevallen en onder welke voorwaarden dit een reële mogelijkheid is. Hoewel het artikel vrijlaat welke meldingsplichtige de melding doet, zijn wel alle meldingsplichtigen verantwoordelijk en dus aanspreekbaar als verzuimd wordt een melding te doen. Een uitzondering op deze regel staat in het vijfde lid. Indien een geheimhoudingsplicht van een doelonderneming die dienstverlening levert aan de veiligheidsdiensten, defensie, handhaving van de rechtsorde dan wel hulpverlening, ervoor zorgt dat de verwerfer niet kan weten dat er sprake is van een meldingsplichtige partij, dan rust de meldplicht niet op de verwerfer. In plaats daarvan is in dat geval de doelonderneming waarvoor deze geheimhoudingsplicht geldt verplicht om, zodra zij daar kennis van heeft, een melding te doen aan de Minister. Voor een melding die ziet op een openbaar bod op een beursgenoteerde doelonderneming is het bepaalde in artikel 37 van toepassing.

#### **Artikel 12**

In artikel 12 zijn de termijnen opgenomen waarbinnen de Minister van Economische Zaken en Klimaat een mededeling moet doen over het vereiste van een toetsingsbesluit en over het nemen van een toetsingsbesluit op aanvraag als een dergelijk besluit voor een verwervingsactiviteit vereist is. De eerste termijn voor het doen van een mededeling gaat in wanneer de melding is ontvangen. De melding als voorzien in het eerste lid is een melding in de zin van artikel 35, eerste lid, onderdeel b, van de Dienstenwet en de daarop volgende mededeling is geen besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. Rechtsbescherming tegen de mededeling dat er een toetsingsbesluit nodig is, valt inhoudelijk samen met de rechtsbescherming die wordt geboden bij het toetsingsbesluit. Het is de bedoeling de meldingsplichtigen zo snel mogelijk duidelijkheid te geven over de voorgenomen activiteit. Daarom is in artikel 12, eerste lid, bepaald dat de Minister van Economische Zaken en Klimaat in beginsel binnen acht weken na ontvangst van de melding een mededeling moet doen of een toetsingsbesluit vereist is, waarna dit besluit op grond van artikel 12, vijfde lid, eveneens in beginsel binnen acht weken na het indienen van de aanvraag genomen dient te worden.

Indien het nodig is voor een goede beoordeling, kan de Minister de verwerver op grond van artikel 34, zevende lid, om aanvullende informatie verzoeken. De beslistermijn wordt dan in afwachting van die aanvullende informatie opgeschort. Indien de Minister nader onderzoek nodig acht om een activiteit goed te kunnen beoordelen, kan hij de beslistermijn bovendien verlengen met uiterlijk zes maanden. De maximale duur van deze verlengingsmogelijkheid is gebaseerd op de tijd die nodig kan zijn om relevante informatie in een derde land te vergaren, indien met dat land geen inlichtingen worden uitgewisseld. Het streven is daarbij om de termijn in de praktijk zo kort mogelijk te houden. Het vergaren van informatie in een derde land kan ook nodig zijn om te beoordelen of een toetsingsbesluit vereist is, zodat de maximale duur van de mogelijkheid tot verlenging ook hiervoor geldt. De tijd die benodigd is voor het doen van dit onderzoek om een mededeling te doen gaat af van de maximale duur die voor verlenging van het nemen van een besluit op aanvraag van een toetsingsbesluit geldt. De totale maximale verlengingstermijn blijft daarmee zes maanden.

De termijn wordt ook opgeschort indien de Minister voornemens is in een toetsingsbesluit een verbod op te leggen, eisen te stellen of nadere voorschriften verbinden aan een activiteit, waarna de verwerver en de doelonderneming de mogelijkheid krijgen hierover hun zienswijze overeenkomstig het daaromtrent bepaalde in de Awb naar voren te brengen. De opschorting geldt ofwel tot de zienswijzen binnen zijn, ofwel tot de termijn voor het uitbrengen van zienswijzen is verstreken. Voorts is het nog mogelijk de termijn te verlengen als dit noodzakelijk is om te kunnen voldoen aan de FDI-screeningsverordening. Over het algemeen zal de mogelijke verlenging van de termijn met zes maanden voldoende zijn om rekening te kunnen houden met eventuele opmerkingen van andere lidstaten of een advies van de Europese Commissie in het kader van de verordening. Het kan echter voorkomen dat pas in een laat stadium wordt ontdekt dat er sprake is van een buitenlandse directe investering in de zin van de verordening, omdat het in eerste instantie leek te gaan om een investeerder van binnen de Europese Unie. Pas als duidelijk is dat het gaat om een buitenlandse directe investering, wordt de screening op basis van artikel 6, eerste lid, van de verordening via het contactpunt gemeld aan de andere lidstaten en de Europese Commissie. Deze hebben dan 15 werkdagen de tijd om het voornemen tot het indienen van opmerkingen respectievelijk een advies kenbaar te maken (artikel 6, zesde lid, van de verordening) en 35 kalenderdagen de tijd om de opmerkingen of het advies daadwerkelijk in te dienen (zie artikel 6, zevende lid, van de verordening). Het voorgestelde achtste lid wordt opgenomen, voor het geval de termijn nog verlengd moet worden om bij het nemen van de beslissing rekening te kunnen houden met eventueel binnen gekomen opmerkingen of een advies.

Daarnaast wordt in het negende lid paragraaf 4.1.3.3 van de Awb op een aanvraag voor een toetsingsbesluit van toepassing verklaard. Wanneer een toetsingsbesluit niet binnen de termijn wordt genomen, dan is de activiteit van rechtswege goedgekeurd. De procedurele voorschriften van paragraaf 4.1.3.3. moeten door de Minister worden opgevolgd.

Tot is met het oog op een ordentelijk verloop van de beoordeling bepaald dat een aanvraag niet eerder in behandeling wordt genomen dan nadat naar aanleiding van een melding over het voornemen de Minister een mededeling heeft gedaan of een toetsingsbesluit vereist is.

### **§ 3.3. Ontheffing**

#### **Artikelen 13 en 14**

Zie paragraaf 4.6 van de algemene toelichting.

### **§ 3.4 Mededeling of toetsingsbesluit eerst na verwervingsactiviteit of gebaseerd op onjuiste of onvolledige informatie**

#### **Artikel 15**

Uitgangspunt is dat een voornemen tot uitvoering van een verwervingsactiviteit wordt gemeld. Het eerste lid gaat ervan uit dat weliswaar aan dit vereiste is voldaan, maar dat na de melding de verwervingsactiviteit wordt uitgevoerd zonder een voorafgaand vereist toetsingsbesluit. De uitvoering vindt derhalve plaats na de melding, maar voordat de Minister de mededeling heeft gedaan dat een toetsingsbesluit vereist is of voordat een aanvraag voor een toetsingsbesluit is ingediend of op een aanvraag is beslist. Indien de uitvoering plaatsvindt na melding maar voor het plaatsvinden van de mededeling loopt een meldingsplichtige derhalve het risico dat vervolgens blijkt dat een toetsingsbesluit vereist is, maar daar niet naar is gehandeld. En als de uitvoering plaatsvindt na een mededeling dat een toetsingsbesluit vereist is maar vervolgens geen of niet tijdig voorafgaand aan de uitvoering een aanvraag is ingediend, is eveneens in strijd met het wetsvoorstel gehandeld. Op grond van artikel 10, eerste lid, is de uitvoering van een voorgenomen verwervingsactiviteit immers niet toegestaan zonder voorafgaand toetsingsbesluit (behoudens ontheffing).

Door het niet of niet tijdig indienen van een aanvraag voor een toetsingsbesluit, is de Minister niet in de gelegenheid gesteld op aanvraag een toetsingsbesluit te nemen waarin staat onder welke condities deze uitvoering toegestaan zou zijn of om die in het uiterste geval te verbieden. Om dit te ondervangen dient de Minister op grond van het eerste lid na de beoordeling en het doen van de mededeling dat een toetsingsbesluit vereist is, ambtshalve een toetsingsbesluit te nemen. Evenals bij het nemen van een toetsingsbesluit op aanvraag, ligt ook aan het nemen van een ambtshalve toetsingsbesluit eerst een beoordeling van de verwervingsactiviteit ten grondslag op risico's voor de nationale veiligheid. En ook bij een ambtshalve toetsingsbesluit geschiedt dat aan de hand van risicofactoren als geregeld in paragraaf 3.5 van het wetsvoorstel. De meldingsplichtigen worden met behulp van een ambtshalve toetsingsbesluit alsnog geconfronteerd met een besluit waarin eisen en voorschriften staan waaronder de uitvoering had mogen plaatsvinden of niet is toegestaan. De Minister kan dit ambtshalve besluit combineren met andere voorzieningen, zoals ingeval van een verbod met het gelasten tot ongedaan maken of beëindigen van de zeggenschap of significante invloed in de verwervingsactiviteit die reeds heeft plaatsgevonden (zie artikel 28, tweede lid, en artikel 42, eerste lid).

Uit het tweede lid volgt dat het nemen van een ambtshalve toetsingsbesluit ook aan de orde is als de uitvoering van een verwervingsactiviteit plaatsvindt na de melding van het voornemen daartoe, maar voor de mededeling dat een toetsingsbesluit vereist is. In dat geval dient eerst een mededeling te worden gedaan, aangezien de melding van het voornemen overeenkomstig artikel 11, eerste lid, heeft plaatsgevonden. De beoordeling van de melding met het oog op het doen van die mededeling moet worden gedaan met inachtneming van het bepaalde in artikel 12 daarover. Op het doen van die mededeling is de (eventueel te verlengen) termijn van toepassing waarin artikel 12 voorziet. Hiervan te onderscheiden is de volgende stap van het nemen van een ambtshalve toetsingsbesluit. Wanneer de termijn hiervoor aanvangt, hangt op grond van het derde lid af van het tijdstip waarop de mededeling is gedaan.

Het vierde lid ziet op de situatie dat op grond van artikel 13 een ontheffing is verleend. Indien een ontheffing is verleend, is het de meldingsplichtigen toegestaan een verwervingsactiviteit uit te voeren na de melding, maar

voorafgaand aan de mededeling of een toetsingsbesluit vereist is. Indien na ontheffing blijkt dat een toetsingsbesluit vereist is, dan dient een aanvraag voor een toetsingsbesluit ingediend te worden. Dit artikellid bepaalt dat er in dit geval geen sprake is van het nemen van een ambtshalve toetsingsbesluit op grond van het eerste lid, maar, aangezien de procedure volgens de regels verloopt, het nemen van een toetsingsbesluit op aanvraag. Voor het nemen van het toetsingsbesluit op aanvraag gelden de normale termijnen, opgenomen in artikel 12.

## **Artikel 16**

Het eerste lid ziet op de situatie dat de meldingsplichtigen, in strijd met artikel 11, eerste lid, geen melding hebben gedaan voordat de activiteit is uitgevoerd, hetgeen in strijd is met artikel 10, eerste lid. Ook ziet het eerste lid op de situatie dat na het verwerven van zeggenschap door verkrijging van goederen onder algemene titel geen melding is gedaan, in strijd met artikel 11, zesde lid. In die gevallen kunnen de meldingsplichtigen op grond van het tweede lid worden gelast binnen een redelijke termijn alsnog een melding te doen. De Minister mag op grond van het tweede lid gelasten (alsnog) een melding te doen, uiterlijk binnen drie maanden nadat bij hem bekend is geworden dat er voorafgaand aan een bepaalde activiteit geen melding is gedaan. Zo heeft de Minister wat tijd om te beoordelen of het nodig is een melding te doen, maar blijft ook niet onbepaald onzekerheid bij de betrokken partijen bestaan of zij nog een melding moeten doen en een toetsingsbesluit kunnen verwachten. Indien vervolgens ook ten tweede male niet is gemeld, volgt uit het derde lid dat de Minister uit eigen beweging mededeelt dat geen toetsingsbesluit vereist is of neemt hij direct ambtshalve een toetsingsbesluit. Een toetsingsbesluit dat is genomen na toepassing van dit artikel brengt met zich dat een al uitgevoerde activiteit niet had mogen plaatsvinden (als het toetsingsbesluit een verbod inhoudt) of slechts had mogen plaatsvinden wanneer er voldaan is aan bepaalde eisen of nadere voorschriften. In het wetsvoorstel zijn voorzieningen opgenomen om ervoor te zorgen dat er wordt voldaan aan die eisen of nadere voorschriften (zie artikel 25, eerste lid) of dat er niet meer in strijd met het verbod wordt gehandeld (zie paragrafen 4.1 en 6.4 van het wetsvoorstel).

## **Artikel 17**

Het eerste lid van dit artikel ziet op de situatie dat een melding is gedaan en ook een toetsingsbesluit is genomen of een mededeling is gedaan dat geen toetsingsbesluit vereist is, maar bij de Minister bekend is geworden of een redelijk vermoeden is ontstaan dat door de meldingsplichtige onjuiste of onvolledige informatie is verstrekt. De Minister verricht dan voor de tweede keer een beoordeling op aanwezigheid van risico's voor de nationale veiligheid. Deze beoordeling kan als uitkomst hebben dat de eerder gedane mededeling dat geen toetsingsbesluit vereist is, respectievelijk het bestaande toetsingsbesluit in stand blijft. Op grond van het eerste lid moet de Minister deze uitkomst schriftelijk bevestigen. De onjuiste of onvolledige informatie heeft in dat geval niet een andere uitkomst vergeleken met de eerdere beoordeling opgeleverd. Het kan echter ook zijn dat de nieuwe beoordeling tot de slotsom leidt dat er een risico voor de nationale veiligheid is of dat dit risico anders of groter wordt beoordeeld dan uit het bestaande toetsingsbesluit blijkt. Uit het eerste lid volgt dat de Minister dan ambtshalve een toetsingsbesluit neemt ter vervanging van dat eerdere toetsingsbesluit. Voorafgaand aan de uit te voeren nieuwe beoordeling kan de Minister binnen een in het tweede lid vastgestelde termijn afwegen of het nuttig is de meldingsplichtige te gelasten nogmaals een melding te doen. Dit kan voor de Minister nog onbekende informatie opleveren die behulpzaam is voor het

vervolg. De termijn waarbinnen de Minister vervolgens een schriftelijke bevestiging doet of tot een ambtshalve toetsingsbesluit overgaat, is hiervan afhankelijk.

## **Artikel 18**

De artikelen 15 tot en met 17 zien op situaties die als uitkomst hebben het nemen van een ambtshalve toetsingsbesluit, het doen van een schriftelijke mededeling dat geen toetsingsbesluit is vereist zonder dat daar een melding van een voorgenomen verwervingsactiviteit aan vooraf is gegaan (artikel 16, eerste lid), of het geven van een schriftelijke bevestiging van instandhouding van een eerder gedane mededeling of genomen toetsingsbesluit (artikel 17, eerste lid). Dit zijn bijzondere situaties die niet vallen onder het reguliere meldingsregime van een voorgenomen verwervingsactiviteit en het vervolg daarop. De toepassing van deze artikelen mondt niet uit in een mededeling volgend op een melding van een voorgenomen verwervingsactiviteit (artikel 12, eerste lid) of in een toetsingsbesluit op aanvraag (artikel 12, vijfde lid). Daardoor zijn de termijnen tot verlenging en opschorting, bedoeld in artikel 12 voor het doen van een dergelijke mededeling of het nemen van een toetsingsbesluit op aanvraag, niet van toepassing op het nemen van een ambtshalve toetsingsbesluit, het doen van een mededeling als bedoeld in artikel 16, eerste lid, of het geven van een bevestiging als bedoeld in artikel 17, eerste lid. Om dit te ondervangen voorziet artikel 18, eerste lid, voor die bijzondere situaties in de mogelijkheid voor de Minister om de beslistermijnen te verlengen, terwijl het tweede en derde lid onder voorwaarden opschorting toestaan.

## **§ 3.5. Beoordeling risico's voor de nationale veiligheid**

### **Artikelen 19 tot en met 22**

Zie paragraaf 4.2 van de algemene toelichting.

## **§ 3.6. In toetsingsbesluit op te nemen eisen en voorschriften of verbod**

### **Artikel 23**

In artikel 23, eerste lid, is bepaald dat de Minister eisen kan stellen of nadere voorschriften kan verbinden aan een activiteit als dit op basis van de beoordeling op grond van paragraaf 3.5. van het wetsvoorstel, nodig is om de daaraan verbonden risico's voor de nationale veiligheid te voorkomen of te beperken en welke eisen en voorschriften dit kunnen zijn. Niet alle eisen en voorschriften zijn toepasbaar op alle activiteiten. Er moet altijd rekening gehouden worden met de omstandigheden van het geval bij de beoordeling wat effectief en proportioneel is gezien de aard en hoogte van het risico. De eisen en voorschriften worden gekoppeld aan de activiteit. Dit betekent dat niet slechts de verwerfer zich hieraan moet houden, maar ook de doelonderneming. De aan een verwervingsactiviteit te verbinden eisen en voorschriften zijn ieder afzonderlijk toegelicht in paragraaf 4.4 van het algemeen deel van de memorie van toelichting en in paragraaf 4.3 wordt nader ingegaan op de verhouding tussen risico's en maatregelen.

Een van de voorschriften die de Minister aan een verwervingsactiviteit kan verbinden is de certificering van de aandelen van de verwerfer via een stichting (eerste lid, onderdeel i). Het idee achter dit voorschrift is dat de verwerfer, als certificaathouder, wel de vermogensrechten geniet maar geen stemrecht heeft in de algemene vergadering van de onderneming. Bij certificering dragen de aandeelhouders hun aandelen en daarmee de

aandeelhoudersrechten namelijk over aan een nieuwe rechtspersoon (meestal een STAK). In ruil voor deze aandelen krijgt de aandeelhouder certificaten. Certificering is de meest voor de hand liggende en gebruikte scheiding van aandeelhoudersrechten, zodat de praktijk bekend is met deze maatregel en het voor verwerver en doelonderneming vaststaat wat deze maatregel omvat. Die omvat bijvoorbeeld niet de fractionering bij beleggersgiro's, die primair een ander doel dient. De kosten voor de certificering en de STAK komen voor rekening van de verwerver. De STAK zal dienen te handelen in het belang van de doelvennootschap alsmede de belangen van de certificaathouder moeten trachten te bewerkstelligen zonder hun aanwijzingen of instructies te aanvaarden. Dit voorschrift zou niet goed werken als de certificaathouder vervolgens gebruik kan maken van een volmacht op grond van artikel 118a van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, omdat hij dan immers alsnog stemrechten kan uitoefenen. Daarom is in het vierde lid bepaald dat, indien dit voorschrift is opgelegd, geen volmacht wordt gegeven aan de certificaathouder op grond van artikel 118a van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.

#### **Artikel 24**

Naast de in artikel 23 genoemde maatregelen kan de Minister eisen en voorschriften verbinden aan een toetsingsbesluit die specifiek betrekking hebben op een onderneming die actief is op het gebied van sensitieve technologie. In paragraaf 4.4 van het algemeen deel van de memorie van toelichting wordt dit nader toegelicht.

#### **Artikel 25**

In het eerste lid is opgenomen dat de verwerver of doelonderneming een redelijke hersteltermijn wordt geboden als blijkt dat niet aan de aan de activiteit verbonden eisen of voorschriften wordt voldaan. Ook wordt het eerste lid ingezet als uit een toetsingsbesluit naar aanleiding van de verwerving van zeggenschap (of significante invloed) door middel van verkrijging van goederen onder algemene titel, of bij een toetsingsbesluit dat wordt genomen nadat op grond van artikel 13 van het wetsvoorstel een ontheffing is verleend, of in de situaties beschreven in paragraaf 3.4 van het wetsvoorstel, voortvloeit dat er eisen of voorschriften aan de activiteit worden verbonden. In de regel worden (aanvullende) eisen of voorschriften in deze gevallen opgelegd nadat de activiteit heeft plaatsgevonden. Aan wie de last wordt opgelegd op grond van het eerste lid, hangt af van de partij die ervoor kan zorgen dat wordt voldaan aan de bewuste eis cq het bewuste voorschrift. Wat een redelijke termijn is, hangt af van de omstandigheden van het geval; hoe tijdrovend is het om alsnog te voldoen en wat is mogelijk gezien de hoogte van het veiligheidsrisico en de kans dat dit zich snel verwezenlijkt.

Het tweede lid regelt dat, indien niet binnen de hersteltermijn alsnog aan een opgelegde eis of voorschrift wordt voldaan, de Minister andere (wellicht zwaardere) eisen of voorschriften aan de verwervingsactiviteit kan verbinden, of in het uiterste geval, de verwervingsactiviteit alsnog kan verbieden. Bij het stellen van andere eisen of voorschriften, mogen dit geen andere zijn dan die de artikelen 23 en 24 bevatten. Voor de blijvende uitvoering van mitigerende maatregelen, waaronder eventuele daaraan verbonden voorschriften, is het dienstig als de mogelijkheid bestaat voor de doelonderneming op basis van afspraken met de Minister invulling te geven aan het monitoren van de uitvoering daarvan en het ontvangen van informatie daarover.

Als het niet mogelijk is om met behulp van op te leggen eisen of voorschriften de risico's voor de nationale veiligheid in voldoende mate te beperken, dan kan de Minister op grond van het derde lid de activiteit verbieden (zie ook paragraaf 4.4 van de algemene toelichting). Bij

verwerving van zeggenschap of significante invloed door de verkrijging van goederen onder algemene titel kan de Minister verbieden dat deze wordt gehouden (deze is dan immers al verkregen). Op grond van artikel 28, vierde lid, krijgt de verwerver dan een redelijke termijn om de zeggenschap of significante invloed die met deze activiteit is verkregen terug te brengen of te beëindigen.

## **Artikel 26**

De op grond van de artikelen 23 tot en met 25 opgelegde eisen of andere nadere voorschriften, een last of een verbod dienen te worden nageleefd. Op grond van het eerste lid is het verboden dit niet te doen en op overtreding daarvan kan een bestuurlijke boete volgen op grond van artikel 51, tweede lid respectievelijk kan op grond van de Wed strafrechtelijke handhaving plaatsvinden (artikel 57). Het tweede lid voorziet in de bevoegdheid voor de Minister om met de doelonderneming een overeenkomst te sluiten waarin de doelonderneming zich verbindt om een onafhankelijke persoon informatie te laten verzamelen over de uitvoering van eisen of nadere voorschriften waaraan door de doelonderneming voldaan moet worden. Deze informatie wordt aan de toezichthoudende ambtenaren beschikbaar gesteld, zodat die op basis daarvan hun oordeel over de naleving kunnen vormen. Indien daarvoor aanleiding is, kunnen zij zelf op grond van hun bevoegdheden nader onderzoek of meer of andere informatie bij de betrokken doelonderneming opvragen. De doelonderneming is niet gehouden om een overeenkomst als hier bedoeld met de Minister aan te gaan. Het betreft een mogelijkheid een arrangement te treffen tussen de Minister en de doelonderneming om voor beide partijen op een effectieve en efficiënte wijze invulling te geven aan het verzamelen van informatie over de naleving van eisen en voorschriften die relevant is voor de toezichtstaak. De in dit artikel geboden mogelijkheid, is geïnspireerd door de praktijk bij het mededingingstoezicht met betrekking tot het maken van afspraken over de uitoefening van toezicht. De wederkerigheid van een dergelijke overeenkomst is er in gelegen dat de Minister in die overeenkomst zich verbindt om op een bepaalde manier toezicht door toezichthoudende ambtenaren op de desbetreffende doelonderneming uit te laten oefenen, die eventueel ook maatwerk kan zijn. Hierbij zullen de toezichthoudende ambtenaren altijd de bevoegdheid moeten behouden om toezicht ten volle te kunnen blijven uitoefenen, indien daarvoor naar hun oordeel aanleiding is. De verantwoordelijkheid als toezichthouder dient altijd waargemaakt te kunnen worden. Ook ligt met het oog hierop in de rede dat een dergelijke overeenkomst eenvoudig tussentijds opzegbaar is. In een overeenkomst kunnen afspraken worden gemaakt over de eisen waaraan een onafhankelijke persoon moet voldoen, over de door die persoon uit te voeren werkzaamheden en eventueel ook een goedkeuringsrecht van de Minister over een aan te wijzen persoon.

## **§ 3.7 Toetsingsbesluit op basis van hernieuwde beoordeling**

### **Artikel 27**

In dit artikel is bepaald dat de Minister, indien er sprake is van een in dit artikel omschreven zwaarwegend risico voor de nationale veiligheid, binnen zes maanden nadat dit risico bij hem bekend was een activiteit opnieuw kan beoordelen aan de hand van de factoren, die zijn opgesomd in paragraaf 3.5 van het wetsvoorstel. Het gaat om een hernieuwde beoordeling omdat het artikel betrekking heeft op situaties waarin na een eerdere beoordeling de mededeling is gedaan dat geen toetsingsbesluit nodig was of een toetsingsbesluit was genomen. Op basis van deze hernieuwde beoordeling kan alsnog een toetsingsbesluit of een nieuw

toetsingsbesluit worden genomen. Zie paragraaf 4.5 van het algemeen deel van de memorie voor een nadere toelichting. In het vierde lid van dit artikel is bepaald dat de termijn wordt opgeschort als de Minister verzoekt om informatie op grond van artikel 34, achtste lid, onderdeel b. Als de Minister op grond van dit artikel besluit om een eerder goedgekeurde activiteit te beoordelen, hoeft, in tegenstelling tot de situaties opgenomen in de artikelen 16, tweede lid en 17, tweede lid, geen nieuwe melding te worden gedaan. In eerste instantie zal de Minister de inschatting maken aan de hand van de informatie die bij hem en de in artikel 34 genoemde instanties aanwezig is en alleen wanneer dat nodig is, zal hij de betrokken partijen om extra informatie vragen.

Bij een (hernieuwde) toetsing zal de Minister in de meeste gevallen zo veel mogelijk trachten het risico te mitigeren door middel van aanvullende voorschriften als al sprake is van een toetsingsbesluit. Alleen als deze aanvullende voorschriften gelet op hun uitwerking een zodanige aantasting van het eigendomsrecht opleveren, dat er sprake is van een de facto ontneming van eigendom of als het veiligheidsrisico zodanig is dat de activiteit beëindigd moet worden, ontstaat een schadevergoedingsplicht voor de staat. Het vijfde lid bevat met het oog hierop een uitdrukkelijke grondslag voor nadeelcompensatie. De formulering hiervan sluit aan op die van de nog in werking te treden Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten. Het betreft een tijdelijk voorschrift dat vervalt zodra titel 4.5 van de Awb over nadeelcompensatie in werking treedt of is getreden (artikel 53). Indien dit wetsvoorstel tot wet is of wordt verheven en eerder in werking is getreden dan titel 4.5 zal zo nodig voorzien worden in een beleidsregel, waarin nader wordt aangegeven wanneer schade in elk geval voor rekening van de aanvrager blijft. Indien de doelonderneming of verwerver de schade had kunnen beperken door binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen, die tot voorkoming of vermindering van de schade hadden kunnen leiden, zal die schade voor rekening van de aanvrager blijven. Hierbij kan worden gedacht aan het nastreven van een zo optimaal mogelijke opbrengst als uit het (hernieuwd) toetsingsbesluit volgt dat tot vervreemding of terugbrenging van een aandelenbelang zou moeten worden overgegaan, voor zover daar gelegenheid voor is. Het voordeel dat vervreemding of terugbrenging voor de doelonderneming of verwerver oplevert, wordt bij de vaststelling van de te vergoeden schade in aanmerking genomen. Ook bij het uitvoeren van aanvullende voorschriften zullen geen hogere kosten gemaakt dienen te worden dan die redelijkerwijs vereist zijn om deze maatregelen ten uitvoer te brengen. Indien de schade anderszins het gevolg is van een omstandigheid die aan de aanvrager kan worden toegerekend of de vergoeding van de schade anderszins is verzekerd, zal die schade eveneens voor rekening van de aanvrager blijven. Een factor die eveneens van belang kan zijn, is in hoeverre voorzienbaar was dat het risico op schade ontstond door de activiteit uit te voeren. Over het algemeen mag er vanuit worden gegaan dat dat risico op schade bij de toepassing van het vijfde lid niet voorzienbaar is geweest voor de doelonderneming of verwerver. Tegen een besluit over vergoeding van schade als hier bedoeld staat (hoger) beroep open. Doordat het vergoedingsbesluit berust op het vijfde lid van dit wetsvoorstel, strekt de bevoegdheid van de rechtbank Rotterdam en in hoger beroep van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, volgend uit artikel 52 van dit wetsvoorstel tot wijziging van bijlage 2 van de Awb, zich automatisch ook tot dit vergoedingsbesluit uit.

## **Hoofdstuk 4. Gevolgen uitvoering niet-toegestane verwervingsactiviteiten**

### **§ 4.1. Nietigheid, vernietigbaarheid, opleggen en uitvoeren van een last**

#### **Artikel 28**

In artikel 28 is beschreven hoe activiteiten die in strijd met een verbod zijn uitgevoerd ongedaan gemaakt kunnen worden. Zie paragraaf 4.10 van het algemeen deel van de memorie voor een uitgebreide uitleg over het stelsel. Deze artikelsgewijze toelichting is hier een aanvulling op. In het eerste lid is bepaald dat investeringen in strijd met een verbod nietig zijn (voor zo ver zij niet via een effectenafwikkelingssysteem verlopen). Andere activiteiten dan investeringen zijn, net als investeringen die via een effectenafwikkelingssysteem verlopen, niet nietig. Bij deze activiteiten kan de Minister een last opleggen om binnen een redelijke termijn de noodzakelijke handelingen te verrichten om de ongewenste effecten van de activiteit te voorkomen of de activiteit ongedaan te maken. Nietigheid is bij deze activiteiten om verschillende redenen niet passend. Bij fusies is nietigheid sowieso niet aan de orde (zie artikel 323 van Boek 2 van het Burgerlijk Boek). Bij de fusie, het oprichten van een gemeenschappelijke onderneming of een (af)splitsing kan het zich bovendien voordoen dat het bestuur van een onderneming de uitvoering hiervan doet, zonder andere onderdelen van de onderneming, zoals een raad van commissarissen hierin mee te nemen. Het is niet zonder meer proportioneel om de gehele onderneming hier de dupe van te laten zijn. Ook het verwerven van een deel van de vermogensbestanddelen (artikel 2, onderdeel e) in strijd met een verbod is niet nietig. Nietigheid is niet goed te verwezenlijken bij de overgang van vermogensbestanddelen wanneer er sprake is van de vestiging van een zakelijk recht.

Ten slotte is het verkrijgen van zeggenschap of significante invloed via andere rechtshandelingen (artikel 2, onderdeel f en artikel 3, onderdeel c) in strijd met een verbod niet nietig. In dit geval instigeert de verwerver over het algemeen niet zelf de verwerving van zeggenschap of significante invloed, maar gebeurt dit door een rechtshandeling van een andere partij. Het is dan niet mogelijk om nietigheid aan deze activiteit te koppelen.

In deze gevallen waarbij geen nietigheid optreedt, kan de Minister, een last op te leggen om de ongewenste effecten van de activiteit te voorkomen of de activiteit ongedaan te maken (tweede lid). Het tweede lid is ook van toepassing op de situaties waarin een verbod op een later moment wordt opgelegd, wanneer de activiteit al heeft plaatsgevonden. Dit blijkt uit de bewoordingen van het tweede lid «na de uitvoering sprake is van een verbod». In deze gevallen is het sowieso niet proportioneel om te kiezen voor nietigheid, maar moet wel ook een einde gemaakt worden aan de situatie die een risico vormt voor de nationale veiligheid. Die gevallen kunnen zich voordoen als een activiteit helemaal niet is gemeld (artikel 16, eerste lid), wanneer een besluit of mededeling is genomen op basis van verkeerde of onvolledig aangeleverde informatie (artikel 17, derde lid), of bij zwaarwegende risico's voor de nationale veiligheid die nopen tot heroverweging (artikel 27, eerste lid). Ook in deze gevallen moet de Minister de mogelijkheid krijgen af te dwingen dat de zeggenschap of significante invloed wordt teruggebracht of beëindigd doordat de noodzakelijke handelingen verricht worden om de ongewenste effecten van de activiteit te voorkomen of de activiteit ongedaan te maken. Naast de mogelijkheid van een last als bedoel in het tweede lid, kan de Minister de rechter verzoeken om vernietiging (derde lid). Voor welke route de Minister kiest hangt af van de omstandigheden van het geval. Soms is het voor de verwerver of de doelonderneming het beste als Minister snel

ingrijpt door middel van het opleggen van een last en de partijen zo snel duidelijkheid geeft over de te volgen stappen. Soms is de situatie zodanig complex dat een onafhankelijke toetsing door de rechter noodzakelijk is voor een goede, proportionele afhandeling, bijvoorbeeld wanneer er een groot aantal belangen speelt en de weging daarvan complex is. Vernietiging van een grensoverschrijdende fusie als bedoeld in artikel 333b, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek is niet mogelijk, dit is in lijn met artikel 333l van Boek 2 van het Burgerlijk wetboek.

De termijnen voor het instellen van de vordering tot vernietiging zijn geregeld in artikel 52 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek. In het eerste lid, onderdeel d, van dat artikel is bepaald dat verjaringstermijn gaat lopen op het moment dat het beroep aan de betrokkene «ten dienste is komen te staan». Met deze woorden heeft de wetgever bedoeld te bewerkstelligen dat de verjaring een aanvang neemt zodra de vernietigingsbevoegde zijn bevoegdheid daadwerkelijk kan uitoefenen. De regel leent zich voor flexibele toepassing (zie HR 9 augustus 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9951, NJ 2013/557). Indien de Minister pas op een laat moment erachter komt dat een activiteit in strijd met een verbod is uitgevoerd en er is geen sprake van bedrog (waarop het eerste lid, onderdeel c, van dat artikel van toepassing is), dan kan voor de start van de vernietigingstermijn alsnog uitgegaan worden van het moment waarop bij de Minister bekend is geworden dat in strijd met een verbod is gehandeld.

Het vierde lid creëert de mogelijkheid om ook in het geval waarin goederen onder algemene titel zijn verkregen waardoor zeggenschap of significante invloed wordt verworven en waarbij de Minister vervolgens heeft verboden dat deze zeggenschap of significante invloed wordt gehouden, een last op te leggen om de zeggenschap of significante invloed terug te brengen of te beëindigen.

In het zevende lid is bepaald dat de Minister de andere bij een activiteit betrokken meldingsplichtigen ervan op de hoogte brengt als hij aan de verwerper een last heeft opgelegd op grond van dit artikel. Dan weet ook de doelonderneming wat er speelt.

## **Artikel 29**

Het wetsvoorstel houdt er rekening mee dat een verwerper of doelonderneming, niet voldoet aan een op grond van artikel 28 opgelegde last. In dat geval bepaalt artikel 29, eerste lid, dat de Minister bij uitsluiting onherroepelijk gemachtigd is om namens en voor rekening van de verwerper of doelonderneming, diens aandelen overeenkomstig de last te vervreemden of anderszins uitvoering te geven aan de opgelegde last. De opbrengst van de verkoop komt ten goede aan de (voormalige) verwerper. De feitelijke uitwerking van de verplichting op grond van het eerste lid kan worden onderworpen aan nadere regels die worden vastgesteld bij of krachtens algemene maatregel van bestuur (tweede lid). In dat kader kan bijvoorbeeld worden geregeld hoe om te gaan met de opbrengst van een verkoop, indien de aandeelhouder niet in staat is het geld te ontvangen of zelf onderworpen is aan sanctiemaatregelen die financieel verkeer onmogelijk maken. In deze nadere regels kan dan worden bepaald dat de opbrengst op een derdenrekening of in consignatie wordt geplaatst tot het moment waarop de opbrengst wel ter beschikking kan worden gesteld. Dit artikel ziet op de situatie waarin een activiteit niet is uitgevoerd via een effectenafwikkelingssysteem. Anders zijn de artikelen 43 en 44 van toepassing.

## **§ 4.2. Schorsing uitoefening verworven rechten**

### **Artikel 30**

In artikel 30 is bepaald dat door een verwerver met een bepaalde verwervingsactiviteit verworven rechten niet worden uitgeoefend, met uitzondering van de rechten die betrekking hebben op het verkrijgen van financiële aanspraken (het recht op opbrengsten van een onderneming, dividend en de ontvangst van uitkeringen uit de reserves zolang er sprake is van in het eerste lid opgesomde situaties). Dit geldt ook voor de doelonderneming die met een bepaalde verwervingsactiviteit rechten heeft verworven. Dit is een doelonderneming die na de fusie of totstandbrenging van de joint venture is ontstaan, zie de definitie van doelonderneming in artikel 1, onder b. Het is ter borging van de nationale veiligheid niet nodig om het recht op financiële aanspraken te verbieden nu dat recht geen acute risico's voor de nationale veiligheid kan opleveren. Ook de handelbaarheid van aandelen wordt niet aangetast. Een aandeelhouder kan zijn aandelen nog steeds overdragen. Dit wijkt dus af van de bevrozing van tegoeden zoals voorzien in sanctiewetgeving. Als een aandeelhouder zijn aandelen overdraagt, is het verbod op uitoefening van de rechten verbonden aan de uitoefening van zeggenschap of significante invloed niet meer van toepassing (voor zover uiteraard de regels opgenomen in dit wetsvoorstel en de eventuele meldingsplicht die rust op de overdracht wordt gerespecteerd). Het verbod is immers specifiek verbonden aan de houder van de zeggenschap of significante invloed. Naar zijn aard heeft een verbod tot uitoefening van zeggenschap of significante invloed, een tijdelijk karakter. Een dergelijk verbod verandert immers de stemverhoudingen binnen de algemene vergadering en dit kan de strategie en beleid van de betrokken partij beïnvloeden. Ook is het voor andere aandeelhouders en het bestuur van de betrokken partij onwenselijk in permanente onzekerheid te verkeren of een aandeelhouder – zeker als deze een groot aantal aandelen heeft – al dan niet als strategische partner actief kan blijven in de doelonderneming. Voor een structurele oplossing voorziet het wetsvoorstel in het opleggen van een last tot gedwongen verkoop.

### **Artikel 31**

De feitelijke tenuitvoerlegging van de schorsing die krachtens artikel 30 van toepassing is vergt ook inspanningen van de doelonderneming. Dat wordt in dit artikel tot uitdrukking gebracht. Weliswaar rust het verbod op de verwerver, maar de aangewezen doelonderneming bezit diverse mogelijkheden om ervoor te zorgen dat de schorsing ook daadwerkelijk effectief is. De doelonderneming is in staat door feitelijk handelen het uitoefenen van rechten verbonden aan de zeggenschap of significante invloed van de verwerver onmogelijk of in ieder geval zeer moeilijk te maken. De doelonderneming registreert bijvoorbeeld voorafgaand aan de algemene vergadering de aandeelhouders die toegelaten zijn tot de algemene vergadering die daar hun stem kunnen uitbrengen. Door deze registratie voor de betrokken aandeelhouder te weigeren, is deze aandeelhouder juridisch niet in staat om te stemmen of zelfs aanwezig te zijn. Komt hij toch opdagen, dan moet de doelonderneming hem de fysieke toegang tot de algemene vergadering weigeren. Ook mag de doelonderneming bepaalde informatie feitelijk niet meer ter beschikking stellen aan de verwerver waarop de schorsing van toepassing is. Tot slot is door de schorsing het bestuur van de doelonderneming ook niet gehouden noch toegestaan om gevolg te geven aan aanwijzingen die de aandeelhouder verstrekt overeenkomstig daartoe strekkende bepalingen opgenomen in de statuten van de doelonderneming (zie in dit verband artikel 194, vierde lid en artikel 239, vierde lid, van Boek 2 van het

## Artikel 32

De voorziening die mogelijk wordt gemaakt in dit artikel bouwt voort op de rol die doelonderneming heeft bij het effectief tenuitvoerleggen van de schorsing, zoals ook is geregeld en toegelicht bij artikel 31. Op grond van het eerste lid, kan de Minister een persoon aanwijzen die de doelonderneming (in het bijzonder het bestuur, de raad van commissarissen, of sleutelfunctionarissen) opdrachten kan verstrekken die moeten worden opgevolgd. Deze voorziening is noodzakelijk wanneer redelijkerwijs verwacht kan worden dat de doelonderneming niet in staat is om zich gedurende schorsing feitelijk autonoom op te stellen ten opzichte van de verwerver, gelet op de verwevenheid met de verwerver (bijvoorbeeld door personele unies), of wanneer er aanwijzingen zijn dat de doelonderneming zijn verplichtingen uit hoofde van artikel 31 niet nakomt. Door een dergelijke persoon aan te wijzen kan ook op operationeel vlak worden gewaarborgd dat de schorsing feitelijk effectief is, zonder dat het bestuur van de doelonderneming vervangen hoeft te worden. Het is een model dat – weliswaar in een andere context – ook door de Algemene Rekenkamer wordt aangehaald als «overheidstrustee» die de belangen van de overheid waarborgt, zonder ambtenaren als bestuurder of commissaris te benoemen en zonder dat er enkel sprake is van een waarnemer zonder invloed (zie Kamerbrief van de Algemene Rekenkamer van 26 juni 2020 «Steun aan grote bedrijven – Leren van het Verleden,» les 16).

In beginsel bemoeit deze aangewezen persoon zich niet met de dagelijkse gang van zaken van de doelonderneming en grijpt hij alleen in via gerichte opdrachten, als er rechtshandelingen of feitelijke handelingen worden verricht die de effectiviteit van de schorsing zoals voorzien in artikel 30 van dit wetsvoorstel kan aantasten. De taak en rol van de aangewezen persoon gaat op grond van het eerste lid niet verder dan het waarborgen van de effectiviteit van de schorsing. Dat betekent dat in beginsel het bestuur, de raad van commissarissen en sleutelfunctionarissen onverminderd hun rol kunnen vervullen zoals in het Nederlandse ondernemingsrecht is voorzien. Gelet op deze taakvervulling is het wenselijk dat de aan te wijzen persoon in ieder geval beschikt over kennis en ervaring op het gebied van controle op naleving van wettelijke voorschriften. De aan te wijzen persoon kan bijvoorbeeld een achtergrond op het gebied van «compliance» hebben, waarbij integriteit en kennis en ervaringen bij afgewogen naleving van voorschriften relevant kunnen zijn. In de kern is er sprake van een verscherpt toezicht van overheidswege via de aangewezen persoon op de gedragingen van bestuur, raad van commissarissen en sleutelfunctionarissen zonder hun rol over te nemen. Daar waar de aangewezen persoon opdrachten geeft, dienen deze opdrachten ten uitvoer te worden gelegd (derde lid). Voor zover er bezwaren bestaan tegen deze opdrachten en het bestuur bijvoorbeeld van oordeel is dat een opdracht niet in het belang van de aangewezen onderneming is, staat tegen opdrachten van een aangewezen persoon administratief beroep open bij de Minister. Hiermee komt tot uitdrukking dat de aangewezen persoon een bestuursorgaan is en dat een door deze persoon verstrekte opdracht een beschikking in de zin van de Awb is, waartegen rechtsbescherming open staat. Indien na administratief beroep de door een aangewezen gegeven opdracht onherroepelijk is en in strijd daarmee rechtshandelingen worden verricht, geldt op grond van het vierde lid dat daarvan de vernietigbaarheid kan worden ingeroepen. Het inroepen van deze vernietiging kan uitsluitend door de aangewezen persoon of de Minister plaatsvinden en beperkt zich tot rechtshandelingen die in strijd met de gegeven opdracht zijn. Daarmee strekt deze grond tot

vernietiging niet verder dan noodzakelijk en is de inroeping beperkt tot de direct belanghebbenden daarbij.

Er is om meerdere redenen voor gekozen om administratief beroep open te stellen. De Minister kan de aangewezen persoon benoemen en vervangen door een andere persoon. Daarmee is de aangewezen persoon niet onafhankelijk van de Minister en wordt ook duidelijk gemaakt dat de aangewezen persoon een specifieke en afgebakende publieke taak heeft, namelijk het waarborgen dat de schorsing effectief is. De taak van de aangewezen persoon vereist echter een beoordeling van de concrete situatie: het gaat met andere woorden niet om in overwegende mate gebonden besluiten. Omdat het hier gaat om de controle op de gang van zaken binnen een privaat bedrijf dat gedurende de schorsing, bedoeld in artikel 30, zijn normale bedrijfsvoering moet kunnen voortzetten, is het nodig dat de aangewezen persoon de vrijheid krijgt om binnen de wettelijk vastgelegde doelstellingen zelf keuzes te maken die niet vooraf aan goedkeuring door de Minister worden onderworpen. Gelet op de publieke belangen die de aangewezen persoon dient na te streven, en de verantwoordelijkheid die de Minister draagt voor die publieke belangen, moet de Minister desalniettemin in staat worden gesteld hier achteraf toezicht op te houden als de betrokken partij meent dat een opdracht van de aangewezen persoon niet rechtmatig is.

Tot slot is een bijzondere regeling van aansprakelijkheid voorzien: om te voorkomen dat de aangewezen persoon zich geremd voelt in het verstrekken van opdrachten in verband met persoonlijke aansprakelijkheid, is geregeld dat de aangewezen persoon niet aansprakelijk is voor schade ten gevolge van door hem verstrekte opdrachten. Tegelijkertijd is ook kenbaar gemaakt dat voor de aansprakelijkheid verbonden aan de opdrachten van deze aangewezen persoon, wel de staat kan worden aangesproken. Hiermee is voor belanghebbenden kenbaar dat ze niet met lege handen staan.

### **Artikel 33**

In dit artikel is een specifieke voorziening gegeven voor de vervanging van bestuursleden, die in het verlengde ligt van het waarborgen van de effectiviteit van de schorsing. De redenen die bij artikel 32 zijn toegelicht waarom en onder welke omstandigheden een persoon kan worden aangewezen en hij opdrachten kan geven, zijn ook bij de voorziening van artikel 33 van toepassing. Tegelijkertijd voorziet artikel 33 in een verdergaande bevoegdheid, omdat de Minister op grond van dit artikel ook kan besluiten om het bestuur of de leiding van de doelonderneming te laten vervangen door een aangewezen persoon (of personen). Deze bevoegdheid is uitdrukkelijk verbonden aan de risico's die een schorsing (zie artikel 30) kan opleveren voor een vitaal proces. Het is immers zeer goed denkbaar dat door de schorsing en door de verwevenheid van (het bestuur van) de doelonderneming met de verwerfer, er geen inzet meer wordt gepleegd op het waarborgen van de continuïteit van het vitaal proces (door bijvoorbeeld het afknippen van de noodzakelijke financiering, het uitstellen van bepaalde besluiten, et cetera). De bevoegdheden van een ingevolge artikel 32 aangewezen persoon, schieten dan tekort. Zijn taak is immers beperkt tot het geven van opdrachten die tot doel hebben de medewerking van de doelonderneming aan de schorsing te verzekeren. De maatregel van artikel 33 zal worden ingezet als er tijdens de schorsing sprake is van een risico op misbruik of uitval van de doelonderneming. Om te kunnen voorkomen dat dat risico zich realiseert, is het nodig daadwerkelijk onderdeel van het bestuur uit te maken. Het geven van opdrachten zoals de aangewezen persoon van artikel 32 doet, is in die situatie ontoereikend. Bij toepassing van deze bevoegdheid streeft de aangewezen persoon als bestuurder of leidinggevende de continuïteit van de doelonderneming en diens dienstverlening na en wordt hij primair

bestuurder of leidinggevende met de taken en bevoegdheden die het ondernemingsrecht aan die positie verbindt. Ook hier is er sprake van een tijdelijke maatregel, die eindigt op het moment dat de schorsing eindigt. De bevoegdheden van de artikelen 32 en 33 zijn geïnspireerd door de soortgelijke bevoegdheden in de artikelen 13a en 14 van de Elektriciteitswet 1998.

## **Hoofdstuk 5 Gegevensverwerking**

### **Artikel 34**

In dit artikel is de informatieverzameling in het kader van deze wet geregeld. In eerste instantie zal de Minister uitgaan van de informatie die door de meldingsplichtige bij de melding van de activiteit op grond van artikel 11, eerste lid, wordt gedaan. De meldingsplichtige dient hierbij het meldingsformulier in te vullen waardoor al heel veel relevante informatie bij de Minister bekend wordt. Het eerste en tweede lid van artikel 34 zijn opgenomen om te voldoen aan de vereisten van de algemene verordening gegevensbescherming zodat het doel van verwerking en in samenhang daarmee de noodzakelijke verwerkingen in het wetsvoorstel zijn vastgesteld (zie paragraaf 5.1.5 van de algemene toelichting). Vanaf het derde lid zijn twee soorten informatieverzameling geregeld, informatieverzameling onafhankelijk van de bij de activiteit betrokken partijen, en het vragen van (extra) informatie bij de betrokken partijen. De eerste vorm van informatieverzameling is noodzakelijk om de informatie die door de meldingsplichtigen is aangeleverd te verifiëren of aan te vullen. Deze vorm van informatieverzameling is essentieel omdat partijen die kwaad in de zin hebben naar verwachting juist onjuiste of onvolledige informatie zullen verstrekken. Het is daarom kwetsbaar om een beslissing te nemen alleen op basis van aangeleverde informatie. Het derde tot en met zesde lid zien op deze vorm van informatieverzameling. De tweede vorm van informatieverzameling ziet op het vragen van (extra) informatie bij de betrokken partijen.

De Minister maakt bij het verkrijgen van onafhankelijk van de meldingsplichtige aanwezige informatie in eerste instantie gebruik van de informatiebronnen opgenomen in het derde lid.

Een van de informatiebronnen waar de Minister gebruik van kan maken op grond van het derde lid is het handelsregister. De Minister wordt in de Handelsregisterwet 2007 aangewezen om het mogelijk te maken de gegevens uit het Handelsregister te rangschikken naar natuurlijke personen, zodat optimaal gebruik gemaakt kan worden van de gegevens uit het Handelsregister; zie hierover nader artikel 54 en de toelichting daarop.

Hiernaast kan de verantwoordelijke Minister gebruik maken van het kadaster. Bij een activiteit als bedoeld in artikel 2, onderdeel e, waarbij niet zozeer aandelen van een rechtspersoon worden verworven, maar de onderliggende fysieke vestiging van een onderneming, zoals het onroerend goed met opstallen, die als productielocatie dient voor een onderneming bevat het kadaster relevante informatie. Het gaat dan om het volgende:

- de voormalige en huidige eigenaar of eigenaren van de onroerende zaak, waarmee ook de identiteit van de verwerver (deels) in beeld komt;
- de waarde van de laatste transactie met betrekking tot de onroerende zaak, waarmee ook een indicatie wordt gegeven van de waarde van activiteit;
- de exacte omvang en begrenzing van de onroerende zaak, hetgeen ook een verdere indicatie geeft van de omvang en het voorwerp van de activiteit;

- de zekerheidsrechten, bijzondere rechten, erfpacht, et cetera, die op de onroerende zaak rusten, waarmee relevante informatie over de waarde, eigenaar, gebruiker en overige partijen die invloed kunnen hebben op de fysieke vestiging kan worden verschaft.

Ten derde is bepaald dat de Minister gebruik kan maken van overige openbare registers bij de wet ingesteld. Hierbij kan gedacht worden aan de Meldingenregisters AFM, het Register Trustkantoren het Centraal insolventieregister en het Centraal curatele- en bewindregister.

Ten slotte kan de Minister gebruik maken van openbare informatie. Dit kan van alles zijn, zoals jaarrekeningen en jaarverslagen en persberichten van ondernemingen, maar bijvoorbeeld ook berichtgeving in de media, die kan helpen bij het gerichter zoeken naar andere informatie.

In het vierde lid zijn de partijen opgesomd die desgevraagd alle informatie verstrekken die noodzakelijk is voor de uitvoering van deze wet. Het gaat hierbij om informatie die niet met voldoende zekerheid uit openbare gegevens en registraties als het handelsregister kan worden opgehaald. Deze informatie zal in hoofdzaak gebruikt worden om de volgende vragen te beantwoorden:

- Wat is de werkelijke identiteit van de verwerver?
- Wat is de waarde van de transactie en hoe wordt die gefinancierd? Dit kan ook helpen bij het achterhalen van de werkelijke identiteit van de verwerver.
- Wat is het werkelijke motief achter de activiteit?

Hierin is ook een vangnetbepaling opgenomen. Als op een later moment blijkt dat de lijst niet volledig is kan deze bij algemene maatregel van bestuur worden aangevuld. Dit gebeurt niet dan na voorafgaand overleg met de betrokken bestuursorganen, diensten, toezichthouders of andere personen om te kunnen wegen of er relevante gegevens zijn en er EU-rechtelijke of nationaalrechtelijke beperkingen zijn verbonden aan dergelijke gegevensverstrekking. De Minister zal de wet binnen vijf jaar na de inwerkingtreding evalueren (zie artikel 59). Ook de doeltreffendheid en de effecten van de informatieverzameling op grond van artikel 34 zullen hierin worden meegenomen. Dit kan aanleiding geven om de lijst aan te passen.

In het vijfde lid is bepaald dat de verantwoordelijke Minister voorts een schriftelijk verzoek om mededeling kan doen aan de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties of de Minister van Defensie, voor zover dit noodzakelijk is voor de uitvoering van de wet. In dat geval kunnen de diensten (AIVD en MIVD) de eigen systemen raadplegen teneinde te bezien of relevante informatie beschikbaar is en gedeeld kan worden. Aldus is kenbaar dat ook informatie van beide diensten kan worden betrokken bij de uitvoering van deze wet. Het betreft hier een verzoek om naslag en niet een verzoek van de verantwoordelijke Minister aan de dienst om een onderzoek te verrichten. De diensten zijn niet verplicht om aan een dergelijk verzoek gehoor te geven. Er kunnen immers redenen van nationale veiligheid zijn die aan een eventuele verstrekking in de weg staan. Met de inwerkingtreding van de Wiv 2017 op 1 mei 2018 is de naslagtaak van de diensten in artikel 8, tweede lid, onder f, en 10, tweede lid, onder g, van die wet geregeld. De gevallen waarin naslag kan worden gedaan, zijn limitatief opgesomd in de daarop gebaseerde Regeling naslag Wiv 2017. Daarin wordt bepaald welke persoon of instantie een verzoek om informatie kan doen en in welke gevallen. Deze regeling zal in verband met de in artikel 34, vijfde lid, van het wetsvoorstel voorziene mogelijkheid tot het verzoeken om informatie bij de diensten, worden aangevuld.

In het zesde lid is bepaald dat de notaris van tot zijn protocol behorende verklaringen van erfrecht, desgevraagd afschriften uitgeeft aan de Minister, voor zover dit noodzakelijk is voor de uitvoering van deze wet. In artikel 49b van de Wet op het notarisambt is bepaald dat de notaris

desverlangd afschriften uitgeeft van tot zijn protocol behorende verklaringen van erfrecht, aan degenen die daarbij belang hebben in verband met een rechtsverhouding waarin zij tot de erflater stonden. Artikel 34, zesde lid, is een aanvulling op deze verplichting, in het geval de Minister deze informatie nodig heeft voor de uitvoering van deze wet kan hij deze opvragen. Artikel 49b van de Wet op het notarisambt is van overeenkomstige toepassing verklaard omdat de inkadering in dit artikel dat de verplichting alleen dat gedeelte van de akte betreft dat betrekking heeft op feiten als bedoeld in artikel 188 van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek ook op artikel 34, zesde lid, van dit wetsvoorstel van toepassing is. Dat geldt ook voor de in artikel 49b opgenomen van overeenkomstige toepassing verklaring van artikel 49a van de Wet op het notarisambt. Dat de Minister deze informatie kan verkrijgen is noodzakelijk omdat er ook via een erfenis een overgang van zeggenschap of significante invloed kan optreden, wat leidt tot een op grond van artikel 2, onderdeel g, meldingsplichtige activiteit. In het negende lid is bepaald, dat de geheimhoudingsplicht die op grond van artikel 22 van de Wet op het notarisambt op de notaris en onder zijn verantwoordelijkheid werkzame personen rust, niet van toepassing is bij de naleving van de verplichting, bedoeld in het zesde lid. Voor zover de bovengenoemde informatie niet de benodigde gegevens oplevert, maakt de bevoegde Minister gebruik van de bevoegdheid, bedoeld in het zevende lid. Als de Minister op grond van dit lid om aanvullende informatie vraagt, dan wordt op grond van artikel 12, zevende lid, de beslistermijn in afwachting van die aanvullende informatie opgeschort. Dit is een bevoegdheid waarvan alleen gebruik gemaakt wordt als de verantwoordelijke Minister de benodigde gegevens niet op een andere wijze heeft kunnen achterhalen, zodat de administratieve lasten zo laag mogelijk gehouden worden.

In het achtste lid zijn andere informatieverplichtingen opgenomen voor de meldingsplichtige of een doelonderneming die na de uitvoering van een activiteit is ontstaan, die losstaan van een melding op grond van artikel 11, eerste lid. Het gaat hierbij om informatie die de Minister nodig heeft om te kunnen beoordelen of er een nieuwe melding moet worden gedaan op grond van artikel 17, tweede lid (is door een meldingsplichtige onjuiste of onvolledige informatie verstrekt en moet dit leiden tot een nieuwe melding). Hiernaast gaat het om informatie die de Minister nodig heeft om te kunnen beoordelen of er sprake is van een noodzaak tot heroverweging op grond van artikel 27.

De Minister mag niet zomaar gebruik maken van de bevoegdheid, opgenomen in het achtste lid. Ten eerste wordt, net als bij het zevende lid, alleen gebruik gemaakt van deze bevoegdheid als de verantwoordelijke Minister de benodigde gegevens niet op een andere wijze heeft kunnen achterhalen, zodat de administratieve lasten zo laag mogelijk gehouden worden. Ten tweede zijn enkele beperkingen opgenomen. Voordat extra informatie wordt opgevraagd op grond van het achtste lid, onderdeel a, moet een redelijk vermoeden zijn ontstaan bij de Minister dat iets niet in de haak is. Voordat de Minister extra informatie opvraagt op grond van het achtste lid, onderdeel b, moet overeenstemming bereikt zijn met de ministerraad over de heropening van het onderzoek.

In het tiende lid is opgenomen dat de gegevensverstrekking op basis van dit artikel kosteloos geschiedt. Een uitzondering wordt gemaakt voor de gegevens uit het handelsregister en het kadaster (derde lid, onderdelen a en b). Deze partijen mogen op basis van artikel 9, derde lid, van de Wet hergebruik overheidsinformatie jo. artikel 50, tweede lid, van de Handelsregisterwet 2007 en artikel 108, derde lid, van de Kadasterwet, kosten in rekening brengen.

In het elfde lid is bepaald dat de Minister van Economische Zaken en Klimaat verwerkingsverantwoordelijk is. De Minister van Economische Zaken en Klimaat is niet de enige die in het kader van deze wet persoonsgegevens zal verwerken. Er worden afspraken gemaakt over de wijze van

verwerking van persoonsgegevens, zodat deze op eenduidige wijze plaatsvindt, zowel door de verschillende bij de uitvoering van de wet betrokken Ministers als door de instanties die informatie verstrekken. Deze afspraken zullen worden weergegeven in een privacy impact assessment van de uitvoering.

In het twaalfde lid is een verwerkingsgrondslag opgenomen voor het delen van in het kader van dit wetsvoorstel verkregen persoonsgegevens met de andere bij de besluitvorming betrokken bewindspersonen.

In het dertiende veertiende lid zijn grondslagen opgenomen om nadere regels te stellen met betrekking tot de gegevens die op grond van dit artikel worden opgevraagd.

## **Artikel 35**

In dit artikel is bepaald dat de Minister, als na een melding als bedoeld in artikel 11, eerste of zesde lid, blijkt dat er onduidelijkheid bestaat over de eigendomsstructuur en -verhoudingen binnen een onderneming die verwerver is of een doelonderneming, hij kan vragen om een uittreksel uit het door de onderneming gehouden register met betrekking tot een recht op een aandeel. Het eerste lid is van toepassing op een verwerver, voor zover deze geen beursgenoteerde onderneming is, of de doelonderneming, voor zover deze geen beursgenoteerde doelonderneming is.

## **§ 6.1. Algemeen**

### **Artikel 36**

#### *bewaarder*

Het begrip bewaarder is in het wetsvoorstel gedefinieerd als een bewaarder in de zin van artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht. Zo'n bewaarder is een entiteit die als enige doel heeft het houden van de juridische eigendom van de activa van een beleggingsfonds of een beleggingsmaatschappij of van de juridische eigendom van de activa van een maatschappij of fonds voor collectieve belegging in effecten, al dan niet tezamen met het bewaren en administreren van deze effecten (zie in dit verband artikel 4:37j en artikel 4:44 van de Wet op het financieel toezicht). De in het wetsvoorstel gebruikte definitie houdt dus zowel rekening met de rol van de bewaarder bij een beleggingsinstelling als bij een icbe zoals gedefinieerd in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht. De bewaarder is de juridisch eigenaar van de aandelen van de uitgevende instelling, wat niet het geval is bij een centraal instituut, een buitenlandse instelling met een functie vergelijkbaar met die van een centraal instituut, een aangesloten instelling, intermediair, of instelling in het buitenland. Bij een onderzoek naar de identiteit van aandeelhouders op grond van artikel 38 van dit wetsvoorstel kan de bewaarder formeel worden geïdentificeerd als aandeelhouder. De bewaarder is echter niet de entiteit die de feitelijke beslissingen neemt over het stemgedrag en de omgang met het aandeelhouderschap in de doelonderneming: dat is de beheerder van de beleggingsinstelling of de icbe (zie artikel 5:45, zevende lid, van de Wet op het financieel toezicht).

#### *depot*

Het algemene begrip depot is in dit wetsvoorstel opgenomen en gedefinieerd als een rekening met een aandelenbelang of een rekening waarin een aandelenbelang tot uitdrukking komt die beroepsmatig en anders dan als aandeelhouder wordt geadministreerd of aangehouden. Onder dit begrip valt niet alleen het girodepot en het verzameldepot, het begrip omvat ook de effectenrekeningen van de instelling buiten de

Europese Economische Ruimte met een functie vergelijkbaar met die van centraal instituut en van de instelling in het buitenland. Om rekening te houden met de mogelijkheid dat de effectenrekeningen van een instelling in het buitenland op verschillende wijzen zijn vormgegeven, is in de definitie van depot ook de mogelijkheid opgenomen dat de effectenrekening niet zelf het aandelenbelang bevat, maar het instrument is waardoor een aandelenbelang is geregistreerd en waarin het aandelenbelang tot uitdrukking komt.

#### *instelling in het buitenland*

In het wetsvoorstel is rekening gehouden met de mogelijkheid dat de aandelen in de beursgenoteerde doelonderneming niet in Nederland ten name van cliënten via effectenrekeningen worden geadministreerd, maar door partijen in een ander land die een met de intermediair vergelijkbare functie vervullen. Het wetsvoorstel sluit daarom aan bij het begrip instelling in het buitenland zoals dat wordt gehanteerd in artikel 49a, onderdeel b, van de Wet giraal effectenverkeer. Een instelling in het buitenland is een instelling met een zetel in het buitenland waaraan het op grond van het op die instelling van toepassing zijnde recht is toegestaan ten name van cliënten rekeningen in effecten te administreren of aan te houden.

#### *partij in de bewaarketen*

In het giraal effectenverkeer zijn verschillende professionele partijen actief die effecten met een aandelenkarakter bewaren. De Wet giraal effectenverkeer bevat weliswaar al een definitie van het begrip bewaarketen, maar voorschriften in dit wetsvoorstel richten zich op afzonderlijke partijen in de bewaarketen. Gelet hierop is voor een afzonderlijke definitie van het begrip partij in de bewaarketen gekozen, waarbij voor zover passend is aangesloten bij begrippen die de Wet giraal effectenverkeer hanteert. De definitie noemt als partij in de bewaarketen «centraal instituut». Hiermee wordt bedoeld op centraal instituut als bedoeld in artikel 1 van de Wet giraal effectenverkeer, zoals blijkt uit de in dit wetsvoorstel gegeven definitie van dit begrip en de daarop gegeven toelichting. Daarnaast wordt als partij een aangesloten instelling als bedoeld in artikel 1 van de Wet giraal effectenverkeer genoemd. Dit is de rechtspersoon die als zodanig door een centraal instituut is toegelaten. Voorts wordt in de definitie een aangesloten instelling, beleggingsonderneming of bank in de zin van artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht aangehaald, waaraan het op grond van die wet is toegestaan beleggingsdiensten te verlenen respectievelijk het bedrijf van bank uit te oefenen en die in Nederland ten name van cliënten rekeningen in effecten administreert. Zij vormen tezamen het begrip «intermediair» in artikel 1 van de Wet giraal effectenverkeer. Een intermediair is dus een partij die in het effectenverkeer voor een ander effecten beheert via een effectenrekening. Het totaal van alle effecten van een uitgevende instelling dat door de desbetreffende intermediair wordt beheerd of geadministreerd, wordt in een verzameldepot gehouden. Het onderscheid tussen het begrip aangesloten instelling en intermediair is daarin gelegen dat een aangesloten instelling rechtstreeks deelgenoot is in een girodepot, terwijl een intermediair dat niet is, tenzij de intermediair zelf een aangesloten instelling is. De intermediair is deelgenoot in het verzameldepot van de aangesloten instelling. Vervolgens is het mogelijk dat een andere intermediair weer deelgenoot is in het verzameldepot van de voornoemde intermediair. Zo kan een gelaagde bewaarketen van effecten tot stand komen waarin diverse intermediairs trapsgewijs deelgenoot worden in een verzameldepot van een andere intermediair. Voor zover een intermediair niet ten name van cliënten een aandelenpakket beheert, maar voor eigen rekening

en risico het aandelenpakket aanhoudt, is de intermediair geen intermediair in de zin van de Wet giraal effectenverkeer, maar een aandeelhouder in de beursgenoteerde doelonderneming. Te onderscheiden van een intermediair is een bewaarder die als separaat begrip in het wetsvoorstel is gedefinieerd en toegelicht. Tot slot zijn er de instelling in het buitenland en de instelling buiten de Europese Economische Ruimte met een functie vergelijkbaar met die van centraal instituut. De verplichtingen die krachtens dit wetsvoorstel gelden voor het centraal instituut gelden ook voor daarmee vergelijkbare instellingen in geval van een beursnotering buiten de Europese Economische Ruimte. Hiermee wordt zeker gesteld dat de bewaarketen zich niet in enkel beperkt tot partijen binnen de EER maar dat ook partijen in derde landen worden meegenomen. Hiertoe is het begrip «instelling in het buitenland» in dit wetsvoorstel afzonderlijk gedefinieerd en toegelicht, waarbij ook een instelling in een derde land, want buiten de Europese Economische Ruimte, met een functie vergelijkbaar met die van centraal instituut als partij in de bewaarketen wordt gerekend.

## **§ 6.2. Meldplicht en openbaar bod**

### **Artikel 37**

Dit artikel beoogt het risico op marktmisbruik te voorkomen. In geval een voorgenomen activiteit betrekking heeft op een beursgenoteerde doelonderneming, is Verordening (EU) nr. 596/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende marktmisbruik en houdende intrekking van Richtlijn 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijnen 2003/124, 2003/125/EG en 2004/72/EG van de Commissie (PbEU 2014, L 173) (hierna: Verordening marktmisbruik) van toepassing. De beursgenoteerde doelonderneming heeft immers als uitgevende instelling financiële instrumenten uitgebracht door effecten met een aandelenkarakter uit te geven.

Op grond van de Verordening marktmisbruik geldt voor uitgevende instellingen (in dit geval de beursgenoteerde doelonderneming) zowel een verbod om te handelen met voorwetenschap (artikel 8), als een verbod om voorwetenschap wederrechtelijk aan een derde mede te delen (artikel 10). Ook hebben uitgevende instellingen de verplichting om voorwetenschap die op henzelf betrekking heeft zo snel mogelijk openbaar te maken. Bij wijze van uitzondering kan een uitgevende instelling in geval van een onderhandeling deze openbaarmaking op eigen verantwoordelijkheid uitstellen wanneer aan de drie cumulatieve voorwaarden uit artikel 17, vierde lid, Verordening marktmisbruik wordt voldaan. Strikt genomen zou dus een melding van een voorgenomen activiteit vooruitlopend op een openbaar bod door de beursgenoteerde doelonderneming aan de Minister kunnen plaatsvinden. De Minister is immers als bestuursorgaan onderworpen aan een geheimhoudingsplicht in het kader van de beoordeling krachtens dit wetsvoorstel van de voorgenomen transactie. Dit geldt ook voor de ambtenaren die deze besluiten voorbereiden (zie in dit verband artikel 2:5, eerste lid, van de Awb, artikel 9 van de Ambtenarenwet en artikel 272 van het Wetboek van Strafrecht).

Toch is ervoor gekozen om het risico op marktmisbruik te minimaliseren, door de meldingsverplichting pas te doen ingaan gelijktijdig met de aankondiging van het openbaar bod. Bij het voornemen van een openbaar bod, kan door de meldingsverplichting op grond van dit wetsvoorstel en de beoordelingstermijn die nodig is om de voorgenomen activiteit te beoordelen, zowel de groep personen die kennis heeft van het voornemen (en dus voorwetenschap heeft) als de tijd waarin deze voorwetenschap geheim moet blijven te groot worden met alle risico's van dien. Nu het openbaar bod zelf nog niet direct leidt tot een eigendomsoverdracht

– daar is immers uiteindelijk nog een gestanddoening voor nodig – en ook na het openbaar bod de Minister voldoende gelegenheid heeft om de voorgenomen activiteit te beoordelen, is met dit artikellid vastgelegd dat de melding gelijktijdig moet plaatsvinden met de aankondiging van het openbaar bod. Dit is een regeling die overeenkomt met een vrijwel gelijklopende bepaling uit de Telecommunicatiewet (zie artikel 14a.2, tweede lid, van de Telecommunicatiewet).

In dit wetsvoorstel wordt rekening gehouden met de specifieke kenmerken die gemoeid zijn bij een beursgenoteerde doelonderneming zoals het risico op marktmisbruik en de mogelijkheid dat een openbaar bod wordt uitgebracht op de aandelen van de beursgenoteerde doelonderneming. Voor wat betreft het inperken van het risico op marktmisbruik is bijvoorbeeld in het eerste lid voorzien dat de melding van de voorgenomen activiteit gelijktijdig plaatsvindt met de aankondiging van het openbaar bod. Dit omvat zowel de situatie waarin sprake is van een openbaar bod in de zin van artikel 5, eerste lid, Besluit Openbare Biddingen Wft door middel van een openbare mededeling als van een situatie waarbij de verwerver concrete informatie over de inhoud van het voorgenomen openbaar bod openbaar heeft gemaakt (het «vijandige bod») als bedoeld in artikel 5, tweede lid, Besluit Openbare Biddingen Wft. Hiermee wordt het startpunt van zowel de ex ante toetsing van de voorgenomen activiteit en het proces van een openbaar bod op elkaar afgestemd.

Het proces van de ex ante toetsing van de voorgenomen activiteit krachtens dit wetsvoorstel kan qua duur langer zijn dan het tijdvak tussen de aankondiging van een openbaar bod en de gestanddoening van dat bod. Voor de meeste openbare biddingen is dat niet problematisch, omdat aan het openbaar bod voorwaarden kunnen worden verbonden waarvan de verplichting tot het nakomen van het openbaar bod afhankelijk zal worden gesteld (zie artikel 5, eerste lid, en artikel 12, eerste lid, Besluit Openbare Biddingen Wft). De verwerver (en in voorkomend geval de betrokken doelonderneming) heeft dus de mogelijkheid om zelf als voorwaarde te bepalen dat een openbaar bod slechts gestand wordt gedaan als de vereiste goedkeuring krachtens dit wetsvoorstel is verkregen.

Voor een verplicht bod als bedoeld in artikel 5:70 van de Wet op het financieel toezicht is dit echter anders. Overeenkomstig artikel 24, eerste lid, van het Besluit Openbare Biddingen Wft kan de verwerver de gestanddoening van een verplicht bod niet afhankelijk van voorwaarden stellen. Om onzekerheid te voorkomen voor zowel de verwerver als de doelonderneming als de overige (minderheids-) aandeelhouders over de verplichting tot gestanddoening in relatie tot de ex ante toetsing zoals in dit wetsvoorstel geregeld, bepaalt het tweede lid, dat een verplicht bod niet gestand wordt gedaan voordat een mededeling is gedaan dat geen toetsingsbesluit nodig is of een toetsingsbesluit is genomen. Daarmee wordt voorkomen dat er een gestanddoening van het verplicht openbaar bod plaatsvindt terwijl er nog onzekerheid is of de transactie wel kan doorgaan. Ook bepaalt het tweede lid, dat een verplicht openbaar bod niet gestand gedaan kan worden indien deze activiteit naar het oordeel van de Minister leidt tot een risico voor de nationale veiligheid, dat niet in voldoende mate beperkt kan worden door eisen of voorschriften voorzien in artikel 23, eerste lid, en 24 van het wetsvoorstel. In een dergelijk geval kan het bod niet gestand worden gedaan omdat de voorgenomen transactie is verboden (artikel 25, derde lid, onderdeel a). Het verbieden van gestanddoening is beperkt tot alleen die gevallen waarin de Minister een transactie verbiedt. Daar waar de transactie wordt toegestaan of bij het toetsingsbesluit aan voorschriften is verbonden, is er geen goede reden om af te wijken van de hoofdregel dat een verplicht openbaar bod gestand gedaan moet worden. De verwerver heeft immers voldoende mogelijkheden om te voorkomen dat hij een verplicht bod moet

uitbrengen dat bij gestanddoening commercieel minder aantrekkelijk kan zijn geworden door bepaalde voorschriften die worden opgelegd bij het toetsingsbesluit. Bij een goedkeurende mededeling is dit des te meer het geval.

Een dergelijke wettelijke regeling valt binnen de regelgevende ruimte die de lidstaten wordt geboden in artikel 13, onderdeel e, van Richtlijn 2004/25/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende het openbaar overnamebod. Meer in het bijzonder is er sprake van het regelen van de verhouding tussen het proces van het verplicht openbaar bod en andere wettelijk voorgeschreven procedures die betrekking hebben op de verandering van zeggenschap en significante invloed (zie bijvoorbeeld de regeling van de verhouding tussen het openbaar bod en het concentratietoezicht in artikel 39 Mededingingswet en artikel 5:73, derde lid, van de Wet op het financieel toezicht). Er is niet gekozen voor een regeling zoals voorzien in artikel 39 Mededingingswet bij de samenloop van het openbaar bod met het concentratietoezicht, omdat deze regeling enerzijds de mogelijkheid opent dat zeggenschapsrechten kunnen worden uitgeoefend terwijl nog geen besluit genomen is (zie artikel 39, derde lid, Mededingingswet). Dat staat juist haaks op de doelstelling van het voorliggende wetsvoorstel. Anderzijds kan het toestaan van de gestanddoening van een bod vooruitlopend op een definitief toetsingsbesluit juist tot het ongewenste gevolg leiden dat zowel de minderheidsaandeelhouders als de beursgenoteerde doelonderneming in onzekerheid verkeren of de transactie wel definitief doorgang vindt. Immers bij een negatief besluit moet alles ongedaan worden gemaakt. Het wetsvoorstel kent deze methode al voor andere situaties, maar vanuit rechtszekerheidsoogpunt is het wenselijk om dit zo veel mogelijk in te perken. Een dergelijke benadering van ongedaanmaking achteraf staat namelijk haaks op het doel van het verplicht openbaar overnamebod. Nu dit vermeden kan worden door expliciet te regelen dat de gestanddoening pas is toegestaan nadat mededeling is gedaan dat geen toetsingsbesluit hoeft te worden genomen of een goedkeurend toetsingsbesluit met voorschriften is vastgesteld, wordt deze rechtsonzekerheid vermeden.

### **§ 6.3. Identiteitsonderzoek en -vaststelling**

#### **Artikel 38**

Indien er onduidelijkheid bestaat over de eigendomsstructuur en -verhoudingen binnen een beursgenoteerde verwerver of beursgenoteerde doelonderneming, kan onderzoek daarnaar voor meer duidelijkheid zorgen. Om die duidelijkheid te verkrijgen kan de Minister van Economische Zaken en Klimaat op grond van het eerste lid de verwerver of doelonderneming vragen een onderzoek in te stellen naar de identiteit van een houder van zeggenschap of significante invloed en de banden die deze heeft met derden. Bij het doen van een onderzoek geldt als uitgangspunt dat de onderneming die een onderzoek instelt naar de identiteit van een houder van zeggenschap of significante invloed overeenkomstig het eerste lid volgens de wettelijke verplichting niet verder hoeft te gaan dan redelijkerwijs van hem verwacht kan worden en met gebruikmaking van de middelen die een onderneming ter beschikking staan. Bij dit onderzoek moeten ook de van belang zijnde partijen in de bewaarketen (zoals intermediairs, aangesloten instellingen en centraal instituut) en depots in de bewaarketen worden geïdentificeerd. Indien de identiteit van de aandeelhouder bij dit onderzoek onverhoopt niet te achterhalen is, zal de onderneming in ieder geval zo veel mogelijk van de keten van het centraal instituut, via de aangewezen instelling en (een of meer) intermediairs naar de aandeelhouder in kaart moeten brengen. Degene die in het onderzoek als laatste persoon in die keten geïdentificeerd kan worden, wordt dan geacht verwerver te zijn en op grond van

het tweede lid voor de toepassing van dit wetsvoorstel als verwerver aangemerkt. Het verbod dat op grond van artikel 25, derde lid, wordt opgelegd, treft daarmee degene die is aangemerkt als de houder en eigenaar van het aandelenbelang in een beursgenoteerde doelonderneming. Dit wordt ook actief kenbaar gemaakt bij toepassing van relevante artikelen, zoals ingeval van een toetsingsbesluit of bij een verbod. Aangezien de identiteit van de degene of degenen waarvoor deze laatst geïdentificeerde persoon aandelen houdt niet bekend is, betreft dit het volledige aandelenbelang dat deze persoon houdt in de doelonderneming. Het verbod wordt vervolgens aan deze laatst geïdentificeerde persoon opgelegd. Indien de zeggenschap al bij deze persoon lag, zullen de zeggenschapsrechten die deze als laatste geïdentificeerde persoon namens de niet-geïdentificeerde werkelijke aandeelhouder(s) houdt, geschorst zijn (artikel 25, derde lid, en artikel 38, tweede en vijfde lid, juncto artikel 30). De laatst geïdentificeerde persoon krijgt vervolgens op grond van artikel 38, tweede en vijfde lid, juncto artikel 42 ook de last tot gedwongen verkoop opgelegd van het aandelenbelang indien het in strijd met het verbod op grond van artikel 25 wordt gehouden.

### *Medewerkingsverplichting*

Bij het verrichten van het onderzoek op grond van dit artikel beschikt de beursgenoteerde onderneming, verwerver of doelonderneming, over de bevoegdheden die de Wet giraal effectenverkeer kent, aangevuld met de kaders neergelegd in artikel 39, tweede lid. In artikel 38, derde lid, is een algemene medewerkingsverplichting neergelegd voor alle partijen in de bewaarketen van effecten die een rol kunnen hebben bij het identificeren van een aandeelhouder in een beursgenoteerde doelonderneming. Het gaat daarbij onder andere om het centraal instituut of een daarmee vergelijkbare buitenlandse instelling. Deze partijen vormen het startpunt van de bewaarketen en zijn formeel in het aandeelhoudersregister van de beursgenoteerde doelonderneming geregistreerd als aandeelhouder. Vervolgens worden bij deze instellingen de effecten geadministreerd die verdeeld zijn over de bij dit centraal instituut aangesloten instellingen. Het gaat bijvoorbeeld om grote zakenbanken die grote effectenrekeningen beheren. Ook deze partijen worden gedwongen medewerking te verlenen aan een onderzoek als bedoeld in het eerste lid. Bij deze aangesloten instellingen worden weer effectenrekeningen aangehouden door intermediairs zoals banken of effectenmakelaars. Ook kunnen instellingen in het buitenland een effectenrekening bij de aangesloten instelling aanhouden. Het gaat dan bijvoorbeeld om een in een derde land gevestigde vermogensbeheerder die ten behoeve van zijn cliënten effecten in de beursgenoteerde doelonderneming beheert. De medewerkingsverplichting vindt op grond van het vierde lid haar grenzen bij een instelling in een derde land waarvan de wetgeving zich tegen het verlenen van die medewerking verzet. In dat geval kan van die instelling redelijkerwijs geen medewerking verlangd worden. Afgezien hiervan, strekt de medewerkingsverplichting zich ook tot deze partijen uit, evenals tot de bewaarders die verantwoordelijk zijn voor het bewaren van en toezien op de activa in een beleggingsfonds of een fonds voor collectieve beleggingen in effecten. Bij een onderzoek naar de identiteit van aandeelhouders op grond van artikel 38, eerste lid, van dit wetsvoorstel zal de bewaarder formeel worden geïdentificeerd als aandeelhouder. De bewaarder is echter niet de entiteit die de feitelijke beslissingen neemt over het stemgedrag en de omgang met het aandeelhouderschap in de doelonderneming: dat is de beheerder van de beleggingsinstelling (zie de artikelen 4:37f en 5:45, zevende lid, van de Wet op het financieel toezicht). Het is daarom van belang, zoals de wetgever reeds met het vaststellen van artikel 49b, eerste lid, onderdeel d, van de Wet giraal effectenverkeer heeft onderkend, dat niet alleen de bewaarder, maar ook de beheerder

van de beleggingsinstelling wordt geïdentificeerd. Dat is de reden waarom het wetsvoorstel in artikel 38, derde lid, ook de bewaarder de verplichting oplegt om medewerking te verlenen aan het onderzoek, bedoeld in het eerste lid, zodat de beheerder ook bekend wordt.

## **Artikel 39**

Het onderzoek en de middelen die de doelonderneming voor het onderzoek kan inzetten, zijn wat betreft een beursgenoteerde doelonderneming afgeleid van de wettelijke regeling zoals neergelegd in hoofdstuk 3a van de Wet giraal effectenverkeer. Niet alle bepalingen van die wet zijn evenwel passend bij het onderzoek dat de beursgenoteerde doelonderneming op grond van artikel 38, eerste lid, moet instellen. Daarom zijn in het tweede lid expliciet de bepalingen van de Wet giraal effectenverkeer van overeenkomstige toepassing verklaard die de beursgenoteerde doelonderneming nodig heeft voor het onderzoek. Het tweede en derde lid van artikel 49b zijn niet van overeenkomstige toepassing verklaard, omdat deze de beursgenoteerde doelonderneming zouden hinderen in het uitvoeren van het op verzoek van de Minister te verrichten onderzoek. Het vijfde lid van artikel 49b van die wet is niet van overeenkomstige toepassing verklaard omdat het niet relevant is voor het onderzoek op grond van artikel 38, en het zevende lid is niet van overeenkomstige toepassing verklaard omdat publicatie van het feit dat een onderzoek is ingesteld in dit geval het onderzoek zou kunnen schaden. Tot slot is er voor gekozen om in afwijking van de geheimhoudingsverplichting in artikel 49d van de Wet giraal effectenverkeer, de resultaten van het onderzoek wel aan de Minister kenbaar te laten maken (tweede lid, onderdeel c). Het tweede lid, onderdeel a, bepaalt dat een uitgevende instelling in de zin van artikel 49a van de Wet giraal effectenverkeer ook een beursgenoteerde doelonderneming is. Hiermee wordt de bestaande definitie in de Wet giraal effectenverkeer die ziet op uitgevende instellingen waarvan de aandelen zijn toegelaten op een tot de Nederlandse markt toegelaten beurs of multilaterale handelsfaciliteit, uitgebreid en ziet deze definitie ook specifiek op de beursgenoteerde doelonderneming. Deze beursgenoteerde doelonderneming is ook een uitgevende instelling in de zin van de Wet giraal effectenverkeer, ook als aandelen zijn toegelaten op een gereglementeerde markt of multilaterale handelsfaciliteit in een ander land dan in Nederland. Een beursgenoteerde doelonderneming kan hierdoor ook de aandelen genoteerd hebben op een gereglementeerde markt in het buitenland, maar toch gebruik maken van de onderzoeksbevoegdheden die krachtens het tweede lid, van overeenkomstige toepassing zijn verklaard. Het is dus niet vereist dat de aandelen op een Nederlands handelsplatform worden verhandeld om als beursgenoteerde doelonderneming toch een onderzoek te kunnen instellen. Het tweede lid, onderdeel b, bepaalt dat een uitgevende instelling ook een bewaarder kan vragen om informatie over een beheerder van een beleggingsfonds of een fonds voor collectieve beleggingen. Hiermee wordt het begrip bewaarder zoals toegepast in artikel 49b, eerste lid, onderdeel d, van de Wet giraal effectenverkeer aangevuld en kan ook informatie worden verkregen over een beheerder van een fonds voor collectieve beleggingen. Het derde lid van artikel 39 biedt de Minister de mogelijkheid om bij ministeriële regeling regels te stellen met betrekking tot de wijze waarop een verzoek op grond van artikel 49b, eerste lid, van de Wet giraal effectenverkeer gelezen in samenhang met artikel 39, tweede lid, van dit wetsvoorstel wordt gedaan en de wijze waarop deze wordt beantwoord. Deze delegatiegrondslag is vergelijkbaar met de delegatiegrondslag opgenomen in artikel 49b, zevende lid, van de Wet giraal effectenverkeer. Nu het onderzoek zoals geregeld in eerste lid, onderdeel b, en tweede lid van artikel 39 op enkele fundamentele punten afwijkt van het onderzoek

geregeld in artikel 49b van de Wet giraal effectenverkeer is gekozen voor een eigen delegatiegrondslag.

#### **Artikel 40**

Indien gedurende het onderzoek naar de identiteit van een houder van zeggenschap of significante invloed een identiteit van iemand is vastgesteld die direct of indirect te herleiden is naar een registratie in het aandelenregister van de doelonderneming, betreft dit de tot dusver als laatste geïdentificeerde persoon. Het identiteitsonderzoek schuift door naar de volgende. Op grond van het eerste lid stelt de beursgenoteerde onderneming de tot dan toe als laatste geïdentificeerde persoon ervan op de hoogte tot dusver als laatste geïdentificeerd te zijn en dat hij, indien hij niet de verwerver is, wordt geacht dat te zijn en de daaraan verbonden zeggenschap of significante invloed in een beursgenoteerde onderneming uit te oefenen. Deze persoon die geacht wordt verwerver te zijn, kan zowel een natuurlijke persoon als rechtspersoon zijn. Het eerste lid stelt geen eisen aan de hoedanigheid van een persoon. Het kan een partij in de bewaarketen zijn, bijvoorbeeld een intermediair, die tevens deelgenoot is in een depot voor een aandelenbelang. Maar het kan ook gaan om een persoon die een partij in de bewaarketen is zonder ook zelf deelgenoot of cliënt te zijn of om een persoon die deelgenoot of cliënt is zonder ook zelf partij in de bewaarketen te zijn. De beursgenoteerde onderneming dient ongeacht de hoedanigheid van de persoon de tot dusver als laatste geïdentificeerde persoon te informeren over de gevolgen die verbonden kunnen zijn aan deze kwalificatie als laatste. Een toetsingsbesluit zal daarmee direct gevolgen voor deze persoon kunnen hebben, met in het alleruiterste geval zelfs de vervreemding van een aandelenbelang uit het depot door de beursgenoteerde doelonderneming. De tot dusver geïdentificeerde persoon moet van het risico hierop op de hoogte worden gesteld, zodat het belang voor die persoon om de identiteit van de volgende in de bewaarketen te achterhalen duidelijk is.

Als het inwinnen van informatie over de identiteit bij een partij binnen de bewaarketen vastloopt, is die partij tot dusver de als laatste geïdentificeerde. Het lukt in deze fase van het onderzoek dan niet langer om via een partij binnen de bewaarketen de identiteit te achterhalen van daar achterliggende betrokkenen, zoals deelgenoten in een depot of cliënten voor wie een aandelenbelang wordt bewaard, aangehouden of geadministreerd. In dat geval krijgt het onderzoek een vervolg waarvan de kern in het tweede lid is vastgelegd. Uit het tweede lid volgt de verplichting voor de beursgenoteerde onderneming een uiterste poging te doen de desbetreffende identiteitsgegevens van deelgenoten of cliënten *rechtstreeks van henzelf* te verkrijgen, hoewel de onderneming de identiteit van hen helemaal nog niet kent. Om deze ongerijmdheid tot verkrijging van informatie van een onbekende te doorbreken, regelt het voorgestelde tweede lid dat de beursgenoteerde onderneming het verzoek doet aan de tot dusver als laatste geïdentificeerde partij in de bewaarketen een bericht met een verzoek om informatie door te geleiden naar de deelgenoten in zijn depot of cliënten met een aandelenbelang in het gebruikte depot. Het betreft bijvoorbeeld een centraal instituut, intermediair of instelling in het buitenland die het bericht moet doorgeven aan zijn deelgenoten of cliënten. Hiermee hoeft deze partij in de bewaarketen enkel als boodschapper van het bericht te fungeren. Op die manier kan een deelgenoot of cliënt die een bericht ontvangt zelf aan de hand van de inhoud daarvan bepalen en afwegen of die de eigen identiteit tegenover de beursgenoteerde onderneming wenst te onthullen. De partij in de bewaarketen die als boodschapper fungeert, kan dit doen zonder het belang te schenden van zijn deelgenoot of cliënt de eigen identiteit niet prijs te geven. Indien een partij in de bewaarketen niet bereid zou zijn een bericht met een verzoek door te geven terwijl hij daartoe wel in staat is,

heeft de betrokken deelgenoot of cliënt zijn vertrouwen in de verkeerde partij in de bewaarketen gesteld of is in de opdrachtrelatie met die partij een afspraak gemaakt die er aan in de weg staat dat de deelgenoot of cliënt op de hoogte gesteld mag worden van een dergelijk bericht. In dat geval heeft die deelgenoot of cliënt het risico genomen dat een bericht hem niet zal bereiken. Aan het lopen van dit risico kunnen potentieel grote gevolgen verbonden zijn voor het aandelenbelang dat de deelgenoot of cliënt houdt doordat zijn identiteit onbekend blijft. In het belang van de nationale veiligheid kan een eventuele last, schorsing van uitoefening van rechten, vervreemding of terugbrenging van het aandelenbelang zich uitstrekken tot deze onbekende deelgenoot of cliënt. Indien namelijk is vastgesteld dat aan een activiteit met zeggenschap of significante invloed risico's voor de nationale veiligheid verbonden zijn, is het niet mogelijk bij de bescherming van de nationale veiligheid tevens rekening te houden met de belangen van de deelgenoten of cliënten van een partij in de bewaarketen als hun identiteit onbekend blijft. Het aandelenbelang in het depot waarvoor de verwerver of degene die dat geacht wordt te zijn deelgenoot is, kan namelijk niet worden afgezonderd van de andere deelgenoten zolang de identiteit van hen onbekend blijft. Het belang van de bescherming van nationale veiligheid weegt zwaarder dan het belang van de achterliggende deelgenoten of cliënten op onverkorte handhaving van hun rechten, indien zelfs na een uiterste inspanning zij niet rechtstreeks bereikt kunnen worden met een verzoek om hun identiteit prijs te geven ten dienste van hun eigen belang. Anders zouden nooit maatregelen tegen een geachte verwerver kunnen worden getroffen die direct of indirect te herleiden is tot de verwerver en waarbij is beoordeeld dat dit risico's voor de nationale veiligheid oplevert. Dit artikel waarborgt dat een uiterste inspanning zal worden geleverd om de identiteit van de verwerver te achterhalen.

In het voorgestelde derde lid wordt de in het door te geleiden bericht verzochte informatie genoemd, die voor het vaststellen van de identiteit van de deelgenoot of cliënt relevant is. De verzochte informatie is specifiek vastgelegd door verwijzing naar de voorschriften uit de Wet giraal effectenverkeer. Hierbij wordt onderscheid gemaakt naar informatie over een deelgenoot in een depot (girodepot) van een centraal instituut, over een deelgenoot in een depot (verzameldepot) van een intermediair en over een cliënt voor wie een instelling in het buitenland een aandelenbelang bewaart, administreert of aanhoudt. Bij deze laatstbedoelde instelling in het buitenland gaat het om buitenlandse tussenpersonen die voor cliënten een tegoed luidend in effecten aanhouden, maar die geen intermediair of aangesloten instelling in de zin van de Wet giraal effectenverkeer zijn. Een instelling in het buitenland is op grond van het op die instelling van toepassing zijnde (buitenlandse) recht toegestaan ten name van cliënten rekeningen in effecten te administreren of aan te houden. Hiermee geldt de doorzendplicht ook voor deze instellingen in het buitenland, inclusief die uit derde landen en ingevolge het derde lid, een instelling buiten de Europese Unie met een functie vergelijkbaar met die van centraal instituut. De doorgeleidingsplicht strekt zich niet uit tot ook een bewaarder bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht. Dit is niet nodig aangezien de bewaarder als eindpunt in de keten zit voor rekening en risico van bijvoorbeeld het beleggingsfonds. De bewaarder heeft als taak het bewaren van de activa van een beleggingsinstelling, zoals effecten. De bewaarder zorgt er ook voor dat bij de toe- en uittreding van deelnemers tot de beleggingsinstelling, de verkoop, uitgifte, inkoop, terugbetaling en intrekking van rechten van deelneming of aandelen in de beleggingsinstelling in overeenstemming zijn met de geldende wetgeving en het reglement of de statuten van de beleggingsinstelling. Opbrengsten van de beleggingsinstelling zoals dividend, worden in overeenstemming met de wetgeving en met het reglement of de statuten van de beleggingsinstelling aangewend. De bewaarder heeft dus

al de relevante informatie. Bovendien zijn niet de deelnemers in de beleggingsinstelling degenen die het beleid en stemgedrag van de beleggingsinstellingen bepalen ten aanzien van de effecten met een aandelenkarakter die door de beleggingsinstelling worden aangehouden: die rol wordt vervuld door de beheerder van de beleggingsinstelling die immers het portfolio van de beleggingsinstelling beheert. Wie deze beheerder is, kan de bewaarder ook in het kader van het onderzoek doorgeven. Er is namelijk hoe dan ook een contractuele relatie tussen de beheerder en de bewaarder.

Het vierde lid beschrijft welke elementen een door te geleiden bericht moet bevatten. Uit het vijfde lid volgt een verplichting voor de doelonderneming om de als laatste geïdentificeerde te informeren, indien die positie is verschoven naar een ander doordat het bericht dat is doorgeleid het gewenste effect heeft gesorteerd. Ook het zesde en zevende lid bevatten informatieverplichtingen.

#### **Artikel 41**

De beursgenoteerde onderneming is verplicht om met inachtneming van dit artikel te handelen ten aanzien van gegevens verkregen in reactie op een doorgeleid bericht over de identiteit van een achterliggende deelgenoot of cliënt. Het eerste lid bevat een opsomming van eisen waaraan de onderneming moet voldoen met betrekking tot te verwerken gegevens. Deze bepalingen strekken ook tot bescherming van gegevens anders dan persoonsgegevens waarop de algemene verordening gegevensbescherming rechtstreeks van toepassing is. Er geldt voor de doelonderneming een plicht tot geheimhouding waarop bij of krachtens wet geen uitzondering bestaat. Op grond van het eerste lid, onderdeel c, strekken de identificatiegegevens uitsluitend ter uitvoering van dit wetsvoorstel, zodat gebruik buiten dit doel niet is toegestaan. Voorts dient de beursgenoteerde onderneming zelf, door een daartoe bevoegde functionaris, de gegevens te ontvangen en kan daarvoor geen volmacht aan een derde worden gegeven. Het tweede lid bevat een correctierecht. Een correctierecht volgt reeds uit de algemene verordening gegevensbescherming, maar strekt zich hier tevens uit tot andere dan persoonsgegevens. Op grond van het derde lid worden bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels gesteld over de wijze van verwerking van de identificatiegegevens en over de bewaartermijnen.

#### **§ 6.4. Terugbrengen verboden zeggenschap of significante invloed**

##### **Artikel 42**

Bij het terugbrengen of beëindigen van de zeggenschap of significante invloed bij een activiteit die heeft plaatsgevonden via een effectenafwikkelingssysteem kan de verwerver verschillende dingen doen. Ofwel hij biedt de aandelen vrij aan op de effectenbeurs, wat er waarschijnlijk toe leidt dat ze zich zodanig verspreiden over verschillende aandeelhouders dat er geen sprake meer is van een meldingsplichtige partij, ofwel hij zoekt gericht naar een koper. In dit geval kan het zo zijn dat er opnieuw sprake is van een meldingsplichtige activiteit die getoetst moet worden. In het eerste lid van dit artikel is bepaald dat de Minister een redelijke termijn moet stellen waarbinnen de verwerver uitvoering moet geven aan de last. Wat een redelijke termijn is hangt af van de omstandigheden van het geval en deze termijn mag in ieder geval niet te kort zijn (zie paragraaf 5.2.2 van de algemene toelichting). Als de verwerver ervoor kiest om uitvoering te geven aan het eerste lid via een meldingsplichtige activiteit, moet Onze Minister hier bij het stellen van de termijn rekening mee houden of de termijn eventueel verlengen. De schorsing van rechten

blijft bestaan tot er niet meer in strijd met het verbod wordt gehandeld. De bevoegdheid voor een last tot het terugbrengen of beëindigen is zowel aanwezig voor situaties waarin ten tijde van de uitvoering al een verbodsbesluit gold als voor een verbod dat na uitvoering van de verwervingsactiviteit tot stand komt. Dit laatste kan zich in het geval van heropening bij veranderende omstandigheden voordoen (artikel 27) evenals bij enkele situaties waarop paragraaf 3.4 van het wetsvoorstel ziet. Het tweede tot en met vierde lid bevat enkele meer processuele voorschriften met betrekking tot de uitvoering van een last tot terugbrengen of beëindigen en op grond van het vijfde lid kunnen daarover nadere regels worden gesteld.

### **Artikel 43**

Het eerste lid bepaalt dat de beursgenoteerde doelonderneming bevoegd en bij uitsluiting onherroepelijk gemachtigd is om over te gaan tot vervreemding, indien de zeggenschap of significante invloed in die doelonderneming na verloop van de termijn uit artikel 42, eerste lid, niet overeenkomstig de last is teruggebracht. Het eerste lid, onderdeel a, legt een wettelijke volmacht neer bij de beursgenoteerde doelonderneming om namens de verwerver de aandelen te vervreemden of terug te brengen, welke volmacht niet afhankelijk is van de medewerking of bevestiging door de desbetreffende verwerver. Bij het terugbrengen van aandelen gaat het om het verminderen van een aandelenbelang. Met vervreemden wordt niet bedoeld op een reductie maar op het geheel niet meer beschikken over het volledige oorspronkelijke aandelenbelang, omdat het aandelenbelang als geheel wordt vervreemd. Een wettelijke volmacht die de bevoegdheid voor terugbrenging of vervreemding creëert kan niet worden ingetrokken en dient in het rechtsverkeer dan ook te worden geaccepteerd. Het zal voor de beursgenoteerde doelonderneming overigens in voorkomend geval noodzakelijk zijn om partijen in de bewaarketen te informeren over deze volmacht wanneer deze wordt ingeroepen en toegepast. Het eerste lid, onderdeel b, verbindt de onherroepelijke volmacht aan de verplichting voor de beursgenoteerde doelonderneming tot vervreemding of terugbrenging van het aandelenbelang over te gaan doordat de verwerver binnen de daarvoor gestelde redelijke termijn geen uitvoering aan de last heeft gegeven. Het tweede lid en de daarop volgende leden bevatten nadere voorschriften ter uitvoering van deze verplichting. Als de verwerver die de last niet heeft uitgevoerd deelgenoot is in een depot dan wel cliënt is van een bewaarder, dient de vervreemding of terugbrenging te worden uitgevoerd door de houder van dat depot of door die bewaarder. Hiertoe dient de beursgenoteerde doelonderneming een opdracht tot vervreemding of terugbrenging aan deze houder of bewaarder te verstrekken namens en voor rekening van de verwerver. Indien de desbetreffende deponthouder of bewaarder bijvoorbeeld in een derde land gevestigd is en zich niet gehouden acht uitvoering te geven aan de opdracht, volgt uit het derde lid dat de opdracht aan de volgende partij «hogerop» in de bewaarketen die een aandelenbelang in een depot houdt of bewaart voor de partij die geen medewerking verleende. Dit wordt herhaald totdat een partij in de bewaarketen wordt bereikt die uitvoering aan de opdracht geeft. De partij die medewerking verleent door uitvoering aan de opdracht te geven, vermindert de aandelen in het desbetreffende depot met een hoeveelheid waarvoor de verwerver met zijn aandelenbelang direct of indirect deelgenoot is in dat depot. Dit gebeurt alleen ten laste van de verwerver die direct of indirect deelgenoot is in het depot of cliënt is van een bewaarder. Dit en de verplichting tot het verlenen van medewerking volgt uit respectievelijk het vierde en vijfde lid. In het zesde lid is voorzien in een grondslag om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen over de termijn waarbinnen vervreemd kan worden door de beursgenoteerde

doelonderneming of de wijze waarop de opbrengst wordt verstrekt of ten bate komt van de verwerver van het aandeel of een andere rechthebbende. Zo is bijvoorbeeld voorzien dat er regels komen hoe om te gaan met de opbrengst van de verplichte verkoop indien de tegoeden van de voormalige verwerver zijn bevroren ten gevolge van sancties van de Verenigde Naties. Ook is voorzien dat er specifieke regels worden vastgesteld over hoe om te gaan met rechthebbenden. Het is bijvoorbeeld voorstelbaar dat de opbrengst niet aan de eigenaar moet worden overgedragen, maar aan degene die een pandrecht op de aandelen bezat.

#### **Artikel 44**

Op grond van het eerste lid heeft de beursgenoteerde doelonderneming de verplichting de Minister te informeren indien zich moeilijkheden voordoen bij de tenuitvoerlegging van de wettelijke verplichting neergelegd in artikel 43, tweede en derde lid. De situatie kan zich namelijk voordoen dat een financieel intermediair geen medewerking verleent of kan verlenen om de gedwongen verkoop feitelijk en effectief ten uitvoer te leggen. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien de financieel intermediair waarbij de verwerver van het aandelenbelang zijn effectenrekening aanhoudt, op grond van de toepasselijke wetgeving van het land waar de intermediair gevestigd is, niet rechtstreeks kan meewerken aan de gedwongen verkoop van het aandelenbelang door de doelonderneming. Indien die medewerking door alle opvolgende partijen in de bewaarketen is uitgebleven, blijft het voor de verwerver direct of indirect gehouden aandelenbelang bij de verwerver berusten. Om dit te doorbreken draagt de Minister in dat geval bij wijze van uiterste maatregel aan de beursgenoteerde doelonderneming op het eigen aandeelhoudersregister, bedoeld in artikel 85, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek aan te passen. Het tweede lid verplicht de Minister de doelonderneming op te dragen het aandelenbelang op naam van de verwerver in dat register in te schrijven onder evenredige vermindering van het aandelenbelang dat op naam van een centraal instituut of instelling buiten de Europese Unie met een functie vergelijkbaar met die van centraal instituut staat. Wijziging van het aandeelhoudersregister van de beursgenoteerde doelonderneming zal een voor de Nederlandse rechtsorde relatief effectief aangrijpingspunt zijn om vervreemding of terugbrenging te realiseren, aangezien de beursgenoteerde doelonderneming in Nederland gevestigd is. Uit het tweede lid, onderdeel c, volgt dat de doelonderneming aan het desbetreffende centraal instituut of de instelling buiten de Europese Economische Ruimte met een functie vergelijkbaar met die van centraal instituut verzoekt het door dat instituut of die instelling gehouden depot evenredig te verminderen met het tegoed dat overeenkomt met het aandelenbelang dat op naam van de verwerver is ingeschreven. Het derde lid bepaalt dat de beursgenoteerde doelonderneming bij het verzoek de identiteit van de verwerver en beschikbare gegevens van de eerstvolgende partij in de bewaarketen mededeelt. Het vijfde lid regelt vervolgens de verplichting voor opvolgende partijen in de bewaarketen het voor de verwerver in het depot aanwezige of bewaarde, geadministreerde of aangehouden aandelenbelang te verminderen met de hoeveelheid aandelen die op naam van de verwerver is gesteld. Deze partijen hebben zelf er ook belang bij om zoveel mogelijk aan deze vermindering medewerking te verlenen om te voorkomen dat andere deelgenoten of cliënten in het gehouden depot consequenties daarvan ondervinden. De gewijzigde inschrijving kan aan een ieder worden tegengeworpen in de bewaarketen en dit zorgt ervoor dat de beursgenoteerde doelonderneming rechtsgeldig de aandelen kan overdragen zonder dat andere (nieuwe) rechthebbenden zich daar tegen kunnen verzetten. De gewijzigde tenaamstelling stelt de doelonderneming in staat om te voldoen aan de verplichting tot vervreemding of terugbrenging van het aandelenbelang over te gaan.

### **Artikel 45**

Het eerste lid bevat een verplichting voor alle partijen in de bewaarketen om de effectieve tenuitvoerlegging van het verbod op de uitoefening van de rechten verbonden aan het aandeelhouderschap in een beursgenoteerde doelonderneming niet te ondermijnen door handelingen te verrichten waardoor een verwerfer of doelonderneming kan handelen in strijd met het verbod rechten of zeggenschap uit te oefenen. Deze verplichting ontstaat uiteraard alleen wanneer er in het specifieke geval sprake is van partijen in de bewaarketen en wanneer deze ook kennis hebben van het feit dat een verbod is opgelegd krachtens artikel 30 en aan wie. Zonder deze informatie kan hen geen verwijt worden gemaakt dat zij handelingen verrichten die de schorsing kunnen ondermijnen.

Voor een beursgenoteerde doelonderneming kan het noodzakelijk zijn dat ook alle partijen in de bewaarketen betrokken worden om de effectieve tenuitvoerlegging van de schorsing van zeggenschap of significante invloed over de doelonderneming mogelijk te maken. Op de beursgenoteerde doelonderneming berust op grond van het tweede lid de verplichting aan partijen in de bewaarketen, voor zover uiteraard bekend, te verzoeken een bericht door te geleiden naar de verwerfer. Dat bericht bevat voorgeschreven informatie inhoudende bepaalde contactgegevens en de mededeling dat hij is geschorst in al zijn rechten met uitzondering van bepaalde in het tweede lid, onderdeel b, genoemde rechten. Partijen in de bewaarketen dienen ingevolge het derde lid medewerking te verlenen aan deze doorgeleidingsplicht. In het vierde lid is een meldingsverplichting opgenomen voor de beursgenoteerde doelonderneming, indien deze geen of onvoldoende medewerking krijgt van een partij in de bewaarketen bij de doorgeleidingsplicht. De Minister kan in voorkomend geval besluiten medewerking af te dwingen via bestuurlijke boete of met behulp van bestuursdwang.

In het vijfde lid is voorzien in een delegatiegrondslag om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur een nadere invulling te kunnen geven aan de wijze waarop aan de schorsing op grond van artikel 31, eerste lid, gevolg moet worden gegeven. Deze grondslag biedt de mogelijkheid om zowel de doelonderneming als andere van belang zijnde partijen, zoals de partijen in de bewaarketen, verdere praktische voorschriften te geven hoe de schorsing feitelijk ten uitvoer te leggen.

## **Hoofdstuk 7. Toezicht en handhaving**

### **Artikelen 46 tot en met 50**

Het toezicht op de naleving van deze wet wordt uitgeoefend door de ambtenaren die de Minister op grond van artikel 46 heeft aangewezen als toezichthouders. Op grond van Titel 5.2 van de Awb beschikken deze ambtenaren over een aantal toezichtsbevoegdheden. Een van deze bevoegdheden is het betreden van plaatsen met uitzondering van woningen zonder toestemming van de bewoner (artikel 5:15 van de Awb). Een andere bevoegdheid die de toezichthouder heeft is het inzage vorderen in, kopiëren van en meenemen van zakelijke gegevens en bescheiden (artikel 5:17 van de Awb). In afwijking van artikel 5:15 van de Awb geeft het voorgestelde artikel aan toezichthoudende ambtenaren de bevoegdheid om een woning te doorzoeken zonder toestemming van de bewoner, voor zover dat redelijkerwijs noodzakelijk is voor de uitoefening van de in artikel 5:17 van de Awb bedoelde bevoegdheden. Deze bevoegdheid is nodig omdat zonder die bevoegdheid gegevens en bescheiden niet kunnen worden verkregen, indien deze bewust in een woonhuis worden bewaard. Ze zijn dan immers onbereikbaar bij

bedrijfsbezoeken en evenmin bereikbaar in de woning zolang de bewoner geen toestemming geeft om binnen te komen. De bevoegdheid een woning binnen te treden strekt zich niet uit tot alle medewerkers van een onderneming, maar tot de woning van de verwerver (als natuurlijke persoon) of de woning van een bestuurder, leidinggevende of sleutelfunctionaris van de verwerver of de doelonderneming. Ten slotte kan een woning binnengetreden worden indien deze op dezelfde locatie is gevestigd als de verwerver of de doelonderneming. In de artikelen 48 tot en met 50 zijn waarborgen opgenomen ter bescherming van degene wiens woning de toezichthouder wil betreden en doorzoeken. Alleen als er in uitzonderingsgevallen duidelijke aanwijzingen zijn dat relevante gegevens en bescheiden aanwezig zijn in een woning zal door een aangewezen ambtenaar als toezichthouder om het inzetten van deze zware bevoegdheid gemotiveerd worden verzocht bij de rechter-commissaris van de rechtbank Rotterdam. De rechter-commissaris zal het verzoek tot binnentreden en huiszoeking toetsen op de proportionaliteit van het verzoek (er moet aannemelijk gemaakt zijn dat de nationale veiligheid in het geding is) en op de subsidiariteit van het verzoek (er moet aannemelijk gemaakt worden dat het zonder de huiszoeking niet mogelijk is een toetsingsbesluit te kunnen nemen). Alleen met een machtiging van de rechter-commissaris kan een binnentreding met huiszoeking plaatsvinden. Die machtiging is ook vereist als die bij wijze van voorzorgsmaatregel wordt gevraagd. De toezichthouder zal in dat geval de voorwaarden in het verzoek moeten benoemen waaronder die machtiging werking krijgt en dit motiveren. Er zal aannemelijk gemaakt moeten worden dat er een gerede kans is dat een machtiging benodigd zal zijn en dat het verkrijgen van een machtiging geen uitstel kan dulden, zodra de voorwaarden zijn vervuld waaronder die machtiging werking krijgt. Ook de voorwaarden zelf zullen reëel moeten zijn. Hierbij kan de rechter-commissaris tevens een tijdsduur of voorwaarden verbinden aan de duur waarbinnen een toegewezen machtiging uiterlijk in werking moet treden bij gebreke waarvan die nimmer in werking zal treden. Zodra de machtiging werking krijgt, zal die dezelfde werkingsduur hebben als een verkregen machtiging die onmiddellijk in werking treedt. Op de binnentredingsbevoegdheid van een woning zijn op dit wetsvoorstel verdere specifiek toegesneden voorschriften van toepassing. De toepasselijkheid van de Algemene wet op het binnentreden is telkens uitgezonderd, voor zover dit wetsvoorstel in specifieke voorschriften voorziet. De Algemene wet op het binnentreden regelt bijvoorbeeld dat de machtiging uitsluitend kan worden gegeven aan degene die bij of krachtens de wet bevoegd is verklaard om zonder toestemming van de bewoners in een woning binnen te treden (artikel 4). Dit wetsvoorstel voorziet daarin. Ook is bijvoorbeeld uitdrukkelijk bepaald dat de rechter-commissaris die de machtiging heeft gegeven, degene die bevoegd is binnen te treden en tot doorzoeking gemachtigd is, kan vergezellen. Daarmee kan er geen misverstand over ontstaan dat de aanwezigheid van de rechter-commissaris zowel het binnentreden als de doorzoeking omvat. Na het binnentreden en doorzoeken dient een verslag te worden gemaakt omtrent de huiszoeking. Zie ook paragraaf 5.2.4 van de algemene toelichting over artikel 8 EVRM in relatie tot binnentreden van een woning.

## **Artikel 51**

Dit artikel geeft de Minister de mogelijkheid om bestuursrechtelijk te handhaven door middel van de inzet van de bestuurlijke boete en de last onder bestuursdwang.

In het eerste lid zijn de artikelen opgesomd waarbij de Minister bij overtreding zowel een bestuurlijke boete als een last onder bestuursdwang kan opleggen. Het betreft hier artikelen waarbij een last onder

dwangsom echt een toevoeging kan zijn om een overtreder te bewegen een bepaalde handeling alsnog te verrichten (zoals het doen van een melding op grond van artikel 16, tweede lid) en waarbij het wetsvoorstel zelf niet voorziet in verdergaande maatregelen als deze wordt overtreden. Zo is het bijvoorbeeld niet mogelijk een verwerper een last onder bestuursdwang op te leggen als deze geen gevolg geeft aan een opgelegde last op grond van artikel 28, tweede lid, omdat de Minister vervolgens zelf hierin kan voorzien op grond van artikel 29, eerste lid. Naar aanleiding van overtreding van de in het tweede lid genoemde artikelen kan de Minister alleen een bestuurlijke boete opleggen. In het derde lid is bepaald dat de bestuurlijke boete ten hoogste een geldboete van de zesde categorie of, indien de zesde categorie geen passende bestraffing toelaat, ten hoogste 10% van de omzet van de desbetreffende onderneming bedraagt. Uiteraard zal er altijd sprake moeten zijn van een proportionele boete, afhankelijk van de soort overtreding en de omstandigheden waaronder deze is begaan. Zie in dit kader ook hoofdstuk 9.2 van de algemene toelichting. Het vierde lid geeft een afwijkend regime voor overtredingen die zien op het niet naleven van de medewerkingsverplichtingen die in de desbetreffende artikelen zijn neergelegd voor de partijen in de bewaarketen van effecten in geval van een beursgenoteerde doelonderneming. De bestuurlijke boete kan in dit geval tot ten hoogste 10% van de omzet zijn van de groep waartoe de overtreder behoort.

## **Hoofdstuk 8. Wijziging van andere wetten**

### **Artikel 52**

In dit artikel wordt een wijziging van de Awb geregeld. Hiermee wordt bepaald dat een beroepsprocedure in het kader van deze wet plaatsvindt bij de rechtbank Rotterdam, en hoger beroep bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven. Dit is in lijn met de bevoegdheidsverdeling op grond van de Telecommunicatiewet (Wet ongewenste zeggenschap telecommunicatie).

### **Artikel 53**

De Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten moet nog in werking treden. Hierop vooruitlopend voorziet artikel 27, vijfde lid, in een tijdelijke regeling voor nadeelcompensatie bij herziening van een beoordeling als gevolg van een zwaarwegend risico voor de nationale veiligheid die bij voornoemde wet aansluit. Deze tijdelijke regeling vervalt zodra de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten in werking is getreden en als onderdeel van de Awb algemene werking heeft. Bij de inwerkingtreding van die wet is voorzien in bepalingen die regelen dat de rechtbank Rotterdam in beroep en het College voor het Bedrijfsleven in hoger beroep bevoegd blijven recht te spreken over een besluit betreffende nadeelcompensatie op grond van dit wetsvoorstel.

### **Artikel 54**

In de Wet van 26 juni 2019 tot wijziging van de Handelsregisterwet 2007 in verband met de evaluatie van die wet, alsmede regeling van enkele andere aan het handelsregister gerelateerde onderwerpen in het Burgerlijk Wetboek, de Handelsregisterwet 2007 en de Wet op de Kamer van Koophandel (Stb. 2019, 280) is een wijziging van artikel 28, derde lid, van de Handelsregisterwet 2007 opgenomen. De wijziging strekt ertoe de lijst die in dit artikellid is opgenomen te verplaatsen naar het Handelsregisterbesluit 2008. Echter, deze wijziging is nog niet in werking getreden.

De Minister van Economische Zaken en Klimaat maakt op grond van artikel 34, derde lid, voor de uitvoering van dit wetsvoorstel gebruik van gegevens uit onder meer het handelsregister. Het is essentieel dat de Minister van Economische Zaken en Klimaat nadat dit wetsvoorstel tot wet is verheven en in werking is getreden de mogelijkheid heeft de gegevens uit het handelsregister te rangschikken naar natuurlijke personen. Dit is noodzakelijk om bijvoorbeeld informatie te kunnen achterhalen die een aanknopingspunt bieden voor het verder kunnen onderzoeken van eigendomsstructuren van een verwerver om risico's voor de nationale veiligheid te kunnen vaststellen. Daarom wordt de Minister door middel van een wijziging van de Handelsregisterwet 2007 opgenomen in de lijst in artikel 28, derde lid, van die wet. Wanneer deze wijziging van de Handelsregisterwet 2007 in werking treedt en de lijst wordt overgeheveld naar het Handelsregisterbesluit 2008, zal ook de bevoegdheid voor de verantwoordelijke Minister worden overgeheveld.

#### **Artikel 55**

In dit artikel wordt geregeld dat ook in het kader van de toetsing op grond van hoofdstuk 14a van de Telecommunicatiewet (Wet ongewenste zeggenschap telecommunicatie) gebruik gemaakt kan worden van de informatievoorzieningsmogelijkheden die artikel 34 biedt. De investerings-toets onder de Telecommunicatiewet wordt ook uitgevoerd door het Bureau Toetsing Investerings en heeft als sectorspecifieke toets een met deze wet vergelijkbare doelstelling, namelijk de bescherming van een vitaal proces.

#### **Artikel 56**

Dit artikel bevat een technische reparatie van de Uitvoeringswet screeningsverordening buitenlandse directe investeringen. Een verzoek om naslag wordt gedaan aan de Minister van Binnenlandse Zaken of de Minister van Defensie, niet direct aan de veiligheidsdiensten.

#### **Artikel 57**

Dit artikel bevat een wijziging van de Wed. Door deze wijziging zijn overtredingen van de in dit onderdeel genoemde artikelen een economisch delict als bedoeld in artikel 1, onder 1°, van de Wed. Artikel 2, eerste lid, van de Wed regelt dat deze economische delicten misdrijven zijn voor zover zij opzettelijk zijn begaan. Voor zover deze economische delicten geen misdrijven zijn, zijn zij overtredingen. Uit artikel 6, eerste lid, onder 1°, van de Wed volgt dat de straf in geval van een misdrijf een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren, een taakstraf of een geldboete van de vijfde categorie is. Bij een overtreding bedraagt ingevolge artikel 6, eerste lid, onder 4°, van de Wed de sanctie hechtenis van ten hoogste een jaar, een taakstraf of een geldboete van de vierde categorie. Deze maximumstraffen zijn proportioneel omdat door het betreffende misdrijf of de overtreding er een risico voor de nationale veiligheid kan ontstaan waarbij de maatschappelijke ontwrichting groot kan zijn, in het bijzonder kan er grote economische, fysieke of sociaalmaatschappelijke schade ontstaan. De continuïteit en weerbaarheid van vitale processen kunnen bijvoorbeeld in gevaar komen, het democratisch proces kan verstoord raken of militaire goederen of goederen voor tweeërlei kunnen in verkeerde handen terecht komen en tegen de veiligheidsbelangen van de Staat gebruikt worden. Vanwege de potentieel ernstige gevolgen is het proportioneel om hier binnen de Wed aan te sluiten bij de zwaarste strafcategorie. Vanzelfsprekend gaat het hier om maximumstraffen. Van geval tot geval zal bepaald moeten worden of de hoogte van de opgelegde sanctie evenredig is met de gepleegde overtreding.

Zie voor verdere uitleg paragraaf 9.2 van het algemeen deel van de toelichting.

## **Hoofdstuk 9. Slotbepalingen**

### **Artikel 58**

Op 2 juni 2020 is door de Minister van Economische Zaken en Klimaat het voornemen meegedeeld om een peildatum op te nemen in het wetsvoorstel en daarmee een deel van het wettelijke kader voor het stelsel van investeringstoetsing met terugwerkende kracht in te voeren. Vervolgens werd op 8 september 2020 het ontwerp voor een wetsvoorstel inclusief memorie van toelichting voor consultatie via internet openbaar. De in artikel 58 genoemde peildatum van 8 september 2020 is hieraan ontleend. In hoofdstuk 13 van het algemeen deel van de memorie van toelichting is daarop nader ingegaan. Als uitgangspunt geldt dat aan belastende regelingen, behoudens uitzonderingsgevallen, geen terugwerkende kracht wordt verleend. De bescherming van de nationale veiligheid, tegen de achtergrond van COVID-19, kan worden bestempeld als een gerechtvaardigd uitzonderingsgeval, zoals in hoofdstuk 13 nader is toegelicht. Omwille van de rechtszekerheid voor ondernemingen waarop het wetsvoorstel van toepassing is, is bepaald dat het wetsvoorstel maximaal tot en met 8 maanden na inwerkingtreding van het wetsvoorstel kan terug werken tot 8 september 2020. De terugwerkende kracht was voor partijen kenbaar doordat dit per brief van 2 juni 2020 is gecommuniceerd aan de Tweede Kamer (Kamerstukken II 2019/20, 30 821, nr. 113), waarbij de in die brief genoemde oorspronkelijke peildatum van 2 juni 2020 ten gunste van de doelondernemingen die onder het toepassingsbereik van dit wetsvoorstel vallen is verschoven naar de latere peildatum van 8 september 2020.

### **Artikel 59**

Zie hoofdstuk 11 van het algemeen deel van de memorie van toelichting.

De Minister van Economische Zaken en Klimaat,  
S.A. Blok