

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 investeringen, fusies en overnames)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 10 februari 2021 en het nader rapport d.d. 28 juni 2021, aangeboden aan de Koning door de Minister van Economische Zaken en Klimaat, mede namens de Minister van Justitie en Veiligheid. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 22 december 2020, nr. 2020002646, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 10 februari 2021, nr. W18.20.0499/IV, bied ik U hierbij aan.

In dit nader rapport is het advies van de Afdeling opgenomen in de vorm van gecursiveerde tekst. Op de aanbevelingen van de Afdeling die volgen op de inleidende beschouwingen en de beschrijving van het voorstel geef ik, mede namens de Minister van Justitie en Veiligheid, een reactie.

Bij Kabinetsmissive van 22 december 2020, no. 2020002646, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Economische Zaken en Klimaat, mede namens de Minister van Justitie en Veiligheid, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende regels tot invoering van een toets betreffende activiteiten die een risico kunnen vormen voor de nationale veiligheid gezien het effect hiervan op vitale aanbieders, ondernemingen die van wezenlijk belang zijn voor vitale processen of actief zijn op het gebied van sensitieve technologie (Wet veiligheidstoets investeringen, fusies en overnames), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel strekt ertoe een toets in te voeren op activiteiten die leiden tot wijzigingen in de zeggenschap over of invloed op vitale

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

aanbieders, bepaalde toeleveranciers van vitale aanbieders of ondernemingen die beschikken over sensitieve technologie. Dit ter bescherming van de nationale veiligheid.

De Afdeling advisering van de Raad van State onderkent dat wijzigingen in de zeggenschap over of invloed op ondernemingen risico's met zich kunnen brengen voor de nationale veiligheid wanneer dit bijvoorbeeld ondernemingen betreft die een vitale infrastructuur beheren of die hoogwaardige technologie ontwikkelen die raakt aan de nationale veiligheid. De Afdeling begrijpt dan ook, mede in het licht van de EU-verordening 2019/452 inzake de vaststelling van een kader voor de screening van buitenlandse directe investeringen in de Unie (hierna: de «BDI-screeningsverordening»),² de wens van de regering te komen tot een stelsel dat erop is gericht dergelijke wijzigingen in de zeggenschap van dergelijke ondernemingen op deze risico's te toetsen.

Dit neemt niet weg dat een dergelijke regeling, ook indien deze zich richt op de bescherming van de nationale veiligheid, moet voldoen aan het legaliteitsbeginsel en de beginselen van zorgvuldigheid, rechtszekerheid en evenredigheid. Dit ook met het oog op het investeringsklimaat. Het wetsvoorstel schiet hierin te kort. De probleemomschrijving is zeer beperkt. Een grondige analyse van de verschillende specifieke risico's die het voorstel beoogt te adresseren en welke maatregelen voor welke risico's adequaat worden geacht ontbreekt.

Het wetsvoorstel voorziet in een veelheid aan uiteenlopende instrumenten, in de vorm van eisen en voorschriften, maar bij welk risico welke maatregel passend is, wordt in het voorstel niet geregeld. Hierdoor is voor betrokken partijen, zijnde investeerders en doelondernemingen, vooraf onvoldoende duidelijk wanneer welke maatregel kan worden verwacht. Deze rechtsonzekerheid roept niet alleen juridische vragen op, zoals de verhouding tot het hoger recht, maar kan ook het investerings- en vestigingsklimaat schaden. Aanvullend wijst de Afdeling op de gevolgen van deze rechtsonzekerheid voor de praktijk en uitvoering.

Gelet op het voorgaande is het wetsvoorstel in deze vorm niet geschikt om de beoogde doelen op adequate en evenwichtige wijze te bereiken. In verband hiermee dient het wetsvoorstel nader te worden overwogen.

1. Beschrijving van het voorstel

a. Achtergronden

Dit voorstel volgt op aankondigingen van het kabinet³ en de in 2019 aangenomen BDI-screeningsverordening.⁴ De BDI-screeningsverordening verplicht lidstaten niet tot het instellen van screeningsmechanismen, maar heeft tot doel samenwerking te bewerkstelligen tussen de lidstaten en de Europese Commissie bij directe investeringen uit derde landen die een gevaar kunnen vormen voor de nationale veiligheid. Ook omvat de verordening een kader waaraan nationale screeningsmechanismen dienen te voldoen. In maart 2020 verstrekte de Europese Commissie, als onderdeel van de respons op de Covid-19-crisis, richtsnoeren waarin alle

² 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.

³ Zie Kamerstukken II 2018/19, 30 821, nr.72, Kamerstukken II 2019/20, 30 821, nr. 97, Kamerstukken II 2019/20, 30 821, nr. 101, Kamerstukken II 2019/20, 30 821, nr. 113.

⁴ 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.

*lidstaten opgeroepen worden om een volwaardig screeningmechanisme op te zetten en om te zorgen voor een sterke EU-brede aanpak van de screening van buitenlandse investeringen in deze tijd van volksgezondheids crisis en de daarmee samenhangende economische kwetsbaarheid.*⁵

b. Beschrijving van de voorgestelde veiligheidstoetsing

*Met het voorstel wordt voorzien in een toets voor «activiteiten» die leiden tot wijzigingen in de zeggenschap over of invloed op vitale aanbieders, bepaalde toeleveranciers van vitale aanbieders of ondernemingen die beschikken over sensitieve technologie.*⁶

Bij activiteiten gaat het om handelingen die er – kort gezegd – toe leiden dat zeggenschap of significante invloed op een onderneming wordt verkregen, zoals investeringen, fusies en het verwerven van vermogensbestanddelen.⁷ Met de investeringstoets wordt beoogd risico's voor de nationale veiligheid als gevolg van bepaalde activiteiten te beheersen. Het gaat daarbij om risico's van 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. Het voorstel gaat uit van samenhang met sectorale wetgeving, waarin een specifieke toetsing op risico's voor de nationale veiligheid is geregeld.⁸ De voorgestelde investeringstoets is niet van toepassing indien op de activiteit een specifieke toets uit hoofde van nationale veiligheid van toepassing is.⁹

Ieder voornemen om activiteiten die binnen de reikwijdte van het voorstel vallen uit te voeren, dient te worden gemeld bij de Minister van Economische Zaken en Klimaat (EZK). Of een voorgenomen activiteit kan leiden tot een risico voor de nationale veiligheid, toetst de Minister vervolgens aan de hand van in het voorstel opgenomen factoren.¹⁰ Bij algemene maatregel van bestuur kunnen factoren worden aangewezen die eveneens bij de beoordeling worden betrokken.¹¹

Op basis van de beoordelingscriteria wordt een risicoanalyse van de gemelde activiteit gemaakt. Als uit een risicoanalyse naar voren komt dat er geen risico's voor de nationale veiligheid aan de activiteit zijn verbonden, wordt aan degene die heeft gemeld de mededeling gedaan dat de activiteit is toegelaten. Indien uit een risicoanalyse blijkt dat een activiteit kan leiden tot een risico voor de nationale veiligheid, is een toetsingsbesluit nodig.¹² In een toetsingsbesluit kan de Minister een activiteit toestaan of verbieden. Indien een risico voor de nationale veiligheid dreigt, is de Minister bevoegd om aan het verkrijgen of houden van zeggenschap of significante invloed eisen te stellen of voorschriften op te leggen.¹³

⁵ Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren voor de lidstaten betreffende buitenlandse directe investeringen en vrij verkeer van kapitaal uit derde landen en de bescherming van de strategische activa van Europa, in afwachting van de toepassing van Verordening (EU) 2019/452 («de BDI-screeningsverordening») (PbEU 2020, L 99/I, p. 1).

⁶ «Doelondernemingen» in de zin van het voorstel.

⁷ Artikel 2, voorstel.

⁸ Zoals vastgelegd in de Elektriciteitswet 1998, Gaswet en de Telecommunicatiewet (Wet ongewenste zeggenschap telecommunicatie).

⁹ Artikel 2, tweede lid, onderdeel b, voorstel.

¹⁰ Artikel 7, voorstel.

¹¹ Artikel 7, vierde lid, voorstel.

¹² Artikel 6, voorstel.

¹³ Artikel 8, voorstel.

Indien de Minister een activiteit heeft toegestaan, kan de Minister, indien nadien feiten bekend worden waardoor sprake is van een zwaarwegend risico voor de nationale veiligheid, de zaak heropenen. In dat geval wordt dezelfde activiteit opnieuw aan toetsing onderworpen.¹⁴

Het wetsvoorstel voorziet in een aantal voorzieningen in geval de meldplicht niet of niet tijdig wordt nagekomen, zoals een directe schorsing van alle rechten die de verwerver heeft verkregen door de activiteit,¹⁵ de mogelijkheid voor de Minister om meldingsplichtigen te gelasten alsnog melding te doen¹⁶ en het aanwijzen van een of meer personen die opdrachten kunnen verstrekken om het feitelijke effect van de schorsing te bewerkstelligen.¹⁷ Ten aanzien van vitale aanbieders en ondernemingen die van wezenlijk belang zijn voor de continuïteit en weerbaarheid van vitale processen kan de Minister ook nog een of meer personen aanwijzen die de leiding van de doelonderneming overnemen.¹⁸ Bij overtreding van de meldplicht en de daaraan verbonden noodzakelijke voorafgaande toetsing kan een bestuurlijke boete kan worden opgelegd.¹⁹

Een meldingsplichtige die onjuiste of onvolledige informatie heeft verstrekt kan door de Minister worden gelast binnen een redelijke termijn opnieuw een melding te doen.²⁰ Indien de Minister overgaat tot herbeoordeling van de activiteit wordt de verwerver geschorst in zijn rechten.²¹ In geval van niet-nakoming van een toetsingsbesluit en de daaraan verbonden voorschriften omvat het voorstel verschillende voorzieningen en kan de Minister de betrokken partijen gelasten binnen een redelijke termijn hier alsnog aan te voldoen.²²

Indien na verloop van deze termijn niet aan de vereisten wordt voldaan, kan de Minister andere eisen of andere voorschriften opleggen en alsnog de activiteit verbieden.²³ In dat laatste geval zal de activiteit moeten worden teruggedraaid. Daartoe voorziet het voorstel in een nietigheids-sanctie voor investeringen.²⁴ Bij andere activiteiten dan investeringen 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, of de rechter verzoeken om vernietiging.²⁵

Voor het geval betrokken partijen niet overgaan tot het ongedaan maken van de activiteit is de Minister 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.²⁶ Ten aanzien van beursgenoteerde ondernemingen bevat het wetsvoorstel voorschriften die de doelonderneming machtigen en verplichten het aandelenbelang namens en voor rekening van de verwerver terug te brengen.²⁷ In het uiterste geval kan de Minister de

¹⁴ Artikel 10, voorstel.

¹⁵ Artikel 15, eerste lid, voorstel.

¹⁶ Artikel 9, eerste lid, voorstel.

¹⁷ Artikel 17, voorstel.

¹⁸ Artikel 18, voorstel.

¹⁹ Artikel 30, tweede lid, voorstel.

²⁰ Artikel 9, derde lid, voorstel.

²¹ Artikel 15, eerste lid, aanhef en onderdeel e, voorstel.

²² Artikel 8, vijfde lid, voorstel.

²³ Artikel 8, zesde lid, onderdeel b, voorstel.

²⁴ Artikel 11, eerste lid, voorstel, voor zo ver zij niet via een effectenafwikkelingssysteem verlopen.

²⁵ Artikel 11, derde en vierde lid, voorstel.

²⁶ Artikel 12, eerste lid, voorstel.

²⁷ Artikel 13, eerste lid, voorstel.

beursgenoteerde doelonderneming verplichten aan het centraal instituut²⁸ de opdracht te verstrekken het aandelenbelang, waarvoor de verwerver direct of indirect deelgenoot is, in een depot van dat instituut of die instelling met uitsluiting van anderen te leveren aan de verwerver op de wijze als in het wetsvoorstel is vastgelegd.²⁹

Op grond van het voorstel is zowel het verstrekken van onjuiste informatie als niet-nakoming van een toetsingsbesluit en de daaraan verbonden voorschriften een economisch delict.³⁰ Ook kan de Minister in die gevallen een bestuurlijke boete opleggen.³¹ Het verstrekken van onjuiste informatie kan onder omstandigheden ook leiden tot het delict van valsheid in geschrifte.³² Ook voorziet het voorstel in de uitzonderlijke bevoegdheden tot binnentreden en doorzoeking in een woning zonder toestemming van de bewoner.³³

Een deel van het wettelijke kader voor het stelsel van investeringstoetsing wordt met terugwerkende kracht ingevoerd vanaf de formele peildatum 2 juni 2020.³⁴ Dit betekent dat activiteiten na inwerkingtreding van de wet, die vanaf 2 juni 2020 zijn gedaan, met terugwerkende kracht getoetst kunnen worden wanneer daar uit oogpunt van de bescherming van de nationale veiligheid aanleiding voor is.

2. Kernboodschap

De Afdeling onderkent dat wijzigingen in de zeggenschap over of invloed op ondernemingen risico's met zich kunnen brengen voor de nationale veiligheid wanneer dit bijvoorbeeld ondernemingen betreft die een vitale infrastructuur beheren of die hoogwaardige technologie ontwikkelen die raakt aan de nationale veiligheid. De Afdeling begrijpt dan ook, mede in het licht van de BDI-screeningsverordening, de wens van de regering te komen tot een stelsel dat erop is gericht dergelijke wijzigingen in de zeggenschap van dergelijke ondernemingen op deze risico's te toetsen.

Dit neemt niet weg dat een dergelijke regeling, ook indien deze zich richt op de bescherming van de nationale veiligheid, moet voldoen aan het legaliteitsbeginsel en de beginselen van zorgvuldigheid, rechtszekerheid en evenredigheid. Dit betekent dat van wezenlijk belang is dat de regeling duidelijk maakt welke veiligheidsrisico's deze beoogt te adresseren en welke maatregelen in welke situatie kunnen worden getroffen. Voor de praktijk is van belang dat een dergelijke regeling niet alleen duidelijk bepaalt welke procedureregels gelden en welke eisen en voorschriften aan een goedkeuring kunnen worden verbonden, maar ook dat deze procedure, eisen en voorschriften helder zijn en eenvoudig zijn toe te passen. Deze randvoorwaarden gelden te meer bij een regeling, als de onderhavige, die een veelheid aan risico's beoogt te adresseren en waarvan de gevolgen in de praktijk, en daarmee ook voor het investeringsklimaat, ingrijpend kunnen zijn. Het wetsvoorstel schiet hierin tekort.

De toelichting dient een grondige analyse te bevatten van de verschillende specifieke risico's die het wetsvoorstel beoogt te adresseren en welke maatregelen voor welke risico's adequaat worden geacht. De toelichting bij het voorstel bevat evenwel een beperkte probleemom-

²⁸ Of de instelling buiten de Europese Unie met een functie vergelijkbaar met die van centraal instituut.

²⁹ Artikel 14, voorstel.

³⁰ Artikel 35 voorstel.

³¹ Artikel 30, eerste lid, voorstel.

³² Artikel 225 Wetboek van Strafrecht.

³³ Artikelen 26 tot en met 29 voorstel.

³⁴ Artikel 36, voorstel.

schrijving en is summier wat betreft de beoogde (sub)doelen in relatie tot de geconstateerde problemen.

Slechts in algemene termen wordt een aantal (mondiale) ontwikkelingen geschetst, die qua aard en dreiging sterk verschillen. Zo ziet het voorstel niet alleen op de risico's van investeringen vanuit bepaalde staten, maar ook op investeringen met middelen die uit criminele activiteiten zijn verkregen. Bovendien wordt in het voorstel de problematiek van de bescherming van vitale sectoren op gelijke wijze geadresseerd als die van toeleveranciers, alsook die van bedrijven die zich bezig houden met sensitieve technologie. Het gaat daarbij echter om afzonderlijke vraagstukken, waarvoor verschillende oplossingen nodig zijn om gesignaleerde risico's te beheersen of te beperken.

Het wetsvoorstel richt zich voorts niet alleen op een veelheid aan uiteenlopende risico's, maar voorziet ook in een veelheid aan uiteenlopende maatregelen, in de vorm van eisen en voorschriften. Bij welk risico welke maatregel passend is, wordt in het voorstel echter niet geregeld.

Dit acht de Afdeling problematisch. Hierdoor is voor betrokkenen partijen, zijnde investeerders en doelondernemingen, vooraf onvoldoende duidelijk wanneer welke maatregel kan worden verwacht en welk risico daarmee in het geding is. Evenmin wordt in de toelichting ingegaan hoe deze maatregelen in het voorstel (eigenstandig) bijdragen aan de gestelde doelen.³⁵ Daarmee is onvoldoende zeker dat de voorgestelde regeling werkelijk zal leiden tot het voorkomen of verminderen van deze risico's. Ook is onduidelijk of er minder bezwarende alternatieven voorhanden zijn, en of de lasten van de voorgestelde regeling gerechtvaardigd worden door de ernst van het probleem.³⁶

Dit creëert een rechtsonzekerheid voor de betrokken partijen, die bovendien wordt vergroot, doordat de uitwerking van verschillende kernelementen van het voorstel wordt gedelegeerd naar lagere regelgeving. Deze rechtsonzekerheid heeft gevolgen voor de praktijk, zoals de Afdeling hierna, in paragrafen 3 en 4 nader zal toelichten. Dit roept niet alleen juridische vragen op, zoals de verhouding van de toepassing van het systeem in de praktijk tot het hoger recht (zie daarover paragraaf 5), maar rechtsonzekerheid kan ook het investerings- en vestigingsklimaat schaden. Zoals in de toelichting wordt onderkend is daarvoor essentieel dat een investeringstoets proportioneel is, een zo beperkt mogelijke reikwijdte kent,³⁷ met lage administratieve lasten en korte doorlooptijden. Anders dan in de toelichting opgemerkt, is de Afdeling van oordeel dat daaraan niet wordt voldaan.

De Afdeling acht het daarom wenselijk dat meer duidelijkheid wordt gegeven welke maatregelen (of categorieën maatregelen) in welke situatie en bij welk risico mogelijk kunnen worden getroffen en ten aanzien van welke ondernemingen die maatregelen kunnen worden getroffen. Dit impliceert ook een meer sectorale aanpak.

Gelet op het voorgaande, adviseert de Afdeling het voorstel te heroverwegen en eerst grondig te bepalen en toe te lichten welke doelen met het voorstel worden nagestreefd en welke maatregelen per doel daarbij passend zijn. Met het oog op deze heroverweging vraagt de Afdeling in

³⁵ Aanwijzing 4.43 – Inhoud toelichting van de Aanwijzingen voor de regelgeving als in het integraal afwegingskader voor beleid en regelgeving.

³⁶ Aanwijzing 2.2 Noodzaak van regelgeving van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

³⁷ Toelichting, paragraaf 8.3 («Markteffecten en concurrentiepositie»).

het bijzonder aandacht voor de in de hiernavolgende paragrafen gemaakte opmerkingen.

Met instemming neem ik kennis van de constatering door de Afdeling dat de wens van de regering legitiem is voor het tot stand brengen van een stelsel dat erop is gericht wijzigingen in de zeggenschap over of invloed op bepaalde soorten ondernemingen te toetsen op risico's voor de nationale veiligheid. Tegelijkertijd stel ik vast dat de Afdeling serieuze zorgen uit over het voldoen van het wetsvoorstel aan onder meer het legaliteitsbeginsel, de beginselen van zorgvuldigheid, rechtszekerheid en evenredigheid, en aan hoger recht. Gelet op die zorgen heb ik de doelen, de uitwerking en motivering van het wetsvoorstel nog eens goed tegen het licht gehouden. De analyse daarvan heeft tot een omvangrijk samenstel aan aanpassingen in het voorstel en de memorie van toelichting geleid.

Deze aanpassingen leiden tot een beperktere afbakening van de reikwijdte van het wetsvoorstel, een betere kenbaarheid van het wetsvoorstel met het oog op de toepassing daarvan in de praktijk, meer voorschriften uitsluitend op het niveau van wet, een duidelijker afstemming op en samenhang met andere wetgeving, alsmede het op onderdelen nader toespitsen en specificeren van voorschriften. Ook is in de memorie van toelichting uitgebreid over de probleemanalyse en waarom bepaalde instrumenten voor de doelen van het wetsvoorstel noodzakelijk zijn, alsmede andere facetten die het advies aan de orde stelt. Deze wijzigingen beogen meer duidelijkheid voor ondernemingen te bieden en beter inzicht te verschaffen in de gemaakte afwegingen die tot de keuzes ten aanzien van de inhoud van dit voorstel hebben geleid. Gelet op de veelheid en verscheidenheid aan wijzigingen die naar aanleiding van het advies van de Afdeling in het wetsvoorstel zijn aangebracht, volgt hieronder daarvan een overzicht:

- o de opbouw en structuur van het wetsvoorstel is inzichtelijker gemaakt door een indeling naar hoofdstukken en paragrafen met een systematischer herschikking van de plaatsbepaling van wetsartikelen. Voorschriften met bijbehorende definities die specifiek zijn voor verwervingsactiviteiten met betrekking tot beursgenoteerde ondernemingen zijn in een apart hoofdstuk ondergebracht (hoofdstuk 6). Wetsartikelen met zeer veel artikelleden zijn opgesplitst in afzonderlijke artikelen.
- o definities en begrippen zijn in het wetsvoorstel waar mogelijk uitgeschreven, aangevuld of meer in overeenstemming met andere wetgeving gebracht. Het betreft onder meer de begrippen nationale veiligheid, vitale aanbieder, doelonderneming en de aanduiding wanneer in een land de veiligheidssituatie «onzeker of slecht» is (artikel 1 en artikel 19, onderdeel c). Ook zijn op uiteenlopende plaatsen in het wetsvoorstel verduidelijkingen en verbeteringen aangebracht van verschillende aard en strekking. Dit betreft bijvoorbeeld het benoemen van situaties wanneer een verleende ontheffing vervalt (artikel 13, vijfde lid) en een meer logische en samenhangender opzet van de artikelen over de procedures ten aanzien van een verwervingsactiviteit die al heeft plaatsgevonden (artikelen 15 tot en met 18). Daarin wordt thans ook preciezer omschreven wanneer ik ambtshalve een toetsingsbesluit neem in plaats van op aanvraag en zijn de termijnen vastgesteld die gelden voor het nemen van een ambtshalve toetsingsbesluit (artikelen 15, derde lid, 16, derde lid, 17, derde lid, en 18; zie nader de ambtshalve wijzigingen).
- o het toepassingsbereik is wat betreft vitale aanbieders uitsluitend op wetsniveau geregeld (artikel 7), zodat dit niet langer bij algemene maatregel van bestuur plaatsvindt. 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;
- o toeleveranciers van vitale aanbieders als categorie van doelondernemingen is buiten het toepassingsbereik van het wetsvoorstel geplaatst; voor deze groep is thans een uitsluitend sectorale benadering het uitgangspunt voor wetgeving.
 - o 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 (artikelen 3 en 4).
 - o geschrapt is de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur andere dan in het wetsvoorstel genoemde beoordelingsfactoren die een risico voor de nationale veiligheid vormen te regelen, onder toevoeging van een beoordelingsfactor in het wetsvoorstel. Beoordelingscriteria kunnen dientengevolge dus uitsluitend nog met betrokkenheid van het parlement uitgebreid worden.
 - o de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur aanvullende eisen en voorschriften op te nemen die verbonden kunnen worden aan een toetsingsbesluit is vervallen, zodat deze eisen en voorschriften uitsluitend op het niveau van wet voorkomen.
 - o de mitigerende maatregel betreffende het opleggen van veiligheidsvoorschriften is aangevuld met de mogelijkheid van het voeren van een veiligheids- en integriteitsbeleid. Ook is de door een veiligheidscommissie of beveiligingsfunctionaris te vervullen rol met het oog op onder meer kenbaarheid en precisering specifiek verankerd (artikel 23, eerste lid, onderdelen b en c, en derde lid).
 - o een aantal maatregelen tot beheersing van risico's voor de nationale veiligheid kan niet langer zowel aan vitale aanbieders als ondernemingen actief op het gebied van sensitieve technologie opgelegd worden. Deze maatregelen hebben in het voorstel uitsluitend nog op sensitieve technologie betrekking (artikel 24).
 - o het wetsvoorstel voorziet in aanvullingen van voorschriften die de voorrang van sectorspecifieke investeringstoetsen en verdere verhouding tot die toetsen verduidelijken (artikel 5, onderdelen b en c).
 - o het wetsvoorstel voorziet in een aanvulling om samenloop met informatieverschaffing op grond van andere wettelijke kaders beter te kunnen ondervangen (artikel 11, derde lid). Hiermee kunnen de administratieve lasten voor het bedrijfsleven verder beperkt worden.
 - o het doel van gegevensverwerking is gepreciseerd in het wetsvoorstel (artikel 34, eerste en tweede lid).
 - o de wettelijk vastgelegde peildatum van 2 juni 2020 is naar het moment van internetconsultatie van het wetsontwerp verplaatst (na 8 september 2020) (artikel 57).

Voorts is het algemeen deel van de memorie van toelichting op tal van plaatsen aangevuld en verduidelijkt. De algemene probleemanalyse is in de memorie van toelichting aangescherpt onder meer aan de hand van concrete dreigingen bij verwervingsactiviteiten. Ook is de noodzaak en rechtvaardiging van ex ante toetsing verduidelijkt en is nadere uitleg opgenomen over de effectiviteit en noodzaak van bepaalde instrumenten (hoofdstuk 2 van het algemeen deel van de memorie van toelichting). Tevens wordt uitgebreider stilgestaan bij de geschiktheid en evenredigheid van de maatregelen in het licht van de doelen van het wetsvoorstel (paragraaf 4.3, maar ook paragraaf 5.1.2 vanuit een Europeesrechtelijke context). Andere zaken die in de memorie een plaats hebben gekregen zijn: de verhouding van een toetsing op grond van dit wetsvoorstel tot het zelfstandig beëindigen en verplaatsen van de onderneming naar een ander land, de herziene afweging om vitale aanbieders op niveau van wet te regelen, aangevuld met een mogelijkheid

voor tijdelijke delegatie, en voor sensitieve technologie een andere benadering hierin te kiezen, de aansluiting van het begrip vitale aanbieder bij dit begrip in de Wet beveiliging netwerk- en informatiesystemen (zie telkens de onderscheidenlijke paragrafen in hoofdstuk 3), het preciezer duiden van beoordelingsfactoren zoals wat een onzekere of slechte veiligheidssituatie is en wat in het verleden begane relevante strafbare feiten omvat, alsmede de uitsplitsing van die factoren (paragraaf 4.2), de relatie tussen de geconstateerde risico's en passende maatregelen en het uitsplitsen van maatregelen (paragraaf 4.3), een latere peildatum voor terugwerkende kracht en de motivering daarvan (paragraaf 5.2.3 en 13) en samenloop met andere wetgeving mede in relatie tot administratieve lasten (paragraaf 8.1). Verder is in de memorie van toelichting ten aanzien van de verhouding tot het hoger recht, in het bijzonder ten aanzien van het vrij verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging, een uitbreiding van de uitleg opgenomen in paragraaf 5.1.2 waarom het wetsvoorstel en de daarin besloten belemmeringen een gerechtvaardigde beperking van het vrij verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging vormen. Ook in het deel van de toelichting over ingewonnen adviezen en de internetconsultatie zijn veel aanpassingen gedaan (hoofdstuk 12). Tot slot is de artikelsgewijze toelichting binnen de gewijzigde opzet van het wetsvoorstel op meerdere plaatsen aangevuld.

Bij de verwerking van het advies is de door de Afdeling voorgestelde meer sectorale aanpak betrokken. Dit heeft tot verscheidene aanpassingen in het wetsvoorstel geleid. In de eerste plaats is de reikwijdte van het wetsvoorstel gewijzigd om meer ruimte voor een sectorale aanpak te bieden. De reikwijdte van het voor advies aangeboden wetsvoorstel had mede betrekking op toeleveranciers van vitale processen. Geconcludeerd is dat voor toeleveranciers van vitale processen een uitsluitend sectorale benadering een geschiktere aanpak is. 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 en het belang van toeleveranciers verschilt per 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. De reikwijdte van het wetsvoorstel is indachtig het belang van een meer sectorale aanpak ook in ander opzicht beperkt. 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 door bestaande sectorale wetgeving deels gemitigeerd zijn (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 in een specifiek vitaal proces opleveren. In de tweede plaats is in het wetsvoorstel ten aanzien van mitigerende maatregelen een onderscheid aangebracht, waardoor bepaalde maatregelen uitsluitend nog voor sensitieve technologie aan de orde zijn (artikel 24) evenals dat voor de beoordelingsrisico's al het geval was (artikel 21). Dit draagt bij aan meer evenredigheid en betere toepasbaarheid van de maatregelen. Ook is toegelicht waarom bepaalde instrumenten een plaats in het wetsvoorstel hebben gekregen in het licht van doelen van het wetsvoorstel, waarbij de effectiviteit en noodzaak daarvan aan bod komen, zoals is gedaan voor het betrekken van strafbare feiten bij een risicobeoordeling die risico voor de nationale veiligheid opleveren.

In de derde plaats verduidelijkt het wetsvoorstel door enkele aanpassingen dat specifieke wetgeving met een toets op nationale veiligheid

voorgaat, zodat hiermee wordt geaccentueerd dat het om een vangnetwet gaat en nadrukkelijk ruimte wordt geboden voor bijzondere toetsen (artikel 5, onderdelen b en c). Zodra dergelijke specifieke wetgeving met een toets tot wet zou worden verheven en in werking treedt, treedt die wet voor die toets in de plaats van dit wetsvoorstel. Op termijn is daardoor denkbaar dat een sectorale benadering een grotere plaats zal gaan innemen.

Met dit samenstel aan wijzigingen is niet sprake van een sectorale aanpak, maar is gekozen voor een benadering die op onderdelen een sectorale insteek voorstaat respectievelijk op een aantal aspecten voorziet in meer onderscheid en specificiteit die strookt met de gedachte van deze aanpak. Tegelijkertijd is het door de veelzijdigheid aan risico's en situaties die zich in verschillende sectoren kunnen voordoen lastig gebleken die in het wetsvoorstel specifiek te benoemen en te koppelen aan maatregelen zonder dat dit ten koste zou gaan van de effectiviteit van het wetsvoorstel om risico's voor de nationale veiligheid te ondervangen. Aan de andere kant is niet uit te sluiten dat er op onderdelen ook overeenkomsten tussen verschillende vitale processen in risico's en noodzakelijk handelingsperspectief kunnen zijn die van dien aard zijn, dat daarvoor een gelijklopende benadering het meest geschikt blijkt te zijn. In zoverre biedt dit wetsvoorstel niet enkel de ruimte voor (toekomstige) sectorale wetgeving om te voorzien in sectorale voorschriften, maar kan in die sectorale wetgeving desgewenst tevens aansluiting worden gezocht bij dit wetsvoorstel voor die aspecten waarin een vitaal proces zich niet specifiek onderscheidt van andere vitale processen.

3. Doelen en instrumenten

In punt 2 is kort geschetst dat het voorstel verschillende belangen beoogt veilig te stellen en daartoe een veelheid aan instrumenten bevat die kunnen worden ingezet om die belangen veilig te stellen. Daarbij valt een aantal zaken op:

- verschillende belangen en instrumenten betreffen niet zozeer degene die zeggenschap verwerft in een onderneming, als wel de desbetreffende onderneming zelf;*
- bij verschillende instrumenten blijkt dat aanvullende doelen zijn beoogd met het voorstel, in veel gevallen ook aanvullend op bestaande wetgeving die betrekking heeft op de daarmee te beschermen belangen; en*
- het voorstel regelt niet bij welke activiteit en mogelijk risico welke maatregel passend is.*

Hierna wordt nader ingegaan op deze punten.

a. Effectiviteit en noodzaak instrumenten

In de toelichting wordt vermeld dat de aanleiding voor het voorstel is gelegen in signalen dat staten proberen inzicht te krijgen in 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 (ex-)landgenoten te intimideren en te beïnvloeden.³⁸ Naast spionage, vindt in toenemende mate (heimelijke) beïnvloeding plaats waarbij ook economische middelen worden ingezet om politieke agenda's te realiseren. Strategische overnames zijn daar een belangrijk voorbeeld van, aldus de toelichting.

³⁸ Toelichting, paragraaf 2.1.

Ook wordt vermeld dat vanuit het oogpunt van de bescherming van de nationale veiligheid het wenselijk is dat Nederland over een stabiele basis van kennis, technologie en industriële capaciteiten beschikt.³⁹ Bij ongewenste activiteiten van ondernemingen kan deze basis aangetast worden, waardoor Nederland niet langer in staat is met bepaalde mate van autonomie taken ter bescherming van de nationale veiligheid uit te voeren. De Afdeling merkt in dit verband op dat het daarbij niet zozeer gaat om de activiteiten van de partijen die investeren in de ondernemingen die zich bezighouden met die kennis, technologie en industriële activiteiten (of anderszins strategische belangen daarin verkrijgen), maar om de activiteiten van deze doelondernemingen zelf.⁴⁰

De in het wetsvoorstel geregelde instrumenten zijn alleen toepasselijk in de situatie dat in dergelijke ondernemingen wordt geïnvesteerd of daarin een strategisch belang wordt verkregen. Dat leidt ertoe dat deze instrumenten kunnen worden ingezet in geval van een ongewenste overname van zo'n bedrijf, maar niet wanneer het bedrijf zelf beslist bijvoorbeeld de essentieel geachte activiteiten te staken of over te plaatsen naar een andere staat. Voor deze specifieke gevallen is een ander type maatregelen nodig dan die waarin het wetsvoorstel voorziet.

Uit de toelichting blijkt vervolgens dat het voorstel ook ziet op de gevaren van zeggenschap in ondernemingen met sensitieve technologie, vitale aanbieders of bepaalde toeleveranciers daarvan door verwervers met een (relevant) crimineel verleden, of in het geval van vitale aanbieders, tegen financieel instabiele verwervers.⁴¹ De Afdeling merkt op dat deze gevaren van een geheel andere orde zijn.

Waar het gaat om verwervers met criminele vermogens wijst zij op de vele reeds bestaande instrumenten in de sfeer van het strafrecht, alsook op de regels inzake witwassen. Zonder een deugdelijke analyse van de problematiek in het licht van de bestaande instrumenten is het de Afdeling niet zonder meer duidelijk dat een instrument als thans voorgesteld in het kader van deze problematiek noodzakelijk zou zijn. Een dergelijke analyse ontbreekt in de toelichting. Waar het financieel instabiele verwervers betreft wijst de Afdeling erop dat de risico's van financiële instabiliteit niet beperkt zijn tot de verwerving van zeggenschap over een onderneming, maar ook bestaande aandeelhouders kunnen betreffen. Dit roept dan ook de vraag op hoe geschikt de voorgestelde instrumenten zijn voor het wegnemen van deze risico's.

Ik onderschrijf de opmerking van de Afdeling dat de in het wetsvoorstel geregelde instrumenten niet kunnen worden ingezet als het bedrijf zelf activiteiten staakt of overplaatst naar een andere staat. In reactie hierop is in paragraaf 3.1 van de memorie van toelichting over de reikwijdte van het wetsvoorstel verduidelijkt waarom dat zo is. Toegelicht wordt dat een dergelijke verbreding van het wetsvoorstel niet noodzakelijk is. De beste remedie tegen het verplaatsen van ondernemingsactiviteiten naar andere landen is dat Nederland een goed vestigingsklimaat 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 kan vormen, omdat hier vaak marktoverwegingen aan ten grondslag zullen liggen. De kans dat geopolitieke motieven ten grondslag liggen aan een

³⁹ Toelichting, paragraaf 2.1.

⁴⁰ Bijvoorbeeld door middel van een gemeenschappelijke ondernemingen, zoals omschreven in het voorgestelde artikel 2, eerste lid onder c.

⁴¹ Toelichting, paragraaf 2.1.

verwerving is vele malen groter dan bij een zetelverplaatsing. Ook zou voor het voorkomen van zetelverplaatsing een ander type regelgeving voor de hand liggen dan in dit wetsvoorstel is voorzien. Bij exportcontrole spelen immers vergelijkbare soorten risico's en technologieën als bij het onderhavige wetsvoorstel een rol, maar verschilt de soort regelgeving fundamenteel omdat 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 wettelijke taken tot beschikbaarheid van bepaalde voorzieningen in Nederland en die naar hun aard lang niet altijd fysiek geschikt zijn 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 goederen. Dit omvat in elk geval goederen voor tweërlei 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 mee gebaat is, vergroot juist de kansen voor ongewenste verwerwers 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.

De Afdeling uit verder twijfels ten aanzien van de effectiviteit en noodzaak van de toepassing van het wetsvoorstel op het (relevant) crimineel verleden van verwerwers. Waar het gaat om verwerwers met criminele vermogens wijst zij op de vele reeds bestaande instrumenten in de sfeer van het strafrecht, alsook op de regels inzake witwassen. In reactie hierop is van belang dat voor de toepassing van een risicobeoordeling dit wetsvoorstel enkel strafbare feiten betreft die al door een verwerver begaan zijn. Het voorstel biedt geen titel voor en kan daardoor onmogelijk dienen als instrument om criminele vermogens in het kader van witwassen of andere strafbare feiten te signaleren, op te sporen, te onderzoeken of te bestraffen. Dit is een geheel ander domein met andere instrumenten dat volledig buiten het toepassingsbereik van dit wetsvoorstel valt.

De Afdeling mist in dit verband voorts een analyse in de memorie van toelichting die op deze problematiek betrekking heeft. Een aanzet voor die analyse bevat de memorie van toelichting weliswaar in paragraaf 5.1.5 over de algemene verordening gegevensbescherming, maar dit is geen logische plaats, zodat de Afdeling hier terecht op wijst. Deze analyse is naar paragraaf 4.2 verplaatst en is aanzienlijk aangevuld met uitleg waarom bepaalde begane strafbare feiten bij de beoordeling op risico's voor de nationale veiligheid worden betrokken. Bovendien zijn in dit verband de artikelen artikel 19, onderdeel d, en 22, die beide over het crimineel verleden gaan, specifiek afgebakend dan in het voor advies voorgelegde wetsvoorstel. In het desbetreffende onderdeel d is het crimineel verleden thans expliciet geclausuleerd door dit te beperken tot bij ministeriële regeling genoemde strafbare feiten. En uit artikel 22 volgt thans dat dit uitsluitend strafbare feiten mogen zijn die van invloed kunnen zijn op de beoordeling van een risico voor de nationale veiligheid. Daarmee is het wetsvoorstel op dit onderdeel specifiek en beter in lijn gebracht met de analyse die de aangepaste toelichting over de strekking van dit beoordelingscriterium bevat.

De Afdeling wijst tot slot erop dat de risico's van financiële instabiliteit ook bestaande aandeelhouders kunnen betreffen en vraagt zich hierbij af of de voorgestelde instrumenten geschikt zijn. Naar aanleiding van deze opmerking van de Afdeling zij er op gewezen dat de financiële instabiliteit als beoordelingscriterium op grond van het wetsvoorstel uitsluitend van toepassing is op vitale aanbieders (zie elders in dit nader rapport over het ecarteren van toeleveranciers uit het wetsvoorstel). Bij vitale aanbieders is de continuïteit van vitale processen belangrijk omdat een financieel stabiele onderneming een voorwaarde is om een dergelijk proces goed en veilig te blijven uitvoeren. Het is juist dat die financiële stabiliteit niet enkel bij een verwervingstransactie in het geding hoeft te zijn. Het zal per vitale aanbieder verschillen op welke wijze de financiële stabiliteit daarvan in algemene zin wordt gewaarborgd. Dit hangt af van feitelijk of wettelijk voorgeschreven eigenaarschap in combinatie met eventuele wetgeving en afspraken die kaders bieden ten aanzien van de financiële stabiliteit. Denk aan wettelijk voorgeschreven aandeelhouderschap door de staat, provincies, gemeenten of andere openbare lichamen in een vitale aanbieder. In die gevallen is het wetsvoorstel niet van toepassing, zodat door het ontbreken van een meldplicht aan een beoordeling op financiële stabiliteit niet wordt toegekomen (zie artikel 5, onderdeel a). In andere gevallen waarop het wetsvoorstel wel van toepassing is, zal het per geval verschillen in hoeverre en op welke wijze van overheidswege reeds oog is voor de financiële stabiliteit van de vitale aanbieder. Er kan bijvoorbeeld sprake zijn van gedeeltelijk eigenaarschap vanuit de overheid of er kan een concessie zijn verleend met voorwaarden, in eventuele combinatie met wetgeving die daaraan voorwaarden verbindt. Dit zijn verschillende instrumenten waarbij een vinger aan de pols wordt gehouden om de (financiële) ontwikkelingen van een vitale aanbieder te kunnen beïnvloeden en te volgen. Voor de toepassing van dit wetsvoorstel dient de beoordelingsfactor van financiële stabiliteit daarom altijd in samenhang te worden gezien met de specifieke kaders die op een vitale aanbieder van toepassing zijn. Naarmate die (sectorale) kaders nadrukkelijker voorzien in of afwegingen bevatten over de gewenste mate van sturing op financiële stabiliteit van een vitale aanbieder, met inbegrip van wisseling van aandeelhouderschap of andere type verwervingstransacties, zal bij de toepassing van het beoordelingscriterium op grond van dit wetsvoorstel hiermee rekening worden gehouden. Aangezien bij het nemen van een toetsingsbesluit, indien nodig, altijd de Minister of de Ministers die het mede aangaat betrokken wordt of worden (artikel 10, tweede lid) wordt geborgd dat dit goed afgewogen wordt. Zij hebben kennis van zaken over de van toepassing zijnde regels voor specifieke vitale aanbieders waarin financiële stabiliteit aan bod komt.

b. Aanvullende doelen en instrumenten

Indien wordt gekeken naar de instrumenten die het voorstel biedt,⁴² dan komt daaruit naar voren dat het voorstel feitelijk nog andere doelen dient dan de hiervoor vermelde.⁴³ De Afdeling wijst in het bijzonder op het volgende.

In het voorstel is geregeld dat maatregelen kunnen worden genomen om de naleving te verzekeren van aanvullende veiligheids- en gebruiksvorschriften met betrekking tot de omgang met gevoelige informatie van afnemers van goederen en diensten die door de doelonderneming

⁴² Artikel 8, voorstel.

⁴³ Voor de volledigheid: een aantal instrumenten in artikel 8 illustreert de problematiek als hiervoor al geschetst. Zie bijvoorbeeld artikel 8, eerste lid, onderdelen c en d (de verplichting bepaalde technologie, broncodes, etc. in bewaring te geven bij een derde partij of de verplichting tot het delen van informatie met de Minister).

worden verstrekt.⁴⁴ Dit voorschrift roept de vraag op waarom bestaande wettelijke veiligheid- en gebruikersvoorschriften niet volstaan en, als dat het geval zou zijn, waarom er dan niet voor wordt gekozen de desbetreffende regelgeving aan te scherpen.

Het wetsvoorstel maakt het ook mogelijk dat de doelonderneming wordt verplicht tot het verstrekken van een licentie op bepaalde kennis, beschermd door octrooien of andere intellectuele eigendomsrechten, aan de staat of een derde partij om kennis of technologie beschikbaar te houden voor Nederland.⁴⁵ Volgens de toelichting kan dit bijvoorbeeld een passende maatregel zijn wanneer er sprake is van een pandemie, en is deze mogelijkheid opgenomen in artikel 57 van de Rijksoctrooiwet, maar kan deze ook in geval van activiteiten die leiden tot zeggenschap of invloed bij een doelonderneming een relevante mitigerende maatregel vormen.⁴⁶

De Afdeling begrijpt het belang van dwanglicenties, bijvoorbeeld in geval van een pandemie. Het is haar evenwel niet duidelijk waarom de regeling in de Rijksoctrooiwet niet volstaat. Als al een aanvullende maatregel nodig zou zijn, ligt het niet direct voor de hand die te koppelen aan de verwerving van zeggenschap zoals thans wordt voorgesteld. Een deugdelijke analyse van eventuele problemen bij de huidige regeling inzake dwanglicenties en van geschikte oplossingen voor die eventuele problemen, heeft de Afdeling in de toelichting gemist.

Verder voorziet het voorstel in de mogelijkheid tot het 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.⁴⁷ De Afdeling merkt op dat dergelijke verboden reeds bestaan, bijvoorbeeld in het kader van de Sanctiewet en de wetgeving inzake strategische goederen en diensten, maar ook op andere terreinen. Het is haar niet duidelijk waarom met die regels niet kan worden volstaan, en, zo dat niet het geval is, waarom aanvulling of aanscherping van die regels niet nader is onderzocht. De toelichting bevat geen nadere analyse van de problematiek en van de mogelijke oplossingsrichtingen.

In tegenstelling tot de constatering van de Afdeling hierover, heeft het wetsvoorstel geen ander doel dan het borgen van de nationale veiligheid. De Afdeling neemt blijkbaar aan, onder andere door te verwijzen naar de mogelijkheid om maatregelen te verbinden aan een goedkeuringsbesluit om de beveiliging van gevoelige informatie en processen te verhogen dan wel veilig te stellen, dat het wetsvoorstel een breder doel dient. In voetnoot 42 van het advies problematiseert de Afdeling dit verder en gaat vervolgens in op de wisselwerking tussen de mogelijkheid om bepaalde technologie of broncodes in bewaring te geven of licenties te verlangen. Tot slot wijst de Afdeling ook op de omstandigheid dat via bij de Sanctiewet en de wetgeving inzake strategische goederen en diensten er al middelen zijn om de overdracht van producten en diensten naar derde landen te verhinderen. Ik heb naar aanleiding van deze vraagtekens van de Afdeling het wetsvoorstel op punten aangescherpt door de relatie tussen de risico's voor de nationale veiligheid van een verwervingsactiviteit en de bevoegdheid om bepaalde beperkingen en eisen te verbinden aan het goedkeuringsbesluit scherper te leggen, bijvoorbeeld door bepaalde mogelijkheden enkel van toepassing te laten zijn op verwer-

⁴⁴ Artikel 8, eerste lid, onderdeel a, voorstel.

⁴⁵ Artikel 8, eerste lid, onderdeel e, voorstel.

⁴⁶ Toelichting, paragraaf 2.2.3.

⁴⁷ Artikel 8, eerste lid, onderdeel 9, voorstel.

vingsactiviteiten die betrekking hebben op bedrijven met sensitieve technologie. Ook is de formulering en wettelijke inkadering van deze mogelijkheden aangescherpt en in een aantal gevallen van extra waarborgen voorzien zoals bijvoorbeeld het vernieuwde artikel 24, onderdeel b, van het wetsvoorstel. Tegelijkertijd kan ik het kernbezwaar van de Afdeling niet wegnemen, omdat dit gestoeld is op een aantal aannames die feitelijk en juridisch niet overeenstemmen met de problematiek voor de nationale veiligheid waar Nederland zich voor gesteld ziet. In de eerste plaats zijn de mogelijkheden opgenomen in de artikelen 23 en 24 van het wetsvoorstel erop gericht om vanuit proportionaliteitsoogpunt een verwervingsactiviteit wel toe te kunnen staan, zelfs als er enige risico's voor de nationale veiligheid verbonden zijn aan de verwervingsactiviteit. Dit is een invulling van de verplichting tot proportionaliteit zoals voortvloeit uit het EVRM en het Unierecht. Dit sluit juist aan bij de aandacht die de Afdeling vraagt voor de geschiktheid en evenredigheid van het ex ante toetsingsmechanisme voor verwervingsactiviteiten. Het draagt bovendien bij en past bij het open investeringsklimaat van Nederland. Het schrappen of beperken van de mogelijkheid om voorschriften te verbinden aan het besluit waarmee een verwervingsactiviteit wordt toegestaan, heeft tot onvermijdelijk effect dat meer verwervingsactiviteiten verboden worden vanuit voorzorg.

In de tweede plaats meen ik dat de Afdeling onvoldoende onderkent dat de (na het advies van de Afdeling) limitatieve opsomming van mogelijkheden om voorschriften te verbinden aan een goedkeuringsbesluit rechtstreeks gerelateerd zijn aan de risico's voor de nationale veiligheid, te weten 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. De bevoegdheid is dus toegespitst op het specifieke risico. De bevoegdheid om voorschriften te verbinden aan een goedkeuringsbesluit is vergelijkbaar met die in andere lidstaten van de EU.⁴⁸

In de derde plaats is van belang te onderkennen dat de reeds bestaande generieke kaders waarnaar de Afdeling herhaaldelijk verwijst zelf ook een juridische en beleidsmatige inkadering hebben die niet aansluit bij de specifieke risico's verbonden aan een verwervingsactiviteit. Een voorbeeld daarvan is de door de Afdeling genoemde mogelijkheid om de reeds bestaande bevoegdheden van de Sanctiewet 1977 te gebruiken om tot het verbieden te kunnen overgaan 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. Artikelen 2 en 3 van de Sanctiewet 1977 koppelen de mogelijkheid om sancties in te voeren aan verdragen, besluiten of aanbevelingen van organen van volkenrechtelijke organisaties, dan wel aan internationale afspraken, met betrekking tot de handhaving of het herstel van de internationale vrede en veiligheid of de bevordering van de internationale rechtsorde dan wel de bestrijding van terrorisme. Deze bevoegdheid is dus gekoppeld aan het bestaan van internationale instrumenten en aanbevelingen en ziet op het herstel of bestrijden van risico's voor de internationale vrede en veiligheid en internationale rechtsorde. Het is dus niet toegespitst op risico's voor de nationale veiligheid als gevolg van verwervingsactiviteiten in Nederland, terwijl deze activiteiten op zichzelf rechtmatig zijn. Hetzelfde geldt voor de wetgeving inzake strategische goederen en diensten die is toegespitst op het voorkomen van de proliferatie van massavernietigingswapens, overbrengingsmiddelen hiervan en het inkaderen van militaire goederen.

⁴⁸ zie bijv. artikel R151–6 van de Franse Code Monétaire et Financier of artikelen 59 en 62 van de Duitse Außenwirtschaftsverordnung.

Dat kader is maar zeer beperkt inzetbaar voor goederen, diensten en technologie waarvan het effect op proliferatie of het dual-use karakter nog onzeker is. Ook dient goed te worden gerealiseerd dat exportcontrole maar beperkt effectief is voor know how die niet formeel geregistreerd is zoals bedrijfsgeheimen of kennis is in de hoofden van medewerkers. In de vierde en laatste plaats dient te worden opgemerkt, dat het wetsvoorstel niet de pretentie heeft alle risico's voor de nationale veiligheid integraal op te lossen. Met de Afdeling ben ik het in die zin eens dat dit wetsvoorstel niet los kan worden gezien van andere kaders die bestaan of nog ontwikkeld moeten worden om de nationale veiligheid effectief en integraal te waarborgen. In dat verband wijs ik bijvoorbeeld op de brief van 27 november 2020 van de Ministers van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap en Justitie en Veiligheid en de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat over Kennisveiligheid hoger onderwijs en wetenschap,⁴⁹ waarin het kabinet een pakket aan maatregelen voorstelt om de kennisveiligheid in het hoger onderwijs en de (toegepaste) wetenschap beter te borgen. Het doel van het kabinet is om de internationale samenwerking op een veilige manier te laten plaatsvinden, met oog voor zowel de kansen als de risico's die ermee samenhangen. Dit onderstreept dat het kabinet ook op andere terreinen acteert en andere instrumenten inzet om de risico's op het gebied van de nationale veiligheid te mitigeren.

c. Waarborgen geschiktheid en evenredigheid maatregelen

Tot slot merkt de Afdeling op dat het voorgestelde artikel 8, eerste lid in algemene zin de Minister de bevoegdheid verleent om in geval een activiteit naar zijn oordeel tot een risico voor de nationale veiligheid leidt, één van de genoemde maatregelen te nemen. Het voorgestelde artikel 8 regelt niet bij welke activiteit en mogelijk risico welke maatregel passend is. De Minister kan aldus in uitgangspunt in alle gevallen, bij elke activiteit en bij elk risico, elke gewenste maatregel treffen.

Zoals in de toelichting wordt onderkend, zijn niet alle maatregelen in alle situaties toepasbaar en, zo voegt de Afdeling toe, niet alle maatregelen zijn in alle situaties noodzakelijk en evenredig. Daar komt bij dat een bepaling, zoals het voorgestelde artikel 8, voor bij een investering betrokken partijen veel onzekerheid geeft, te meer wanneer deze maatregelen nog maanden na melding kunnen worden opgelegd.

De Afdeling acht het daarom wenselijk dat meer duidelijkheid wordt gegeven welke maatregelen (of categorieën maatregelen) in welke situatie en bij welk risico mogelijk kunnen worden getroffen. Specifiek brengt dat mee dat voor de verschillende doelen van het voorstel afzonderlijk dient te worden bepaald in welk geval welke maatregelen getroffen kunnen worden, onder welke omstandigheden en ter zake van welke ondernemingen die maatregelen dan kunnen worden getroffen. Dit impliceert ook een meer sectorale aanpak, zoals die ook in veel andere landen gebruikelijk is.

Bij het opstellen van het wetsvoorstel is gezocht naar een balans tussen enerzijds het verschaffen van voldoende duidelijkheid vooraf voor meldingsplichtigen in het licht van situaties die zich kunnen voordoen en de maatregelen en risico's die daarbij horen, en anderzijds de toepasbaarheid van het wetsvoorstel. Bij die afweging is in aanmerking genomen dat de functie van het wetsvoorstel beperkt is tot dat van vangnet als er geen specifieke wet met een investeringstoets op nationale veiligheid is. Een sectorale aanpak gaat in die zin altijd boven de toepasse-

⁴⁹ Kamerstukken II 2020/21, 31 288, nr. 894.

lijkheid van dit wetsvoorstel. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling over een meer sectorale aanpak is dit uitgangspunt in het wetsvoorstel aangescherpt. Voorts is de ruimte voor een sectorale aanpak centraler gesteld. Dat is gedaan door de vaststelling dat een uitsluitend sectorale benadering volstaat voor toeleveranciers van vitale processen en voor vitale aanbieders in het geval van het verkrijgen van significante invloed. De achtergrond daarvan is in reactie op de kernboodschap onder punt 2 van het advies van de Afdeling toegelicht. Het toepassingsbereik van het wetsvoorstel is hierop aangepast.

Als het wetsvoorstel binnen dit beperktere toepassingsbereik vervolgens bij wijze van vangnet van toepassing zou zijn op een verwervingsactiviteit, mag niet buiten de in het voorstel genoemde beoordelingsfactoren en maatregelen getreden worden. Het wetsvoorstel kadert de toelaatbaarheid van het gebruik van deze factoren aan de hand van een categorisering in. Er is een categorie aan beoordelingsfactoren die zowel op vitale aanbieders als op ondernemingen actief op het gebied van sensitieve technologie toepasbaar is (artikel 19); in aanvulling hierop is er een categorie die uitsluitend voor vitale aanbieders geldt (artikel 20); en tot slot is in aanvulling op artikel 19 een categorie beoordelingsfactoren opgenomen die uitsluitend ziet op ondernemingen die actief zijn op gebied van sensitieve technologie (artikel 21). Dit onderscheid in categorisering is in het aangepaste wetsvoorstel kracht bijgezet door die in gescheiden artikelen een plaats te geven. Met deze transparante en gecategoriseerde opsomming van toegestane beoordelingsfactoren is het bieden van zekerheid vooraf en ruimte voor maatwerk zoveel mogelijk met elkaar in balans gebracht. Een verdere verfijning door een onderverdeling van risicofactoren naar sectoren is binnen het wetsvoorstel evenwel niet goed haalbaar gebleken. De grote verscheidenheid aan situaties die zich kan aandienen, staat daarin aan de weg. Hiervoor zou een uitsluitend sectorale aanpak vereist zijn met telkens eigenstandige en complexe afwegingen waarvoor dit wetsvoorstel niet geschikt is. Het kabinet is weliswaar voorstander van een sectorale aanpak waar dat haalbaar is, maar acht een vangnet nodig waar sectorale wetgeving (nog) afwezig is. Ook de doorlooptijd die met sectorale wetgeving gemoeid is en de verschillende tijdspaden die daarbij aan de orde zijn, zou betekenen dat gedurende langere tijd niet, althans niet volledig, risico's voor de nationale veiligheid gemoeid met verwervingsactiviteiten afgedekt zijn. Tot slot kan dit wetsvoorstel ook een meerwaarde opleveren voor toekomstige sectorale wetgeving op die onderdelen waarin er overeenkomsten zijn in risico's en noodzakelijk handelingsperspectief voor de sector in kwestie vergeleken met wat in andere sectoren daarvoor nodig is. Desgewenst kan in sectorale wetgeving tevens aansluiting worden gezocht bij dit wetsvoorstel voor die aspecten waarin bijvoorbeeld een vitaal proces zich niet specifiek onderscheidt naar risico's en maatregelen ten opzichte van andere vitale processen. Als dit aan de orde is, kan dat de totstandkoming van sectorale wetgeving ook vergemakkelijken doordat op onderdelen bij dit wetsvoorstel respectievelijk niet en wel aansluiting gezocht kan worden.

Het voorgaande neemt niet weg dat gezocht is naar manieren om aan het advies van de Afdeling tegemoet te komen waar dat kon. Naast de beperking van het toepassingsbereik van het wetsvoorstel, is de mogelijkheid vervallen om beoordelingsfactoren bij algemene maatregel van bestuur uit te breiden. Dit draagt bij aan de rechtszekerheid vooraf doordat veranderingen uitsluitend nog door middel van wetwijziging mogelijk zijn. Afgezien van de risicofactoren is verder ook gekeken naar de te treffen maatregelen. Het wetsvoorstel is hierop aangepast door ook de maatregelen die naar aanleiding van een risicobeoordeling mogen worden toegepast te categoriseren. Een deel van de maatregelen mag in

het aangepaste wetsvoorstel voortaan uitsluitend nog worden opgelegd aan ondernemingen die actief zijn op het gebied van sensitieve technologie (zie artikel 24). Dit is een inperking op vergelijkbare manier als dat voor de beoordelingsfactoren is gedaan. Verder is de inhoud van bepaalde maatregelen specifiek benoemd of is een toevoeging gedaan als dat duidelijk bijdraagt aan meer proportionaliteit in de oplopende schaal aan te treffen maatregelen en beter bijdraagt aan maatwerk. Bij het eerste gaat het bijvoorbeeld om de maatregel waarmee een veiligheidscommissie of beveiligingsfunctionaris is ingesteld (artikel 23, eerste lid, onderdeel c) en bij het tweede om het voeren van een integriteits- en veiligheidsbeleid als maatregel (artikel 23, eerste lid, onderdeel b, en derde lid). Daarnaast zijn er door opvolging van andere onderdelen van het advies van de Afdeling ook op andere onderdelen aanscherpingen gekomen, die bijdragen aan meer duidelijkheid, zoals over de betekenissen van belangrijke begrippen. Voorts biedt het aangepaste wetsvoorstel niet langer een grondslag om maatregelen gedelegeerd te kunnen wijzigen. Eveneens is de memorie van toelichting aangevuld met uitleg hoe afwegingen ten aanzien van beoordelingsfactoren en maatregelen zich tot elkaar verhouden (paragraaf 4.3). Tot slot is mijn indruk dat analyses van andere landen een gemengd beeld opleveren waar het gaat om een generieke of sectorale aanpak. In paragraaf 10.4 van de memorie van toelichting is dit aanvullend toegelicht.

d. Conclusie

De Afdeling adviseert in de toelichting, met inachtneming van het voorgaande, de noodzaak, de geschiktheid en evenredigheid van de maatregelen in het licht van de doelen van het voorstel dragend te motiveren en het wetsvoorstel aan te passen zodat duidelijk wordt welke maatregelen, in welke situatie en bij welk risico mogelijk kunnen worden getroffen.

In reactie op onderdeel c is toegelicht tot welke aanpassingen in het wetsvoorstel en de memorie van toelichting dit heeft geleid, zodat wordt volstaan met te verwijzen naar die reactie.

4. Gevolgen onduidelijkheid voorstel voor praktijk en uitvoering

Onheldere regelgeving heeft negatieve gevolgen voor de uitvoeringspraktijk. Dat geldt in het bijzonder voor het onderhavige voorstel, vanwege het gebruik van onduidelijke definities en bepalingen, veelvuldige delegatie naar lager regelgevingsniveau en de onduidelijke verhouding met andere regelingen op dit terrein. Dit leidt tot een onduidelijk en voor de praktijk weinig toegankelijk kader. De Afdeling wijst daarbij in het bijzonder op de volgende punten.

a. Definities en doorverwijzingen

De Afdeling constateert dat de in het voorstel uiteengezette definities niet in alle gevallen duidelijkheid bieden. Bijvoorbeeld wordt niet duidelijk wat wordt verstaan onder «veiligheidssituatie» wanneer deze «onzeker» of «slecht» is.⁵⁰ Voor het kernbegrip «nationale veiligheid» wordt verwezen naar de begrippen «nationale en openbare veiligheid» en «wezenlijke belangen van de veiligheid van de staat» in de verdragen van de Europese

⁵⁰ Artikel 7, eerste lid onderdeel c, voorstel. Naar aanleiding van consultatiereacties is de toelichting in paragraaf 2.2.2.2 aangevuld. Echter blijkt ook uit de aangevulde toelichting niet duidelijk welke veiligheidssituatie aanleiding kan geven voor een veiligheidsrisico voor Nederland.

Unie (EU).⁵¹ Deze verdragsartikelen⁵² omvatten echter geen definities van die begrippen, maar regelen onder meer dat die verdragen geen afbreuk doen aan de exclusieve bevoegdheid van de lidstaat de openbare orde te handhaven en de nationale veiligheid te beschermen. Ook de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU, waarnaar de artikelsgewijze toelichting verwijst, bevat geen definities.⁵³

De Afdeling onderkent dat dit veelzijdige begrippen zijn die lastig te definiëren zijn, en dat deze aan verandering onderhevig zijn. Met het oog op de in het voorstel opgenomen vergaande maatregelen en de uitgangspunten van zorgvuldigheid en rechtszekerheid, wijst de Afdeling erop dat dit de regering niet ontslaat van de verantwoordelijkheid om hierover zoveel duidelijkheid als mogelijk te verschaffen. Te meer nu er in de praktijk door de Minister van Justitie en Veiligheid wel een definitie van nationale veiligheid wordt gehanteerd.⁵⁴

Hoewel het begrijpelijk is dat wordt aangesloten bij bestaande definities, wijst de Afdeling er wel op dat in de huidige vorm deze vaak doorverwijzen of zelf een verzameling vormen van andere definities, die op hun beurt ook weer definities kunnen bevatten.⁵⁵ Ook kloppen verwijzingen naar artikelen uit andere delen niet altijd.⁵⁶ Het voorstel is daardoor ontoegankelijk en moeilijk leesbaar. Tot slot worden sommige begripsbepalingen in de toelichting onvoldoende toegelicht, waardoor de betekenis en/of reikwijdte van de regeling onvoldoende duidelijk is.⁵⁷

De Afdeling adviseert in het wetsvoorstel op te nemen wat verstaan kan worden onder kernbegrippen als nationale en openbare veiligheid. De Afdeling adviseert verder het voorstel te vereenvoudigen door waar mogelijk af te zien van verwijzingen en daardoor, maar ook overigens, het wetsvoorstel zelfstandig leesbaar te maken.

Dit deel van het advies van de Afdeling is ruim opgevat en heeft tot aanzienlijke aanpassingen van het wetsvoorstel geleid met als doel het wetsvoorstel te verduidelijken en de toegankelijkheid en leesbaarheid daarvan voor de praktijk te vergroten. In de eerste plaats is het wetsvoorstel onderverdeeld in hoofdstukken en paragrafen. In de tweede

⁵¹ Artikel 1, voorstel.

⁵² Artikel 4, tweede lid, van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) en de artikelen 45, derde lid, 52, eerste lid, 65, eerste lid, onderdeel b, en artikel 346, eerste lid, onderdeel a, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

⁵³ Verwezen wordt naar vaste rechtspraak, waaruit volgt dat redenen van openbare orde en openbare veiligheid, omwille waarvan afwijkingen zijn toegestaan van een in het VWEU neergelegde fundamentele vrijheid, strikt moeten worden opgevat en slechts kunnen worden aangevoerd in geval van een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving aantast.

⁵⁴ Zie de begripsomschrijving van nationale veiligheid zoals omschreven in de nationale veiligheidsstrategie van de Nationale Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid, die onder de verantwoordelijkheid van de Minister van Justitie valt.

⁵⁵ Een «doelonderneming» wordt in artikel 1, onder c, van het voorstel omschreven als (nadat een activiteit als bedoeld in artikel 2, eerste lid, onderdeel d is uitgevoerd,) «de onderneming die voldoet aan de kwalificatie, bedoeld onder 2° van dat onderdeel». Artikel 2, eerste lid, onderdeel d, onder 2° van dat onderdeel verwijst vervolgens naar «een onderneming (die na splitsing gekwalificeerd wordt als een onderneming) als bedoeld in onderdeel a onder het eerste lid van dat artikel». Voor de definitie van effecten met een aandelenkarakter wordt verwezen naar artikel 49a, onderdeel a, van de Wet giraal effectenverkeer. In dat artikel wordt weer verwezen naar aandelen in de zin van artikel 79, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 1:1 van de Wet of het financieel toezicht.

⁵⁶ Voor een verzameldepot en girodepot wordt verwezen naar respectievelijk de artikelen 9, eerste lid, en 34, eerste lid, van de Wet giraal effectenverkeer. Deze artikelen omvatten echter geen definities van verzameldepot en girodepot.

⁵⁷ Zoals de vraag wanneer een doelonderneming, indien deze geen naamloze of besloten vennootschap is, is gevestigd in Nederland (artikel 2, eerste lid onderdeel a, voorstel).

plaats zijn bepalingen met erg veel leden opgeknipt in afzonderlijke artikelen en 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 in een apart hoofdstuk ondergebracht. Deze 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. In de vierde plaats is nadere aandacht besteed aan de definities en de uitleg daarvan. Gelet op het advies van de Afdeling hierover is, voor zover dat mogelijk was, in het wetsvoorstel en de memorie van toelichting nader gepreciseerd wanneer een «veiligheidssituatie» «onzeker» of «slecht» is en is de definitie van het kernbegrip «nationale veiligheid» aangevuld en eveneens in de toelichting van context voorzien. Hiermee is getracht deze veelzijdige begrippen overeenkomstig het advies van de Afdeling van meer inhoud en kleuring te voorzien. Voorts zijn een aantal definities ten aanzien van giraal effectenverkeer apart gegroepeerd in het separate hoofdstuk over beursgenoteerde ondernemingen. Meerdere van deze en andere definities zijn voorts conform het advies van de Afdeling uitgeschreven of aangepast opdat er sprake is van minder doorverwijzingen. Ter verduidelijking is voorts bijvoorbeeld het begrip «activiteit» veranderd in de aanduiding als «verwervingsactiviteit». In de vijfde plaats is de memorie van toelichting aangevuld met uitleg over enkele begripsbepalingen, zoals een verheldering over wanneer een doelonderneming in Nederland gevestigd is. Tot slot bleek het in de zesde plaats door de gewijzigde structuur en plaatsbepaling van enkele artikelen bijvoorbeeld mogelijk minder voorschriften «van overeenkomstige toepassing» te hoeven verklaren, zodat deze vorm van verwijzing is gereduceerd en dit eveneens de leesbaarheid en toegankelijkheid vergroot. Met dit samenstel aan wijzigingen is beoogd aan de advisering van de Afdeling op dit onderdeel wezenlijke en duidelijk zichtbare uitvoering te geven. Deze herschikking is technisch van aard en heeft niet tot doel de inhoud van het wetsvoorstel te wijzigen.

b. Uitwerking kernelementen bij lagere regels

Het voorstel voorziet erin dat verschillende elementen bij algemene maatregel van bestuur (amvb) (kunnen) worden uitgewerkt. Hierbij gaat het enerzijds om de reikwijdte van het voorstel, bij amvb kunnen andere technologieën worden aangewezen als sensitieve technologie.⁵⁸ Anderzijds gaat het om gewichtige elementen uit het voorstel zoals de factoren die worden meegewogen in de toetsing of een activiteit kan leiden tot een risico voor de nationale veiligheid.⁵⁹ Ook kan de Minister bij amvb eisen of nadere voorschriften verbinden aan een toetsingsbesluit.⁶⁰

Omdat het hier gaat om hoofdelementen van het wetsvoorstel, acht de Afdeling uitwerking daarvan bij amvb niet passend. Hoofdelementen zijn in ieder geval de reikwijdte en de structurele elementen van de regeling.⁶¹ De Afdeling is van oordeel dat deze elementen zo gewichtig zijn dat in lijn met het uitgangspunt van het primaat van de wetgever, de volksvertegenwoordiging rechtstreeks bij de vaststelling moet worden betrokken. Dit ook ten behoeve van de kenbaarheid en voorzienbaarheid voor ondernemingen in de praktijk.

⁵⁸ Artikel 3, derde lid, voorstel.

⁵⁹ Artikel 7, vierde lid, voorstel.

⁶⁰ Artikel 8, derde lid, voorstel.

⁶¹ Aanwijzing 2.19 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

De Afdeling adviseert de hoofdelementen van het voorgestelde stelsel bij wet uit te werken en het voorstel dienovereenkomstig aan te passen.

De reactie op dit deel van het advies van de Afdeling is in tweeën opgesplitst om de daarover gemaakte afwegingen goed inzichtelijk te kunnen maken. Geconcludeerd wordt dat het advies van de Afdeling in meerdere opzichten is overgenomen, maar niet volledig. Hierna ga ik achtereenvolgens in op:

- A. reikwijdte en uitwerking krachtens lagere regelgeving;
- B. beoordelingsfactoren respectievelijk eisen en voorschriften krachtens lagere regelgeving.

Ten aanzien van de reikwijdte wil ik allereerst graag verduidelijken dat die primair bepaald wordt door de verwervingsactiviteiten die tot zeggenschap of significante invloed leiden. De omschrijving van die verwervingsactiviteiten is niet gedelegeerd, maar in het voorstel vastgelegd. Hierbij is onderkend dat de reikwijdte niet enkel door de verwervingsactiviteit wordt bepaald, maar uiteindelijk ook door de doelonderneming waarin of waarop door middel van een dergelijke verwervingsactiviteit zeggenschap of significante invloed wordt verkregen. Het wetsvoorstel bevat daarom tevens een begrenzing van doelondernemingen. Dit kunnen volgens het voor advies aangeboden voorstel alleen doelondernemingen zijn die vitale aanbieder of toeleverancier van een vitale aanbieder zijn of die op het gebied van sensitieve technologie actief zijn. De advisering van de Afdeling spitst zich in het bijzonder toe op de gedelegeerde uitwerking van de aanwijzing van deze verschillende soorten ondernemingen.

Aan het advies van de Afdeling om deze uitwerking niet te delegeren, is grotendeels gevolg gegeven voor wat betreft het aanwijzen van vitale aanbieders. In het voorstel was aanvankelijk geregeld dat de aanwijzing van vitale aanbieders per algemene maatregel van bestuur plaatsvond. Hierdoor werd aangesloten bij de manier waarop vitale aanbieders in de Wet beveiliging netwerk- en informatiesystemen (Wbni) zijn aangewezen. Daarvan is van afgezien, waarbij in aanmerking is genomen dat het onderwerp en de gevolgen van de toepassing van dit wetsvoorstel van een andere orde en verdergaande grootte zijn dan die bij de Wbni. Bij de Wbni is er sprake van een meldplicht bij incidenten en dienen bepaalde type maatregelen te worden getroffen om de risico's voor de beveiliging van netwerk- en informatiesystemen te beheersen. Het wetsvoorstel Vifo gaat over een totaal ander onderwerp en laat toe dat onder voorwaarden eigendomsregulering en in een beperkt aantal gevallen zelfs eigendomsontneming plaatsvindt. De aanwijzing vereist daarom een robuustere basis in dit wetsvoorstel zelf in plaats van met behulp van uitsluitend een delegatiegrondslag. Dit wetsvoorstel stelt hogere eisen aan de democratische legitimatie van een aanwijzing van vitale aanbieders. Dit is gedaan door iedere categorie vitale aanbieders waarop dit wetsvoorstel van toepassing is in het voorstel zelf vast te leggen. 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. Verder is in reactie op het advies van de Afdeling over een sectorale aanpak (zie ook de reactie onder de kernboodschap van het advies) toegelicht dat toeleveran-

ciers uit het voorstel zijn geschrapt. Delegatiebepalingen ten aanzien van deze groep zijn daardoor niet meer aan de orde.

Voor zover de Afdeling adviseert om sensitieve technologie uitsluitend in het wetsvoorstel te regelen, merk ik op dat de uitwerking hiervan zoveel mogelijk in het aan voor advies aangeboden wetsvoorstel is vastgelegd. Daarmee is zoveel mogelijk tegemoet gekomen aan voldoende democratische betrokkenheid bij het vaststellen van sensitieve technologie in het voorstel. Het dient volgens het voorstel te gaan om producten voor tweërlei gebruik waarvan de uitvoer vergunningplichtig is op grond van de zogenoemde EG-verordening inzake producten voor tweërlei gebruik⁶² en om militaire goederen als bedoeld in artikel 2 van de Uitvoeringsregeling strategische goederen 2012. 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. Deze uitwerking kan vervolgens bij algemene maatregel van bestuur worden ingeperkt of aangevuld. Ingeval van aanvullen kan dat alleen als aan criteria is voldaan, die waarborgen dat niet willekeurig iedere sensitieve technologie mag worden aangewezen (zie artikel 8, derde lid, van het wetsvoorstel).

Deze flexibiliteit om gedelegeerd sensitieve technologie in te mogen perken of aan te vullen, is nodig in verband met snelle technologische vernieuwingen en ontwikkelingen rond sensitieve technologie. Sensitieve technologie is in dat opzicht dynamischer en veelzijdiger dan de situatie bij vitale aanbieders, zodat dit een andere afweging vereist. 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. 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. Door dit bij algemene maatregel van bestuur te doen, wordt hierin flexibiliteit met behoud van rechtszekerheid geboden. De verwachting is dat van deze gedelegeerde aanwijzingsbevoegdheid met terughoudendheid gebruik zal worden gemaakt. Deze benadering waarbij de basis voor de uitwerking in het wetsvoorstel staat en aanvullingen of uitzonderingen daarop gedelegeerd worden vastgesteld, staat overigens niet op zichzelf en komt tot op zekere hoogte vaker voor⁶³. Alles afwegende is er voor gekozen het wetsvoorstel op dit punt ongewijzigd te laten.

⁶² 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).

⁶³ Zo staat in artikel 1a, vierde lid, onderdeel q, van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme dat op die wet tevens van toepassing zijn «natuurlijke personen, rechtspersonen of vennootschappen die behoren tot een bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen categorie beroepen of personen». En in artikel 6 van de Algemene Ouderdomswet staat dat «bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kan, in afwijking van het eerste en tweede lid, uitbreiding dan wel beperking worden gegeven aan de kring der verzekerden.». Andere wetgeving waarbij het toepassingsbereik per algemene maatregel van bestuur kan worden uitgebreid of veranderd zijn onder meer: artikel 2, tweede en vierde lid, van de Wet personenvervoer 2000, artikel 2, tweede lid, van de Wet ruimtevaartactiviteiten, artikel 1b, vijfde lid, onderdeel b, van de Wet op de Dierproeven en artikel 2, eerste en tweede lid, van de Wet marktordening gezondheidszorg. Zie voor inperking bijvoorbeeld artikel 2, eerste lid, van de Wet aanvullende bepalingen verwerking persoonsgegevens in de zorg, artikel 1a, eerste lid, onderdeel d, van de Wet openbaarheid van bestuur en artikel 14, eerste lid, van de Wet op de belasting van personenauto's en motorrijwielen 1992 tot vrijstelling van belasting.

De Afdeling geeft verder aan dat er andere hoofdelementen zijn waarvoor het niet passend is de uitwerking daarvan te delegeren. Dit zijn in het bijzonder de mogelijkheid tot delegatie van vast te stellen factoren bij een risicobeoordeling en van te verbinden eisen en voorschriften aan een toetsingsbesluit. Dit onderdeel van het advies van de Afdeling is op beide punten opgevolgd, zodat het gedelegeerd vaststellen van beoordelingsfactoren en maatregelen niet langer mogelijk is. Bij de beoordeling of tot schrappen van deze delegatiegrondslag kon worden overgegaan, is vastgesteld dat een variant ontbrak op de beoordelingsfactor met betrekking op een staat waarvan bekend is of waarvoor gronden zijn te vermoeden dat deze een offensief programma heeft om een technologische of strategische machtspositie te verwerven via een verwerver (artikel 21, onderdeel e). Deze variant is dat de verwerver in plaats van de staat een strategische machtspositie wil uitoefenen die niet behoort tot de gebruikelijke bedrijfseconomische motieven en praktijken (artikel 21, onderdeel f). Afgezien van deze toevoeging is in overeenstemming met het advies zowel de delegatiegrondslag voor beoordelingsfactoren als die voor eisen en voorschriften in het wetsvoorstel vervallen.

c. Aansluiting bij bestaande kaders

De Afdeling merkt op dat naast het wetsvoorstel thans reeds regelingen bestaan met een zekere inhoudelijke overlap met het voorgestelde stelsel. De verhouding van het voorstel tot deze regelingen verdient op een aantal punten verheldering. De Afdeling merkt daartoe het volgende op.

i. Verhouding tot de Uitvoeringswet screeningsverordening buitenlandse directe investeringen

De totstandkoming van dit wetsvoorstel moet blijkens de toelichting van het voorstel worden gezien tegen de achtergrond en in de context van de inwerkingtreding van de BDI-schermingsverordening. Ter uitvoering van die verordening is reeds de Uitvoeringswet screeningsverordening buitenlandse directe investeringen uitgewerkt. Dit roept de vraag op waarom in dit geval voor een aparte regeling is gekozen en niet is aangesloten bij de bestaande Uitvoeringswet screeningsverordening buitenlandse directe investeringen. De nu gekozen opzet van twee aparte wetten roept daarbij de vraag op hoe de verhouding tussen beide wetten is.

Er is inderdaad niet voor gekozen de inhoud van dit wetsvoorstel door middel van een wijziging van de Uitvoeringswet screeningsverordening buitenlandse directe investeringen (hierna: Uitvoeringswet) vorm te geven. Een apart wetsvoorstel maakt maximaal zichtbaar dat een investeringstoets vastlegging van nationaal beleid is, die gescheiden is van de tenuitvoerlegging van EU-regelgeving en -verplichtingen in de Uitvoeringswet. Hiermee wordt het voor Nederland belangrijke uitgangspunt zichtbaar benadrukt dat «van groot belang is dat de uiteindelijke beslissingsbevoegdheid om een directe investering al dan niet aan een toetsing te onderwerpen en welke gevolgen aan een dergelijke toetsing verbonden moesten worden bij de desbetreffende EU-lidstaat te laten» (Kamerstukken II 2019/20, 35 502, nr. 3, blz. 4).

Maar afgezien hiervan, zou het onderbrengen van de investeringstoets in de Uitvoeringswet of omgekeerd van de Uitvoeringswet in het wetsvoorstel niet of nauwelijks meerwaarde hebben. De verschillen met de Uitvoeringswet zijn daarvoor te groot. Die verschillen staan bijvoorbeeld in de weg aan een wet, waarin voorschriften uit de Uitvoeringswet vervlochten worden met die uit dit wetsvoorstel tot een uniform geheel. Voorwaarde voor een dergelijke vervlechting is namelijk dat een juiste

tenuitvoerlegging van de BDI-screeningsverordening behouden blijft, terwijl dit met een eigenstandige vormgeving van een investeringstoets zou botsen. De Uitvoeringswet implementeert een samenwerkingsmechanisme voor informatie-uitwisseling tussen lidstaten over directe investeringen uit derde landen, terwijl het wetsvoorstel samenhang binnen het bestaande Nederlandse screeningsmechanisme introduceert voor de daadwerkelijke inhoudelijke toetsing van investeringen. De doelen en aard van deze wetten zijn daarmee wezenlijk anders en moeilijk tot een uniform geheel te integreren. Daaraan doet niet af dat de hoofdlijnen van het wetsvoorstel moeten voldoen aan de BDI-screeningsverordening (zie bijvoorbeeld artikel 3, tweede tot en met vijfde lid, van die verordening).

Het verschil is dat de focus van het wetsvoorstel uitsluitend ligt bij het regelen van een investeringstoets voor Nederland met inachtneming van die parameters, terwijl de focus van de Uitvoeringswet onder meer is om andere EU-lidstaten informatie te verschaffen. Voor de afbakening van die informatieverschaffing is het vervolgens relevant wat die andere EU-lidstaten onder hun investeringstoets laten vallen en niet het bepaalde in dit wetsvoorstel over de investeringstoets voor Nederland. De reikwijdte van het onderhavige wetsvoorstel is dan ook anders dan die van de Verordening. Ook andere verschillen staan het bereiken van uniformiteit in de weg. De screening van de Uitvoeringswet beperkt zich bijvoorbeeld tot investeringen uit derde landen in de EU, terwijl de toetsing op grond van het wetsvoorstel tevens intra-EU investeringen omvat. Daarmee blijft het wetsvoorstel strikt landenneutraal en voorkomt het op een effectieve manier omzeilingsconstructies. Ook dit verschil is in een gemeenschappelijke wet niet goed overbrugbaar. Een gemeenschappelijke wet zou derhalve niet meer inhouden dan dat hetgeen in het wetsvoorstel staat volledig gescheiden wordt geregeld van hetgeen nu in de Uitvoeringswet staat. Dit maakt de meerwaarde die één wet zou hebben gering. Bovendien heeft dit wetsvoorstel een wezenlijk ander uitgangspunt dan de Uitvoeringswet. De Uitvoeringswet vervult niet de functie van vangnet voor investeringstoetsen en introduceert ook geen samenhang binnen het stelsel van investeringstoetsing dat ruimte laat voor maatwerk voor specifieke sectoren door middel van een sectorale investeringstoets. De betekenis van de Uitvoeringswet vermindert niet zodra een sectorale investeringstoets tot stand komt in tegenstelling tot bij dit wetsvoorstel. Gelet op het voorgaande is voor de investeringstoets voorzien in een apart wetsvoorstel.

Dat er een apart wetsvoorstel voorligt, beïnvloedt de verhouding tot de Uitvoeringswet niet. Het wetsvoorstel doorkruist op geen enkele wijze de werking van de Uitvoeringswet. Bij de totstandkoming van de Uitvoeringswet werd al rekening gehouden met wetgeving voor investeringstoetsen. De memorie van toelichting bij de Uitvoeringswet vermeldt over de inrichting daarvan «dat het de noodzakelijke ruimte en aansluiting laat voor de invoering van investeringstoetsen op nationale veiligheidsrisico's.» (Kamerstukken II 2019/20, 35 502, nr. 3, blz. 11). Tussen dit wetsvoorstel en de Uitvoeringswet bestaat voorts geen overlap, zodat een gescheiden benadering met behulp van een apart wetsvoorstel voor de investeringstoets hierin niet bezwaarlijk is.

ii. Verhouding tot de Wet beveiliging netwerk- en informatiesystemen

Het voorstel richt zich op drie categorieën ondernemingen, namelijk vitale aanbieders, toeleveranciers van vitale aanbieders of ondernemingen die beschikken over sensitieve technologie.⁶⁴ Voor vitale aanbieders gelden reeds verplichtingen op basis van de Wet beveiliging netwerk- en

⁶⁴ Artikel 2 voorstel.

informatiesystemen (Wbni). De Afdeling constateert dat de definitie van «vitale aanbieder» in de zin van de Wbni⁶⁵ niet overeen komt met de definitie van «vitale aanbieder» in de zin van het voorstel.⁶⁶ De Afdeling acht uiteenlopende definities in de verschillende wettelijke regelingen⁶⁷ op dit onderwerp niet bevorderlijk voor de uitvoering.

De Afdeling constateert verder dat het voorstel zich, anders dan de Wbni, niet alleen richt op de vitale aanbieders, maar specifiek ook op bepaalde toeleveranciers van vitale aanbieders. Dat roept de vraag op waarom in dit wetsvoorstel gekozen is voor een breder toepassingsbereik van dan de Wbni. Beide wetten zijn immers gericht op de continuïteit van de dienstverlening van vitale aanbieders te waarborgen.⁶⁸

De Afdeling adviseert om aan te sluiten bij de bestaande wettelijke definitie van «vitale aanbieders». Ook adviseert de Afdeling om het verschil in toepassingsbereik tussen het voorstel en de Wbni nader toe te lichten.

Naar aanleiding van dit deel van het advies van de Afdeling is voor de definitie van «vitale aanbieder» aansluiting gezocht bij de omschrijving hiervan in de Wet beveiliging netwerk- en informatiesystemen (Wbni). Het vereist nadere uitleg op welke wijze en in hoeverre dit is gedaan.

De Wbni is de enige wet die het begrip vitale aanbieder definieert. Deze wet implementeerde de NIB-richtlijn⁶⁹ 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 echter nodig om binnen deze algemene definitie een subgroep aan 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. een 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 op daarin nader geregelde wijze aanbieders van essentiële diensten aangewezen.

⁶⁵ In de Wbni wordt een vitale aanbieder gedefinieerd als (i) een aanbieder van een essentiële dienst, of (ii) een aanbieder van een andere dienst waarvan de continuïteit van vitaal belang is voor de Nederlandse samenleving.

⁶⁶ In het voorstel wordt een vitale aanbieder gedefinieerd als «een onderneming die een vitaal proces uitvoert».

⁶⁷ Waaronder ook de sectorspecifieke regelingen moeten worden begrepen.

⁶⁸ Op grond van aanwijzing 4.43 van de Aanwijzingen voor de regelgeving dient in de toelichting van een regeling in te worden gegaan op de verhouding tot andere regelingen.

⁶⁹ 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).

Anders dan de Wbni gaat dit wetsvoorstel echter niet over de beveiliging van netwerk- en informatiesystemen van vitale aanbieders. 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 in dit wetsvoorstel overgenomen. In plaats daarvan is binnen de door de Wbni opgedeelde definitie van «vitale aanbieder» bezien 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 sluiten de definitie in dit wetsvoorstel en die in de Wbni nauwer op elkaar aan dan in het voor advies voorgelegde voorstel. Er is met andere woorden een gemeenschappelijke noemer gecreëerd die is ontleend aan de Wbni en die voor iedere vitale aanbieder onder dit wetsvoorstel kenmerkend is. Hieraan is voor het wetsvoorstel vervolgens invulling gegeven door middel van aanwijzing van categorieën van vitale aanbieders. Deze aanwijzing heeft overlap met de aanwijzing van vitale aanbieders die krachtens de Wbni heeft plaatsgevonden, maar is niet geheel identiek daaraan (zie paragraaf 3.2 van het algemeen deel van de memorie van toelichting). Dit is verklaarbaar door de verschillende achtergrond en inhoud van dit wetsvoorstel ten opzichte van de Wbni. In de aangepaste toelichting op artikel 1 onder het begrip «vitale aanbieder» is het bovenstaande nader toegelicht.

De Afdeling adviseert voorts om het verschil in toepassingsbereik tussen het voorstel en de Wbni nader toe te lichten. Hierbij wordt in het bijzonder bedoeld op de toepasselijkheid van het wetsvoorstel op toeleveranciers van vitale aanbieders. Elders in dit nader rapport is toegelicht dat met het oog op onder meer proportionaliteit het wetsvoorstel niet langer op toeleveranciers betrekking heeft, zodat het wetsvoorstel hierin is heroverwogen.

iii. Verhouding tot sectorspecifieke toetsen

Het voorstel is niet van toepassing op activiteiten waarop op grond van een andere wet een specifieke toets uit hoofde van nationale veiligheid van toepassing is. In de toelichting worden sectorspecifieke toetsen zoals die in de Elektriciteitswet 1998, Gaswet en in de Telecommunicatiewet (Wet ongewenste zeggenschap telecommunicatie) genoemd.⁷⁰ Volgens de toelichting wordt zo voorkomen dat bepaalde activiteiten twee keer getoetst worden.⁷¹

⁷⁰ Toelichting, algemeen, paragraaf 2.2.1 en toelichting bij artikel 2.

⁷¹ Toelichting bij artikel 2.

De Afdeling merkt op dat met de investeringstoets verschillende doelen worden nagestreefd. De sectorspecifieke toetsen die in de toelichting worden genoemd in de energiesector en de telecommunicatiesector, vertonen weliswaar op veel punten overlap met de thans voorgestelde investeringstoets, maar zijn ook beperkter van opzet. Bij die sectorspecifieke toetsen kunnen dus niet alle aspecten worden betrokken waarin het voorstel wél voorziet. Dit roept de vraag op in welke gevallen een sectorspecifieke toets dusdanige overlap vertoont, dat de thans voorgestelde investeringstoets achterwege dient te blijven.

De Afdeling acht het van belang dat duidelijk is wanneer een sectorspecifieke toets ertoe leidt dat de investeringstoets niet wordt verricht. Zij adviseert het voorstel op dit punt te verduidelijken.

Overeenkomstig het advies van de Afdeling is de verhouding tussen sectorspecifieke toetsen en het wetsvoorstel verduidelijkt door het voorstel hierop aan te passen.

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 activiteit waarop een toetsing zich richt. 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 (gelijktijdig) moet worden aangepast.

In de tweede plaats bevat het wetsvoorstel naast deze verduidelijking volledig toegespitst op vitale aanbieders 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. Deze voorrangsregel is vastgelegd in artikel 5, onderdeel b, waaraan een zinsnede is toegevoegd, die verduidelijkt dat als een specifieke toets uit hoofde van nationale veiligheid van toepassing is het onverschillig is in welke mate die specifieke toets uit een andere wet met dit wetsvoorstel overeenstemt. Een sectorspecifieke toets prevaleert altijd, ook als die beperkter van opzet is dan dit wetsvoorstel. Deze verduidelijking biedt helderheid dat als op grond van een andere (toekomstige) wet een sectorspecifieke toets uit hoofde van nationale veiligheid van toepassing is dit wetsvoorstel altijd terugtreedt. 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. Het kan zich ook voordoen dat een sectorspecifieke toets niet van toepassing is op een verwervingsactiviteit, maar die verwervingsactiviteit op zichzelf wel onder de reikwijdte van de wet valt waarin die toets is geregeld. De verwervingsactiviteit valt dan onder die andere wet, maar de toets is dan niet van toepassing door de geringe omvang ervan of omdat de aard van de verwervingsactiviteiten waarvoor de sectorale toets

geldt beperkter is afgebakend dan in dit wetsvoorstel. Ook hiervoor wordt aangenomen dat iedere sectorale toets een weloverwogen begrenzing bevat, die het wetsvoorstel niet dient te doorkruisen. Het wetsvoorstel dient in deze situaties niet van toepassing te zijn, ook al is op de verweringsactiviteit strikt genomen geen specifieke sectorale toets van toepassing. Hierin is voorzien door in artikel 5 een nieuw onderdeel te voegen dat dit regelt. Ook dit verduidelijkt de verhouding tot sectorspecifieke toetsen.

iv. Samenloop met andere toetsen

Naast de sectorspecifieke toetsen vertoont de in het voorstel opgenomen toets, zoals hiervoor al kort aangestipt, ook inhoudelijke overlap met andere toetsen die naar verwachting bij een activiteit in zin van het voorstel, zoals investeringen en fusies, veelal tegelijkertijd plaats zullen vinden. Een voorbeeld daarvan betreft de bevoegdheid van DNB om een verklaring van geen bezwaar (vvgb) af te geven voor een (voorgenomen) fusie met of overname van een financiële onderneming.⁷² Ondanks dat deze toets zich richt op eventuele ongewenste ontwikkelingen van de financiële sector, zit er overlap in de toetsingscriteria. Zo kijkt zowel DNB als de Minister naar de financiële positie en solvabiliteit en de transparantie van de zeggenschapsstructuur van organisaties.

De Afdeling wijst erop dat de verschillende meldplichten administratieve lasten met zich brengen. Om deze last zoveel mogelijk te reduceren acht de Afdeling het van belang dat de wijze en inrichting van de verschillende meldplichten op elkaar worden afgestemd. Zoals welke informatie voor vergelijkbare toetsingscriteria, en in welke vorm die informatie moet worden aangeleverd. Daarbij is afstemming tussen de verschillende bevoegde autoriteiten noodzakelijk.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op het voorgaande en daarbij te inventariseren welke andere toetsen overlappen met de in het voorstel opgenomen veiligheidstoets en de samenloop van die toetsen nader uit te werken in het voorstel. De Afdeling adviseert tevens de meldplichten zo in te richten dat de onnodige administratieve lasten worden voorkomen.

Waar het gaat om samenloop met andere toetsen uit hoofde van nationale veiligheid is, zoals hiervoor aangegeven, het wetsvoorstel aangescherpt. Dit wetsvoorstel is enkel van toepassing als er geen specifieke toets uit hoofde van nationale veiligheid bestaat. Als dit wetsvoorstel van toepassing is, is vervolgens het uitgangspunt dat een zelfstandige toetsing plaatsvindt die is toegespitst op het concrete geval. Het wetsvoorstel houdt hierbij rekening met de verhouding tot bepaalde andere wettelijke kaders, zoals ten aanzien van een openbaar bod dat onderwerp is van de EU-verordening marktmisbruik en het Besluit Openbare Biedingen Wft. Die verhouding komt in artikel 37 en de uitgebreide toelichting op dat artikel aan bod. Daar waar op grond van andere wettelijke kaders een verweringsactiviteit ook een beoordeling vereist, maar niet uit hoofde van nationale veiligheid, zal de beoordeling daarvan een ander doel dienen en een andere achtergrond hebben die van invloed is op de inhoud en wijze waarop een beoordeling plaatsvindt. Dit laat onverlet dat bij de toepassing van het wetsvoorstel rekening kan worden gehouden met beoordelingen die vanuit een andere wettelijke achtergrond al zijn voltooid en die voor een toetsing op grond van dit wetsvoorstel van betekenis zijn. Het is hierbij telkens maatwerk om te bepalen welke wetgeving relevant hiervoor kan zijn en hangt af van

⁷² Artikel 3:95 Wet op het financieel toezicht.

uiteenlopende factoren, zoals het doel dat de desbetreffende wetgeving met een toetsing beoogt, de wijze waarop een beoordeling plaatsvindt en waarop die precies betrekking heeft, het type verwervingsactiviteit, het soort doelonderneming, de omvang van de transactie en de invloed die wordt verkregen. Ook is dit afhankelijk van de keuzes die de verwerfer zelf maakt ten aanzien van de volgorde van handelingen en van de beschikbaarheid van resultaten hierover. Een tweetal voorbeelden kan dit verduidelijken.

Een eerste 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). De uitkomst van de beoordeling of sprake is van een concentratie en of die toelaatbaar is, bepaalt echter niet of die concentratie ook een risico voor de nationale veiligheid zal opleveren. De uitkomst van die beoordeling is daarvoor niet bepalend en wordt op grond van dit voorstel zelfstandig beoordeeld. Wel kan een fusie of een totstandbrenging van een joint-venture een verwervingsactiviteit zijn waarop dit wetsvoorstel van toepassing is. Maar die toepasselijkheid betekent dus niet dat de uitkomst van een beoordeling van een fusie in het kader van het concentratietoezicht automatisch relevant is voor de toetsing onder dit wetsvoorstel. In paragraaf 6.2 van de memorie van toelichting wordt dan ook geconcludeerd dat dit toezicht een ander doel dient dan de toets die in dit wetsvoorstel is opgenomen.

Een tweede voorbeeld ziet op de Afdeling aangehaalde verklaring van geen bezwaar van 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 politiek een specifieke beoordeling uit gericht op de beschikbare financiële middelen van degene die een gekwalificeerde deelneming verkrijgt of vergroot en de na de verwerving te verwachten solvabiliteits- en liquiditeitsratio's van de financiële doelonderneming, de betrouwbaarheid en reputatie van de verwerfer, 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 van de voorgenomen deelneming 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 Veiligheid op nationale veiligheid op grond van dit wetsvoorstel staat volledig los van de zelfstandige beoordeling door DNB en de ECB 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, zoals in reactie op punt 3 (Doelen en instrumenten) van het advies is aangegeven, 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, is een verklaring van geen bezwaar die AFM afgeeft op grond van artikel 5:32d 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 bepaald 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.

De voorstaande voorbeelden laten onverlet dat ik het de met Afdeling eens ben dat zich vormen van samenloop in informatieverschaffing kunnen voordoen, die ongewenste gevolgen kunnen hebben vanuit het oogpunt van administratieve lasten. Met het oog hierop kom ik overeenkomstig het advies van de Afdeling tot de slotsom dat een aanvulling van het wetsvoorstel vereist is. De grondslag voor een algemene maatregel van bestuur over informatieverschaffing bij een melding biedt anders onvoldoende armslag om met reductie van administratieve lasten rekening te houden waar dat haalbaar is. In artikel 11 is daartoe een nieuwe derde lid ingevoegd dat de mogelijkheid biedt 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 het bestuursorgaan, dienst, toezichthouder of andere personen aan wie die informatie al eerder is verstrekt (artikel 34, vierde lid, van het wetsvoorstel). Daardoor kan vanuit oogpunt van vermindering van administratieve lasten beter met eventuele samenloop rekening worden gehouden. Aan het gebruik van deze mogelijkheid zullen nader vast te stellen voorwaarden worden verbonden, zoals de voorwaarde dat reeds eerder verstrekte informatie niet aan juistheid en volledigheid moet hebben ingeboet en ik, en eventuele andere Ministers die het aangaat, tot die eerder verstrekte informatie langs andere weg ook daadwerkelijk en tijdig toegang mogen hebben en krijgen. Bij het opstellen van een algemene maatregel van bestuur zullen die voorwaarden nader vastgesteld worden. Een randvoorwaarde is bijvoorbeeld 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 mij 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 bezien. Verder zal niet enkel moeten worden vastgesteld welke instanties over de gewenste informatie beschikken, maar is het verstrekken daarvan uiteraard ook afhankelijk van de toelaatbaarheid daarvan. Zo kent DNB bijvoorbeeld op grond van Europees recht beperkingen ten aanzien van het delen van informatie verkregen in het kader van het toezicht. DNB wordt dan ook niet genoemd in artikel 34, vierde lid, van het wetsvoorstel ook al is informatie wellicht al eerder door een aanvrager van een verklaring van geen bezwaar aan DNB verstrekt.

5. Verhouding tot hoger recht

De Afdeling acht het ontbreken van een grondige probleemomschrijving en uiteenzetting van de beoogde doelen, zoals hiervoor aan de orde is geweest, ook kwetsbaar in het licht van verschillende Europese en internationale regels. In de eerste plaats is relevant dat het voorgestelde systeem voor investeerders en doelondernemingen een beperking kan betekenen van mogelijkheden om in Nederland te investeren of zich daar te vestigen.

Zowel uit oogpunt van de Unierechtelijke regels inzake het vrij verkeer, als uit oogpunt van internationale handels- en investeringsrecht⁷³ en de EVRM-bepalingen inzake het eigendomsrecht, dienen deze beperkingen nauwkeurig door de overheid te worden afgewogen tegen de na te streven belangen op het terrein van de nationale veiligheid. Omdat de Unierechtelijke regels inzake het vrij verkeer in deze het meest stringente kader kennen, zal de Afdeling zich in de volgende paragraaf daartoe beperken en waar nodig verwijzen naar andere regels inzake hoger recht.

Voorts is hier relevant dat de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) verlangt dat het doel van de gegevensverwerking, voor zover betrekking hebbend op persoonsgegevens, welbepaald en uitdrukkelijk omschreven zijn.

⁷³ Waaronder de regels die vallen onder het raamwerk van de Wereldhandelsorganisatie: de General Agreement on Trade in Services, de Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, het General Agreement on Tariffs and Trade en de Agreement on Trade Related Investment Measures.

a. *Toetsing maatregelen aan de regels inzake het vrij verkeer*

In de toelichting wordt terecht opgemerkt dat zowel de verplichting om voorafgaande toestemming voor een investering te verkrijgen, als de mogelijkheid voor de Minister aan zijn toestemming voorwaarden en eisen te verbinden, leiden tot een belemmering van het vrij verkeer van kapitaal en/of goederen, dan wel van de vrijheid van vestiging. In de toelichting wordt voor deze belemmering de rechtvaardiging gezocht in het belang van de nationale en openbare veiligheid. In dat verband wordt in algemene termen het risico benoemd dat gelet op de aard van de doelondernemingen (vitale aanbieders, vitale processen en sensitieve technologie) de nationale veiligheid in gevaar kan komen door de uitoefening van zeggenschap of invloed door de verwerver.

Hoewel de Afdeling begrip heeft voor deze overwegingen en onderkent dat de lidstaten enige vrijheid hebben om de eisen van nationale of openbare veiligheid op hun nationale behoeften af te stemmen, is die vrijheid niet onbeperkt. Zo is van belang dat nationale maatregelen echt noodzakelijk zijn om deze belangen te bewerkstelligen en niet verder gaan dan noodzakelijk. Een screeningsmechanisme moet specifiek genoeg zijn, opdat investeerders vooraf hun rechten en plichten kennen en weten in welke omstandigheden voorafgaande toestemming noodzakelijk is.⁷⁴ Ook dienen de beoogde doelen van nationale of openbare veiligheid op coherente en systematische wijze te worden nagestreefd en niet verder te gaan dan noodzakelijk voor het bereiken van deze doelen.⁷⁵ Gelet op hetgeen de Afdeling in de voorgaande paragrafen heeft opgemerkt, acht zij het voorstel zonder nadere motivering in dit licht kwetsbaar.

Daarnaast wijst de Afdeling erop dat volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU het belang van openbare veiligheid slechts kan worden aangevoerd in geval van een werkelijk en voldoende ernstige bedreiging van een fundamenteel maatschappelijk belang.⁷⁶ Bovendien mogen deze redenen niet worden aangevoerd voor in feite zuiver economische doeleinden.⁷⁷ In de toelichting worden deze eisen uit de rechtspraak niet besproken.

De Minister zal evenwel bij de toetsing van een gemelde activiteit en bij de afweging van de eventueel aan de activiteit te koppelen eisen of voorschriften moeten beoordelen of het geconstateerde veiligheidsrisico inderdaad «werkelijk» en «voldoende ernstig» is. Hoe de Minister dat zal wegen, wordt uit de toelichting niet duidelijk en dit verdient derhalve aanvulling.

Voorts wijst de Afdeling erop dat naast dit toetsingsbesluit, ook de daaraan voorafgaande meldingsplicht bij de Minister (en het verbod activiteiten ten uitvoer te leggen voordat de Minister daarop heeft geoordeeld) een belemmering kan vormen die rechtvaardiging behoeft. De Afdeling begrijpt dat een voorafgaande beoordeling noodzakelijk kan zijn, omdat eventuele schadelijke gevolgen voor de nationale veiligheid achteraf slechts beperkt ongedaan gemaakt zouden kunnen worden.⁷⁸ De

⁷⁴ HvJ 14 maart 2000, *Association Église de scientologie de Paris e.a.*, C-54/99, ECLI:EU:C:2000:124, punten 20 en 21.

⁷⁵ HvJEU 6 maart 2018, *SEGRO en Horváth*, C-52/16 en C-113/16, ECLI:EU:C:2018:157, punten 76 en 77.

⁷⁶ HvJEU 18 juni 2020, *Commissie/Hongarije*, C-78/18, ECLI:EU:C:2020:476, punt 91.

⁷⁷ HvJ 14 maart 2000, *Association Église de scientologie de Paris e.a.*, C-54/99, ECLI:EU:C:2000:124, punt 17.

⁷⁸ In de toelichting wordt dit aangevoerd ter rechtvaardiging van de toetsingsprocedure. paragraaf 3.1.2 («De Verdragsvrijheden en dienstenrichtlijn»). Dit is ook relevant voor de afweging van de fair balance in het kader van artikel 1 EP.

daartoe voorgestelde meldingsplicht (en standstill-verplichting) heeft echter een dermate breed toepassingsbereik (en geldt bijvoorbeeld ook voor binnenlandse investeringen) waardoor deze van toepassing is, ongeacht of een activiteit kan leiden tot een risico (laat staan een werkelijk en «voldoende ernstig» risico). Dat risico wordt immers ingevolge het voorstel⁷⁹ pas nadien beoordeeld, bij de vraag of een toetsingsbesluit noodzakelijk is.

De vraag is hoe een dergelijke algemene preventieve meldingsplicht voor een brede categorie investeringen zich verhoudt tot voornoemde rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU.⁸⁰ De Afdeling heeft daarover een beschouwing in de toelichting gemist.

De Afdeling adviseert in het licht van het vorenstaande de gekozen opzet dragend te motiveren in de toelichting en, zo nodig, het voorstel aan te passen.

Het advies van de Afdeling om de gekozen opzet van het wetsvoorstel meer dragend te motiveren en zo nodig aan te passen in het licht van de verenigbaarheid van het wetsvoorstel met hoger recht, ligt in het verlengde van de meer algemene opmerkingen en kanttekeningen van de Afdeling over de noodzaak van een grondige probleemomschrijving en uiteenzetting van de beoogde doelen van dit wetsvoorstel. Zoals hierboven is aangegeven, is aan deze meer algemene opmerkingen en kanttekeningen gevolg gegeven door uitbreidingen en verbeteringen van de toelichting en aanpassingen van het wetsvoorstel. Hiermee wordt ook de noodzakelijkheid en proportionaliteit van het wetsvoorstel als geheel beter onderbouwd, hetgeen ook zijn weerslag heeft op de verenigbaarheid met hoger recht. Dit heeft ook tot gevolg dat op enkele punten de memorie van toelichting in hoofdstuk 5 van het algemeen deel aanvulling behoeven in lijn met het advies van de Afdeling, in het bijzonder ten aanzien van het Unierecht. Echter op een aantal punten is een dergelijke aanvulling van de toelichting of aanpassing van het wetsvoorstel niet noodzakelijk, omdat de maatstaf die de Europese jurisprudentie aanlegt, niet de volledige implicaties heeft die de Afdeling hieraan lijkt te verbinden. Ook gaat de toelichting wel degelijk in op de eisen die de EU jurisprudentie stelt, in tegenstelling tot de Afdeling aangeeft. Voor zover dit onvoldoende zichtbaar is volgens de Afdeling, is dit door aanvullende verwijzingen naar jurisprudentie verduidelijkt of is een beperkte toevoeging in de tekst opgenomen.

In dit verband dient te worden opgemerkt dat het Unierecht zelf in de Verdragen de nationale veiligheid uitdrukkelijk tot de verantwoordelijkheid van de lidstaten rekent. Dit is ook in de toelichting bij het wetsvoorstel nader aangevuld. Zo bepaalt artikel 4, tweede lid, van het Verdrag betreffende de Europese Unie dat de Unie de essentiële staatsfuncties van de lidstaten eerbiedigt, met name de verdediging van de territoriale integriteit van de staat, de handhaving van de openbare orde en de bescherming van de nationale veiligheid. Daarbij wordt expliciet gepreciseerd dat met name de nationale veiligheid de uitsluitende verantwoordelijkheid blijft van elke lidstaat. Dit komt ook tot uitdrukking in artikel 72 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

⁷⁹ Artikel 6 voorstel.

⁸⁰ In het hiérvóór aangehaalde arrest in *Eglise de scientologie* overwoog het Hof dat een stelsel waarbij een voorafgaande vergunning wordt vereist voor iedere directe buitenlandse investering «die de openbare orde en de openbare veiligheid in gevaar kan brengen», zonder nadere precisering niet gerechtvaardigd kon worden. Een dergelijk plicht zou er namelijk toe leiden dat voor de betrokken investeerders niet duidelijk wordt, in welke specifieke omstandigheden een voorafgaande vergunning noodzakelijk is, leidt tot een vaagheid, waardoor het stelsel in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel (punten 21–22). Zie voorts HvJEU 18 juni 2020, *Commissie/Hongarije*, C-78/18, ECLI:EU:C:2020:476, punt 94.

(hierna: VWEU) dat bepaalt dat de samenwerking voorzien in de titel inzake de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht de verantwoordelijkheid van de lidstaten voor de handhaving van de openbare orde en de bescherming van de binnenlandse veiligheid onverlet laat. Ook artikel 346 van het VWEU geeft aan dat een lidstaat ter bescherming van de wezenlijke belangen van zijn veiligheid maatregelen kan treffen en niet verplicht is bepaalde inlichtingen te delen. Deze bepalingen geven geen vrijbrief om onder het etiket van nationale veiligheid onverkort en zonder nadere onderbouwing van noodzakelijkheid en proportionaliteit belemmeringen op te werpen die het vrij verkeer van kapitaal, de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van goederen kan aantasten, maar onderstrepen wel dat de lidstaten hierin een duidelijke eigen, maar wel begrensde, verantwoordelijkheid en beleidsvrijheid hebben (zie ook in deze zin arrest HvJEU van 4 maart 2010, Europese Commissie/Portugese Republiek, zaak C-38/06, overweging 62 en arrest HvJEU van 4 september 2014, Schiebel Aircraft, zaak C-474/12, overweging 34).

Terecht wijst de Afdeling op het feit dat de jurisprudentie van het Hof van Justitie bij een beroep op de bescherming van de openbare veiligheid vereist dat dit slechts kan worden aangevoerd in geval van een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging van een fundamenteel maatschappelijk belang. De Afdeling lijkt daaraan evenwel te verbinden dat het Hof daarmee ook eist dat een lidstaat een acuut en concreet gevaar dient te identificeren dat het treffen van een dergelijke maatregel rechtvaardigt. Ook lijkt de Afdeling te suggereren dat uit de jurisprudentie volgt dat de verwerver en/of doelonderneming zelf ook een inschatting moet kunnen maken of de voorgenomen verwerving tot een werkelijk en voldoende ernstige bedreiging van een fundamenteel maatschappelijk belang kan leiden. Dat is niet het geval. Het Hof van Justitie vraagt van een lidstaat die zich beroept op de bescherming van de openbare veiligheid om een bepaalde belemmerende maatregel te rechtvaardigen om bij wijze van gedachte-experiment te identificeren wat de gevolgen zouden zijn voor de maatschappij als deze maatregel niet getroffen zou zijn. Als de gevolgen dermate groot kunnen zijn dat een disruptie of aantasting van wezenlijke maatschappelijke belangen in het geding is, accepteert het Hof van Justitie een beroep op de bescherming van de openbare veiligheid (zie in dit verband bijv. arrest HvJEU van 10 juli 1984, Campus Oil, zaak 72/83, overwegingen 38–41; arrest HvJEU van 4 juni 2002, Europese Commissie/België, zaak C-503/99, overwegingen 47–52). Het wetsvoorstel voldoet aan deze maatstaf: zo is in paragraaf 2.1 van de memorie van toelichting uitgebreid stilgestaan bij de gesignaleerde dreigingen en de effecten die deze kunnen hebben op de Nederlandse samenleving waaronder een disruptie of manipulatie van het functioneren van de democratische rechtstaat, de aantasting van de betrouwbaarheid en continuïteit van vitale processen die essentieel zijn voor het functioneren van de samenleving en de verwerving van en vervolgens het gebruik van hoogwaardige Nederlandse kennis en informatie en sensitieve technologie om hun eigen innovatiepositie te verbeteren en hun geopolitieke autonomie en slagkracht te vergroten en die van Nederland en de Europese Unie te beperken. In paragraaf 5.1.2 van de toelichting wordt dit ook aangestipt, maar indachtig de opmerkingen van de Afdeling is dit aangevuld en verduidelijkt. Ook de definitie van nationale veiligheid is op dit punt nog verder verduidelijkt.

De Afdeling wijst ook op het punt dat dwingende redenen van algemeen belang en daarmee gerechtvaardigde beperkingen niet mogen worden aangevoerd voor in feite zuiver economische doeleinden. Hier is enige nuancering op zijn plaats: het Hof van Justitie heeft expliciet erkend dat als vaststaat dat een dwingende reden van algemeen belang een belemmerende maatregel kan rechtvaardigen, het feit dat hiermee ook economische belangen kunnen worden gediend een beroep op een dergelijke dwingende reden van algemeen belang niet verhindert (zie in

deze zin arrest HvJEU van 10 juli 1984, *Campus Oil*, zaak 72/83, overweging 36). Ook heeft het Hof van Justitie duidelijk gemaakt dat een regeling een gerechtvaardigde beperking van een fundamentele vrijheid kan vormen, wanneer zij is ingegeven door economische belangen die een doelstelling van algemeen belang nastreven (zie arrest HvJEU van 22 oktober 2013, *Staat/Essent NV e.a.*, gevoegde zaken C-105/12, C-106/12 en C-107/12, overweging 52). In die zin is het strakke onderscheid dat de Afdeling lijkt aan te hangen niet geheel in lijn met de jurisprudentie van het Hof. Zeker bij ondernemingen die dual-use technologie en andere sensitieve technologie ontwikkelen en exploiteren die onder het toepassingsbereik van het wetsvoorstel vallen, is er een nauwe wisselwerking tussen economische aspecten en veiligheidsaspecten: de verwerving van sensitieve technologie en de capaciteit voor de ontwikkeling en productie hiervan door de overname van een Nederlands bedrijf kan een verwerfer een verbeterde technologische basis en concurrentiepositie bieden en daarmee ook de economie van zijn land van herkomst bevorderen. Tegelijkertijd kan diezelfde verwerving van technologie door deze verwerfer bijdragen aan de versterkte capaciteit op defensie- en veiligheidsvlak of een extra drukmiddel of ongewenste strategische afhankelijkheid opleveren voor het desbetreffende land van herkomst. Deze aspecten zijn niet scherp te onderscheiden voor het gemengde en dubbele karakter van dergelijke technologie waar onze geavanceerde samenleving steeds afhankelijker van wordt. In de memorie van toelichting zal in het licht van het advies van de Afdeling onder verwijzing naar de aangehaalde jurisprudentie aan dit punt aandacht worden besteed.

Onder verwijzing naar het arrest van het HvJEU van 14 maart 2000, *Association Église de scientologie de Paris e.a.*, C-54/99, overwegingen 20 en 21 en het arrest HvJEU 18 juni 2020, *Commissie/Hongarije*, C-78/18, overweging 94, lijkt de Afdeling te betwijfelen of de ex ante meldingsplicht met de eis van een voorafgaande goedkeuring voordat een verwervingsactiviteit kan plaatsvinden, verenigbaar is met de aangehaalde jurisprudentie. In tegenstelling tot hetgeen de Afdeling aanneemt is de ex ante melding en het vereiste van voorafgaande goedkeuring niet vergelijkbaar met een algemene preventieve meldings- en goedkeuringsplicht waar in beide arresten sprake van was. Het toepassingsbereik van het wetsvoorstel is wel degelijk ingeperkt tot een afgebakende categorie ondernemingen waar specifieke risico's voor de nationale veiligheid aan verbonden zijn. Dit is in hoofdstuk 3 van het algemeen deel van de memorie van toelichting toegelicht en onderbouwd en ook in paragraaf 5.1.2 van het algemeen deel van de memorie van toelichting aangegeven.

In het arrest *Association Église de Scientologie* betrof het een bevoegdheid voor de Franse autoriteiten om *alle* directe investeringen uit een derde land aan een meldingsplicht te onderwerpen, waarna de Franse autoriteiten een eis van voorafgaande vergunning konden opleggen indien er risico's werden vermoed voor de openbare veiligheid. Slechts voor een kleine groep transacties was een uitzondering op deze verplichting opgenomen. Deze Franse maatregel is geenszins te vergelijken met de vereiste ex ante goedkeuring voor een afgebakende groep ondernemingen noch is de systematiek van het voorliggende wetsvoorstel vergelijkbaar met de Franse maatregel nu deze systematiek grote gelijkenis vertoont met de procedure van concentratietoezicht zoals voorzien in het mededingingsrecht.

De vergelijking met de Hongaarse maatregel zoals beoordeeld in het arrest *Europese Commissie/Hongarije* gaat ook niet op, omdat het daar ging om een kennisgevingsplicht voor alle vormen van financiële steun die door natuurlijke of rechtspersonen met verblijfplaats of zetel in een andere lidstaat of een derde land wordt verleend aan in Hongarije gevestigde maatschappelijke organisaties. Zowel de groep van partijen als de aard van de financiering die onder het wetsvoorstel vallen zijn

substantieel beperkter dan waar de Hongaarse maatregel betrekking op had. Bovendien valt niet iedere vorm van financiering onder het toepassingsbereik van het wetsvoorstel. Het gaat om directe investeringen waarmee zeggenschap wordt verkregen dan wel – voor de daartoe aangewezen deelverzameling aan bedrijven actief op het gebied van dual use technologie of sensitieve technologie – significante invloed. Wat zeggenschap en/of significante invloed inhoudt, is ook vastgelegd bij het wetsvoorstel. De memorie van toelichting is in die zin aangevuld, dat de vergelijking met de maatregelen die in beide arresten werden behandeld niet opgaat en daarmee het risico op mogelijke onverenigbaarheid met het vrij verkeer van kapitaal wegens een te algemeen en te onbepaald karakter niet opgaat.

In dit verband zij nog opgemerkt dat het weliswaar aan de lidstaat is die zich ter rechtvaardiging van een belemmering op een dwingende reden van algemeen belang beroept, om aan te tonen dat zijn regeling passend en noodzakelijk is om het nagestreefde, rechtmatige doel te bereiken, maar dat deze bewijslast niet zo zwaar kan zijn dat deze lidstaat positief moet aantonen dat dit doel met geen enkele andere voorstelbare maatregel onder dezelfde omstandigheden kan worden bereikt. Een dergelijk vereiste zou er in de praktijk immers op neerkomen dat de betrokken lidstaat zijn reglementaire bevoegdheid op het betrokken gebied wordt ontnomen (zie in deze zin arrest HvJEU van 28 april 2009, Commissie/Italië, C-518/06, overweging 84 en aldaar aangehaalde rechtspraak; arrest HvJEU van 24 maart 2011, Commissie/Spanje, C-400/08, overweging 123; en arrest HvJEU van 23 december 2015, Scotch Whisky Association e.a., C-333/14, overweging 55).

Tot slot merkt de Afdeling op dat in de memorie van toelichting niet alleen het toetsingsbesluit, maar ook de daaraan voorafgaande meldingsplicht bij de Minister (en het verbod activiteiten ten uitvoer te leggen voordat de Minister daarop heeft geoordeeld) een belemmering kan vormen die rechtvaardiging behoeft. Dit standpunt wordt niet gedeeld, omdat de meldingsverplichting, standstill-verplichting en de mogelijkheid van een verder diepgaand onderzoek resulterend in een toetsingsbesluit als één geheel moet worden gezien. Het is namelijk in de kern een vergunningstelsel als bedoeld in artikelen 4 en 9 van de richtlijn 2006/123/EG betreffende de diensten op de interne markt. Dit is ook in paragraaf 5.1.2. van de memorie van toelichting aangegeven. De meldingsplicht en daaraan verbonden standstill-verplichting is een essentieel element om juist een verplichte administratieve handeling te kwalificeren als vergunningstelsel. Dat het wetsvoorstel juist voorziet dat na een melding en verloop van de standstill-termijn in veel gevallen geen toetsingsbesluit vereist is, draagt bij aan de proportionaliteit van het ex ante toetsingsmechanisme. De melding en standstill-verplichting en mogelijkheid van het achterwege blijven van een toetsingsbesluit, dient dan ook betrokken te worden bij de beoordeling van de geschiktheid en proportionaliteit van het vergunningstelsel als geheel. Dit is in paragraaf 5.1.2 van de memorie ook toegelicht, maar is indachtig dit commentaar van de Afdeling nader verduidelijkt. Tevens zal, hoewel niet actief door de Afdeling opgebracht, expliciet worden stilgestaan bij de afweging waarom niet gekozen is voor een stelsel van verzet zoals is beoordeeld door het Hof van Justitie in de zaak C-503/99, Europese Commissie/België.

b. Naleving AVG

Bij de toepassing van zijn bevoegdheden en het toetsen van een activiteit op basis van het voorstel zal de Minister in verschillende situaties geconfronteerd worden met persoonsgegevens, en deze ook verwerken.

Uitgangspunt is dat die verwerking plaatsvindt overeenkomstig de AVG.⁸¹ Zo verwerkt de Minister persoonsgegevens voor zover dit noodzakelijk is voor de uitvoering van dit wetsvoorstel.⁸²

De Afdeling wijst er op dat op grond van AVG ook het doel van de gegevensverwerking welbepaald en uitdrukkelijk omschreven moet zijn.⁸³ Zonder nadere precisering van de beoogde doelen van de gegevensverwerking is dit naar het oordeel van de Afdeling gelet op de AVG mogelijk niet specifiek genoeg.

Met het oog op de vereisten uit de AVG adviseert de Afdeling in het voorstel nader uit te werken wat het welbepaalde en uitdrukkelijke doel is van de specifieke gegevensverwerking.

Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling dat de beoogde doelen van gegevensverwerking mogelijk niet specifiek genoeg zijn, is het doel thans nader bepaald in artikel 34, eerste lid, van het voorstel. Dit doel is omschreven als het overeenkomstig deze wet beoordelen van, vaststellen van en beschermen tegen risico's voor de nationale veiligheid die door de uitvoering van een verwervingsactiviteit ten aanzien van een doelonderneming waarop deze wet van toepassing is, kunnen ontstaan. De verwerkingen die met het oog op dat doel toegestaan zijn, zijn vervolgens in artikel 34, tweede lid, opgesomd, zodat wat onder het doel van verwerkingen precies valt nader is geconcretiseerd. Met deze preciezere doelomschrijving en uitwerking daarvan is volledig binnen de grenzen van de doelomschrijving van het oorspronkelijke wetsvoorstel gebleven, zodat dit geen verruiming van verwerking van persoonsgegevens behelst.

6. Terugwerkende kracht toepassing investeringstoets

Op grond van het voorstel heeft de Minister de bevoegdheid voor activiteiten die zijn verricht na 2 juni 2020 en voorafgaand aan de inwerkingtreding van dit voorstel, te gelasten dat deze gemeld moeten worden en worden beoordeeld en mogelijk onderworpen aan een toetsingsbesluit, indien daar vanuit de bescherming van de nationale veiligheid aanleiding voor is.⁸⁴ In het voorstel wordt daarbij verwezen naar een Kamerbrief van 2 juni 2020⁸⁵ waarin de regering mededeling heeft gedaan dat de in het voorstel opgenomen investeringstoetsing met terugwerkende kracht wordt ingevoerd vanaf de formele peildatum 2 juni 2020.

De Afdeling merkt op dat, gelet op het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, aan belastende maatregelen geen terugwerkende kracht dient te worden gegeven, tenzij bijzondere omstandigheden een afwijking van deze regel rechtvaardigen.⁸⁶ Bijzondere omstandigheden kunnen worden gevormd door aanmerkelijke aankondigingseffecten. Deze effecten staan echter niet vast. In de toelichting wordt wat dit betreft alleen «mogelijk strategisch ontduikingsgedrag» genoemd, zonder dit nader te motiveren.

⁸¹ Paragraaf 3.1.5. Verhouding tot algemene verordening gegevensbescherming.

⁸² Artikel 20, eerste lid, voorstel.

⁸³ Artikel 5, eerste lid, onder b, AVG.

⁸⁴ Artikel 36, voorstel.

⁸⁵ Kamerstukken II 2019/20, 30 821, nr. 113.

⁸⁶ Zie ook aanwijzing 5.62 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, Kamerstukken II 2017/18, 34 923, nr. 4, p. 3 en Kamerstukken II 2015/16, 34 302, nr. 4, p. 14.

De Afdeling adviseert in de toelichting een dragende motivering op dit punt op te nemen en indien dat niet mogelijk is de terugwerkende kracht te laten vervallen.

Voorts merkt de Afdeling op dat in ieder geval geen terugwerkende kracht kan worden gegeven aan maatregelen die op het tijdstip waarop het regime zal gaan gelden, niet of niet voldoende kenbaar zijn. De Afdeling merkt op dat de regeling zoals deze thans is vormgegeven, met hetgeen in de brief van 2 juni 2020 is aangekondigd, op dat moment onvoldoende kenbaar was voor partijen. De brief beschrijft alleen de contouren van een investeringstoets, zonder de toepassingsvoorwaarden te beschrijven. Voor terugwerkende kracht tot de datum van 2 juni 2020 bestaat dan ook geen ruimte.

De Afdeling adviseert in het licht van het voorgaande de peildatum te heroverwegen.

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. De omvang van dit risico is niet te 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 op risico's voor de nationale veiligheid als gevolg van ongewenste zeggenschap hebben vergroot. In hoofdstuk 13 van de memorie van toelichting is daarbij ingegaan op de betekenis van de COVID-19-uitbraak hiervoor. In de aangepaste memorie van toelichting is in paragraaf 2.1 de toename in dreigingen verduidelijkt. Het bewustzijn van deze toegenomen dreiging beperkt zich niet tot Nederland maar vindt weerklank in een bredere Europese ontwikkeling. De Europese BDI-screeningsverordening 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 doelonderneming 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 ondernemingen actief op het gebied van sensitieve technologie. Ook al is de grootte van de kans dat een kwaadwillende partij het voorstel voor wil zijn niet heel objectief te bepalen, de gevolgen van het intreden van die kans kunnen groot zijn. Het verhinderen van calculerend gedrag door partijen met verkeerde intenties, dat grote implicaties voor de Nederlandse samenleving kan hebben, is te rekenen tot bijzondere omstandigheden die de terugwerkende kracht verklaren die aan het voorstel is verleend. De memorie van toelichting in hoofdstuk 13 is in deze zin aangevuld.

Er was gekozen voor een tijdstip van terugwerking tot de datum waarop de hoofdlijnen van het voorstel in de brief van 2 juni 2020 bekend werden gemaakt. De Afdeling wijst hierbij op het ontbreken van de kenbaarheid van toepassingsvoorwaarden van het voorstel in die brief voor partijen. Er is naar gestreefd de uitwerking van het voorstel zo spoedig mogelijk kenbaar te maken door middel van internetconsultatie. Dit heeft ertoe geleid dat circa drie maanden na het verschijnen van de brief op

8 september 2020 een uitgewerkt wetsvoorstel en een memorie van toelichting voor eenieder kenbaar was. Gelet op het advies van de Afdeling is de peildatum naar deze latere datum verplaatst. De terugwerkende kracht van het voorstel loopt nu tot en met 9 september 2020.

7. Slotconclusie

Alles overwegend komt de Afdeling tot de conclusie dat het wetsvoorstel in deze vorm niet geschikt is om de beoogde doelen op adequate en evenwichtige wijze te bereiken. Daarvoor is allereerst nodig om te bepalen en toe te lichten welke doelen met het voorstel worden nagestreefd en welke maatregelen per doel daarbij passend zijn. Ook dient meer duidelijkheid te worden gegeven over de vraag welke maatregelen (of categorieën maatregelen) in welke situatie en bij welk risico mogelijk kunnen worden getroffen en ten aanzien van welke ondernemingen die maatregelen kunnen worden getroffen. Dit impliceert ook een meer sectorale aanpak. Die aanpak noodzaakt vervolgens tot een ingrijpende wijziging van de opzet en inhoud van dit wetsvoorstel.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal bezwaren bij het voorstel en adviseert het voorstel niet bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal in te dienen, tenzij het is aangepast.

In de voorgaande reacties is uiteengezet op welke wijze aan dit concluderend deel van het advies invulling is gegeven door middel van nadere motiveringen in de memorie van toelichting en aanpassing van het wetsvoorstel.

*De vice-president van de Raad van State,
Th.C. de Graaf*

8. Ambtshalve wijzigingen

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om enkele wijzigingen door te voeren in het wetsvoorstel en de bijbehorende memorie van toelichting. Naar aanleiding van punt 4 van het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State over de «Gevolgen onduidelijkheid voorstel voor praktijk en uitvoering» is in reactie daarop de structuur, indeling en plaatsbepaling van voorschriften binnen het wetsvoorstel gewijzigd. Ook is de formulering van artikelen als dat daardoor nodig was technisch aangepast. Verder zijn vele wijzigingen op andere wijze te herleiden tot het advies van de Afdeling. Er zijn echter ook een aantal aanpassingen die niet het gevolg zijn van het advies van de Afdeling. Dit betreft niettemin wijzigingen die voor een goede toepassing van het wetsvoorstel vereist zijn of die omissies herstellen. Op deze wijzigingen wordt hieronder ingegaan. In het verlengde hiervan is de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel, zowel het algemeen als het artikelsgewijs deel, hierop verduidelijkt of aangepast.

1. In de definitie van het begrip doelonderneming ontbrak abusievelijk nog een toevoeging dat dit ook een in Nederland gevestigde onderneming kan zijn die, geheel of gedeeltelijk, voorwerp is van een verkrijging onder algemene titel.
2. Artikel 19 van het voor advies aangeboden wetsvoorstel ging over een ontheffing van het verbod op het uitvoeren van een verwervingsactiviteit zonder eerst een melding van het voornemen daarvan te doen en, indien dat vereist is, zonder eerst over een toetsingsbesluit te beschikken dat dat toestond onder daarin bepaalde eisen en voorschriften. Als gevolg van de gewijzigde structuur van het wetsvoorstel is de ontheffing in het aangepaste wetsvoorstel onderwerp van paragraaf 3.3 in de artikelen 13 en 14. Artikel 13, eerste lid, bevat een

toevoeging ten opzichte van het oorspronkelijke artikel 19, eerste lid, omdat in de memorie van toelichting stond dat om ontheffing aan te vragen er wel eerst een melding moet gedaan worden (paragraaf 4.6). Deze voorwaarde van een voorafgaande melding bleek echter niet uit artikel 19, eerste lid, zodat artikel 13, eerste lid, dit als voorwaarde aan een ontheffing verbindt. Daarnaast gaf het voor advies aangeboden voorstel geen duidelijkheid voor situaties waarbij een verleende ontheffing vervalt, terwijl uit de memorie van toelichting blijkt dat het de bedoeling is dat een ontheffing onverlet laat dat de normale toetsingsprocedure wordt doorlopen. Het onbepaald in stand houden van een ontheffing, althans het niet duidelijk maken wanneer die vervalt, leidt tot rechtsonzekerheid en is niet in overeenstemming met de gedachte dat een ontheffing tijdelijk van aard is. Artikel 13, vijfde lid, biedt hierin duidelijkheid door aan te geven wanneer een ontheffing vervalt.

3. Het wetsvoorstel bevat voorschriften voor bepaalde situaties waarbij de gebruikelijke procedure niet wordt gevolgd tot het verkrijgen van een mededeling dat geen toetsingsbesluit vereist is of de verlening van een toetsingsbesluit op aanvraag. Dit zijn situaties waarbij de verwervingsactiviteit plaatsvindt zonder voorafgaand toetsingsbesluit terwijl dat wel nodig was (artikelen 15 en 16 van het aangepaste wetsvoorstel) of een toetsingsbesluit gebaseerd blijkt te zijn op onjuiste of onvolledige informatie (artikel 17 van het aangepaste wetsvoorstel). Deze bijzondere situaties kwamen ook al aan bod in de artikelen 6, negende lid, en 9, tweede en derde lid, van het voor advies aangeboden wetsvoorstel en konden, evenals dat in het aangepaste wetsvoorstel het geval is, leiden tot het nemen van ambtshalve toetsingsbesluiten. Bij de totstandkoming van het nader rapport is evenwel vastgesteld dat in het wetsvoorstel meer precisering nodig was om goed vast te stellen in welke van deze bijzondere situaties een ambtshalve toetsingsbesluit vereist is en hoe het zit met (verlengings)termijnen en mogelijkheid tot opschorting van de termijn. In het aangepaste wetsvoorstel is hierin alsnog voorzien. In de artikelen 15 tot en met 17 zijn de situaties waarop die artikelen betrekking hebben scherper afgebakend en is in het derde lid van ieder van die artikelen telkens een initiële termijn van acht weken genoemd voor het nemen van een ambtshalve toetsingsbesluit. Deze gestelde termijn is afhankelijk gesteld van in het wetsvoorstel geregelde omstandigheden, waarvan de start per onderscheiden situatie telkens net weer even anders ligt. Bovendien kan artikel 4:14, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht die de beslistermijn voor een besluit op aanvraag regelt als daarover niks is bepaald, niet van toepassing zijn. Het betreft immers geen besluiten op aanvraag, maar ambtshalve besluiten. Artikel 15, vierde lid, bevat verder een uitzondering op het nemen van een ambtshalve toetsingsbesluit ingeval de verwervingsactiviteit is uitgevoerd met een ontheffing. In het voorgelegde voorstel werd hier ten onrechte nog geen rekening mee gehouden. Artikel 18 voorziet thans in verlenging en opschorting van toepasselijke termijnen, waar dit eerder nog ontbrak. Uit oogpunt van uniformiteit met de reguliere procedure waarbij op aanvraag een toetsingsbesluit wordt genomen, is in artikel 12, vijfde lid thans dezelfde initiële beslistermijn van acht weken genoemd waar die termijn op grond van artikel 4:13, tweede lid, en 4:14, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht in beginsel toch al gold.
4. Artikel 27, vijfde lid, gaat over het verschaffen van nadeelcompensatie. Een van de daaraan gestelde voorwaarden is dat een benadeelde in vergelijking met anderen onevenredig zwaar wordt getroffen. Aangezien niet duidelijk was wie met die anderen werd bedoeld, is dit artikellid aangevuld door te bepalen dat dit andere vitale aanbieders als bedoeld in artikel 7 of andere ondernemingen actief op het gebied

van sensitieve technologie als bedoeld bij of krachtens artikel 8, betreft.

5. 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. In de memorie van toelichting op dit wetsvoorstel werd tot nu toe uitgegaan van de nieuwe situatie. Echter, deze wijziging is nog niet in werking getreden. 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 verwerfer om risico's voor de nationale veiligheid te kunnen vaststellen. Daarom bepaalt artikel 54 dat de Minister wordt opgenomen in de lijst in artikel 28, derde lid, van de Handelsregisterwet 2007. Wanneer bovengenoemde 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.

Ik moge U verzoeken, mede namens de Minister van Justitie en Veiligheid, het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Economische Zaken en Klimaat,
S.A. Blok