

MEMORIE VAN TOELICHTING

[versie internetconsultatie]

INHOUDSOPGAVE

I. ALGEMEEN

1. INLEIDING

2. KRIJGSMACHT, NATIONALE VEILIGHEID EN DE AAN DEFENSIE GERELATEERDE INDUSTRIE

- 2.1 De krijgsmacht en de nationale veiligheid
- 2.2 Betekenis van de aan defensie gerelateerde industrie voor inzet krijgsmacht
- 2.3 Nationale veiligheid en beschermen en bevorderen van de aan defensie gerelateerde industrie
 - 2.3.1 Risico's voor de nationale veiligheid als gevolg van eroderende NLDTIB
 - 2.3.2 Risico's voor de nationale veiligheid als gevolg van verwervingsactiviteiten binnen NLDTIB
 - 2.3.3. Risico's voor de nationale veiligheid als gevolg van ontbreken geschiktheidsverklaring

3. HET BELANG VAN HET WETSVORSTEL VOOR DEFENSIE EN DE DAARAAN GERELATEERDE INDUSTRIE

- 3.1 Nut en noodzaak regulering ordeningsaspecten binnen de NLDTIB
- 3.2 Nut en noodzaak veiligheidstoets binnen de NLDTIB
- 3.3 Nut en noodzaak geschiktheidsverklaring op defensiegebied
- 3.4 Motivering instrumentkeuze

4. TOEPASSINGSBEREIK WETSVORSTEL OP HET GEBIED VAN DE AAN DEFENSIE GERELATEERDE INDUSTRIE EN VEILIGHEID

- 4.1 Toepassingsbereik ordeningsaspecten binnen de NLDTIB
- 4.2 Toepassingsbereik veiligheidstoets binnen de NLDTIB
- 4.3 Toepassingsbereik geschiktheidsverklaring

5. ORDENINGSASPECTEN BINNEN DE AAN DEFENSIE GERELATEERDE INDUSTRIE

- 5.1 Vaststelling en openbaarmaking NLDTIB-rapport
- 5.2 Daeb-aanwijzing ondernemingen met doorslaggevende betekenis op defensiegebied
- 5.3 Vaststelling en openbaarmaking strategisch bevoorradingsplan
- 5.4 Aanwijzing voorraadvormende ondernemingen
- 5.5 Doorwerking op toeleveranciersketen
- 5.6 Aanwijzingsduur en veranderde omstandigheden
- 5.7 Stille bewindvoering bij een aangewezen onderneming

6. VEILIGHEIDSTOETS BINNEN DE AAN DEFENSIE GERELATEERDE INDUSTRIE

- 6.1 Meldplicht en risico's voor de nationale veiligheid
- 6.2 Beoordeling van een melding en beheersing risico's nationale veiligheid
- 6.3 Risicoanalyse en -beheersing in het licht van proportionaliteit en rechtszekerheid
- 6.4 Beoordelingscriteria
- 6.5 Eisen, voorschriften en verbod
- 6.6 Eisen, voorschriften en verbod nader bezien
- 6.7 Veranderde omstandigheden
- 6.8 Ontheffing
- 6.9 Niet-nakoming van de meldplicht en de schorsing in rechten
- 6.10 Onjuiste of onvolledige informatie bij de melding
- 6.11 Niet-nakoming van een toetsingsbesluit en de daaraan verbonden voorschriften
- 6.12 Ongedaan maken van de verwervingsactiviteit
- 6.13 Identificatie en informatievergaring veiligheidstoets op defensiegebied

7. GESCHIKTHEIDSVERKLARING DEFENSIE- OF VEILIGHEIDSBELANGEN

- 7.1 Bevoegdheidsverdeling, maatwerkoplossingen en mee-ademend vermogen
- 7.2 Beoordeling van een aanvraag

- 7.3 Veranderde omstandigheden en hernieuwde beoordeling
- 7.4 Sancties
- 7.5 Intrekken geschiktheidsverklaring en overige sancties
- 7.6 Identificatie en informatievergaring geschiktheidsverklaring

8. VERHOUDING TOT INTERNATIONAAL RECHT

- 8.1. Europees recht
 - 8.1.1. Algemeen
 - 8.1.2. Het vrij verkeer van kapitaal, de vrijheid van vestiging, het vrij verkeer van diensten en het vrij verkeer van goederen
 - 8.1.3. Dienstenrichtlijn
 - 8.1.4. FDI-screeningsverordening
 - 8.1.5. EDF-Verordening
 - 8.1.6. Mededingingsrecht
 - 8.1.7. Algemene verordening gegevensbescherming
 - 8.1.8. Handvest grondrechten van de Europese Unie
- 8.2. Europees verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM)
 - 8.2.1. Regulering eigendom en investeringstoets
 - 8.2.2. Ongestoord genot van eigendom en de facto ontneming van eigendom
 - 8.2.3. Artikel 8 EVRM
- 8.3 Overig internationaal recht
 - 8.3.1. WTO-recht en handels- en investeringsverdragen
 - 8.3.2 Bilaterale investeringsbeschermingsovereenkomsten

9. VERHOUDING TOT ANDERE NATIONALE WETGEVING

- 9.1 Grondwet
- 9.2 Mededingingswet
- 9.3 Wet open overheid (Woo)
- 9.4 Verhouding geschiktheidsverklaring tot VOG RP en GVA

10. UITVOERING

11. TOEZICHT, HANDHAVING EN SANCTIONERING

- 11.1 Toezicht
- 11.2 Handhaving en sanctionering

12. FINANCIËLE GEVOLGEN

- 12.1 Financiële gevolgen
- 12.2 Regeldruk
 - 12.2.1 Apparaatskosten
 - 12.2.2 Markteffecten en concurrentiepositie

13. ADVIES EN CONSULTATIE

14. EVALUATIE

I. ALGEMEEN

1. INLEIDING

Dit wetsvoorstel voorziet in:

- voorschriften die strekken tot een vorm van monitoring en regulering van ondernemingen uit de Nederlandse Defensie Technologische en Industriële Basis (hierna te noemen: NLDTIB);
- een veiligheidstoets (hierna ook te noemen: investeringstoets) op defensiegebied, gericht op de beheersing van risico's voor de nationale veiligheid als gevolg van investeringen in, overnames van en andere verwervingsactiviteiten gericht op zogenoemde wezenlijke krijgsmachtleveranciers en militaire goederen- of transportleveranciers;
- een juridische grondslag voor de afgifte van geschiktheidsverklaringen van overheidswege op het gebied van defensie-en /of veiligheid, waaruit blijkt dat in het Nederlandse Handelsregister ingeschreven ondernemingen en rechtspersonen die in het internationale

domein werkzaamheden op defensiegebied willen verrichten als betrouwbaar worden beschouwd.

Het wetsvoorstel voorziet in de eerste plaats in een samenstel aan voorschriften om de productie, opschalings-, innovatie- en ontwikkelcapaciteit van de NLDTIB beter te laten aansluiten op de behoeften van de Nederlandse krijgsmacht zowel qua beschikbaarheid als doorontwikkeling van capaciteiten en met oog voor het bondgenootschappelijk perspectief waarbinnen Nederland opereert, zoals dat van de NAVO. Dit is nodig om een dreigende erosie van de NLDTIB tegen te gaan en de strategische afhankelijkheid van Nederland van buitenlandse leveranciers te verminderen. Het startpunt dat het wetsvoorstel hiervoor biedt is de wettelijke verplichting voor periodieke rapportages over de NLDTIB. De NLDTIB-rapportages vormen de basis voor de belasting van een klein aantal ondernemingen met een zogenoemde dienst van algemeen economisch belang. Deze ondernemingen krijgen door middel van een aanwijzing als taak opgelegd om bepaalde voorgeschreven activiteiten te verrichten tot vervulling van het algemeen belang dat is gemoeid met het behoud van de operationele relevantie en inzetbaarheid van de krijgsmacht. Het betreft ondernemingen die hiervoor met toepassing van het wetsvoorstel van doorslaggevende betekenis worden beschouwd. Er kan voor het vervullen van de taak worden voorzien in een kostenvergoeding voor de uitvoering daarvan, indien aan de daaraan gestelde voorwaarden is voldaan. Een ander belangrijk onderdeel van het wetsvoorstel ziet op strategische voorraadvorming en de bevoorradingsketen ten behoeve van de krijgsmacht. Verschillende crises laten zien hoe kwetsbaar bevoorradingsketens ook los van defensie zijn, zoals is gebleken bij COVID-19 pandemie en de energiecrisis. Waar het gaat om defensie heeft de oorlog in Oekraïne de neus op de feiten gedrukt hoe sterk gebrek aan onderdelen, munitie, hoofdwapensystemen en andere goederen (vb. medicijnen, verband, medische hulpmiddelen) vatbaar zijn voor ernstige disruptie, aanzienlijke prijsschommelingen en een beperkte mogelijkheid voor snelle opschaling van productie. Dit vereist op het gebied van defensie een andere benadering dan tot nog toe. Het wetsvoorstel draagt daaraan bij door periodiek te voorzien in een strategisch bevoorradingsplan op basis waarvan ondernemingen worden aangewezen bij te dragen aan strategische voorraadvorming, zoals thans bijvoorbeeld reeds in de energiesector gebeurt. De structuur, weerbaarheid en redundantie van de bevoorradingsketen op het gebied van defensie wordt hiermee steviger gewaarborgd.

Het wetsvoorstel voorziet in de tweede plaats in een investeringstoets op defensiegebied met het oog op het voorkomen van risico's voor de nationale veiligheid. Deze investeringstoets op defensiegebied zal onderdeel zijn van een meeromvattend stelsel van investeringstoetsing. De aanleiding voor de invoering van dat stelsel is een toenemende verwevenheid tussen de Nederlandse economie en geopolitieke dreigingen. Het stelsel bestaat uit de Wet veiligheidstoets investeringen, fusies en overnames (hierna: de Wet vifo) als basis, met daarnaast een aantal in sectorale wetten geregelde specifieke investeringstoetsen. De hier voorgestelde toets is specifiek van toepassing op investeringen, overnames en andere verwervingsactiviteiten gericht op met name ondernemingen uit de NLDTIB die actief zijn op het gebied van militaire goederen of die typeren als wezenlijke krijgsmachtleverancier door hun aanwijzing in het kader van diensten van algemeen economisch belang of tot voorraadvorming. In dit wetsvoorstel wordt een dergelijke onderneming gedefinieerd als 'een doelonderneming die een wezenlijke krijgsmachtleverancier of militaire goederen- of transportleverancier is'. Een voorgenomen verwervingsactiviteit in dergelijke doelondernemingen wordt getoetst op risico's voor de nationale veiligheid. Hiermee wordt voorkomen dat bepaalde voor het defensieapparaat essentiële ondernemingen in verkeerde handen vallen of dat daar ongewenste invloed op wordt uitgeoefend.

Zowel de voorgestelde regulerende ordening binnen de NLDTIB als de investeringstoets leveren een wezenlijke bijdrage aan het behoud van voldoende strategische autonomie op defensiegebied. Strategische autonomie heeft betrekking op het waarborgen van de operationele relevantie en de inzetbaarheid van de Nederlandse krijgsmacht. Daarbij is ook het belang van een zelfredzamer Europa relevant. Het voorstel draagt bij aan het behoud van een eigen technologische en industriële basis, zodat de eigen nationale veiligheid gewaarborgd blijft en een zeker autonoom handelingsperspectief behouden blijft. Het sluit daarmee goed aan bij het standpunt van het

kabinet dat in het kader van de NLDTIB maatwerk nodig is om de strategische autonomie op het niveau van de soevereine staat te behouden.¹ Deze autonomie is nodig voor “de gegarandeerde toegang tot - en beschikbaarheid van (internationale) kennis, rechten, mensen en middelen die noodzakelijk zijn om militaire capaciteiten in stand te houden en operaties uit te voeren, ongeacht de coalitie waarbinnen inzet plaatsvindt”². Daarnaast vloeit het belang van een specifiek instrument voor de defensie-industrie voort uit de in 2019 gehouden ‘ex ante analyse van de Nederlandse defensie technologische en industriële basis’.³

Het wetsvoorstel regelt in de derde plaats dat in het Nederlandse Handelsregister ingeschreven ondernemingen en rechtspersonen een geschiktheidsverklaring van overheidswege kunnen aanvragen, als zo’n verklaring nodig is om in aanmerking te komen voor internationale defensie- en/of veiligheidsgerelateerde werkzaamheden. Hierbij kan worden gedacht aan vanuit de EU gesteunde projecten op defensie- en/of veiligheidsgebied of andere internationale defensiesamenwerking, zowel bilateraal als in het kader van de NAVO. Buitenlandse mogendheden en volkenrechtelijke organisaties (EU en NAVO) (hierna: behoeftestellers) stellen namelijk steeds vaker eisen ter vermindering van risico’s voor hun defensie- en/of veiligheidsbelangen, waaraan buitenlandse entiteiten moeten voldoen om in aanmerking te komen voor opdrachten of subsidies van die behoeftestellers. Een verklaring van zo’n entiteit zelf dat deze aan de betreffende vereisten voldoet, is over het algemeen niet voldoende: een behoeftesteller verlangt meestal een verklaring van de nationale overheid van het land onder wiens jurisdictie de entiteit valt dat de betreffende entiteit inderdaad betrouwbaar is.

Voordat een nationale overheid echter onderbouwd aan een behoeftesteller kan verklaren dat het aangaan van een verstandhouding met een onder haar jurisdictie vallende entiteit geen risico’s oplevert voor de defensie- en/of veiligheidsbelangen van de behoeftesteller, zal die nationale overheid die entiteit willen kunnen beoordelen op betrouwbaarheid. Gebleken is echter dat er momenteel geen deugdelijke juridische grondslag is voor een beoordeling die recht doet aan de bijzondere behoefte aan betrouwbaarheid daar waar het defensie- en/of veiligheidsbelangen betreft. Ten behoeve van de rechtszekerheid is het belangrijk dat er een -voor alle belanghebbende partijen- duidelijk beoordelingskader komt en dat de rechtsbescherming van de aanvrager van een geschiktheidsverklaring geborgd is. Zo’n juridische grondslag is tevens nodig voor het waar nodig kunnen uitwisselen van informatie tussen Rijksonderdelen, zonder dat dit bij de aanvrager tot verhoogde administratieve lasten leidt.

Een juridisch deugdelijk geregelde geschiktheidsverklaring draagt bij aan de verbetering van de uitgangspositie van Nederlandse entiteiten bij het verwerven van defensieopdrachten en -subsidies in het buitenland en in NAVO- en EU verband. Het draagt ook bij aan de strategisch en economisch noodzakelijke verankering van de NLDTIB. Het is in het kader van de nationale veiligheid en voor het versterken van de strategische autonomie van Nederland van belang dat Nederlandse entiteiten die een rol willen en kunnen spelen in internationale toeleveringsketens daarin niet beperkt worden doordat zij geen overheidsverklaring omtrent hun betrouwbaarheid kunnen overleggen, omdat daarvoor de benodigde juridische grondslag ontbreekt.

Deze memorie van toelichting wordt gegeven mede namens de Minister van Defensie en de Minister van Justitie en Veiligheid.

2. KRIJGSMACHT, NATIONALE VEILIGHEID EN DE AAN DEFENSIE GERELATEERDE INDUSTRIE

2.1 De krijgsmacht en de nationale veiligheid

¹ Kamerstukken II, 2020/21, 29826, nr. 124. Kamerstukken II 2018/19, 31125, nr. 92, Industriebrief 2020.

² Kamerstukken II, 2021/22, 36124, nr. 1, Defensienota 2022 – sterker Nederland, veiliger Europa.

³ Kamerstukken II, 2019/20, 31125, nr. 108.

Bepaalde processen zijn zo belangrijk voor de samenleving dat uitval of verstoring tot ernstige maatschappelijke ontwrichting leidt en een bedreiging vormt voor de nationale veiligheid. Deze processen vormen de nationale vitale infrastructuur. De veiligheid van Nederland en het ongestoord functioneren van de economie hangen sterk af van de integriteit van de vitale infrastructuur en de continuïteit van de vitale processen. Elektriciteit, toegang tot het internet, drinkwater en betalingsverkeer zijn voorbeelden van deze vitale processen. Het voorliggende wetsontwerp heeft overwegend betrekking op een ander vitaal proces: de inzet van de krijgsmacht, het vitale proces 'Inzet Defensie'.⁴

Dit vitaal proces strekt tot de nationale verdediging en bescherming van de bevolking en is daarmee een kerntaak van de overheid.⁵ De krijgsmacht heeft hierin een belangrijke rol. Zoals de Grondwet, artikel 97, eerste lid stelt: "Ten behoeve van de verdediging en ter bescherming van de belangen van het Koninkrijk, alsmede ten behoeve van de bevordering van de internationale rechtsorde, is er een krijgsmacht". Dit artikel vormt de grondslag voor zowel de krijgsmacht als de taken van de krijgsmacht. Het tweede lid van artikel 97 bepaalt dat de regering het oppergezag heeft over de krijgsmacht en waarborgt de politieke zeggenschap (en daarmee verantwoording) over alle inzet van de krijgsmacht, zowel nationaal als internationaal.

De omschrijving van het eerste lid omvat in de eerste plaats de algemene verdedigingstaak. Daaronder valt ook de bondgenootschappelijke verdediging, zoals in het kader van de NAVO en de Europese Unie. Naast de algemene verdedigingstaak heeft de krijgsmacht tot taak de andere belangen van het Koninkrijk te beschermen. Hieronder valt bijvoorbeeld de militaire bijstand aan de politie (artikel 57 t/m 59 Politiewet 2012) of de hulp aan burgers in nood.⁶

Met haar taakuitvoering draagt de krijgsmacht bij aan de nationale veiligheid. De Veiligheidsstrategie voor het Koninkrijk der Nederlanden 2023-2029 onderscheidt zes nationale veiligheidsbelangen.⁷ De krijgsmacht levert aan de bescherming van deze veiligheidsbelangen op verschillende manieren en in verschillende mate een bijdrage:

Territoriale veiligheid: Het ongestoord functioneren van het Koninkrijk der Nederlanden en haar EU en NAVO bondgenoten als onafhankelijke staten in brede zin, dan wel de territoriale veiligheid in enge zin. De krijgsmacht levert diverse militaire bijdragen aan de NAVO en EU. Tot de nationale taken op dit gebied behoren onder andere de inzet van het stationsschip in het Caribisch gebied, de luchtruimbewaking, en de grensbewaking door de Koninklijke Marechaussee.

Fysieke veiligheid: Het ongestoord functioneren van de mens in het Koninkrijk der Nederlanden en zijn omgeving. De krijgsmacht draagt hieraan bij op verzoek van de civiele autoriteiten. Het kan onder meer gaan om de opsporing en ontmanteling van explosieven, assistentie bij de bestrijding van rampen en epidemieën, en het optreden bij chemische, biologische, radiologische of nucleaire verontreinigingen of na het gebruik van dergelijke wapens.

Economische veiligheid: Het ongestoord functioneren van het Koninkrijk der Nederlanden als een effectieve en efficiënte economie. Dit is mogelijk als de territoriale en fysieke veiligheid zijn gegarandeerd. De krijgsmacht levert aan economische veiligheid onder andere een bijdrage door het beveiligen van de maritieme aanvoerlijnen door de Koninklijke Marine en de bestrijding van piraterij. De Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst heeft, naast andere gebieden, bij de economische veiligheid een belangrijke rol.

Ecologische veiligheid: Het ongestoord blijven voortbestaan van de natuurlijke leefomgeving in en nabij het Koninkrijk der Nederlanden. Hieraan kan de krijgsmacht onder meer bijdragen door de

⁴ <https://www.nctv.nl/onderwerpen/vitale-infrastructuur/overzicht-vitale-processen>

⁵ Kamerstukken I 1997/98, 25367 (R1593), nr. 226b

⁶ Kamerstukken II 1996/97, 25367 (R1593), nr. 3

⁷ De Veiligheidsstrategie voor het Koninkrijk der Nederlanden 2023-2029, Kamerstukken II 2022-2023, nr. 30 821, nr. 178 van 3 april 2023

bestrijding van grootschalige bos- en heidebranden door blushelikopters van de Koninklijke Luchtmacht, op verzoek van de civiele autoriteiten.

Sociale en politieke stabiliteit: Het ongestoorde voortbestaan van een maatschappelijk klimaat waarin individuen ongestoord kunnen functioneren en groepen mensen goed met elkaar kunnen samenleven binnen de verworvenheden van de democratische rechtstaat van het Koninkrijk der Nederlanden en de daarin gedeelde waarden. Op verzoek van de civiele autoriteiten kan de krijgsmacht bijdragen aan de handhaving van de openbare orde en veiligheid.

Internationale rechtsorde en stabiliteit: Het goed functioneren van het internationale stelsel van normen en afspraken, gericht op het bevorderen van de internationale vrede en veiligheid, inclusief mensenrechten, en effectieve multilaterale instituties en regimes, alsmede het goed functioneren van staten grenzend aan het Koninkrijk der Nederlanden en in de directe omgeving van de Europese Unie. De krijgsmacht draagt bij aan de handhaving en bevordering van de internationale rechtsorde, zoals vermeld in artikel 97, eerste lid van de Grondwet, onder andere door deel te nemen aan internationale crisisbeheersingsoperaties. Daarnaast kan de krijgsmacht bijvoorbeeld bijdragen aan de bestrijding van drugshandel en piraterij of aan de beheersing van asielstromen.

Operationele relevantie en inzetzekerheid

Defensie stelt militaire eenheden gereed ten behoeve van de hierboven beschreven taakuitvoering. Dit proces van gereedstellen ten behoeve van inzet is het belangrijkste proces van Defensie. De capaciteiten zijn niet permanent toegewezen aan NAVO, EU, VN of nationale taken. Nederland kan deze capaciteiten in beginsel altijd en overal inzetten, en per geval wordt bezien voor welke taak welke capaciteiten worden ingezet.

Voor het functioneren van de krijgsmacht is onder andere voldoende, toegerust en getraind personeel, alsook materieel nodig. Materieel in brede zin omvat naast de primaire wapensystemen tevens systemen zoals die voor logistieke bevoorrading of ICT. Om het materieel van de krijgsmacht te kunnen inzetten voor de opgedragen taken moet aan ten minste twee voorwaarden zijn voldaan: de operationele relevantie van het materieel moet zijn gegarandeerd, en de inzetzekerheid van het materieel moet zijn gegarandeerd. Operationele relevantie en inzetzekerheid vormen daarom wezenlijke belangen die moeten worden beschermd om de taken van de krijgsmacht te kunnen uitvoeren.

De operationele relevantie van defensiematerieel is het vermogen van de krijgsmacht om met een zekere mate van autonomie met dit materieel de taken te kunnen uitvoeren, in alle delen van het geweldsspectrum, in binnen- en buitenland. Daarvoor is operationele superioriteit overigens niet altijd een vereiste. Bij primaire wapensystemen zoals onderzeeboten, jachtvliegtuigen en pantservoertuigen is operationele superioriteit essentieel voor het winnen van het gevecht en daarmee de uitvoering van de opdracht. Bij andere vormen van inzet of bij ander materieel is niet zozeer de operationele superioriteit van belang, maar wel of het systeem geschikt is de opgedragen taken doeltreffend en doelmatig uit te voeren. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan logistieke taken.

Operationele relevantie betreft meer dan slechts de huidige technische eigenschappen van het materieel. Om de taken niet alleen vandaag maar ook in de toekomst te kunnen uitvoeren, is een continu proces van modernisering noodzakelijk. De wapenontwikkeling bij potentiële tegenstanders staat immers ook niet stil zodat onze eigen capaciteiten ook voortdurend moeten worden verbeterd. Naast de aanschaf van nieuw materieel is daarom ook het vermogen tot doorontwikkeling van bestaand materieel een belangrijke aspect van operationele relevantie. Daartoe moet Defensie bij voorkeur beschikken over de kennis en de intellectuele gebruiksrechten van het materieel. Internationale samenwerking, waaraan de geschiktheidsverklaringen kunnen bijdragen, is bij de (door)ontwikkeling van materieel vaak aan de orde. Vanzelfsprekend is deskundig en goed gemotiveerd personeel onmisbaar om het materieel effectief in te zetten.

Inzetzekerheid betreft het vermogen van de krijgsmacht om het materieel in technisch en logistiek opzicht inzetbaar te houden om daarmee het militair-strategisch effect te kunnen blijven bereiken, waar ook ter wereld. Daarvoor is het nodig de gereedheid en inzetbaarheid van eenheden en het materieel op een hoog niveau te brengen en ook te houden. Kennis, onderhoudsfaciliteiten en voorraden van onder meer reservedelen zijn daarvoor noodzakelijk.

2.2 Betekenis van de aan defensie gerelateerde industrie voor inzet krijgsmacht

Operationele relevantie en inzetzekerheid zijn gebaat bij een zo groot mogelijke strategische autonomie. Voor militaire capaciteiten betreft strategische autonomie: de gegarandeerde Nederlandse toegang tot en beschikbaarheid van (internationale) kennis, rechten, mensen en middelen die noodzakelijk zijn om militaire capaciteiten in stand te houden en operaties uit te voeren, ongeacht de coalitie waarbinnen inzet plaatsvindt.

Deze opvatting van strategische autonomie gaat hand in hand met het begrip 'open strategische autonomie' zoals dat sinds enige tijd in een Europese context wordt gehanteerd: het vermogen van de Europese Unie om als mondiale speler, in samenwerking met internationale partners, op basis van eigen inzichten en keuzes haar publieke belangen te borgen en weerbaar te zijn in een onderling verbonden wereld.⁸ Tot deze publieke belangen behoort ook de nationale veiligheid. In de Nederlandse visie moet daarvoor het politiek-economische fundament van de EU worden versterkt, moeten risicovolle strategische afhankelijkheden worden gemitigeerd, en moet het geopolitiek handelingsvermogen van de EU worden vergroot. Daarbij is ook een groter militair handelingsvermogen van de EU nodig zodat Europa sterker en meer zelfredzaam wordt als het gaat om Europese veiligheid. Nederland kan in de huidige veiligheidscontext niet volledig zelfstandig voor zijn eigen veiligheid zorgen. Een grotere Europese bijdrage aan veiligheid en defensie draagt ook bij aan het meer in balans brengen van de transatlantische veiligheidsrelatie, waardoor deze toekomstbestendiger en effectiever wordt. Nederland wil samen met vertrouwde partners een voortrekkersrol spelen bij de gemeenschappelijke verwerving van militaire capaciteiten, waarbij de weerbaarheid en het voortzettingsvermogen van de toeleveranciersketens cruciaal zijn.

Bij het garanderen van de eigen operationele relevantie en inzetzekerheid heeft de Nederlandse krijgsmacht voor een deel zelf de noodzakelijke kennis en kunde in huis om de ontwikkeling van een technologie of wapensysteem ter hand te nemen. Maar het is voor de krijgsmacht lang niet altijd haalbaar om dat volledig in eigen beheer te doen. Leveranciers en/of kennisinstituten zijn onmisbaar voor een belangrijk deel van de producten, goederen, diensten en kennis die de krijgsmacht nodig heeft. In Nederland bevinden zich leveranciers en kennisinstituten die kunnen voorzien in een deel van het benodigde onderzoek, ontwikkeling, productie en levering. Dit laat onverlet dat de Nederlandse krijgsmacht daarnaast voor een belangrijk deel afhankelijk is van buitenlandse leveranciers. Omgekeerd kunnen Nederlandse leveranciers bijdragen aan de veiligheid van bondgenoten.

De Nederlandse ondernemingen en kennisinstellingen die op reguliere basis aan de krijgsmacht leveren, worden gerekend tot de hiervoor eerder aangehaalde NLDITB. Ondernemingen die tot de NLDITB worden gerekend, vormen een cruciale schakel voor de operationele relevantie en de inzetzekerheid van het materieel, en daarmee in de continuïteit van de inzet van de krijgsmacht. Het kabinet ziet het belang van een vitale Nederlandse defensie-industrie om onze eigen veiligheid te kunnen beschermen en een bijdrage te kunnen leveren aan de Europese veiligheid. De Defensie Industrie Strategie (DIS) bevat een analyse van de voor de Nederlandse krijgsmacht belangrijke kennis- en technologiegebieden en de industriële capaciteiten in Nederland. Daarbij is erkend dat

⁸ Kamerbrief 'Open strategische autonomie', Kamerstukken II, 35 982, nr. 9 van 8 november 2022

Nederland niet kan beschikken over alle relevante kennis en industriële capaciteiten die de Nederlandse krijgsmacht nodig heeft.⁹

De kennis en capaciteiten waarover Nederland wel beschikt, moeten worden gekoesterd. De internationale defensie- en veiligheidsgerelateerde markt wordt echter gekenmerkt door fragmentatie, veelal gesloten nationale markten en een gebrek aan gelijk speelveld (*level playing field*). De leveranciers van hoofdwapensystemen (*Original Equipment Manufacturers*, OEM's) bevinden zich hoofdzakelijk in de grotere Europese landen. Ook de toeleveringsketens van deze OEM's hebben een overwegend nationaal karakter. Nederland heeft een beperkt aantal OEM's, die op hun gebied echter internationaal wel degelijk meetellen. De NLDTIB is kennisintensief en onderscheidt zich mondiaal vooral in nichemarkten die een belangrijke rol vervullen in de toeleveringsketens van buitenlandse OEM's. Met haar totaal aan capaciteiten is de NLDTIB cruciaal voor de nationale veiligheid, en is die van belangrijke toegevoegde waarde voor de versterking van het Europese militaire handelingsvermogen. Het kabinet voert daarom een actief industriebeleid waarbij het kabinet voor de defensie-industrie inzet op de versterking, bescherming en (internationale) positionering van de NLDTIB. Dit wetsvoorstel voorziet in instrumenten die daaraan een belangrijke bijdrage kunnen leveren.

2.3 Nationale veiligheid en het beschermen en bevorderen van de aan defensie gerelateerde industrie

De vitale infrastructuur kan door een veelheid van dreigingen worden aangetast. Deze paragraaf gaat allereerst in op dreigingen en risico's voor de vitale infrastructuur in algemene zin. Vervolgens wordt ingegaan op risico's die specifiek relevant zijn voor het vitale proces 'Inzet Defensie' en worden die in verband gebracht met maatregelen uit dit wetsvoorstel tot bescherming en bevordering van de aan defensie gerelateerde industrie.

In algemene zin onderscheidt het kabinet vier dreigingsontwikkelingen, die in onderlinge samenhang moeten worden gezien.¹⁰ Allereerst is het geopolitieke klimaat verslechterd waardoor de internationale rechtsorde onder druk staat. Steeds vaker zijn vitale processen in Nederland en de Europese Unie doelwit van handelingen van statelijke actoren die onze veiligheidsbelangen kunnen schaden, zoals spionage en sabotage. Verstoringen en beperkingen van vitale processen kunnen worden nagestreefd om maatschappelijke onrust te zaaien of het vertrouwen in de overheid aan te tasten. In de tweede plaats wordt Nederland steeds vaker geconfronteerd met dreigingen op het snijvlak van economie en veiligheid. De verwevenheid van de mondiale economie biedt Nederland veel welvaart en kansen, maar zorgt ook voor risico's en kwetsbaarheden. Wanneer alternatieve aanbieders van producten en diensten niet of beperkt beschikbaar zijn, kunnen risicovolle strategische afhankelijkheden van buitenlandse leveranciers ontstaan. Deze afhankelijkheden kunnen door statelijke actoren worden ingezet als drukmiddel voor geopolitieke doeleinden. Strategische afhankelijkheden kunnen ook het risico vergroten van ongewenste kennisoverdracht, waaronder diefstal van hoogwaardige kennis.

Ten derde is de digitale dreiging onverminderd hoog. Digitalisering zorgt voor een grote afhankelijkheid van digitale processen. Dit maakt vitale infrastructuur kwetsbaar voor uitval als gevolg van cyberincidenten. Er zijn statelijke actoren die op structurele basis proberen zich digitaal toegang te verschaffen tot de vitale infrastructuur, om daar voorbereidingshandelingen voor digitale sabotage of spionage te treffen. Digitale aanvallen van cybercriminelen kunnen ook omvangrijke schade toebrengen aan de vitale infrastructuur. In de vierde plaats vormen de

⁹ Nota Defensie Industrie Strategie, Kamerstukken II, 2028-2019, 31 124, nr. 92 van 15 november 2018; en Kamerbrief 'Defensie Industrie Strategie in een nieuwe geopolitieke context', Kamerstukken II, 2022-2023, 31 125, nr. 123 van 2 november 2022

¹⁰ Kamerbrief 'Versterkte aanpak vitale infrastructuur', Kamerstukken II, 2022-2023, 30 821, nr. 182 van 30 mei 2023

gevolgen van klimaatverandering een dreiging voor de vitale infrastructuur, zoals door meer frequente en ingrijpende natuurrampen. Klimaatverandering kan bovendien wereldwijd resulteren in water-, energie- en voedseltekorten, met instabiliteit, toenemende competitie tussen bevolkingsgroepen en migratie tot mogelijk gevolg.

Een aantal van deze dreigingen is rechtstreeks van belang voor het functioneren van de krijgsmacht die bij haar taakuitvoering bijdraagt aan de nationale veiligheid. De krijgsmacht is voor het functioneren afhankelijk van het aanbod en de capaciteiten van de aan defensie gerelateerde industrie, ook in Nederland. Indien dat aanbod en die capaciteiten onder druk staan, eroderen of negatief worden beïnvloed door statelijke of niet-statelijke actoren heeft dat consequenties voor het niveau van bescherming van de nationale veiligheid waaraan door de krijgsmacht wordt bijgedragen. Deze aantasting van het militair handelingsvermogen van de krijgsmacht levert risico's voor de nationale veiligheid op. Dit wetsvoorstel is gepercipieerd vanuit gewijzigde dreigingsontwikkelingen die tot grotere urgentie nopen om de nationale veiligheid beter te beschermen en te bevorderen. De blik is daartoe primair gericht op het bevorderen en beschermen van de aan defensie gerelateerde industrie in Nederland, ook als daarmee belangen van nationale veiligheid van bondgenoten gemoeid zijn. De uitoefening van defensietaken is gebaat bij bevordering en bescherming van deze industrie omwille van de operationele relevantie en inzetbaarheid van de krijgsmacht.

2.3.1 Risico's voor de nationale veiligheid als gevolg van eroderende NLDTIB

Een dreigende erosie van de NLDTIB en toenemende strategische afhankelijkheid van Nederland van buitenlandse leveranciers levert risico's voor de nationale veiligheid op in verband met de taakvervulling door de krijgsmacht. De oorzaak hiervan kan als volgt worden geïdentificeerd.

1. Te kleine thuismarkt:

De thuismarkt voor de NLDTIB is te klein voor de investeringen en kosten die de ondernemingen moeten maken. De meeste ondernemingen in de NLDTIB hebben geen economische toekomst als zij alleen moeten vertrouwen op overheidsopdrachten van Defensie en andere veiligheidspartners binnen de Nederlandse overheid. Het gevolg hiervan is dat de NLDTIB zich ook verbreed naar civiele domeinen of territoria buiten de Nederlandse grenzen, of zelfs NAVO afzetmarkten, zoekt en bedient. Het gevolg hiervan is dat de aandacht en focus van het bestuur van de ondernemingen in de NLDTIB begrijpelijkerwijs niet primair gericht is op de (mogelijke) behoeften van Defensie. Bij lucratieve opdrachten van bijvoorbeeld een derde land kan het aantrekkelijk zijn om voorrang te geven aan deze opdrachten in plaats van Nederlandse defensieopdrachten. Voor die bedrijven die juist wel een zeer grote afhankelijkheid hebben van Nederlandse defensie- en overheidsopdrachten is de te kleine thuismarkt op de langere termijn fataal, omdat de business case niet rendabel te krijgen is zonder permanente overheidsbijdragen of structurele samenwerking met de overheid.

2. Onzekerheid overheidsopdrachten en terugverdienmogelijkheden:

Voor het ontwikkelen (en in stand houden) van productielijnen en/of de technologische kennis voor de productie en ontwikkeling van wapensystemen, munitie of deelsystemen heeft de NLDTIB een investeringsopgave die een onderneming alleen maar bereid is te verrichten, indien er uitzicht is op een terugverdienmogelijkheid met een redelijk rendement op een redelijke termijn. De overheidsopdrachten kenmerken zich echter (ten minste in de jaren voorafgaand aan de huidige oorlog in Oekraïne) door onzekerheid of deze wel zouden verstrekt in de volumes die aantrekkelijk genoeg zouden zijn om de gemaakte investeringen terug te verdienen. Ook kenmerken hoofdsystemen zich door een lange levensduur, waardoor vervanging lang op zich laat wachten. Ook tussentijdse modernisering van deze systemen kent lange en onzekere doorlooptijden en terugverdienmogelijkheden. Zoals uit de recente problematiek rondom munitieproductie blijkt, zijn deze problemen EU breed aanwezig.

3. Financiering:

De NLDTIB kent al geruime tijd moeilijkheden in het aantrekken van zowel risicodragend vermogen als werkkapitaal in de vorm van bancaire leningen en garanties. Er zijn meerdere redenen hiervoor,

maar de belangrijkste zijn: a) de onzekerheid over de terugverdienmogelijkheden, b) onzekerheid over de terugverdientijd die afwijkt van de reguliere industrie, c) het reputatierisico voor de financier die financieringsmogelijkheden biedt aan defensiebedrijven, d) het zijn van een nichemarkt met maar beperkte volumes waarop rendement wordt gehaald en geconcentreerd risico bij enkele spelers. Het gevolg hiervan is dat de NLDTIB niet of maar beperkt de middelen heeft om projecten en concepten te ontwikkelen die de nieuwste behoeften van Defensie aansluiten.

4. Beslismacht ligt vaak in het buitenland:

Veel ondernemingen in de NLDTIB zijn MKB-ondernemingen en kenmerken zich door buitenlandse zeggenschap over de Nederlandse dochteronderneming waardoor strategische keuzes inzake investeringen, onderzoek en het moderniseren of het verhogen van de productiecapaciteit elders worden genomen. Bovendien is een vaste reflex bij economische of financiële moeilijkheden dat een moederbedrijf voorrang geeft aan het hart van de eigen onderneming en buitenlandse dochters minder prioriteit geeft, afstoot of volledig integreert. Het gevolg hiervan is dat de NLDTIB niet altijd in staat is om tot beslissingen te komen die aansluiten bij de behoeften van Defensie of daar de financiële en operationele middelen niet voor krijgt.

5. Consolidatie op EU en internationaal niveau:

Op EU niveau vindt een toenemende consolidatie plaats, mede met actieve bemoeienis van (EU) overheden. Daarbij kenmerkt deze consolidatie zich door een dominante positie van Europese *Original Equipment Makers* (OEM's) in overheidseigendom of met een substantieel aandelenbelang in overheidshanden of bijzondere zeggenschapsrechten. Deze OEM's hebben ook een sterk sturende rol ten aanzien van de eigen toeleveranciersketen, waardoor de NLDTIB maar beperkte kansen krijgt op grotere afzetmarkten en juist kwetsbaar wordt voor overnames door dergelijke partijen. Het gevolg hiervan is dat de NLDTIB niet in staat is om zich verder te ontplooiën en de basis van de NLDTIB aan erosie onderhevig is door toenemende zeggenschap vanuit buitenlandse OEM's.

6. Dual use neemt toe:

Lange tijd waren gespecialiseerde defensiebedrijven een van de speerpunten van technologische vernieuwing met spill over effecten naar de civiele markt. De afgelopen jaren is er sprake van een kentering waarbij juist geavanceerde civiele producten een defensietoepassing blijken te kunnen hebben die een operationeel voordeel kan bieden voor Defensie. Het gevolg hiervan is dat de traditionele NLDTIB op deelaspecten de aansluiting mist bij de behoeften van Defensie en omgekeerd Defensie niet altijd zicht heeft op welke marktpartijen in het civiele of *dual use* domein capaciteiten hebben die van waarde kunnen zijn voor het ontwikkelen en produceren van technologie en systemen die nuttig zijn voor de operationele inzet van Defensie.

2.3.2 Risico's voor de nationale veiligheid als gevolg van verwervingsactiviteiten binnen NLDTIB

Verwervingsactiviteiten in een doelonderneming die essentieel zijn voor de krijgsmacht - een wezenlijke krijgsmachtleverancier dan wel militaire goederen- of transportleverancier - kunnen risico's opleveren voor de nationale veiligheid. Onder nationale veiligheid wordt hetzelfde verstaan als in de Wet vifo. Bij risico's voor de nationale veiligheid gaat het in algemene zin om risico's voor de operationele relevantie en inzetzekerheid van de krijgsmacht; risico's voor de integriteit en exclusiviteit van kennis en informatie; en risico's van het ontstaan van ongewenste strategische afhankelijkheden.

Risico's voor de operationele relevantie en inzetzekerheid van de krijgsmacht

De operationele relevantie en inzetzekerheid van de Nederlandse krijgsmacht waarborgen samen de continuïteit van het vitale proces 'Inzet Defensie', oftewel het vermogen van de krijgsmacht om de taken uit te voeren en daarbij met een zekere mate van autonomie op te treden. Deze autonomie kan worden bedreigd als een verwerver door een investering, overname of andere verwervingsactiviteit invloed verwerft in een doelonderneming (een wezenlijke

krijgsmachtleverancier dan wel militaire goederen- of transportleverancier) en daarvan gebruik maakt op een manier die niet in het Nederlandse belang is. Deze verwerver kan zijn invloed op de doelonderneming aanwenden om leveranties aan de krijgsmacht te verminderen of om de doelonderneming een lagere prioriteit te laten geven aan deze leveranties. Dit kan leiden tot een risico op verminderde beschikbaarheid van bepaalde onderdelen, diensten, technologie of kennis. Het risico kan eveneens optreden als met de verkregen invloed de ontwikkeling van bepaalde technieken, diensten en kennis een bepaalde richting op wordt gestuurd of met betrokkenheid van bepaalde partijen tot stand dient te komen. Dit kan nadelig zijn voor de interoperabiliteit met andere krijgsmachten. Als deze risico's van ongewenste inmenging in een doelonderneming werkelijkheid worden, kan het gevolg zijn dat de operationele relevantie en de inzetzekerheid van de Nederlandse krijgsmacht en daarmee de continuïteit van het vitale proces 'Inzet Defensie' worden ondermijnd. Door de grotere geopolitieke dreigingen is het risico op dergelijke ongewenste inmenging groter dan voorheen.

Nederlandse defensieleveranciers kunnen ook een belangrijke opdrachtrelatie met een bondgenoot van Nederland hebben. Indien wordt vastgesteld dat door een verwerving de autonomie van de bondgenoot over de continuïteit van diens eigen vitaal proces (eveneens) een risico loopt, kan dit ook een risico voor de nationale veiligheid van Nederland vormen.

Risico's voor de integriteit en exclusiviteit van kennis en informatie

Een bedreiging voor de continuïteit van de inzet van de krijgsmacht, en daarmee voor de nationale veiligheid in bredere zin, kan ook ontstaan als de verwerver invloed verkrijgt op een doelonderneming die toegang heeft tot belangrijke kennis of gegevens van de krijgsmacht, of zelfs via de doelonderneming deze kennis of gegevens kan beïnvloeden. De verwerver kan zelf proberen toegang te krijgen tot deze kennis waarover de doelonderneming beschikt, of proberen om andere actoren die toegang te geven, bijvoorbeeld via inzicht in de cyberbescherming van de doelonderneming.

De relatie tussen de industrie en de krijgsmacht is zodanig hecht dat krijgsmachtleveranciers of militaire goederen- of transportleveranciers op uiteenlopende niveaus toegang hebben tot vertrouwelijke gegevens. Doelondernemingen beschikken over kennis van de capaciteiten en technische eigenschappen van wapensystemen die zij zelf hebben ontwikkeld en geproduceerd, eventueel als onderleverancier. Maar het kan ook gaan om kennis van de wijze van operationeel optreden van militaire eenheden die beschikken over deze wapensystemen en zelfs over informatie over concrete gevallen van inzet van deze eenheden, bijvoorbeeld als een krijgsmachtleverancier betrokken is bij de instandhouding van het materieel.

De bescherming van kennis is voor het vitale proces 'Inzet Defensie' van grotere betekenis dan bij veel andere vitale processen. De planning om het (hoofd)wegen- of (hoofd)spoorwegnet in Nederland uit te breiden, zal bijvoorbeeld veel minder gevoelig liggen dan informatie omtrent de operationele inzet van de krijgsmacht. De gevolgen van het schenden van de vertrouwelijkheid van gegevens kunnen groot zijn. Een potentiële tegenstander kan met deze gegevens anticiperen op de inzet van eenheden en wapensystemen van de Nederlandse krijgsmacht. Technische gegevens kunnen door een potentiële tegenstander worden gebruikt bij de ontwikkeling van eigen wapensystemen en zodoende de superioriteit van onze eigen wapensystemen teniet doen. Als daarnaast bekend zou worden dat vertrouwelijke gegevens in verkeerde handen terecht zijn gekomen, kan dit de vertrouwensrelatie van Nederland met bondgenoten schaden. Daarnaast is de integriteit van gegevens van belang. Een schending van de integriteit van gegevens leidt tot aantasting van de juistheid of volledigheid van gegevens. Deze gegevens zijn niet langer betrouwbaar, zodat die ongeschikt zijn om nog te gebruiken. Het begrip integriteit dient hierbij ruim te worden opgevat en kan bij defensiesystemen voor gegevensuitwisseling bijvoorbeeld ook een schending inhouden waarbij de tijdigheid van beschikbaarheid van gegevens wordt aangetast. De ongeautoriseerde toegang tot gegevens kan samengaan met de aantasting van de integriteit van die gegevens.

Risico's van het ontstaan van ongewenste strategische afhankelijkheden

Strategische afhankelijkheden zijn voor Nederland op defensiegebied onvermijdelijk. De NLDTIB is niet omvangrijk genoeg om de Nederlandse krijgsmacht te voorzien van alle benodigde producten, goederen, diensten en kennis, en de Nederlandse krijgsmacht is daarom deels afhankelijk van buitenlandse leveranciers. Dit is geen nieuwe ontwikkeling want deze situatie bestaat al decennia. Recent is echter meer aandacht gekomen voor mogelijke risico's van ongewenste strategische afhankelijkheden. De memorie van toelichting van de Wet vifo gaat hier nader op in. De Wet vifo richt zich rechtstreeks op de aanbieders van vitale processen. Het verstoren van deze vitale processen kan leiden tot grote maatschappelijke of politieke gevolgen. De impliciete of expliciete dreiging met dergelijke ernstige gevolgen vormt een drukmiddel dat een verwerver - of een statelijke of niet-statale actor onder wiens invloed hij staat - van een aanbieder van een vitaal proces kan gebruiken voor politieke doeleinden. Een voorbeeld van een ongewenste strategische afhankelijkheid was de leverantie van Russisch gas tot aan de illegale Russische inval in Oekraïne.

Een verwervingsactiviteit in een wezenlijke krijgsmachtleverancier dan wel militaire goederen- of transportleverancier kan ertoe leiden dat Nederland op enig moment door een statelijke of een niet-statale actor politiek onder druk wordt gezet om bepaalde beslissingen over beleid of inzet te nemen. De verwerving van de doelonderneming kan onderdeel zijn van een strategie om de Nederlandse krijgsmacht met behulp van de verwervingsactiviteit afhankelijker te maken van andere statelijke of niet-statale actoren. Nederland kan bijvoorbeeld onder druk worden gezet als een dergelijke actor beschikt over vertrouwelijke informatie waarvan het lekken zou resulteren in risico's voor de nationale veiligheid of schade voor de Nederlandse betrekkingen met andere landen. Ook kan Nederland onder druk worden gezet als de wezenlijke krijgsmachtleverancier dan wel militaire goederen- of transportleverancier, onder invloed van de verwerver, zou overwegen om de leveranties aan de Nederlandse krijgsmacht te verminderen of te staken.

2.3.3. Risico's voor de nationale veiligheid als gevolg van ontbreken geschiktheidsverklaring

Zoals hierboven toegelicht, onderscheidt de Veiligheidsstrategie voor het Koninkrijk der Nederlanden 2023-2029 zes nationale veiligheidsbelangen.¹¹ De krijgsmacht levert aan de bescherming van de veiligheidsbelangen op verschillende manieren en in verschillende mate een bijdrage. Zoals hiervoor reeds werd aangegeven, is het vermogen tot het (door)ontwikkelen van materieel een belangrijk aspect van operationele relevantie en is er bij het borgen van de (inter)nationale veiligheid sprake van onderlinge afhankelijkheden, in het bijzonder binnen (maar niet beperkt tot) de Europese en trans-Atlantische allianties. Nederland kan de eigen nationale veiligheid niet in zijn eentje kan garanderen: daarvoor is samenwerking met en de steun van bondgenoten met vergelijkbare veiligheidsbelangen nodig. In ruil daarvoor moet Nederland op zijn beurt een bijdrage leveren aan de veiligheid van die bondgenoten.

De Nederlandse krijgsmacht heeft zelf niet alle door haar benodigde kennis en capaciteiten in huis. Gezien het feit dat de Nederlandse krijgsmacht voor een belangrijk deel afhankelijk is van producten, goederen, diensten en kennis vanuit de defensiegerelateerde industrie, is samenwerking met die industrie essentieel voor het beschermen van de nationale veiligheid. De Nederlandse strategische onafhankelijkheid is erbij gebaat als de Nederlandse krijgsmacht niet te afhankelijk is van buitenlandse industrie, maar zoveel mogelijk kan leunen op de eigen industrie. Als klein land kan Nederland echter niet zelfstandig een eigen defensiegerelateerde industrie op de been houden: daarvoor zijn ook buitenlandse afnemers nodig. Het voornaamste deel van de Nederlandse defensiegerelateerde industrie bestaat tegenwoordig uit toeleveranciers aan buitenlandse OEM's. Deze toeleveranciers zijn daarmee voor hun voortbestaan afhankelijk van de mogelijkheid tot internationale samenwerking. De Nederlandse krijgsmacht heeft er dus belang bij

¹¹ De Veiligheidsstrategie voor het Koninkrijk der Nederlanden 2023-2029, Kamerstukken II 2022/23, 30 821, nr. 178

dat de NLDTIB een essentieel onderdeel kan blijven uitmaken van verschillende internationale toeleveringsketens. Hoewel de defensiebestedingen in de landen van de NAVO en in de EU-lidstaten toenemen als gevolg van de geopolitieke ontwikkelingen en de toegenomen kans dat Nederland vanwege zijn status als NAVO-bondgenoot betrokken wordt in een gewapend conflict, staat positie van de Nederlandse toeleveranciers onder druk. Weliswaar groeit de orderportefeuille van de internationale defensiegerelateerde-industrie, maar Nederlandse entiteiten kunnen onvoldoende gebruikmaken van de geboden kansen.

Onderscheidende kennis en kunde zijn natuurlijk de voornaamste voorwaarde waaraan zij moeten voldoen, maar bij het kunnen vormen van internationale consortia en het meedingen naar internationale defensieopdrachten en -subsidies speelt aantoonbare betrouwbaarheid een zeer belangrijke rol. Voor een hoogwaardige, internationaal inzetbare Nederlandse defensiegerelateerde industrie, moet op internationaal geaccepteerde wijze kunnen worden aangetoond dat die Nederlandse industrie betrouwbaar genoeg is om een verstandhouding mee aan te gaan. Verklaringen vanuit de industrie zelf hieromtrent blijken onvoldoende. Behoeftestellers willen een overheidsoordeel vernemen over die betrouwbaarheid. Momenteel bestaat er geen deugdelijke juridische, -dat wil zeggen: wettelijke - grondslag daarvoor. Dat betekent dat Nederlandse bedrijven die wel over onderscheidende kennis en kunde beschikken desondanks deelname aan internationale defensiegerelateerde activiteiten mislopen. Dit zal uiteindelijk ten koste gaan van de gewenste strategische en economisch noodzakelijke verankering van de NLDTIB en daarmee ook van de nationale veiligheid, aangezien deze onlosmakelijk verbonden is met kunnen beschikken over troeven met internationale relevantie die kunnen worden ingezet bij het vormen van noodzakelijke allianties.

Het ontbreken van een duidelijke wettelijke grondslag met een bijbehorend algemeen kenbaar beoordelingskader maakt de Nederlandse overheid ook kwetsbaar voor druk van buitenaf als bijvoorbeeld een buitenlandse mogendheid er belang bij heeft dat een discutabele in Nederland ingeschreven entiteit deelneemt aan bepaalde defensiegerelateerde activiteiten.

3. HET BELANG VAN HET WETSVORSTEL VOOR DEFENSIE EN DE DAARAAN GERELATEERDE INDUSTRIE

3.1 Nut en noodzaak regulering van ordeningsaspecten binnen de NLDTIB

Dit wetsvoorstel bevat bepalingen over informatie en strategische beleidsvorming die moeten uitmonden in een periodiek NLDTIB-rapport. Het NLDTIB-rapport stelt de betrokken ministers in staat partijen te identificeren, aan te wijzen en te belasten met een dienst van algemeen economisch belang. Het betreft partijen waarvan is vastgesteld dat hun activiteiten van groot belang zijn voor de operationele inzetbaarheid van Defensie en het waarborgen dat Defensie op het hoogste escalatieniveau operationeel effectief is en de nieuwste technologieën en strijdmethoden kan bijbenen. De in dit wetsvoorstel voorgestane ordening heeft hiernaast betrekking op strategische voorraadvorming en de bevoorradingsketen. Als onderdeel van de voorgestelde regulering wordt voorts in de mogelijkheid voorzien dat de betrokken ministers in uitzonderlijke bij wet geregelde situaties een stille bewindvoerder kunnen benoemen bij een onderneming die met een dienst van algemeen economisch belang is belast of waaraan een bevoorradingsplicht is opgelegd. Verder bevat dit hoofdstuk bepalingen voor de Minister van Defensie en de Minister van Economische Zaken en Klimaat om kostenvergoedingen voor diensten van algemeen economisch belang (incl. subsidies) ter beschikking te stellen aan de daarmee belaste onderneming. Tot slot bevat het wetsvoorstel ook bepalingen over gegevensverwerking, toezicht en handhaving.

Het samenstel aan voorschriften uit het wetsvoorstel dat tot ordeningsaspecten wordt gerekend, heeft tot doel bij te dragen aan het oplossen van problemen die de NLDTIB ondervindt in relatie tot de inzetbaarheid en operationele relevantie van de krijgsmacht. Daarbij is het een gegeven dat Nederland niet alles in eigen hand kan (en moet) willen hebben en niet alles zelf kan en moet willen doen. Er kan wel worden ingezet op het realiseren van wederzijdse (gewenste) strategische

afhankelijkheden en op het bijdragen aan bondgenootschappelijke capaciteiten. De probleemanalyse en oplossingsrichting die in dit wetsvoorstel is gekozen ten aanzien van de NLDTIB speelt zich af tegen de achtergrond van internationale ontwikkelingen die op het niveau van de EU en de NAVO een deels vergelijkbare probleemanalyse en oplossingsrichting articuleren. De EU heeft bijvoorbeeld recentelijk het voorstel voor een EDIP-verordening¹² gepresenteerd met (deels) vergelijkbare voorstellen voor marktordening. De Nederlandse aanpak kan in die zin worden gezien als een vooruitlopen op en actief implementeerbaar maken van concepten die thans op EU niveau en internationaal niveau worden uitgewerkt en maken deze concepten ook in Nederland effectief uitvoerbaar.

De NLDTIB vervult een belangrijke rol bij het waarborgen van de operationele inzet van de strijdkrachten en het waarborgen dat de Nederlandse strijdkrachten technologisch superieur kunnen handelen. De Defensie Industrie Strategie zoals geactualiseerd in de nieuwe geopolitieke context identificeert die onderdelen van de NLDTIB die van wezenlijk belang zijn voor de bescherming van wezenlijke belangen van de nationale veiligheid. Het kan daarbij gaan om bestaande industriële en technologische capaciteiten alsmede om de opbouw en doorontwikkeling van kennis en nieuwe technologieën.

Kernprobleem is dat de productie, opschalings-, innovatie- en ontwikkelcapaciteit van de NLDTIB onvoldoende aansluit bij de behoeften van Defensie zowel qua beschikbaarheid als doorontwikkeling, zeker wanneer deze behoeften op relatief korte termijn aanzienlijk kunnen wijzigen. De NLDTIB dreigt bovendien te eroderen waardoor deze aansluiting verder kan verminderen en de strategische afhankelijkheid van Nederland van buitenlandse leveranciers verder toeneemt. In paragraaf 2.3.1 is op de probleemanalyse specifiek ingegaan.

De beoogde ordeningsregulering voor de NLDTIB beoogt bij te dragen aan een verbetering van de positie van de NLDTIB op de markt door een aantal onderliggende oorzaken aan te pakken die dit kernprobleem veroorzaken. Dit geschiedt door publiekrechtelijke regulering van een aantal ondernemingen binnen de NLDTIB en het wettelijk vastleggen van een aantal bevoegdheden en verplichtingen voor de Ministers van Economische Zaken en Klimaat en Defensie ten aanzien van de NLDTIB. De voorgestelde regulering bestaat uit meerdere hierboven aangehaalde onderdelen die elkaar versterken en een integrale sturing van de NLDTIB mogelijk maken. Deze regulering beoogt zowel afkalving van de NLDTIB tegen te gaan door ordenend te reguleren alsmede de behoeften van Defensie beter en slagvaardiger te bedienen, waarvan het belang als gevolg geopolitieke dreigingen eminent is toegenomen.

3.2 Nut en noodzaak veiligheidstoets binnen de NLDTIB

De voorgestelde veiligheidstoets op defensiegebied zal deel uitmaken van een meeromvattend stelsel van veiligheidstoetsing. De aanleiding voor de invoering van dat stelsel is een toenemende verwevenheid tussen de Nederlandse economie en geopolitieke dreigingen. De basis van het stelsel wordt gevormd door de Wet vifo, met daarnaast een aantal in sectorale wetten geregelde specifieke investeringstoetsen. De Wet vifo richt zich op aanbieders van processen die essentieel zijn voor de nationale veiligheid ('vitale processen'), op beheerders van bedrijfscampussen en op ondernemingen actief op het gebied van sensitieve technologie. De wet Vifo fungeert voor verwervingsactiviteiten die een risico voor de nationale veiligheid kunnen inhouden, uitsluitend als vangnet. Dat wil zeggen dat de Wet vifo niet van toepassing is als op een bepaald gebied sectorale wetgeving voorziet in een eigen investeringstoets, zoals voor een vitaal proces. Ten tijde van de totstandkoming van dit wetsvoorstel zijn sectorale toetsen voor een vitaal proces geregeld in de

¹² Voorstel voor een verordening (EU) 2024/0061 van het Europees Parlement en de Raad van 5 maart 2024 tot vaststelling van het programma voor de Europese defensie-industrie en van een kader van maatregelen ter waarborging van de tijdige beschikbaarheid en levering van defensieproducten ("EDIP-verordening" (COM(2024) 150 final).

Elektriciteitswet 1998, de Gaswet en de Telecommunicatiewet. Deze toetsen zien op elektriciteitscentrales van 250 MW of meer, op LNG-installaties en -bedrijven en op telecommunicatiepartijen. Dit wetsvoorstel beoogt aan die toetsen een investeringstoets op defensiegebied toe te voegen voor investeringen en andere verwervingsactiviteiten in bepaalde ondernemingen die op defensiegebied actief zijn.

Een sectorale investeringstoets op defensiegebied is nodig omdat die de risico's voor de nationale veiligheid bij het vitale proces 'Inzet Defensie' beter beheersbaar maken. Het gaat hierbij om de risico's op aantasting van de operationele relevantie en de inzetzekerheid van de krijgsmacht als gevolg van verwervingsactiviteiten waarmee invloed in wezenlijke krijgsmachtleveranciers en militaire goederen- en transportleveranciers wordt verkregen. Het beheersen van deze risico's hangt nauw samen met het behoud van autonomie over het vitale proces 'Inzet Defensie'. Als gevolg van geopolitieke ontwikkelingen zijn de risico's op aantasting van deze autonomie toegenomen. In paragraaf 2.3 van deze memorie van toelichting wordt ingegaan op deze toegenomen dreigingen en de risico's voor de wezenlijke belangen van de nationale veiligheid. Daarnaast vergroot het wetsvoorstel de proportionaliteit en rechtszekerheid van het wettelijk stelsel van investeringstoetsen door het sectorale karakter ervan. Dit is van belang voor een effectieve werking van de voorgestelde toets en het behoud van een goed investeringsklimaat in Nederland.

De toets in dit wetsvoorstel is volledig toegespitst op het vitale proces 'Inzet Defensie'. Dit maatschappelijke proces is één van de processen die als vitaal is aangemerkt¹³. Het omvat een aantal hoofdtaken van de krijgsmacht op basis van de Grondwet en verdragsrechtelijke bepalingen die een waarborg zijn voor de nationale veiligheid (zie nader paragraaf 2.1 van deze memorie van toelichting). De werking en het functioneren van het vitale proces 'Inzet Defensie' zijn zo veelzijdig en (technologisch) complex dat daarvoor intensieve betrokkenheid van bedrijven en kennisinstellingen nodig is. De continuïteit van dit vitale proces is daarmee sterk afhankelijk van bedrijven en kennisinstellingen uit de defensie- en veiligheidsgelateerde industrie¹⁴ (zie nader paragraaf 2.2. van deze memorie van toelichting). De Defensie Industrie Strategie gaat hierop in en licht toe waarom ondernemingen en kennisinstellingen die actief zijn binnen de NLDTIB sterk verweven zijn met dit vitale proces.¹⁵

Dit wetsvoorstel verschilt van de Wet vifo doordat die wet zich uitsluitend richt op ondernemingen die een vitaal proces aanbieden en niet, zoals dit wetsvoorstel doet, op toeleveranciers die voor het vitale proces essentieel zijn. Het vitale proces 'Inzet Defensie' wordt vanuit het publieke domein door Defensie aangestuurd als gevolg waarvan de investeringstoets van de Wet vifo zich niet tot (de aanbieder van) dit vitale proces uitstrekt. Tegelijkertijd is hiervoor en in paragraaf 2.2. van deze memorie van toelichting vastgesteld dat de continuïteit van dit vitale proces sterk afhankelijk is van bedrijven en kennisinstellingen uit de defensie- en veiligheidsgelateerde industrie. Gelet daarop wordt het noodzakelijk geacht dat er een investeringstoets komt, die zich concentreert op een in dit wetsvoorstel afgebakend samenstel aan (toe)leveranciers van de krijgsmacht in de waardeketen van Defensie voor het vitale proces 'Inzet Defensie' ('wezenlijke krijgsmachtleveranciers' en 'militaire goederen- en transportleveranciers' genoemd). Deze leveranciers zijn op het gebied van sensitieve technologie actief als bedoeld bij en krachtens de huidige Wet vifo. Om overlap met de veiligheidstoets in de Wet vifo te voorkomen, wordt met dit wetsvoorstel ook het toepassingsbereik van de Wet vifo verkleind ten gunste van de meer sectorale investeringstoets op defensiegebied in dit wetsvoorstel. De defensie-investeringstoets verlegt het perspectief van de toetsing naar het belang daarvan voor de instandhouding van de essentiële taakuitoefening door de krijgsmacht.

De uitwerking in dit wetsvoorstel van de investeringstoets is daardoor deels anders en specifiek dan onder de Wet vifo voor sensitieve technologie. Verschillen met de toets in de Wet vifo zijn te

¹³ <https://www.nctv.nl/onderwerpen/vitale-infrastructuur/overzicht-vitale-processen>.

¹⁴ Kamerstukken II 2018/19, 31125, nr. 92.

¹⁵ Kamerstukken II 2018/19, 31125, nr. 92.

herleiden tot het geheel eigen karakter van het vitale proces 'Inzet Defensie' en de betrokkenheid van de industrie daarbij. Ondernemingen die in Nederland actief zijn als wezenlijke krijgsmachtleverancier of een militaire goederen- of transportleverancier, vallen gelet op de voorrangsregels in de Wet vifo uitsluitend onder het bereik van de defensie-investeringsstoets. Een meer sectorale investeringsstoets op het gebied van Defensie past bij het uitgangspunt van het algemene stelsel van veiligheidstoetsing te voorzien in sectorale wetgeving waar dat passend is.

3.3 Nut en noodzaak geschiktheidsverklaring op defensiegebied

Zoals hierboven al aangegeven, moeten in Nederland ingeschreven entiteiten om te kunnen deelnemen aan internationale defensiegerelateerde werkzaamheden, zoals door de EU gesubsidieerde projecten op defensiegebied of internationale samenwerking op het gebied van defensiecapaciteitsontwikkeling (bijvoorbeeld in NAVO-verband) in toenemende mate overheidsverklaringen kunnen overleggen omtrent hun betrouwbaarheid. Zo is het meedingen naar een NAVO-opdracht niet mogelijk zonder een zogenoemde 'Declaration of Eligibility' (hierna: DoE) van de Minister van Economische Zaken en Klimaat. Verder is bijvoorbeeld subsidiëring uit het Europees Defensiefonds (hierna: EDF) krachtens verordening (EU) 2021/697¹⁶ (hierna: EDF-verordening) en daarmee deelname aan bepaalde Europese samenwerkingsverbanden uitgesloten voor entiteiten die direct of indirect onder zeggenschap staan van een niet-EU entiteit, als die entiteiten geen door hun overheid goedgekeurde garanties kunnen overleggen.

Nederlandse entiteiten die actief willen zijn in het internationale defensiegerelateerde domein zien zich kortom geconfronteerd met eisen die van grote invloed zijn op hun internationale uitgangspositie, maar kunnen daaraan niet zelfstandig -dat wil zeggen zonder formele tussenkomst van de Nederlandse overheid- voldoen. De Nederlandse overheid is momenteel niet in staat om diens defensiegerelateerde industrie naar behoren te faciliteren, omdat een afdoende juridische grondslag ontbreekt om die industrie te kunnen beoordelen op aspecten die juist binnen het internationale aan defensie gerelateerde domein belangrijk zijn.

Tot op heden heeft de Nederlandse overheid, in afwachting van een structurele regeling waarin dit wetsvoorstel moet voorzien, gezocht naar pragmatische oplossingen. Dit betreft in hoofdzaak het aanvragen door de entiteit van een 'verklaring omtrent het gedrag (voor rechtspersonen)' (hierna: VOG RP)) of een gedragsverklaring aanbesteden (hierna: GVA). Entiteiten die beschikken over een autorisatie door het voldoen aan de Algemene Beveiligingseisen Defensieopdrachten (hierna: ABDO) zijn vanwege de Minister van Defensie reeds zo grondig beoordeeld op betrouwbaarheid, dat de Nederlandse overheid ook in internationale context kan instaan voor hun betrouwbaarheid. Deze oplossingen zijn echter niet altijd mogelijk of bieden niet in alle gevallen soelaas. Hierop wordt nader ingegaan in paragraaf 3.4.

Omdat de behoefte vanuit zowel de NAVO als bijvoorbeeld de EU en andere mogelijkheden aan formele tussenkomst van de Nederlandse overheid alleen maar toeneemt, is het noodzakelijk om hiervoor toekomstbestendige juridische kaders te creëren. Hierbij moet rekenschap gegeven worden van een driehoeksrelatie tussen de in Nederland ingeschreven entiteit die behoefte heeft aan de geschiktheidsverklaring, de Nederlandse overheid als beoordelingsinstantie en de behoeftesteller. Het onterecht afgeven van een geschiktheidsverklaring door de Nederlandse overheid werkt, afgezien van vraagstukken met betrekking tot aansprakelijkheid en het nationale veiligheidsbelang, immers ook door in de diplomatieke relatie tussen de Nederlandse overheid en de behoeftesteller. Het is dus zaak een balans te vinden tussen enerzijds het verstevigen van de internationale uitgangspositie van in Nederland ingeschreven entiteiten en anderzijds het gedeelde veiligheidsbelang van Nederland en zijn bondgenoten. Verder moet een op de defensiegerelateerde sector toegesneden beoordelingskader kenbaar zijn voor iedere geïnteresseerde entiteit, zodat

¹⁶ Verordening (EU) 2021/697 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2021 tot oprichting van het Europees Defensiefonds en tot intrekking van Verordening (EU) 2018/1092 (PbEU 2018 L200).

deze weet wat er van haar verwacht wordt. Maar een dergelijk kader is ook nodig om te voorkomen dat Nederland van buitenaf onder druk gezet kan worden om onterecht een positief oordeel te geven over de betrouwbaarheid van een entiteit. De Nederlandse overheid moet in het kader van haar eigen status als betrouwbaar bondgenoot besluitvaardig kunnen optreden ten aanzien van in Nederlands ingeschreven entiteiten die zij discutabel acht.

De dossiers waarbij momenteel om een verklaring van overheidswege omtrent betrouwbaarheid wordt verzocht, kennen een grote verscheidenheid. De mate waarin en de manier waarop tussenkomst van de Nederlandse overheid nodig is, kan per geval verschillen. Niet elke verklaring die momenteel vereist is of in de toekomst vereist zal worden, behoeft te voldoen aan dezelfde maatstaven en de mate waarin een entiteit moet kunnen aantonen – en de Nederlandse overheid moet kunnen beoordelen – in hoeverre die entiteit ‘betrouwbaar’ is, verschilt dus per situatie. Dit kan te maken hebben met de belangen die binnen de specifieke context bescherming verdienen, maar bijvoorbeeld ook met de fase waarin een bepaald project zich bevindt. Met het oog op het vermijden van onnodige kosten en capaciteitsbeslag voor zowel de aanvragers als de beoordelende instantie zal de benodigde onderzoekscapaciteit zo doelmatig mogelijk worden ingezet. Daarom zal de aanvrager van een geschiktheidsverklaring duidelijk moeten maken wat de eisen zijn van de betreffende behoeftesteller en zal de bevoegde verantwoordelijke minister vervolgens moeten kunnen volstaan met een beoordeling op enkel die punten.

Tegelijkertijd hebben al die mogelijke verklaringen belangrijke kenmerken gemeen. Zonder een schriftelijke verklaring van de Nederlandse overheid dat deze de betreffende entiteit als voldoende betrouwbaar beoordeelt, kan die entiteit niet meedingen naar internationale opdrachten, deelname aan samenwerkingsverbanden en/of subsidies. Dat betekent dat een overheidsoordeel over haar betrouwbaarheid in beginsel bepalend zal zijn voor de rechtspositie van de entiteit. Daarmee is het geven van zo’n oordeel in beginsel een publiekrechtelijke rechtshandeling en komt dat oordeel neer op een beschikking van een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:3 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Er is echter geen volledige zekerheid dat de geschiktheidsverklaring in alle gevallen rechtsgevolg zal hebben. Het kan natuurlijk gebeuren dat de aanvrager ondanks het verkrijgen van een geschiktheidsverklaring een internationale opdracht niet gegund krijgt, of dat er geen Europese subsidie wordt toegekend aan de aanvrager. Dat neemt niet weg dat het, vanwege de potentiële financiële gevolgen van het niet verkrijgen van een geschiktheidsverklaring, voor alle mogelijke geschiktheidsverklaringen duidelijk moet zijn welke rechtsbescherming er open staat tegen afwijzing van de aanvraag. Omdat de rechtsbescherming die de Awb biedt ten aanzien van beschikkingen ten aanzien van de geschiktheidsverklaring ook aangewezen is, ligt het voor de hand om wettelijk te regelen dat de geschiktheidsverklaring te beschouwen is als een beschikking in de zin van de Awb. Dit is ook zo geregeld voor de VOG RP en de GVA in respectievelijk artikel 29 van de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens en artikel 4.3 van de Aanbestedingswet 2012. Ook moet duidelijk zijn aan welke (wettelijke) grondslag het overheidsorgaan zijn bevoegdheid tot beslissen ontleent. Daarnaast moet voor alle geschiktheidsverklaringen geregeld zijn op welke wijze gewaarborgd is dat het delen van informatie en de verwerking van persoonsgegevens bij het beoordelen van betrouwbaarheid, rechtmatig geschiedt. De Algemene verordening gegevensbescherming vereist hiervoor altijd een grondslag en voor overheden als verwerkingsverantwoordelijke geldt dat die grondslag een wettelijke oorsprong moet hebben.¹⁷

Uit het bovenstaande blijkt de nut en noodzaak om een wettelijke grondslag te creëren voor geschiktheidsverklaringen en om de besluiten over het wel of niet afgeven van die verklaringen ten behoeve van de rechtszekerheid juridisch zoveel mogelijk op dezelfde manier te benaderen. Nu de doelgroep voor geschiktheidsverklaringen gevormd wordt door in Nederland ingeschreven

¹⁷ Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming) (PbEU 2016 L 119)

entiteiten die werkzaamheden willen verrichten binnen het (internationale) defensiegerelateerde domein, ligt het voor de hand om de geschiktheidsverklaring op te nemen in onderhavig wetsvoorstel.

3.4 Motivering instrumentkeuze

Bij de voorbereiding van het wetsvoorstel is onderkend dat ondernemingen in de NLDTIB vrijheid van handelen dienen te hebben om zo optimaal mogelijk opdrachten/subsidies te verwerven voor de continuïteit van hun onderneming. Dit draagt bij aan de werkgelegenheid, concurrentiekracht en het innovatievermogen van Nederland. Ondernemingen actief in de NLDTIB hebben echter te maken met een imperfect werkende Europese en internationale markt, die tot problemen leidt als hiervoor is toegelicht. Een vorm van ordening gericht op de NLDTIB door middel van regulering kan de positie van de NLDTIB op de markt bestendigen en verbeteren. Daar staat tegenover dat regulering een inbreuk op de bescherming van eigendom vormt en daarmee druk kan leggen op het investeringen in de ondernemingen die het aangaat. De inschatting is dat de NLDTIB, gelet op de hiervoor gegeven probleemanalyse, op termijn juist baat zal hebben bij een vorm van regulering als is voorgesteld en dat deze de NLDTIB aantrekkelijker kan maken om in te investeren. De voorgestelde regulering is gebaseerd op de behoeften van Defensie, die gebaat is bij de aanwezigheid van een NLDTIB waarvan de capaciteiten in stand worden gehouden en op structurele basis verder worden ontwikkeld. De voorgestelde regulering is tevens bedoeld om de NLDTIB te bevorderen, waarvan ondernemingen profijt kunnen hebben, en gaat niet verder dan nodig is met het oog op proportionaliteit. De taxatie is gelet op aard en inhoud van de regulering dat de negatieve externe effecten daarvan te overzien zijn en niet opwegen tegen het belang om langs de voorgestelde weg goed en tijdig in te kunnen spelen op de behoeften van Defensie met dienstbaarheid aan de ontwikkeling van de NLDTIB. De behoeften van Defensie vereisen verder dat de bevoorradingsketen continu directer, steviger en structureel kan worden aangestuurd dan nu het geval is. Het belang daarvan ten tijde van oorlog, zoals die in Oekraïne, bevestigt het beeld dat daarin nu onvoldoende is voorzien. Publiekrechtelijke regulering van de NLDTIB wordt het meest geschikt geacht om de inzetbaarheid en operationele relevantie van de krijgsmacht te waarborgen tot bescherming van de belangen van het Koninkrijk der Nederlanden en voor de handhaving en de bevordering van de internationale rechtsorde.

Ook de voorgestelde investeringstoets kan een inbreuk vormen op de bescherming van eigendom en druk leggen op het investeringsklimaat. De toets en de eventuele op te leggen voorwaarden dienen derhalve proportioneel te zijn aan het beoogde effect (het waarborgen van de nationale veiligheid) in een democratische samenleving. Dit wetsvoorstel beoogt een investeringstoets te introduceren die effectief risico's voor de nationale veiligheid beheerst met oog voor de proportionaliteit en rechtszekerheid van een toets en de uitvoering daarvan. Het wetsvoorstel is gelet hierop beperkt en toegespitst op verwervingsactiviteiten in wezenlijke krijgsmachtleveranciers en militaire goederen- en transportleveranciers. Deze investeringstoets is echter niet het enige instrument waarnaar is gekeken om het doel van het beheersen van risico's voor de nationale veiligheid te bereiken. Er zijn ook andere instrumenten gezien waarvan evenwel is geconcludeerd dat die niet of minder geschikt zijn om de risico's voor de nationale veiligheid op effectieve en proportionele wijze te beheersen.

Wat betreft de geschiktheidsverklaring zijn de effecten daarvan op de Nederlandse defensiegerelateerde industrie naar verwachting positief. Deze verklaring faciliteert immers de industrie om in het buitenland makkelijker defensiegerelateerde opdrachten of subsidies te verwerven. Ook voor deze geschiktheidsverklaring zijn alternatieven overwogen. De afwegingen zijn hierbij echter van een andere orde dan bij de investeringstoets. De voorgestelde geschiktheidsverklaring heeft bijvoorbeeld geen effecten op de eigendom van de onderneming die om een dergelijke verklaring verzoekt.

Alternatieven regulering orderingsaspecten

Een eerste alternatieve mogelijkheid voor publiekrechtelijke regulering tot ordening binnen de NLDTIB is het enkel gebruik maken van civielrechtelijke contracten. Dit middel kan onverminderd

naast dit publiekrechtelijke instrumentarium worden ingezet, maar kent een aantal beperkingen en is derhalve niet voldoende. Het civielrechtelijk contracteren kent als eerste nadeel dat ondernemingen bereid moeten zijn in te schrijven/te contracteren. Civielrechtelijke contracten zijn tweezijdig en vergen dus de vrijwillige medewerking van bedrijven die soms alleen over te halen zullen zijn tegen zeer hoge vergoedingen of überhaupt niet bereid zijn om een overeenkomst te sluiten. Publiekrechtelijke regulering is dwingend en kan bijvoorbeeld ook corrigerend werken te aanzien van de onwil van bijvoorbeeld een buitenlandse moedermaatschappij die de dochter niet toestaat mee te werken.

Het civielrechtelijk contracteren kent als tweede nadeel een mate van onzekerheid in de uitkomst: door juiste toepassing van de aanbestedingsregels is het mogelijk dat een andere onderneming het contract krijgt toegekend. Hoewel door middel van geschiktheids- en uitvoeringseisen best gestuurd kan worden op de uitkomst, kan deze inherente onzekerheid nadelig uitpakken voor die gevallen waarin de structuur van de NLDTIB in stand gehouden moeten worden of juist doorontwikkeld moet worden.

Het civielrechtelijk contracteren kan via de aanbestedingsprocedures efficiënt zijn. Tegelijkertijd zal in die verhoudingen waarin sprake is van een afhankelijkheidsrelatie van Defensie van de betrokken ondernemingen altijd sprake zijn van een prijsdruk naar boven, omdat de onderneming in een comfortabele machtspositie verkeert, bijvoorbeeld bij feitelijke monopolies of oligopolies. In de gevallen waarin sprake is van een wederzijdse afhankelijkheid wordt dit prijseffect deels gedempt, maar in andere gevallen zal het contracteren niet per sé de meest gunstige prijs opleveren. Bij publiekrechtelijke regulering is er ook geen sprake van een "free lunch" omdat in veel gevallen een redelijke kostenvergoeding (met eventueel een redelijke winstmarge) nodig zal zijn om het overheidshandelen rechtmatig te laten zijn. Het is echter geen automatisme dat een kostenvergoeding noodzakelijk is. Precedenten bij diensten van algemeen economisch belang laten zien dat deze variaties in vergoedingen (of afwezigheid daarvan) geaccepteerd worden.

De voorgestelde marktordening grijpt in op de strategie en de bedrijfsvoering van bedrijven en brengt daar een sturing op vanuit de bescherming van de wezenlijke veiligheidsbelangen van Nederland. Een alternatief model is dat voor een aantal bedrijven gekozen kan worden voor een (meerderheids)belang in overheidshanden of zelfs volledig publiek eigendom. Daarmee wordt maximale overheidsinvloed op de onderneming gerealiseerd en kan gericht gestuurd worden. Bovendien komen de behaalde rendementen uiteindelijk ten goede van de schatkist. Dit model is bij diverse EU lidstaten toegepast onder andere in de marinebouw. De nadelen van dit model zijn dat a) de overheid zich volledig blootstelt aan commerciële risico's, b) er een risico bestaat dat ondernemingen overeind worden gehouden die geen toekomstperspectief hebben, en c) de innovatiekracht van de onderneming afneemt doordat werknemers juist minder mogelijkheden krijgen qua beloning en daardoor vertrekken, d) de positionering van de onderneming in internationaal verband verzwakt omdat de overheid "buitenlandse avonturen" niet wenst te faciliteren.

Alternatieven veiligheidstoets op defensiegebied

Geen geschikt alternatief is om uitsluitend met de Wet vifo te volstaan. Gelet op het toepassingsbereik van die wet en de functie die deze wet als vangnet vervult is dat geen afdoende optie om risico's door verwervingsactiviteiten in wezenlijke krijgsmachtleveranciers en militaire goederen- of transportleveranciers te ondervangen (zie nader paragraaf 3.2). Een keuze voor een sectoraal wetsvoorstel sluit bovendien aan bij het uitgangspunt van het algemene stelsel van investeringstoetsing te voorzien in sectorale wetgeving waar dat passend is. Dit sectorale wetsvoorstel is daartoe op onderdelen specifieker, stringenter of anders dan in de Wet vifo, zoals ten aanzien van de afbakening en invulling van het vitale proces 'Inzet Defensie', het benoemen van de risico's voor de nationale veiligheid, meldingsdrempels, beoordelingsfactoren en mitigerende maatregelen. Deze verschillen zijn te herleiden tot het geheel eigen karakter van het vitale proces 'Inzet Defensie' en de betrokkenheid van de industrie daarbij.

Een alternatief waarmee evenmin kan worden volstaan, is het beheersen van risico's voor de nationale veiligheid door middel van het sluiten van overeenkomsten tussen Defensie en wezenlijke

krijgsmachtleveranciers, militaire goederen- of transportleveranciers. Op een dergelijk overeenkomst zijn de Algemene Beveiligingseisen voor Defensieopdrachten 2019 (ABDO) van toepassing, in het bijzonder als onderdelen van (de uitvoering van) het contract gerubriceerd zijn. Overeenkomsten met Defensie voorzien in veiligheidsvoorschriften om verschillende type activiteiten tegen verschillende soorten dreigingsrisico's te beschermen. Dit wetsvoorstel doet aan de noodzaak van dergelijke overeenkomsten geen afbreuk. Tegelijkertijd bieden dergelijke overeenkomsten geen afdoende bescherming tegen verwervingsactiviteiten in de doelondernemingen door de beperkingen die aan dit privaatrechtelijk instrument verbonden zijn. Deze beperkingen zijn het gevolg van de effectiviteit en werkingskracht van privaatrechtelijke overeenkomsten. Overeenkomsten worden door Defensie *met* een wezenlijke krijgsmachtleverancier, militaire goederen- of transportleverancier aangegaan en kunnen daarbij *over* een (potentiële) verwerver gaan. De overeenkomst tussen Defensie en de leverancier kan voorzien in een bepaling die gaat over wijziging van zeggenschap in de leverancier. Indien de bepaling in het contract daarover met Defensie niet wordt nagekomen door een doelonderneming, dan heeft Defensie alleen het instrumentarium om de privaatrechtelijke overeenkomst met de doelonderneming te ontbinden en eventueel een boete te eisen. Die ontbinding zou echter de operationele relevantie en inzetzekerheid van de krijgsmacht in het geding brengen doordat aan de overeenkomst niet langer uitvoering wordt gegeven en de leverancier niet langer de goederen of diensten levert die voor Defensie van belang zijn. Evenmin is een effectieve wijze van opereren als Defensie naar de rechter zou stappen om het handelen of nalaten van de verwerver ter discussie te stellen. Dergelijke trajecten tot procederen zijn complex, langdurig en met een ongewisse uitkomst, terwijl dat ondertussen ten koste gaat van de nationale veiligheid doordat volledige of correcte uitvoering van de overeenkomst uitblijft.

Het wetsvoorstel biedt daarom rechtstreekse mogelijkheden om tegenover verwerver en doelonderneming de risico's voor de nationale veiligheid effectief te beheersen met behoud van de operationele relevantie en inzetzekerheid van de krijgsmacht. Ook is de inzet van die mogelijkheden niet afhankelijk van de looptijd van een overeenkomst. Het wetsvoorstel voorziet in een instrumentarium waarbij op basis van een risicobeoordeling eisen en nadere voorschriften verbonden kunnen worden aan een voorgenomen verwervingsactiviteit. Ook voorziet het wetsvoorstel in mogelijkheden om een verwervingsactiviteit achteraf ongedaan te (laten) maken, indien blijkt dat die in strijd met de wet of met een toetsingsbesluit is verricht. Hierbij wordt als sprake is van een vennootschap telkens rekening gehouden met het soort vennootschap (beursgenoteerd of niet). Verder kan zowel de verwerver als de doelonderneming (de wezenlijke krijgsmachtleverancier of militaire goederen- of transportleverancier) in hun rechten worden geschorst totdat de verwervingsactiviteit is teruggedraaid of opgelegde maatregelen alsnog worden nageleefd. Dit zijn allemaal bevoegdheden tot rechtstreeks ingrijpen op ook de verwerver waarvoor een privaatrechtelijke overeenkomst tussen Defensie en een leverancier (de doelonderneming) zich niet leent. Er is voorts voorzien in stevige toezichtsbevoegdheden. Een overtreding van bepaalde voorschriften kan leiden tot het opleggen van bestuurlijke boetes of het opleggen van een last onder bestuursdwang. Een overtreding kan zelfs een economisch delict opleveren in de zin van de Wet op de economische delicten.

Een ander aspect dat beter door middel van dit wetsvoorstel kan worden geregeld, is het achterhalen van de identiteit van de verwerver in met name een beursgenoteerde onderneming. De privaatrechtelijke overeenkomst tussen Defensie en de leverancier is als middel niet geschikt om statelijke of niet-statelijke actoren te achterhalen die de beursgenoteerde verwerver aansturen. Om de werkelijke, achterliggende identiteit te kunnen onderzoeken van een verwerver dienen bronnen buiten de verwerver te worden geraadpleegd en daarvoor is medewerking van overheidsinstanties vereist. Het verkrijgen en verstrekken van hiervoor relevante gegevens tussen overheidsinstanties om een identiteit te kunnen onderzoeken, is echter zonder wettelijke basis niet toegestaan. Het wetsvoorstel voorziet in mogelijkheden tot gegevensverwerking, voor zover dat nodig is voor het doel van het vaststellen van risico's voor de nationale veiligheid. Het belang hiervan is aanzienlijk omdat dit de informatiebasis biedt om tot een risicobeoordeling te kunnen komen en vervolgens zo nodig passende eisen en nadere voorschriften te kunnen verbinden aan

een verwervingsactiviteit. Tot slot biedt dit wetsvoorstel rechtsbescherming bestaande uit bestuursrechtelijk bezwaar en beroep, terwijl bij overeenkomsten de duurdere en in dat opzicht minder goed toegankelijke bescherming tot de burgerlijke rechter openstaat.

Weer een ander alternatief zou zijn om verwervingsactiviteiten in doelondernemingen uitsluitend te verhinderen of te corrigeren met toepassing van het instrument staatsdeelnemingen. De Staat der Nederlanden zou kunnen besluiten tot het nemen van een deelneming in of zelfs volledige overname van een doelonderneming voordat het tot een verwerving komt. Door aandeelhouderschap of ander eigenaarschap verkrijgt de Staat invloed op het reilen en zeilen van de betrokken wezenlijke krijgsmachtleverancier of militaire goederen- of transportleverancier. Dit kan tegenwicht bieden aan of in plaats komen van een andere verwerver. Een staatsdeelneming zou een verdergaande inmenging in de ondernemingsvrijheid impliceren dan waarin dit wetsvoorstel voorziet. Op grond van dit wetsvoorstel kunnen eisen en nadere voorschriften worden gesteld waaronder een verwervingsactiviteit wordt toegestaan. Als de Staat echter zelf overgaat tot een deelneming in een doelonderneming maakt dit een investeerder onmogelijk die deelneming nog te kunnen doen. Zelfs indien een verwerver wordt verboden een verwerving te doen, is niet uitgesloten dat een andere verwerver dan die onder het verbod valt, nog wel de verwervingsactiviteit (onder voorwaarden) mag doen. Zie verder ook de eerdere beschouwingen over staatsdeelnemingen hierboven. De keuze voor een staatsdeelneming is een eigenstandig instrument waaraan afwegingen verbonden zijn die samenhangen met het staatsdeelnemingenbeleid. Dit is geen onderwerp van dit wetsvoorstel en niet geschikt om in de plaats van dit wetsvoorstel te treden.

Alternatieven geschiktheidsverklaring

Wat betreft het wettelijk regelen van de geschiktheidsverklaring zijn de effecten daarvan op zowel de Nederlandse industrie als indirect de strategische autonomie naar verwachting positief. Deze verklaringen faciliteren immers de Nederlandse industrie om in het buitenland makkelijker defensie- en/of veiligheidsgerelateerde opdrachten of subsidies te verwerven en kan borgen dat Nederlandse entiteiten essentiële onderdelen blijven uitmaken van internationale toeleveringsketens.

Het afzien van een wettelijke basis voor een geschiktheidsverklaring heeft meerdere nadelen. In de praktijk zullen niet alle betrouwbare Nederlandse bedrijven dan dezelfde kansen hebben om een door de behoeftesteller vereiste verklaring van overheidswege te kunnen overleggen. Daarnaast zijn zonder een wettelijke basis de rechtszekerheid en de rechtsbescherming niet goed geregeld, zoals uiteengezet in hoofdstuk 2.

Het afgeven van een geschiktheidsverklaring zonder inhoudelijke beoordeling zou een alternatief zijn voor de geschiktheidsverklaring met inhoudelijke beoordeling zoals geregeld in dit wetsvoorstel. Hiervoor is niet gekozen, omdat dat veiligheidsrisico's zou opleveren voor de behoeftestellers, met als bijkomend gevolg mogelijke diplomatieke schade voor Nederland als blijkt dat een entiteit waarvoor een verklaring is afgegeven toch niet betrouwbaar zou blijken.

Andere reeds bestaande verklaringen van overheidswege zijn gezien de aard van de door behoeftestellers gestelde vereisten evenmin geschikt als geschiktheidsverklaring defensie- of veiligheidsbelangen. Een VOG RP, zoals geregeld in de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens, is een schriftelijke verklaring waarmee entiteiten kunnen aantonen dat er door hen geen strafbare feiten gepleegd zijn die een risico vormen voor het werk dat of de taak die ze willen uitvoeren. Een eerder afgegeven VOG RP kan in voorkomend geval afdoende reden zijn om vervolgens een geschiktheidsverklaring af te geven. De VOG RP voldoet op zichzelf echter niet per se als geschiktheidsverklaring defensie- of veiligheidsbelangen, omdat er voor een VOG RP alleen gekeken wordt naar strafrechtelijke aspecten betreffende een entiteit en haar bestuurders. Er is geen grond om bijvoorbeeld de concernstructuur van een entiteit door te lichten en te bezien bij wie de daadwerkelijke zeggenschap over de entiteit berust.

Met een GVA, zoals geregeld in de Aanbestedingswet 2012 en ook gebruikt in de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied, toont een entiteit aan dat er geen uitsluitingsgronden op die entiteit van toepassing zijn op grond waarvan aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven verplicht zijn om entiteiten van deelneming aan een opdracht uit te sluiten. In het kader van de GVA worden meer aspecten beoordeeld dan in het kader van de VOG RP, aangezien ook mededingingsrechtelijke overtredingen worden meegenomen.

Het bezit van een GVA is vooruitlopend op dit wetsvoorstel al gebruikt als voorwaarde voor het door de Minister van Economische Zaken en Klimaat kunnen afgeven van een DoE omtrent een entiteit als de NAVO daarom vroeg in het kader van ongerubriceerde aanbestedingen. De beoordelingsgronden zoals opgenomen in de Nederlandse aanbestedingswetgeving zijn echter niet van dien aard dat tegemoetgekomen kan worden aan alle mogelijke eisen van behoeftestellers met het oog op de bescherming van hun defensie- en veiligheidsbelangen buiten de ongerubriceerde aanbestedingscontext.

Entiteiten die een privaatrechtelijke overeenkomst aangaan met het Ministerie van Defensie waarbij gerubriceerde informatie betrokken is, dienen, volgens die overeenkomst, te voldoen aan de ABDO. De MIVD beoordeelt of dit het geval is en bij een positief oordeel verkrijgt de entiteit een ABDO-autorisatie. Een ABDO-autorisatie betekent dat een entiteit de meest uitgebreide beoordeling op het gebied van risico's voor defensie -en veiligheidsbelangen heeft doorstaan. Beleidsmatig gezien kan de Nederlandse overheid in internationale context ten aanzien van een behoeftesteller dus ook instaan voor de betrouwbaarheid van een ABDO-geautoriseerde entiteit. Maar als een geldige ABDO-autorisatie de enige manier zou zijn om een geschiktheidsverklaring te kunnen afgeven, dan vallen entiteiten die op het moment van aanvraag geen contractuele relatie hebben met het Ministerie van Defensie buiten de boot. Dit resulteert in een onwenselijk ongelijk speelveld tussen bij het Ministerie van Defensie 'bekende' en 'onbekende' entiteiten. Bovenstaande betekent overigens niet dat louter verbreding van de mogelijkheid van beoordeling op grond van ABDO beleidsmatig gezien een geschikte oplossing zou zijn voor alle gevallen waarin een geschiktheidsverklaring vereist wordt door een behoeftesteller. De ABDO hebben betrekking op gebruik van gerubriceerde informatie binnen een contractuele relatie (met de Minister van Defensie). Maar behoeftestellers verlangen juist ook vaak geschiktheidsverklaringen in de precontractuele fase en/of ten aanzien van beoogde verstandhoudingen waarbij geen sprake zal zijn van het delen van gerubriceerde informatie met de entiteit. In die gevallen is beoordeling aan de hand van de ABDO in veel gevallen disproportioneel belastend voor zowel de te beoordelen entiteit als voor de bevoegde instantie die de beoordeling moet verrichten.

4. TOEPASSINGSBEREIK WETSVORSTEL OP HET GEBIED VAN DE AAN DE DEFENSIE GERELATEERDE INDUSTRIE EN VEILIGHEID

4.1 Toepassingsbereik orderingsaspecten binnen de NLDTIB

Het wetsvoorstel stelt eisen aan de ondernemingen die door de Minister van Defensie, in overeenstemming met de Minister van Economische Zaken en Klimaat, aangewezen mogen worden om te worden belast met een dienst van algemeen economisch belang als omschreven in het wetsvoorstel. Het begrenzen van de ondernemingen die voor een aanwijzing in aanmerking kunnen komen, draagt bij aan de rechtszekerheid. Deze begrenzing is gebaseerd op een objectief en op een kwalitatief criterium. Aan beide criteria moet zijn voldaan om aangewezen te kunnen worden. Het eerste criterium is dat het dient te gaan om een onderneming die actief is op het gebied van militaire goederen of op het gebied van producten voor tweërlei gebruik. Op de betekenis van het begrip 'militaire goederen' wordt elders in deze memorie van toelichting ingegaan. Bij ondernemingen die actief zijn op het gebied van producten voor tweërlei gebruik, gaat het om producten waarvan de uitvoer vergunningplichtig is op grond van artikel 3, eerste lid, van

verordening (EU) nr. 2021/821¹⁸. Dit zijn ondernemingen waarvan de producten geschikt zijn voor zowel civiel als militair gebruik. Deze ondernemingen hoeven zich in de praktijk echter lang niet altijd met hun activiteiten tevens op de markt begeven voor militair gebruik, ook al zijn hun producten daarvoor wel geschikt op grond van de verordening. Door middel van een aanwijzing kunnen ook zij daadwerkelijk activiteiten gaan verrichten die van doorslaggevende betekenis zijn voor de (toekomstige) behoeften van Defensie, in het bijzonder voor de operationele relevantie of de inzetbaarheid van de krijgsmacht of voor de wettelijke taakvervulling door de MIVD. Dit vergroot de capaciteiten van de krijgsmacht, het functioneren van de MIVD en versterkt de NLDTIB.

Of een onderneming van doorslaggevende betekenis is voor de behoeften van Defensie wordt bepaald aan de hand van een tweede criterium waaraan moet zijn voldaan om tot een aanwijzing te mogen overgaan. Dat een onderneming van doorslaggevende betekenis is voor de behoeften van Defensie dient te worden geschraagd door analyses uit het in het wetsvoorstel geregelde NLDTIB-rapport en de daarin geïdentificeerde behoeften op defensiegebied. Het NLDTIB-rapport dient periodiek te worden opgesteld en de daarin voorkomende analyses dienen in ieder geval betrekking te hebben op een samenstel aan onderwerpen, die inzicht bieden in relevante marktontwikkelingen, de behoeften van de krijgsmacht en de technologische ontwikkelingen telkens in verband gebracht met de NLDTIB. De analyses moeten een aanwijzing voldoende kunnen rechtvaardigen geredeneerd vanuit de algemene lijnen waarbinnen de genoemde onderwerpen aan bod komen. Er dient een logica uit afgeleid te kunnen worden, die de aanwijzing verklaarbaar maakt. Het is niet noodzakelijkerwijs zo dat in de analyse al de naam van een aanwijzing wordt genoemd. Daarvoor is het aanwijzingsbesluit bedoeld. Naar verwachting zullen in totaal slechts een beperkt aantal ondernemingen door middel van een aanwijzing worden belast met een dienst van algemeen economisch belang.

Een aanwijzing van een onderneming kan ook betrekking hebben op de uitvoering van een of meer delen van het door de Minister van Economische Zaken en Klimaat, in overeenstemming met de Minister van Defensie, periodiek op te stellen strategisch bevoorradingsplan. Een dergelijke aanwijzing heeft eveneens betrekking op een klein aantal ondernemingen. Niet iedere onderneming kan worden aangewezen, aangezien de ondernemingen die daarvoor in aanmerking kunnen komen in het wetsvoorstel zijn afgebakend. Ook deze afbakening berust op twee criteria waaraan cumulatief voldaan moet zijn om tot een aanwijzing te kunnen overgaan. In de eerste plaats dient de onderneming naar het oordeel van de Minister van Economische Zaken en Klimaat actief te zijn op het gebied van een of meer in het strategisch bevoorradingsplan geïdentificeerde goederen en producten die van wezenlijke betekenis zijn voor de operationele relevantie en inzetbaarheid van de krijgsmacht. Dit is aan de hand van dit plan vast te stellen, aangezien het wetsvoorstel bepaalt dat het strategisch bevoorradingsplan een analyse moet bevatten over de omvang en samenstelling van de bevoorrading die wezenlijk is voor de operationele relevantie en inzetbaarheid van de krijgsmacht vanuit het oogpunt van voorzienings- en leveringszekerheid. Het bevoorradingsplan waarop de aanwijzing terugrijpt, betreft het plan dat het meest recent is vastgesteld voorafgaand aan een aanwijzing. Als tweede criterium wordt de eis gesteld dat de rijksoverheid de uitvoering van de bevoorrading waarop de aanwijzing betrekking heeft niet goed zelf ter hand kan nemen dan wel dat de overheid dat weliswaar zelf zou kunnen doen, maar de aan te wijzen onderneming dat efficiënter of effectiever kan doen dan de rijksoverheid. Bij dit laatste kan bijvoorbeeld worden gedacht aan situaties waarin de onderneming in kwestie toch al voorraden moet aanhouden, maar dat die bevoorrading naar lengte of omvang in bepaalde mate of opzichten bijstelling behoeft om uitvoering te geven aan de aanwijzing.

¹⁸ Verordening (EU) nr. 2021/821 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2021 tot instelling van een Unieregeling voor controle op de uitvoer, de tussenhandel, de technische bijstand, de doorvoer en de overbrenging van producten voor tweëerlei gebruik (PbEU 2021, L 206)

Een onderneming die is aangewezen om te voldoen aan een bevoorradingplicht kan de opdracht worden gegeven om de toeleveranciersketen naar vermogen te diversifiëren op een of meer in het wetsvoorstel gespecificeerde manieren. Een dergelijke opdracht strekt er toe de structuur, weerbaarheid en redundantie van de bevoorradingketen te versterken. Het betreft een bestuursrechtelijk besluit dat uitsluitend aan de eerder aangewezen onderneming kan worden opgelegd die tot bevoorrading verplicht is. Het nemen van een dergelijk besluit dient op maat toegesneden te zijn op de situatie van de betreffende onderneming, zodat die in redelijkheid daaraan ook gevolg kan geven.

4.2 Toepassingsbereik veiligheidstoets binnen de NLDTIB

Algemeen

De veiligheidstoets uit het wetsvoorstel is alleen van toepassing als aan een aantal voorwaarden is voldaan die gezamenlijk het toepassingsbereik van deze toets afbakenen. Allereerst moet sprake zijn van een verwerver die een verwervingsactiviteit wil uitvoeren. Daarnaast moet de verwervingsactiviteit betrekking hebben op een onderneming die op grond van het wetsvoorstel een wezenlijke krijgsmachtleverancier of een militaire goederen- of transportleverancier is, die in dit verband wordt beschouwd als 'doelonderneming'.

Bovendien moet de verwerver met die verwervingsactiviteit significante invloed in de doelonderneming verkrijgen of deze vergroten, dan wel zeggenschap verkrijgen. Tot slot is vereist dat geen in het wetsvoorstel geregelde uitzondering op de toepasselijkheid van de investeringstoets geldt. Dit hoofdstuk licht de afbakening van het toepassingsbereik van de investeringstoets toe aan de hand van de daarvoor essentiële kernbegrippen en legt de uitzonderingen op dat bereik uit. Tot slot wordt nader ingegaan op verhouding tussen het toepassingsbereik van de investeringstoets uit dit wetsvoorstel en dat van de Wet vifo.

Verwerver en verwervingsactiviteit

Met een verwerver wordt bedoeld op een partij die bij een verwervingsactiviteit betrokken is of wil zijn. Het wetsvoorstel is qua kaders en procedures neutraal in de nationaliteit of vestigingsplaats van de verwerver en respecteert daarmee het verbod op discriminatie neergelegd in artikel 14 van het EVRM. Hiermee is tevens de inzet van gekunstelde juridische constructies weinig zinvol om onder de kwalificatie uit te komen van buitenlandse investeerder als gedefinieerd in de verordening tot vaststelling van een kader voor de screening van buitenlandse directe investeringen in de Unie (hierna: FDI-screeningsverordening).¹⁹ Paragraaf 8.1.4 gaat nader in op deze EU-verordening.

Het wetsvoorstel maakt derhalve geen enkel onderscheid naar nationaliteit of vestigingsplaats en is derhalve non-discriminatoir voor alle verwervers, zowel uit derde landen, EU-lidstaten als Nederland. Dit komt volledig overeen met de kaders en procedures zoals die in de Wet vifo en in de Wet ongewenste zeggenschap telecom zijn vormgegeven. Er zijn geen verschillen tussen dit wetsvoorstel en de twee genoemde wetten die hierin een andere benadering rechtvaardigen.

Met verwervingsactiviteiten wordt in dit wetsvoorstel bedoeld op investeringen, fusies, het oprichten van een gemeenschappelijke onderneming (joint venture), splitsing, het verwerven van (delen van) vermogensbestanddelen, overgang onder algemene titel en andere rechtshandelingen. Deze rechtshandelingen worden in dit wetsvoorstel niet limitatief opgesomd gelet op de variatie aan mogelijkheden. Investeringsactiviteiten zijn transacties die gericht zijn op het vestigen of handhaven van duurzame betrekkingen tussen de verwerver (de directe investeerder) en de wezenlijke krijgsmachtleverancier of de militaire goederen- of transportleverancier waaraan het kapitaal ter beschikking wordt gesteld (de 'doelonderneming'). In veel gevallen krijgt de investeerder in ruil voor de investering invloed op de besluitvorming of het beheer van de onderneming, bijvoorbeeld

¹⁹ 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)

door een percentage van de stemrechten te verwerven of het recht om een bestuurder of commissaris voor te dragen. Ook bij fusies en splitsingen dan wel bij het tot stand brengen van een gemeenschappelijke onderneming wordt invloed verworven. Verder kan er sprake zijn van de overname van vermogensbestanddelen van de wezenlijke krijgsmachtleverancier (zie in dit verband ook de definitie van een buitenlandse directe investering zoals gedefinieerd in artikel 2 van de in hoofdstuk 8 te bespreken FDI-screeningsverordening en overweging 9 van diezelfde verordening). Niet zozeer de financiële transactie zelf, maar de invloed die de investeerder krijgt op de doelonderneming als gevolg van een transactie kan risico's voor de nationale veiligheid met zich meebrengen. Hierbij kan het bijvoorbeeld ook gaan om een doelonderneming die een lening aangaat met een risicodragend karakter en in ruil daarvoor degene die een lening verstrekt het recht geeft om een bestuurder van de doelonderneming te benoemen. Een verwervingsactiviteit kan zelfs onder algemene titel tot stand komen, zoals bij het aanvaarden van een erfenis waarin bijvoorbeeld een omvangrijke aandelenportefeuille zit.

Wezenlijke krijgsmachtleverancier als doelonderneming

Wezenlijke krijgsmachtleveranciers zijn ondernemingen die in het kader van hoofdstuk 1 van het wetsvoorstel door middel van een aanwijzing zijn belast met een dienst van algemeen economisch belang of waaraan een bevoorradingsplicht is opgedragen.

Militaire goederen- of transportleverancier als doelonderneming

Militaire goederen- of transportleveranciers zijn hoofdzakelijk ondernemingen die in Nederland actief zijn op het gebied van militaire goederen die op de gemeenschappelijke EU-lijst van militaire goederen²⁰ staan omschreven en naar welke lijst dit wetsvoorstel verwijst. Deze lijst beschrijft een spectrum aan goederen die met name geschikt zijn voor militaire toepassingen. Activiteiten die ondernemingen in Nederland op het gebied van militaire goederen ondernemen, worden door hun specifieke gerichtheid op het militaire domein per definitie van fundamentele betekenis geacht voor de inzetbaarheid en operationele relevantie van de krijgsmacht.

De EU-lijst van militaire goederen wordt regelmatig geactualiseerd in het kader van "Wassenaar Arrangement" met betrokkenheid van technische experts.²¹ Er dient voor de toepassing van het voorstel te worden afgegaan op de als laatste door de Raad van de Europese Unie vastgestelde versie van de EU-lijst, die in het Publicatieblad van de Europese Unie wordt gepubliceerd.

Kenmerkend voor deze lijst van militaire goederen is de specifieke gerichtheid daarvan op militaire toepassingen, zodat het gebruik daarvan als een fundamentele basis wordt gezien voor de uitvoering van de processen van Defensie. Deze lijst is bovendien kenbaar, heeft een formele status, wordt bijgehouden en de praktijk binnen de defensie-gerelateerde industrie is daarmee bekend. Dit biedt rechtszekerheid die de uitvoerbaarheid van het wetsvoorstel ten goede komt.

De EU-lijst van militaire goederen is opgebouwd uit 22 categorieën (M1 tot en met M22). De lijst begint met omschrijvingen van conventionele wapens (bijvoorbeeld kanonnen, houwitser, vuurmonden, mortieren, antitankwapens en militaire wapens met gladde loop) en de munitie hiervoor (bijvoorbeeld bommen, torpedo's, granaten, raketten, mijnen). Denk verder bijvoorbeeld aan omschrijvingen van militaire voer-, lucht- en vaartuigen en wapensystemen (bijvoorbeeld tanks, gepantserde voertuigen, oorlogsschepen, ruimtevaartuigen (onbemande) luchtvaartuigen voor militair gebruik, en vuurgeleidingssystemen of gerichte-energiewapensystemen). Ook halffabricaten speciaal ontworpen voor militaire goederen worden in de EU-lijst als militaire goederen aangemerkt. Verder zijn benodigdheden tot productie van militaire goederen aan te merken als militaire goederen. Het gaat hierbij om productieapparatuur die speciaal is ontworpen of aangepast voor de productie van militaire goederen. Op de EU-lijst staan voorts

²⁰Lijst van goederen waarop het Gemeenschappelijk standpunt 2008/944/GBVB van de Raad van 8 december 2008 tot vaststelling van gemeenschappelijke voorschriften voor de controle op de uitvoer van militaire goederen en technologie (PbEU 2008, L 335) van toepassing is.

²¹ the Wassenaar Arrangement on Export Controls for Conventional Arms and Dual-Use Goods and Technologies. Zie voor meer informatie <https://www.wassenaar.org/>.

“programmatuur” en “technologie” nader vermeld en uitgewerkt als aparte categorieën militaire goederen.

Naast militaire goederen zijn er ook goederen (producten) die zowel voor civiele als militaire doelen kunnen worden gebruikt. Denk aan drones die bedoeld zijn voor civiel gebruik en die vervolgens zijn uitgerust met bewapening. Maar bijvoorbeeld ook aan computers, programmatuur, telecommunicatieapparatuur en elektronica als omschreven in de EU-verordening over producten voor tweeeërlei gebruik. De werking van de processen van Defensie is weliswaar eveneens afhankelijk van de beschikbaarheid van dit soort producten en bijbehorende dienstverlening, maar het aanbod daarvan door ondernemingen is over het algemeen niet enkel geconcentreerd op gebruik daarvan voor militaire toepassingen. Het zwaartepunt van deze producten is met andere woorden over het algemeen gelegen in civiele toepassingen en in ieder geval niet met name geschikt voor het militaire domein. De markt heeft voor deze producten een groter of veelzijdiger afzetgebied met meer flexibiliteit. Dit vereist dat een investeringstoets niet enkel en alleen focus heeft op het perspectief van het waarborgen van de processen van Defensie, maar een meeromvattend blikveld door de oriëntatie op ook civiele toepassingen. Binnen het stelsel van investeringstoetsing is hierin voorzien met de Wet vifo, die zich tevens uitstrekt tot ondernemingen die in Nederland actief zijn op het gebied voor producten van tweeeërlei gebruik waarvan de uitvoer vergunningplichtig is op grond van artikel 3, eerste lid, van de EU-verordening voor tweeeërlei gebruik. De investeringstoets in de Wet vifo gaat uit van de hybride gebruiksmogelijkheden van deze producten, zodat met inachtneming daarvan tevens de veiligheidsbelangen van Defensie zijn gediend.

Een proportionele benadering rechtvaardigt de voorgestelde afbakening tussen beide investeringstoetsen, waarbij voor wezenlijke krijgsmachtleveranciers en militaire goederenleveranciers dit voorstel voorrang heeft op de toepasselijkheid van de Wet vifo. Deze benadering respecteert voorts andere sectorspecifieke investeringstoetsen binnen het stelsel van investeringstoetsen. Dit geldt hier in het bijzonder voor de investeringstoets die in hoofdstuk 14a van de Telecommunicatiewet is geregeld. Daarin wordt de verwerving in een telecommunicatiepartij onderworpen aan een investeringstoets die rekening houdt met de specifieke publieke belangen op het gebied van telecommunicatie. Dat het hierbij ook kan gaan om een telecommunicatiepartij die Defensie heeft ingeschakeld, is uitdrukkelijk onderkend en geregeld in artikel 1, lid 1, sub g, van het Besluit ongewenste zeggenschap telecommunicatie. Deze toetsing omvat daarmee elektronische communicatiediensten, elektronische communicatienetwerken, datacenterdiensten en vertrouwensdiensten van telecommunicatiepartijen die Defensie afneemt.

Hierboven is de afname door Defensie van a) militaire goederen, b) producten voor tweeeërlei gebruik en c) diensten op telecommunicatiegebied aan bod gekomen. Daarnaast zijn er ook andere producten en diensten die door Defensie worden afgenomen. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan afname van voedsel, hygiëneproducten, maar ook aan (diesel) brandstof voor militaire voertuigen, medische hulpmiddelen en medicijnen. Deze en andere producten vallen niet onder enige bestaande investeringstoets omdat de nationale veiligheid dit niet rechtvaardigt. Defensie kan voor deze producten bovendien tot op zeker niveau zelf voorzien in beschikbaarheid daarvan door (strategische) voorraden en reserves aan te leggen. Bovendien voorziet dit wetsvoorstel in de mogelijkheid om een bevoorradingsplicht op te leggen aan daartoe aangewezen ondernemingen. Voor de toepassing van de voorgestelde defensie-investeringstoets zijn zij wezenlijke krijgsmachtleveranciers die als doelonderneming onder het toepassingsbereik van deze toets vallen.

De situatie is ingewikkelder voor transportdiensten als daarvan in acute situaties met spoed door Defensie gebruik moet worden gemaakt voor grootschalige verplaatsing van troepen en materiaal. Er zitten grenzen aan de mogelijkheid voor Defensie om deze transportdiensten op alle fronten continu in eigen beheer beschikbaar te houden. Om dit te ondervangen sluit Defensie contracten met transportondernemingen af voor situaties waarin onmiddellijk opschaling van transport noodzakelijk is. Defensie is voor transport daarmee deels afhankelijk van de samenwerking met deze ondernemingen. Gelet op het grote belang van mobiliteit voor het algehele functioneren van de krijgsmacht, dient te worden verzekerd dat die samenwerking op het gebied van transport

optimaal wordt uitgevoerd. In dat kader wordt het als een risico voor de nationale veiligheid gezien, indien een kwaadwillende partij een transportonderneming verwerft en vervolgens de verlening van een overeengekomen acute transportdienst aan Defensie kan traineren of belemmeren. Dit kan de vereiste onmiddellijke inzetbaarheid van de krijgsmacht ernstig schaden. Gelet daarop is het wetsvoorstel tevens van toepassing op ondernemingen waarmee Defensie een meerjarige overeenkomst (ten minste drie jaren) heeft gesloten, waarin wordt geregeld dat op afroep op korte termijn transportdiensten worden geleverd. Doordat altijd sprake moet zijn van een meerjarige rechtsrelatie met Defensie, betreft dit een beperkt aantal ondernemingen.

Behoudens deze beperkte toevoeging aan het toepassingsbereik van de investeringstoets onder dit wetsvoorstel, blijft met dit voorstel het aantal en soort ondernemingen dat onder enige investeringstoets valt in wezen vrijwel onveranderd. Er is hoofdzakelijk sprake van een verschuiving van een relatief beperkt deel van het toepassingsbereik van de Wet vifo op het gebied van sensitieve technologie naar dit specifieke voorstel, namelijk uitsluitend voor zover het ondernemingen betreft die in Nederland actief zijn op het gebied van militaire goederen. Concreet zullen naar verwachting circa 175 ondernemingen in Nederland onder dit wetsvoorstel vallen. Dit is circa 17 % van het totale aantal ondernemingen dat in Nederland actief is in de defensie-gerelateerde industrie.

De te verwerven invloed: significante invloed of zeggenschap

De aard en omvang van een verwervingsactiviteit in een in Nederland gevestigde wezenlijke krijgsmachtleverancier dan wel militaire goederen- of transportleverancier is voor de toepasselijkheid van de investeringstoets relevant als die een risico voor de nationale veiligheid kan opleveren. Dit risico kan ontstaan door de andere eigendomsverhoudingen en de toegenomen invloed op de doelonderneming als gevolg van de verwervingsactiviteit. Dit vereist een inschatting van de positie en gevoeligheid van krijgsmachtleveranciers en militaire goederen- en transportleveranciers voor veranderingen in eigendomsverhoudingen.

Voor wat betreft de mogelijke doelondernemingen die onder het bereik van dit wetsvoorstel vallen, wordt het risico voor de nationale veiligheid potentieel als hoog bestempeld. Zij zijn nauw verweven en verbonden met het vitale proces 'Inzet Defensie'. Als gevolg van die nauwe verwevenheid kunnen bepaalde wijzigingen in bedrijfsvoering, strategie of investeringscapaciteit in deze ondernemingen al gauw belangrijke gevolgen hebben voor dit vitale proces. Dit kan zich zelfs al bij een minderheidsbelang voordoen gelet op de aard van deze ondernemingen (veelal MKB dan wel grote ondernemingen met blokken strategische aandeelhouders) en kan sluipenderwijs impact hebben op de autonomie van het vitale proces. Verwervingsactiviteiten in deze doelondernemingen leveren daarmee een hoog risicoprofiel op voor de nationale veiligheid. Deze risico's zijn beschreven in hoofdstuk 2.

De risico's voor de nationale veiligheid zijn niet statisch verbonden aan een vooraf vast te stellen enkele grens of enkelvoudig criterium. Deze risico's nemen toe naarmate de met een verwervingsactiviteit verworven invloed groter wordt. Verwerfers kunnen hun invloed op verschillende manieren en gefaseerd, bijvoorbeeld via 'stakebuilding', steeds verder uitbouwen. Om hiermee rekening te houden hanteert het wetsvoorstel verschillende trapsgewijs oplopende drempels en criteria waarbij de investeringstoets aan de orde is. Hiervoor is aansluiting gezocht bij de systematiek die de Wet vifo hiervoor gebruikt. Dit wil zeggen dat onderscheid wordt gemaakt tussen het met een verwervingsactiviteit verkrijgen of vergroten van significante invloed respectievelijk het verkrijgen van nog meer invloed in de vorm van zeggenschap (beslissende invloed).

Het verkrijgen of vergroten van significante invloed doet zich voor, indien:

- a) een persoon ten minste tien procent van de stemmen van de algemene vergadering in een doelonderneming kan (laten) uitbrengen;
- b) een persoon ten minste twintig procent van de stemmen van de algemene vergadering in een doelonderneming kan (laten) uitbrengen;
- c) een persoon ten minste vijftientwintig procent van de stemmen van de algemene vergadering in een doelonderneming kan (laten) uitbrengen;

- d) de onderneming zich jegens een derde verbindt of heeft verbonden om te bevorderen dat de daartoe bevoegde organen van een doelonderneming een of meer bestuurders die zijn voorgedragen door deze derde, benoemen of ontslaan;
- e) tussen aandeelhouders is overeengekomen dat een aandeelhouder de significante invloed via een van de mogelijkheden genoemd in onderdelen a tot en met c, verkrijgt of vergroot.

Anders dan in de Wet vifo voorziet dit wetsvoorstel niet in de mogelijkheid tot een gedelegeerde beperking of verfijning waarbij doelondernemingen in categorieën worden onderverdeeld en per categorie specifiek nader wordt bepaald wat significante invloed omvat. Aan een dergelijke verfijning met onderverdeling naar subgroepen bestaat bij dit wetsvoorstel geen behoefte, aangezien dit wetsvoorstel anders dan de Wet vifo op een beperkte groep van ondernemingen ziet die allemaal als wezenlijke krijgsmachtleveranciers dan wel militaire goederen- of transportleveranciers typeren, waarbij een verwerving van tien procent van de stemmen per definitie kan leiden tot een risico voor de nationale veiligheid.

De systematiek tot toetsing bij het verkrijgen of vergroten van significante invloed aan de hand van de hierboven genoemde criteria werkt als volgt. Een verwerver kan tot tien procent van de stemmen in een doelonderneming verwerven zonder dat de investeringstoets van toepassing is. De hiermee verworven invloed is dan per definitie te gering om een risico voor de nationale veiligheid te kunnen opleveren. Een voorgenomen verwervingsactiviteit moet worden gemeld (zie hierover nader paragraaf 6.1), indien daarmee tien procent van het aantal stemmen wordt bereikt, maar een vergroting van tien naar negentien procent niet. Bij het vergroten van tien procent of een lager percentage van de stemmen naar twintig procent wordt een (volgende) trede aan significante invloed bereikt en dient die vergroting te worden gemeld en beoordeeld. De meldplicht is ook van toepassing bij het bereiken of vergroten tot 25 procent van de stemmen van de algemene vergadering in de doelonderneming. Ook aandeelhoudersovereenkomsten waarin een verdeling in invloed wordt vastgelegd die materieel overeenkomt met de drempel van tien procent, twintig procent of 25 procent vallen onder het begrip significante invloed. Bij de bepaling van het percentage van de stemmen in de algemene vergadering worden de stemmen meegerekend van de personen met wie in overleg wordt gehandeld. Van het handelen in overleg is sprake wanneer natuurlijke personen, rechtspersonen of vennootschappen samenwerken op grond van een overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging met als doel het verwerven van significante invloed. Tot slot is ook van significante invloed sprake indien een doelonderneming zich jegens een derde verbindt of heeft verbonden om te bevorderen dat de daartoe bevoegde organen van een doelonderneming een of meer bestuurders die zijn voorgedragen door deze derde, benoemen of ontslaan.

De meldplicht uit hoofde van de investeringstoets is behalve bij het bereiken of vergroten van significante invloed ook van toepassing als zeggenschap ontstaat. Zeggenschap omvat altijd een grotere mate van invloed dan significante invloed. Zeggenschap kan al dan niet door het vergroten van significante invloed ontstaan. Er wordt aangesloten bij de definitie van zeggenschap uit de Mededingingswet²². Er is sprake van zeggenschap als de verwerver de mogelijkheid heeft om op grond van feitelijke of juridische omstandigheden een beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van een wezenlijke krijgsmachtleverancier dan wel militaire goederen- of transportleverancier. Het verkrijgen of vergroten van significante invloed en het verkrijgen van zeggenschap sluiten elkaar uit. Als een verwerver met een investering een aandelenbelang van bijvoorbeeld 35 procent van het geplaatste kapitaal verwerft in een doelonderneming, kan de verwerving daarvan onder omstandigheden voldoende zijn om de besluitvorming in de aandeelhoudersvergadering naar zijn hand te zetten. Er is dan niet langer sprake van significante invloed, maar van zeggenschap. Omdat zeggenschap al beslissende invloed behelst, is binnen zeggenschap geen sprake van verdere opsplitsing naar de mate van invloed die wordt verkregen.

²² Artikel 26 van de Mededingingswet, en relevante jurisprudentie.

Het begrip zeggenschap betreft een materieel criterium, omdat niet alleen gekeken wordt naar de formele rechten die voortvloeien uit bijvoorbeeld een aandelenbelang van een bepaalde omvang, maar ook naar vormen van invloed die uit feitelijke omstandigheden voortvloeien. Ook is zeggenschap materieel in die zin dat de vorm waarin de zeggenschap tot uitdrukking komt niet beperkt is: een samenstel van overeenkomsten, feitelijke invloed en afhankelijkheid kan al tot zeggenschap leiden.²³ Een meerderheidsaandelenbelang, een minderheidsaandelenbelang, bijzondere aandelen of bepaalde preferente aandelen, hybride of in aandelen converteerbare leningen en venture debt of zelfs leningsovereenkomsten of langjarige afnemersovereenkomsten kunnen leiden tot zeggenschap. In de memorie van toelichting op de Wet vifo is nader op het begrip zeggenschap ingegaan (Kamerstukken II 2020/21, 35 880, nr. 3, blz. 34).

De redenen om aan te sluiten bij dit begrip van zeggenschap zijn allereerst dat dit het bedrijfsleven zo veel mogelijk duidelijkheid biedt omdat het hier een gangbaar begrip betreft. Ten tweede is het voordeel van deze benadering dat elke juridische of feitelijke constructie die wordt opgezet en die beslissende invloed oplevert, de toepassing van dit wetsvoorstel activeert. Bij zeggenschap kan het bijvoorbeeld gaan om investeringen, maar ook om fusies, het materieel aangaan van een gemeenschappelijke onderneming (joint-venture) of het verwerven van vermogensbestanddelen.

Uitzonderingen op het toepassingsbereik

Het wetsvoorstel bevat twee uitzonderingen op het toepassingsbereik van de investeringstoets. De eerste uitzondering is van toepassing indien de verwerver de Staat der Nederlanden, een provincie of een gemeente gelegen in Nederland of een ander openbaar lichaam naar Nederlands recht is. In die situatie geschiedt de verwerving in een wezenlijke krijgsmachtleverancier dan wel militaire goederen- of transportleverancier door een publiekrechtelijke rechtspersoon en zijn aan die verwerver geen risico's voor de nationale veiligheid verbonden. De tweede uitzondering is opgenomen ten behoeve van zogenoemde beschermingsstichtingen, die in het leven zijn geroepen om vijandige overnames te voorkomen. Hiervoor is een investeringstoets eveneens overbodig.

De Wet vifo bevat meer uitzonderingen op de toepasselijkheid van die wet. Die andere uitzonderingen zijn voor de afbakening van het toepassingsbereik van dit wetsvoorstel niet relevant. Zo bepaalt de Wet vifo dat de investeringstoets uit die wet niet van toepassing is als bij wettelijk voorschrift is bepaald dat verwerving in een doelonderneming slechts door een publiekrechtelijke rechtspersoon is toegestaan. Door het grotere toepassingsbereik van de Wet vifo kan voor bepaalde doelondernemingen een dergelijk wettelijk voorschrift gelden, zoals op grond van de Drinkwaterwet. Voor wezenlijke krijgsmachtleveranciers en militaire goederen- of transportleveranciers bestaan dergelijke voorschriften niet en ligt het ook niet in de lijn der verwachting dat die er zullen komen. Gelet daarop is een hiermee vergelijkbare uitzondering geen onderdeel van dit wetsvoorstel.

Evenmin bevat dit wetsvoorstel uitzonderingen die de verhouding tussen de investeringstoets uit dit wetsvoorstel en die uit de Wet vifo bepalen. Hiervan is afgezien, aangezien de Wet vifo de verhouding van die wet al regelt tot specifieke investeringstoetsen in andere wetgeving uit hoofde van nationale veiligheid. Deze voorschriften hebben daarmee ook werking voor de specifieke investeringstoets die onderwerp van dit wetsvoorstel is. Hierna wordt dit nader toegelicht.

Verhouding tot de investeringstoets uit de Wet vifo

De investeringstoets uit dit wetsvoorstel heeft een beperkt bereik door de afbakening tot verwervingsactiviteiten in wezenlijke krijgsmachtleveranciers en militaire goederen- of

²³ Dit wordt in het mededingingsrecht ook onderkend door in zulke gevallen aan te nemen dat er sprake is van zelfs feitelijke doorslaggevende zeggenschap, zie randnummer 18-21 van de Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, PbEU van 16 april 2008, nr. C 95

transportleveranciers. De investeringstoets uit de Wet vifo heeft een veel breder bereik. De Wet vifo ziet op vitale aanbieders, op ondernemers die actief zijn op het gebied van sensitieve technologie en op beheerders van bedrijfscampussen. Wezenlijke krijgsmachtleveranciers en militaire goederen- of transportleveranciers zijn onder de Wet vifo niet aangemerkt als vitale aanbieders en zijn evenmin beheerder van bedrijfscampussen. Er kan derhalve met twee van de drie groepen waarop de Wet vifo zich richt geen overlap ofwel samenloop met dit wetsvoorstel ontstaan.

De Wet vifo heeft echter ook betrekking op ondernemingen die actief zijn op het gebied van sensitieve technologie. In de huidige Wet vifo wordt onder het begrip sensitieve technologie mede verstaan de producten voor tweeërlei gebruik met een vergunningplicht, voor zover niet krachtens algemene maatregel van bestuur uitgezonderd. Het is niet uitgesloten dat een aangewezen onderneming die daardoor als wezenlijke krijgsmachtleverancier kwalificeert actief blijft op het gebied van producten voor tweeërlei gebruik, daarbij met die producten tevens de krijgsmacht bedienend. In dat geval treedt er samenloop op tussen dit wetsvoorstel en de Wet vifo. Uit het bepaalde in de Wet vifo volgt dat bij dergelijke samenloop het onderhavige wetsvoorstel boven die wet gaat. De Wet vifo is namelijk niet van toepassing, indien op een verwervingsactiviteit op grond van een andere wet een specifieke toets uit hoofde van nationale veiligheid van toepassing is (zie artikel 5, eerste lid, onderdeel b, van de Wet vifo). Op grond van deze voorrangsregel is dus uitsluitend de toets uit dit wetsvoorstel bij dergelijke samenloop van toepassing. Dat is ook wenselijk zodat de toetsing van die wezenlijke krijgsmachtleverancier geschiedt vanuit de bescherming van het vitale proces 'Inzet Defensie' en niet omdat die het actief is op het gebied van sensitieve technologie.

Voor zover sprake is van een militaire goederen- of transportleverancier zal samenloop of overlap met de investeringstoets uit dit wetsvoorstel en de Wet vifo op deze wijze zich niet voordoen. Dit wetsvoorstel past het toepassingsbereik van de Wet vifo zodanig aan dat militaire goederen niet langer tot sensitieve technologie worden gerekend. Daarmee zal een militaire goederen- of transportleverancier die actief is op het gebied van militaire goederen buiten het toepassingsbereik van de Wet vifo vallen, maar wel binnen het bereik van dit wetsvoorstel blijven.

4.3 Toepassingsbereik geschiktheidsverklaring

Een overheidsverklaring dat een entiteit betrouwbaar is, versterkt de internationale uitgangspositie van zo'n entiteit. Het beschikken over een dergelijke verklaring is in die zin aantrekkelijk voor entiteiten. Daartegenover staat wel dat zo'n entiteit de bevoegde instantie moet voorzien van de informatie die deze nodig heeft om de entiteit deugdelijk te kunnen beoordelen. Een dergelijke beoordeling vergt vanzelfsprekend de nodige capaciteit aan de zijde van de Nederlandse overheid en dient dus doelmatig en doeltreffend te zijn. De zwaarte van de benodigde toetsing moet daarom in een juiste verhouding staan tot de fase waarin een gewenste verstandhouding verkeert en tot de aard van de informatie waarover de entiteit in die fase zal beschikken. Al naar gelang het proces vordert, kunnen steeds zwaardere geschiktheidsverklaringen verlangd worden. Daarom is er behoefte aan een wettelijk toetsingskader dat kan 'mee-ademen' met de eisen van de behoeftesteller. Nu is het niet zo dat die beoordeling voor de overheid alleen maar belastend is. De defensiegerelateerde capaciteiten die Nederlandse entiteiten ontwikkelen als onderdeel van internationale defensiesamenwerking, kunnen in dienst worden gesteld van de Nederlandse krijgsmacht. Bovendien stelt deelname aan dergelijke samenwerking het Ministerie van Defensie uiteindelijk in staat om capaciteiten te verkrijgen met een hogere interoperabiliteit en mogelijk tegen een lagere prijs. Daarnaast komt het de status van Nederland als belangrijke bondgenoot ten goede indien Nederlandse entiteiten een positie als belangrijke toeleverancier kunnen verkrijgen. De Nederlandse krijgsmacht is er bij gebaat als de mogelijkheid om een geschiktheidsverklaring te verkrijgen niet wordt beperkt tot traditionele defensiebedrijven, maar zich ook uitstrekt tot civiele entiteiten die beschikken over *dual-use* technologieën die passen in de behoeftestelling vanuit de krijgsmacht, zoals *cyber* of *space*. Ook entiteiten met kennis en kunde die (nog) geen samenwerkingsrelatie hebben met het Ministerie van Defensie moeten daarom in aanmerking kunnen komen voor internationale defensiegerelateerde samenwerking, opdrachten en/of -

subsidies. Het zijn overigens niet alleen ondernemingen waaromtrent een geschiktheidsverklaring kan worden afgegeven. Ook Nederlandse kennis- en onderzoeksinstituten en instellingen voor hoger onderwijs die geen onderneming zijn moeten hiervoor in aanmerking kunnen komen. Hierin voorziet het wetsvoorstel. Omdat deze instellingen wel –publiekrechtelijke of privaatrechtelijke- rechtspersonen zijn, bepaalt het wetsvoorstel dat “ondernemingen en rechtspersonen” een geschiktheidsverklaring kunnen aanvragen. Enige voorwaarde om als ‘Nederlandse’ onderneming of rechtspersoon te kunnen gelden is inschrijving in het Handelsregister.

Om een aanvraag voor een ‘geschiktheidsverklaring defensie of veiligheidsbelangen’ in behandeling te kunnen nemen, moet er een verband zijn tussen de aanvraag van die verklaring enerzijds het defensiegerelateerde ecosysteem anderzijds. De aanvrager moet kunnen aantonen dat een oordeel over diens betrouwbaarheid verband houdt met defensie- en/of veiligheidsbelangen van de behoeftesteller waarmee de aanvrager een verstandhouding wil aangaan. Het begrip ‘defensie- en/of veiligheidsbelangen’ wordt daarbij ruim geïnterpreteerd. Hoewel defensie in de zin van landsverdediging een kerntaak is van nationale staten, behelst veiligheid tegenwoordig méér dan de bescherming van het territorium van de nationale staat tegen militaire agressie van een andere staat. Dit is eerder toegelicht in hoofdstuk 2. Overigens is deze terminologie in lijn met die van een andere defensie-centrische wet: de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied.

De voorwaarden waaraan de entiteit moet voldoen voor verkrijging van een ‘geschiktheidsverklaring defensie of veiligheidsbelangen’ moeten voldoende tegemoetkomen aan de vereisten van de behoeftesteller die een verstandhouding overweegt met de in Nederland ingeschreven entiteit. Met andere woorden: het toepassingsbereik van de geschiktheidsverklaring moet - binnen de in dit wetsvoorstel gestelde grenzen - door de behoeftesteller kunnen worden bepaald en afgestemd op het achterliggende concrete doel van die verklaring. Vanwege het feit dat het defensiebelang onderdeel is van de nationale veiligheid en ook met het oog op de ontwikkeling van *dual-use* goederen, is daarom besloten om het toepassingsbereik van het wetsvoorstel niet te eng te maken. Door naast ‘defensiebelangen’ ook rekening te houden met ‘veiligheidsbelangen’ wordt voorkomen dat de Nederlandse overheid geen aanvragen voor geschiktheidsverklaring in behandeling zou kunnen nemen als de bewoordingen van de behoeftesteller niet ‘defensie-achtig’ genoeg zouden zijn, terwijl de veiligheidsbelangen in brede zin evident zouden zijn.

Het wetsvoorstel bevat een groot aantal mogelijke beoordelingsgronden. Het hangt af van de vereisten van de behoeftesteller op welke van deze gronden de entiteit beoordeeld zal worden. Dat houdt in dat ‘de’ geschiktheidsverklaring niet bestaat. Het wetsvoorstel beoogt maatwerk mogelijk te maken en de beoordeling te laten ‘mee-ademen’ met de vereisten van de behoeftesteller. Hierbij zij opgemerkt dat in het bijzonder volkenrechtelijke organisaties het vaak in grote mate aan hun leden overlaten op welke wijze die hun entiteiten beoordelen, om zo recht te doen aan hun soevereiniteit. Het wetsvoorstel heeft als uitgangspunt die vrijheid op een verantwoorde wijze te benutten en de beoordeling waar mogelijk zo licht mogelijk te laten zijn, zodat Nederlandse entiteiten niet onnodig zwaar beoordeeld worden in vergelijking met hun concurrenten uit andere landen. Het zou bijvoorbeeld onlogisch zijn om entiteiten die meedingen naar ongerubriceerde opdrachten standaard te beoordelen aan de hand van alle mogelijke in het wetsvoorstel opgenomen beoordelingsgronden.

Geldigheidsduur geschiktheidsverklaringen

Het wetsvoorstel bevat geen bepaling met een algemeen geldende geldigheidsduur voor een geschiktheidsverklaring. Dit is ingegeven door het feit dat de geschiktheidsverklaring wordt afgegeven binnen een internationale context. De beoordeling van de aanvraag betreft in beginsel een momentopname, zonder een actieve toezichtverplichting van de verantwoordelijke minister. Het wetsvoorstel beoogt echter niet uit te sluiten dat een behoeftesteller (pre-)contractueel kan bepalen dat de betrouwbaarheid van een entiteit na het moment van afgifte van een geschiktheidsverklaring gedurende een bepaalde periode moet zijn geborgd. Dergelijke vereisten vanuit de behoeftesteller bepalen de manier waarop de verantwoordelijke minister zich in het kader van toezicht en handhaving zoals geregeld in dit wetsvoorstel verhoudt tot de entiteit waaraan deze een geschiktheidsverklaring heeft afgegeven.

Geldigheidsduur kan ook worden uitgelegd in de zin van herbruikbaarheid. Het hoeft in beginsel niet altijd zo te zijn dat een entiteit voor elke internationale samenwerking een aparte geschiktheidsverklaring behoeft aan te vragen. Ook hierbij is het aan de behoeftesteller om te bepalen of een geschiktheidsverklaring die een entiteit wellicht al verkregen heeft in het kader van een vergelijkbare verstandhouding, nog voldoet of niet.

5. ORDERINGSASPECTEN BINNEN DE AAN DEFENSIE GERELATEERDE INDUSTRIE

5.1 Vaststelling en openbaarmaking NLDTIB-rapport

De inhoud van het voorgeschreven NLDTIB-rapport

Het wetsvoorstel verplicht de minister, in overeenstemming met de Minister van Defensie, ten minste eenmaal in de vier jaar een rapport over de NLDTIB vast te stellen. Dit rapport over de NLDTIB dient richting te geven aan van rijkswege in de eerstvolgende vier jaar te nemen beslissingen met oog op de operationele relevantie en inzetbaarheid van de krijgsmacht, alsmede het goed functioneren van de MIVD ter vervulling van haar wettelijke taken. Deze richtinggevende beslissingen die in het NLDTIB-rapport aan bod komen, dienen betrekking te hebben op de voorziening- en leveringszekerheid, onderzoek en ontwikkelingen, alsmede de economische en financiële levensvatbaarheid van de NLDTIB. Daarbij worden ook bondgenootschappelijke belangen meegenomen zoals interoperabiliteit, specialisatie en verdeling van taken en capaciteiten tussen bondgenoten. De elementen die het NLDTIB-rapport ten minste moet bevatten, worden in het wetsvoorstel nader uitgewerkt. Daaruit blijkt de gerichtheid van het rapport op de NLDTIB en de invloed van beleidsmatige richtinggevende beslissingen op de NLDTIB. Het NLDTIB-rapport biedt de basis voor beleidsontwikkeling en het daaraan gevolg geven tot instandhouding en bevordering van de NLDTIB om aan de behoeften bij Defensie te voldoen. Het NLDTIB-rapport biedt daarmee tevens een strategische context en onderbouwing op beleidsmatig niveau voor de aanwijzing van ondernemingen die actief zijn in de aan defensie gerelateerde industrie om op grond van dit wetsvoorstel met een dienst van algemeen economisch belang te worden belast (hierna ook afgekort aangehaald als: daeb).

Ondernemingen binnen de NLDTIB zijn actief op een imperfecte markt die voortdurend onderhevig is aan verandering, onder sterke overheidsinvloed staat en waarin wordt geconcentreerd om defensieopdrachten. Het NLDTIB-rapport dient een analyse te bevatten van de ontwikkelingen op de nationale en internationale markt van defensieopdrachten en daarbij specifiek inzoomen op de verwachte effecten daarvan op de NLDTIB. Doordat de zelfschepende industrie op defensiegebied binnen Nederland beperkt is, de maritieme maakindustrie is hiervan het meest bekende voorbeeld, bewegen veel van de ondernemingen uit de NLDTIB zich in hoogtechnologische segmenten als toeleverancier. Bij het volgen van de ontwikkeling van de positie van de NLDTIB op de internationale markt voor defensieopdrachten dient hiermee rekening te worden gehouden. Tegelijkertijd is ook van belang om de ontwikkeling van het krachtenveld binnen de NLDTIB op de binnenlandse markt niet uit het oog te verliezen, met inbegrip van de mededingingsverhoudingen.

Eveneens is van belang inzicht te behouden en te verkrijgen in de technologische ontwikkelingen die zich op het slagveld operationeel manifesteren. Een toekomstbestendige krijgsmacht dient niet enkel in staat te zijn af te schrikken maar, in geval van conflict, het gevecht te winnen. De analyse over technologische slagkracht dient in het rapport te worden afgezet tegen de beschikbare technologie en capaciteiten van de NLDTIB. Dit biedt inzicht in de mate waarin de NLDTIB mee kan komen met technologische ontwikkelingen met directe impact op het slagveld en de positie die zij op de markt daarbij inneemt.

Het is van toegevoegde waarde om periodiek een sterkte-zwakke analyse van de NLDTIB te maken waarbij wordt bezien hoe die zich verhoudt tot de behoeften van de krijgsmacht. Het gaat om een oriëntatie naar behoeften waarin de NLDTIB wat zou kunnen betekenen, zodat hierbij rekening moet worden gehouden met de inherente beperkingen naar schaalgrootte van de industriële basis.

Een ander aspect dat in de analyse aan bod dient te komen, ziet op de marktontwikkelingen binnen de NLDTIB. Dit deel van de analyse beperkt zich niet tot uitvoering van defensieopdrachten door ondernemingen actief binnen de NLDTIB, maar heeft een breder blikveld. Ondernemingen binnen de NLDTIB hoeven niet altijd (enkel) op defensiegebied actief te zijn, zodat een breder perspectief bijvoorbeeld inzicht kan bieden in mogelijke verschuivingen tussen goederen/producten specifiek geschikt voor militair gebruik respectievelijk voor tweërlei gebruik. Bij dit deel van de analyse wordt ook ingegaan op financieringsmogelijkheden voor de industriële basis, zoals de bereidheid van investeerders om financiering te verstrekken aan ondernemingen uit de NLDTIB.

Te onderscheiden van de aanbodkant is de vraagkant. De analyse gaat in op de te verwachten behoeften van de krijgsmacht op defensiegebied op korte, middellange en lange termijn. Hierbij wordt ook aangegeven welke bijdrage de NLDTIB kan leveren. Tot slot bevat het NLDTIB-rapport ruimte voor overige aspecten die van belang kunnen zijn in het kader van het aan defensie en veiligheid gerelateerde industriebeleid.

De openbaarmaking van het NLDTIB-rapport

Het NLDTIB-rapport wordt actief openbaar gemaakt, maar niet integraal. De informatie die het rapport bevat, kan bijvoorbeeld bedrijfs- en fabricagegegevens bevatten, gegevens over de industriële capaciteiten of behoeften van bondgenoten, maar ook andere dan vertrouwelijk verstrekte bedrijfs- of fabricagegegevens die een bepaalde mate van concurrentiegevoeligheid hebben. Voor de kwaliteit van het rapport is het van belang dat deze informatie beschikbaar wordt gesteld door betrokkenen. Dit vereist dat zij vooraf weten dat niet tot openbaarmaking zal worden overgegaan van dergelijke informatie. Gelet op de functie en het belang van het rapport is daarom ervoor gekozen dat delen van het rapport niet actief openbaar worden gemaakt, voor zover die informatie bevatten die krachtens dit wetsvoorstel van actieve openbaarmaking zijn uitgezonderd. Van actieve openbaarmaking is te onderscheiden openbaarmaking op verzoek van delen van het NLDTIB-rapport die niet actief zijn openbaar gemaakt. Deze openbaarmaking op verzoek kan slechts worden geweigerd, indien een uitzonderingsgrond uit de Wet open overheid aan openbaarmaking in de weg staat. Gelet op het belang van de bereidheid tot informatieverstrekking op defensie- en veiligheidsgebied door daarbij betrokken partijen, is met dit wetsvoorstel van de mogelijkheid gebruik gemaakt de delen van het rapport die niet actief zijn openbaar gemaakt ook van openbaarmaking op verzoek uit te zonderen in de Wet open overheid. Dit laat onverlet de rol van de Staten-Generaal die uiteraard integraal (en voor delen vertrouwelijk) kennis zal kunnen nemen van het rapport.

5.2 Daeb-aanwijzing ondernemingen met doorslaggevende betekenis op defensiegebied

Betekenis diensten van algemeen economisch belang

Uitsluitend ondernemingen die aan de daaraan in dit wetsvoorstel gestelde criteria voldoen (zie paragraaf 4.1), kunnen met een daeb worden belast. Deze ondernemingen zijn van doorslaggevende betekenis op defensiegebied (inclusief MIVD). Naar verwachting zal het aantal ondernemingen dat wordt aangewezen beperkt in aantal zijn. Een daeb betreft een dienst die in het economisch verkeer door een onderneming wordt verricht en die is opgelegd omwille van het algemeen belang. Bij een dienst als hier bedoeld kan het bijvoorbeeld ook gaan om het produceren en aanbieden van bepaalde producten op de markt. Het begrip „dienst van algemeen economisch belang” is voortdurend in ontwikkeling en onder meer onderhevig aan de behoeften van burgers, technologische ontwikkelingen en ontwikkelingen op de markt, en maatschappelijke en politieke voorkeuren in een lidstaat. Het Hof van Justitie heeft bevestigd dat diensten van algemeen economisch belang diensten zijn die zich door hun specifieke kenmerken onderscheiden van die van andere economische activiteiten.²⁴ Bij gebreke van specifieke regels van de Unie staat het

²⁴ Zie bijvoorbeeld de in de Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie (PbEU C8, 2012) aangehaalde arresten in voetnoot 6 : arrest van 10 december 1991, zaak C-

lidstaten doorgaans vrij te bepalen hoe hun daeb's dienen te worden georganiseerd en gefinancierd.²⁵ Voor de defensie industrie zijn er geen specifieke regels op EU niveau vastgesteld ten aanzien van daeb's die opgelegd worden aan de ondernemingen. Wat betreft de vraag of een de kwalificatie als een daeb terecht is, blijft de beoordeling door de Commissie beperkt tot het nagaan of de lidstaat een kennelijke fout heeft gemaakt.²⁶ Een daeb kan door ondernemingen zonder overheidsfinanciering worden verricht, zoals in Nederland de uitvoering van de universele postdienst .

Uit het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) is de bevoegdheid voor lidstaten om daeb's vast te stellen direct af te leiden uit de artikelen 14 VWEU en 106, tweede lid, VWEU. Artikel 14 VWEU heeft betrekking op de gezamenlijke bevoegdheid van de Europese Unie en de lidstaten om ervoor te zorgen dat daeb's in overeenstemming met het Europese recht (beginselen en voorwaarden) worden uitgevoerd. Naast artikel 14 VWEU biedt Protocol nr. 26 bij het Verdrag van Lissabon (VEU en VWEU) over diensten van algemeen belang het relevante kader. Het Protocol bevestigt de eigenstandige bevoegdheid van de overheden van de lidstaten om een daeb te benoemen. Van deze bevoegdheid dienen zij gebruik te maken met inachtneming van de beginselen van proportionaliteit (het instrument mag niet verder gaan dan voor het doel nodig is) en noodzakelijkheid daarvan en daarnaast moet zij rekening houden met het effect op de interne markt. Beperkingen op mededinging en het vrij verkeer op de interne markt en verlening van staatssteun dienen niet verder te gaan dan proportioneel en nodig is. Uit artikel 106, tweede lid, VWEU volgt verder dat ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang onder de regels van de Verdragen vallen, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. Daarbij mag de ontwikkeling van het handelsverkeer niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Unie. Op de verhouding van de belasting met een daeb krachtens dit wetsvoorstel met de EU-regels inzake aanbesteden, vrij verkeer en mededinging wordt nader in de paragrafen van hoofdstuk 8 ingegaan evenals ten aanzien van de verenigbaarheid met artikel 1, eerste protocol, EVRM als vorm van regulering van eigendom.

Diensten van algemeen economisch belang binnen de aan defensie gerelateerde industrie

Alleen ondernemingen waaraan een doorslaggevende betekenis voor de operationele relevantie of de inzetbaarheid van de krijgsmacht of voor de wettelijke taakvervulling door de MIVD is toe te kennen (zie nader paragraaf 4.1) kunnen op grond van dit wetsvoorstel met een daeb worden belast door middel van een aanwijzing. In dit wetsvoorstel worden zes soorten van activiteiten onderscheiden waarop een daeb-aanwijzing betrekking kan hebben.

De eerste daeb-activiteit die wordt onderscheiden is dat een onderneming een nieuwe technologie of productiemethode moet ontwikkelen die gericht is op een specifiek door de Onze Minister van Defensie geïdentificeerde operationele behoefte van de krijgsmacht of MIVD. Een behoefte dient te blijken uit het NLDTIB-rapport en vervolgens specifiek te worden geïdentificeerd, zodat een vertaalslag kan worden gemaakt naar wat het ontwikkelen van nieuwe technologie of een productiemethode met het oog op die geïdentificeerde behoefte precies inhoudt. Daarbij zal oog moeten zijn voor de haalbaarheid tot inpassing binnen bedrijfsprocessen van de onderneming waaraan de daeb-activiteit wordt opgelegd. Een denkbeeldig voorbeeld van een vertaling van een

179/90, *Merici convenzionali porto di Genova SpA/Siderurgica Gabrielli SpA*, Jurispr. 1991, blz. I-5889, punt 27; arrest van 17 juli 1997, zaak C-242/95, *GT-Link A/S/De Danske Statsbaner (DSB)*, Jurispr. 1997, blz. I-4449, punt 53, en arrest van 18 juni 1998, zaak C-266/96, *Corsica Ferries France SA/Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop.arl e.a.*, Jurispr. 1998, blz. I-3949, punt 45.

²⁵ Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie (PbEU C8, 2012)

²⁶ PM

operationele behoefte naar een nieuwe productiemethode is om een onderneming die producten door middel van massaproductie op de markt aanbiedt, te belasten tot het tevens produceren van kleine oplages die meer geschikt zijn voor defensietoepassingen. Die kleinere schaalgrootte kan bovendien minder gauw kwetsbaar zijn vanuit oogpunt van veiligheid door hun specifieke toepassingsgerichtheid (hierbij kan mogelijk gedacht worden aan chips- of sensorenproductie). De oplegging van een daeb-activiteit tot ontwikkeling veronderstelt dat de markt hiertoe niet zelf onder redelijke (prijs)condities toe zal overgaan, bijvoorbeeld door het gebrek aan te bereiken schaalgrootte of behoefte om managementaandacht te richten op activiteiten met een hogere marge en groter marktaandeel. Het algemeen belang dat gemoeid is met het waarborgen van essentiële defensiebelangen kan in dit geval zwaarder wegen dan de ondernemingsvrijheid om het eigen aanbod te bepalen. Dit algemeen belang kan een daeb-aanwijzing rechtvaardigen om die productie voor defensietoepassingen toch te realiseren met (zo nodig) een kostenvergoeding (met redelijke winstopslag). Dit laatste kan bijdragen aan een *fair balance* bij de taakoplegging. Ook bij de taakvervulling door de MIVD kan een daeb-activiteit gericht op ontwikkeling van nieuwe technologie of productiemethode aan de orde zijn. Daarbij kan worden gedacht aan het zoeken van aansluiting bij bepaalde in het NLDTIB-rapport te benoemen technologische ontwikkelingen, zoals binnen het cyberdomein, die de informatiepositie van de MIVD bestendigen of verbeteren met inachtneming van de wettelijke kaders die daarbij op de MIVD van toepassing zijn.

De tweede daeb-activiteit houdt in dat een onderneming specifiek aangeduide toeleveranciers, kennisinstellingen of andere partijen betreft bij het ontwikkelen van nieuwe technologie of productiemethoden gericht op een specifiek door de Onze Minister van Defensie geïdentificeerde operationele behoefte van de krijgsmacht of MIVD. Het kan hierbij bijvoorbeeld gaan om een aan te wijzen onderneming die in staat is te voorzien in een ontwikkelingsplatform met het oog op specifieke operationele behoeftes van de krijgsmacht. De aanwijzing heeft in dat geval tot doel om bepaalde partijen (nauwer) te betrekken bij dat platform. Het kan gaan om partijen die de aan te wijzen onderneming toch al van plan is te betrekken, waarmee de aanwijzing dit zeker stelt. Het kan ook gaan om het aansturen op een intensievere samenwerking met die partijen gelet op hun belangrijke (potentiële) meerwaarde voor de operationele behoefte van Defensie door de specifieke kennis, kunde en capaciteiten die zij meebrengen. Het kan zelfs zijn dat door middel van een aanwijzing er op wordt aangestuurd partijen te betrekken bij de ontwikkeling, die zich tot dan toe (overwegend) richten op de civiele markt. Van de aanwijzing gaat dan een impuls uit om die in de aanwijzing aangeduide partijen proactief er toe te bewegen bij te dragen aan de aan defensie gerelateerde ontwikkeling van nieuwe technologie of een productiemethode. Dit kan bijdragen aan een versterking van de NLDTIB met betere aansluiting op de operationele behoefte van de krijgsmacht tot bescherming van essentiële defensiebelangen.

De benodigde medewerking van de bij de ontwikkeling van nieuwe technologie en productiemethoden te betrekken partijen zal op basis van door de daeb-onderneming te maken afspraken met deze partijen, veelal vast te leggen in overeenkomsten, tot stand moeten komen. Deze wederkerigheid kan de met een daeb belaste onderneming naar zijn aard niet eenzijdig afdwingen of opleggen. De uitvoering van deze daeb-aanwijzing heeft daarom meer het karakter van een inspanningsverplichting om de toeleveranciersketen en andere partijen te betrekken. De afwezigheid van de harde verplichting een resultaat te moeten behalen, verkleint bovendien het risico dat onder die druk de condities of prijsstelling waaronder afspraken over betrokkenheid bij de ontwikkeling worden gemaakt, ongunstig uitpakken.

Al bij het geven van een aanwijzing zal er geloofwaardigheid moeten zijn van de kans dat de gewenste samenwerking in stand blijft, wordt geïntensiveerd of tot stand komt. Dit realisme vereist inzicht in de verhoudingen en contacten tussen de daeb-onderneming en de specifiek aangeduide partijen, alsook van de (strategische) meerwaarde van hun betrokkenheid bij het ontwikkelen van nieuwe technologie of productiemethoden voor geïdentificeerde operationele behoeften. Een daeb-onderneming zal binnen de kaders van de gegeven aanwijzing daadwerkelijk serieuze inspanningen moeten doen om de aangeduide partijen te (blijven) betrekken. Het hangt van de doorzettingsmacht van de daeb-onderneming en verhoudingen met deze partijen af in hoeverre er

ruimte bestaat of gecreëerd kan worden om hierin resultaat te boeken. Op de naleving tot het verrichten van deze inspanningen wordt toezicht gehouden, zodat de daeb-onderneming op verzoek inzicht moet kunnen bieden omtrent die inspanningen.

De als derde in het wetsvoorstel omschreven daeb-activiteit houdt in dat ontwikkelde technologie, productiemethoden of productie en onderzoeksfaciliteiten tegen redelijke marktconforme voorwaarden aan derden ter beschikking worden gesteld indien de operationele relevantie of inzetbaarheid van de krijgsmacht daarmee wezenlijk is gebaat. Het kan daarbij gaan om het beschikbaar stellen van een onderzoekslaboratorium, een productielijn of -locatie of het verstrekken van een licentie. Deze derden dienen door Onze Minister van Defensie in de daeb-aanwijzing te zijn aangeduid. De aanwijzing met deze daeb-activiteit kan nodig zijn om fragmentering binnen de NLDTIB tegen te gaan die de operationele relevantie of inzetbaarheid van de krijgsmacht aantast of om bepaalde technologie en productie voor Nederland of bondgenoten beschikbaar te houden.

Voor zover het beschikbaar stellen van technologie of methoden is beschermd door middel van het octrooi- of auteursrecht, is een daeb-oplegging in lijn met de uitzondering van artikel 13 van het TRIPS-akkoord. Daaruit volgt dat verdragspartijen in bepaalde gevallen uitzonderingen mogen maken op het normale genotsrecht van het auteursrecht als dit geen onredelijke last voor de legitieme belangen van de auteursrechthebbende met zich meebrengt. Het beschikbaar stellen van technologie en productiemethoden kan ook de vorm aannemen van het verlenen van een licentie op bepaalde kennis, beschermd door octrooien of andere intellectuele eigendomsrechten op eerlijke, redelijke en non-discriminatoire voorwaarden. Deze rechten zijn in principe beschermd onder artikel 28 van het TRIPS-akkoord dat het intellectueel eigendom van de eigenaren beschermt, maar daarop zijn twee uitzonderingen mogelijk. Artikel 30 van het TRIPS-akkoord voorziet in een bijzonder enge uitzondering waardoor verdragspartijen in bepaalde gevallen inbreuk mogen maken op het exclusieve recht dat een octrooi normaal gesproken 20 jaar ongestoord beschermt, op voorwaarde dat zulke uitzonderingen geen onredelijke inbreuk maken op de normale exploitatie van het octrooi en dat de legitieme belangen van een eigenaar niet op onredelijke wijze worden aangetast. In de zaak Canada – Pharmaceutical Patents, heeft het WTO-panel een nauwe interpretatie aan dit artikel gegeven.²⁷ Artikel 31 TRIPS biedt meer ruimte aan verdragspartijen om onder bepaalde voorwaarden toch inbreuk te maken op het octrooirecht van de houders. Nationale wet- en regelgeving van een verdragspartij kan in bepaalde gevallen toestaan dat er “om andere redenen” inbreuk wordt gemaakt op het octrooirecht zonder voorafgaande toestemming van de octrooihouder, inclusief het gebruik daarvan door de overheid of door derde partijen die door de overheid zijn aangewezen, als aan de cumulatieve voorwaarden van dat artikel wordt voldaan. Dat betekent onder andere dat een dergelijke inbreuk per geval beoordeeld moet worden, dat er gepoogd moet zijn om toestemming van de octrooihouder te krijgen op basis van redelijke commerciële voorwaarden en dat toestemming niet binnen een redelijke termijn mogelijk bleek. Verder moet het octrooi gebruikt worden voor toepassing op het grondgebied van een lidstaat en wordt de octrooihouder zo spoedig mogelijk geïnformeerd. Het moeten opvolgen van de daeb-aanwijzing is derhalve niet een recht toe-recht aan exercitie, maar vereist dat de derde partij eerst ook gepoogd moet hebben om toestemming van de aan te wijzen of aangewezen daeb-onderneming te krijgen op basis van redelijke commerciële voorwaarden (waaronder hier hetzelfde worden verstaan als onder redelijke marktconforme voorwaarden). Een daeb-aanwijzing als hier bedoeld zal alleen in zeer uitzonderlijke situaties aan de orde zijn, hetgeen wordt benadrukt door de toevoeging dat de operationele relevantie of inzetbaarheid van de krijgsmacht daarmee wezenlijk is gebaat.

De als vierde in het wetsvoorstel omschreven daeb-activiteit houdt in dat een daeb-onderneming productiemethoden en -faciliteiten voor wapensystemen of delen daarvan ten behoeve van de operationele inzet op defensiegebied voor Nederland of voor haar bondgenoten in stand houdt.

²⁷ Panel Report, Canada – Pharmaceutical Patents, paras. 7.20–7.21.

Deze daeb-activiteit kan preventief worden opgelegd, ook als er nog geen indicaties zijn dat de aan te wijzen onderneming van plan is om bepaalde productiemethoden en -faciliteiten te beëindigen of te verplaatsen naar een derde land. Er kunnen bedrijfseconomische redenen aanwezig om te willen overgaan tot beëindiging of verplaatsing. Dit heeft niet tot gevolg dat een aanwijzing zal worden ingetrokken of wordt aangepast als gevolg van veranderde omstandigheden. De aanwijzing is ingegeven door strategische afhankelijkheden voor Defensie die het nodig maken om de productiemethoden of -faciliteiten in stand te houden. Indien de continuïteit van de onderneming in het geding is, is het aan de betrokken ministers te bepalen waarmee het algemeen belang van de bescherming van essentiële defensiebelangen het beste is gediend, rekening houdend met het belang van die continuïteit.

De als vijfde in het wetsvoorstel omschreven daeb-activiteit houdt in dat een daeb-onderneming diensten inzake onderhoud en modernisering van gedateerde systemen verricht waar de operationele inzet van de krijgsmacht van afhankelijk is. De inzet van materieel en apparatuur binnen Defensie is vaak geïntegreerd met het gebruik van informatietechnologie, die zich continue ontwikkelt. De doorlooptijden van vernieuwing hiervan en van andere zaken binnen Defensie zijn verschillend, waarbij systemen soms zo verouderd zijn dat de aanbieder daarvan die uit faseert of niet langer voorziet in een opwaardering daarvan. Het is in de eerste plaats de verantwoordelijkheid van Defensie zelf om systemen en apparatuur tijdig te vervangen, zodat dit probleem zich binnen de krijgsmacht niet voordoet. Dit is echter niet altijd of tijdig te realiseren, zodat er kwetsbaarheden en risico's ontstaan die de inzetbaarheid van de krijgsmacht aantasten. Het kan daarmee noodzakelijk zijn om tot een aanwijzing over te gaan die voorkomt dat die kwetsbaarheden en risico's zullen intreden.

De als zesde in het wetsvoorstel omschreven daeb-activiteit houdt in dat een daeb-onderneming bij voorrang opdrachten van de Minister van Defensie uitvoert ten opzichte van andere door de onderneming aangenomen opdrachten tot het produceren van door de Minister van Defensie gespecificeerde goederen of technologie tegen een markconforme vergoeding. Hierbij valt te denken aan munitie, wapensystemen, onderdelen van wapensystemen, software of andere producten die van wezenlijke betekenis zijn voor de operationele relevantie en inzetbaarheid van de krijgsmacht. Deze aanwijzing kan aan de orde zijn, indien de krijgsmacht te maken heeft met dreigende of aanwezige tekorten die door productie van ondernemingen in Nederland kunnen worden aangevuld, maar andere lopende opdrachten er aan in de weg staan om daar uitvoering aan te geven. De bescherming van essentiële defensiebelangen van Nederland vereist dat zij voorrang moeten geven aan opdrachten van Defensie. Bij het sluiten van overeenkomsten voor nieuwe opdrachten kunnen zij met de gevolgen van de daeb-aanwijzing in de voorwaarden rekening houden. Laten zij dat na kan de naleving van de daeb-aanwijzing tot een contractbreuk met andere opdrachtnemers leiden, waarvan de gevolgen voor rekening en risico van de desbetreffende daeb-onderneming komen. Op de naleving van ook deze aanwijzing wordt toezicht uitgeoefend, waarbij niet-naleving tot bijvoorbeeld een last onder bestuursdwang of een bestuurlijke boete kan leiden.

Daeb-ondernemingen op defensiegebied moeten een gescheiden boekhouding voeren met betrekking tot de daeb-activiteit(en) waarop de aanwijzing betrekking heeft, indien zij met betrekking tot die daeb-activiteit enigerlei vorm van compensatie ontvangen en zij verschillende activiteiten uitvoeren. Dit volgt uit de overeenkomstige toepassing van artikel 25b van de Mededingingswet, waarin nader wordt bepaald wat de verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding betekenen. De uitzonderingen tot het voeren van een gescheiden boekhouding in de daarop volgende artikelen uit de Mededingingswet zijn niet van overeenkomstige toepassing, zodat daarop door een daeb-onderneming geen beroep kan worden gedaan.

De aanwijzing van diensten van algemeen economisch belang binnen de aan defensie gerelateerde industrie

Een besluit tot aanwijzing van een daeb op defensiegebied kan zich uitsluitend op een of meer van de hiervoor genoemde zes soorten daeb-activiteiten richten. Aan het nemen van een daeb-aanwijzingsbesluit op defensiegebied wordt pas toegekomen, indien de aanwijzing wordt geschraagd door analyses uit het meest actuele NLDTIB-rapport. Als de logica in dat rapport de

aanwijzing in algemene zin verklaarbaar maakt, is hieraan voldaan. In het daeb-aanwijzingsbesluit dienen de uit het rapport verklaarbare daeb-activiteiten vervolgens te worden gespecificeerd. Dit is ook nodig om te voldoen aan het vereiste in het Europese recht dat daeb-verplichtingen duidelijk omschreven zijn.²⁸ Deze specificering dient aan te sluiten bij activiteiten die de desbetreffende onderneming in staat is uit te voeren en daarmee realistisch aan te sluiten bij de eigen bedrijfsontwikkeling. Dit vereist inzicht in de bedrijfsactiviteiten van de aan te wijzen onderneming, hetgeen ook aansluit bij het NLDTIB-rapport. Hiertoe vergaart de Minister van Defensie ter voorbereiding van het besluit de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen (artikel 3:2 van de Awb). De bevoegdheid tot het nemen van het besluit wordt hierbij niet voor een ander doel gebruikt dan waarvoor die bevoegdheid is verleend (artikel 3:3 van de Awb).

De Minister van Defensie weegt voorts, in overeenstemming met de minister, de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit (artikel 3:4, eerste lid, van de Awb). Bij het nemen van een daeb-aanwijzingsbesluit is een beperking gelegen in het algemeen belang dat met het besluit gediend is betreffende de instandhouding en bevordering van de NLDTIB ten behoeve van de operationele relevantie en inzetbaarheid van de krijgsmacht tot bescherming van essentiële veiligheidsbelangen die nauw verbonden zijn met de nationale veiligheid. Zulks laat onverlet dat bij het nemen van een daeb-aanwijzingsbesluit de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen daarvan niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen (artikel 3:4, tweede lid, Awb). In dit verband is relevant dat het wetsvoorstel de Minister van Defensie, in overeenstemming met de Minister van Economische Zaken en Klimaat, de bevoegdheid biedt om op verzoek een vergoeding van de kosten toe te kennen aan de ondernemingen belast met een daeb. In voorkomend geval kan die kostenvergoeding samengaan met een redelijke winstopslag, indien die kosten niet of beperkt kunnen worden doorberekend aan de afnemers van de producten of de diensten van de onderneming belast met de daeb. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld over de vergoeding van kosten met een redelijke winstopslag, en de hoogte daarvan. Voor een redelijke winstopslag kan als uitgangspunt dienen een rendement op kapitaal dat zou worden verlangd door een gemiddelde onderneming die onderzoekt of zij de dienst van algemeen economisch belang moet verrichten voor de hele duur van de periode waarvoor de onderneming met het beheer van de dienst van algemeen economisch wordt belast, rekening houdende met de omvang van het risico voor de onderneming.²⁹

Het daeb-aanwijzingsbesluit dient gemotiveerd te zijn met inachtneming van afdeling 3.7 van de Awb over het motiveren van besluiten. Tegen het daeb-aanwijzingsbesluit staat tot slot voor belanghebbenden bezwaar en beroep open in overeenstemming met de daarvoor krachtens de Awb geldende voorschriften.

5.3 Vaststelling en openbaarmaking strategisch bevoorradingsplan

Het aanhouden van essentiële voorraden kan als onderdeel worden gezien van het verminderen van risicovolle strategische afhankelijkheden.³⁰ Dit draagt bij aan betrouwbare waardeketens en is op defensiegebied van groot belang voor de operationele relevantie en inzetbaarheid van de krijgsmacht. Het kabinet heeft bijvoorbeeld voorzien in maatregelen die ervoor zorgen dat de Nederlandse inzetvoorraad voor munitie stapsgewijs groeit naar de strategische voorraad conform

²⁸ Zie hiervoor bij verlening van staatssteun aan een met een daeb belaste onderneming: HvJ EG 24 juli 2003, zaak C-280/00, Altmark Trans GmbH en Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, Jur. 2003, p. I-7747, overweging 89.

²⁹ Zie punt 77 van de in de eerste voetnoot van dit hoofdstuk aangehaalde mededeling van de Europese Commissie.

³⁰ Kamerstukken II 2022/23, 30821, nr. 181 en Kamerstukken II 2023/24, 30821, nr. 204

de geldende NAVO-normen.³¹ Hierbij komen afwegingen aan bod rond beschikbaarheid van munitiecomplexen, Europese munitieproductiecapaciteit, maar ook ten aanzien van demilitarisatie van munitie.³² Ook voor onderdelen, hoofdwapensystemen en andere goederen (zoals medicijnen, verband, medische hulpmiddelen) kan het noodzakelijk zijn om te beschikken over reserves waarop kan worden teruggevallen. Soms kan het hierbij gaan om een (bondgenootschappelijk) tekort in te vullen, ook om van grotere waarde te zijn in EU en NAVO-verband, zoals op het gebied van luchtverdedigingssystemen.³³

Gelet op het toegenomen belang van bevoorrading op het gebied van defensie wordt voorgesteld dat de minister in nauwe overeenstemming met de Minister van Defensie telkens voor een periode van vier jaar een strategisch bevoorradingsplan op defensiegebied vaststelt waar een beroep wordt gedaan op marktpartijen om deze voorraadvorming te realiseren. Daarin wordt de plannen uiteengezet voor de omvang en samenstelling van de in voorraad aan te houden militaire goederen, producten voor tweërlei gebruik of andere door de Minister van Defensie geïdentificeerde producten. Het plan zet uiteen waarom de bevoorrading met een omvang en samenstelling als in dat plan is opgenomen, wezenlijk is voor de operationele relevantie en inzetbaarheid van de krijgsmacht vanuit oogpunt van voorzienings- en leveringszekerheid. Voorzieningszekerheid gaat over de beschikbaarheid van voorraden en het kunnen beheren daarvan op de langere termijn, waarbij dit breder genomen ook kan zien op beschikbare productiecapaciteit om tot bevoorrading te kunnen komen. Leveringszekerheid ziet op het vermogen om defensiematerialen ook daadwerkelijk bij de krijgsmacht terecht te laten komen, zodat het tot inzetbaarheid daarvan kan worden aangewend. Het strategisch bevoorradingsplan gaat in ieder geval over inzetvoorraden, strategische voorraden en beschikbaarstelling. Het plan is bedoeld als richtinggevende graadmeter voor een samenhangend inzicht inzake bevoorrading op defensiegebied door ondernemingen. Het geeft periodiek inzicht in de voorgenomen omvang en samenstelling van bevoorrading. Van het plan kan evenwel door latere actuele ontwikkelingen, voortschrijdend inzicht of om andere valide redenen worden afgeweken.

Het strategisch bevoorradingsplan op defensiegebied kan ook zien op halffabrikaten, precursoren of grondstoffen die nodig zijn voor de productie van de in voorraad te houden goederen en producten die benodigd zijn voor de krijgsmacht. In deze goederen en producten kunnen kritieke grondstoffen zijn verwerkt, waarvoor Nederland in hoge mate afhankelijk is van andere landen. Dat maakt Nederland geopolitiek kwetsbaar en raakt onze open strategische autonomie. Hiervoor is een Nationale Grondstoffen Strategie ontwikkeld.³⁴ Het doel van de nationale grondstoffenstrategie is om de leveringszekerheid van kritieke grondstoffen op middellange termijn te vergroten. Met name de productie van hernieuwbare energietechnologie voor de energietransitie leidt tot een grotere behoefte aan mineralen en metalen zoals lithium, kobalt en zeldzame aardmetalen, maar ook in defensiematerieel zijn kritieke grondstoffen verwerkt. Het strategisch bevoorradingsplan kan hierop inzoomen, bijvoorbeeld over manieren om de beschikbaarheid daarvan te vergroten voor zover dat relevant is op het gebied van defensie. Het ligt voor de hand hierbij de Nationale Grondstoffen Strategie te betrekken en ook oog te hebben voor het door de Europese Unie gevoerde beleid om een veilige en duurzame voorziening van kritieke grondstoffen te waarborgen, waarover een EU-verordening is vastgesteld.³⁵

³¹ Kamerstukken II 2023/24, 27830, nr. 434

³² Zie bijv. Kamerstukken II 2022/23, 27830, nr. 406

³³ Project «Vervanging MRAD & SHORAD», Kamerstukken 2022/23, 27830, nr. 404

³⁴ Kamerstukken II 2022/23, 32852 nr. 224

³⁵ Verordening (EU) 2024/1252 van het Europees Parlement en de Raad van 11 april 2024 tot vaststelling van een kader om een veilige en duurzame voorziening van kritieke grondstoffen te waarborgen, en tot wijziging van de Verordeningen (EU) nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1724 en (EU) 2019/1020 (PbEU L 2024/1252)

Het strategisch bevoorradingsplan wordt actief openbaar gemaakt, maar niet integraal. Delen van het plan kunnen ongeschikt zijn om openbaar te maken gelet op aard en inhoud van de daarin verwerkte informatie. Hetgeen over actieve openbaarmaking en openbaarmaking op verzoek is aangegeven omtrent het NLDTIB-rapport met de daaraan verbonden beperkingen, is eveneens van toepassing op het strategisch bevoorradingsplan.

5.4 Aanwijzing voorraadvormende ondernemingen

Het strategisch bevoorradingsplan geeft inzicht in de plannen over de omvang en samenstelling van de in voorraad aan te houden militaire goederen, producten voor tweëerlei gebruik en andere door de Minister van Defensie geïdentificeerde producten. Voor het realiseren van die plannen biedt het wetsvoorstel de mogelijkheid aan de minister, in overeenstemming met de Minister van Defensie, om een of meer ondernemingen aan te wijzen voor de uitvoering van het strategisch bevoorradingsplan of delen daarvan. De ministers krijgen hiermee de bevoegdheid om te sturen op enerzijds strategische voorraadvorming zoals thans bijvoorbeeld reeds in de energiesector gebeurt en anderzijds op de structuur, weerbaarheid en redundantie van de bevoorradingsketen. Deze bevoegdheid valt niet samen met de bevoegdheid om ondernemingen te belasten met een daeb. Het kan een andere (deel) verzameling van ondernemingen betreffen. De aanwijzing als hier bedoeld, is te vergelijken met de voorraadplicht zoals voorzien in de Wet voorraadvorming aardolieproducten en kenmerkt zich door een verplichting producten of halffabricaten in voorraad te nemen of te houden die de aangewezen onderneming al gebruikt of produceert dan wel op eenvoudige wijze in voorraad kan nemen. Het is daarmee te onderscheiden van de belasting van de onderneming met een daeb omdat de voorraadplicht geen bijzondere dienst vergt zoals met een dienst van algemeen belang wordt beoogd. Het is een verplichting die – going concern – door een onderneming dient te worden nagekomen. Daarmee is er sprake van een vorm van regulering van eigendom en een impact op het vrij verkeer van goederen.

In paragraaf 4.1 van deze memorie van toelichting is uiteengezet dat als voorwaarde aan een aanwijzing wordt gesteld dat de onderneming actief is op het gebied van een of meer in de in het plan geïdentificeerde goederen en producten. De uitoefening van deze bevoegdheid vergt een duidelijke onderbouwing van nut en noodzaak van de bevoegdheidsuitoefening en een toets aan de proportionaliteit van de verplichting die wordt opgelegd. Voor een belangrijk deel is dit terug te voeren op het vereiste dat een onderneming slechts mag worden aangewezen indien Defensie zelf de uitvoering tot bevoorrading niet goed ter hand kan nemen of aan een aan te wijzen onderneming dat efficiënter of effectiever kan doen dan Defensie. Er zal uit de onderbouwing in het aanwijzingsbesluit moeten blijken waarom het nodig en proportioneel is dat de onderneming in kwestie hiermee wordt belast. Dat kan bijvoorbeeld daarin gelegen zijn dat de consequenties van een aanwijzing voor een efficiënt voorraadbeheer in het kader van de normale bedrijfsuitoefening slechts beperkt zijn, terwijl daar tegenover grote inspanningen of kosten staan aan de zijde van Defensie om inzetbare en strategische bevoorrading te realiseren. Dit vereist nadere analyse en inzicht in de bedrijfsactiviteiten van de aan te wijzen onderneming. De aanwijzing dient verder duidelijk de omvang en samenstelling van de in voorraad te houden goederen en producten vast te leggen evenals de activiteiten tot voorraadvorming waarmee de onderneming wordt belast. Omdat de bevoorrading kan zien op goederen en producten, die in verkeerde handen tot ongewenst eindgebruik leiden kunnen aan een aanwijzing ook voorschriften ter bescherming en beveiliging van de aangehouden voorraad worden opgelegd. De voorschriften uit de Awb waaraan het aanwijzingsbesluit dient te voldoen, zijn dezelfde als die in paragraaf 5.2 aan bod kwamen bij een daeb-aanwijzingsbesluit.

5.5 Doorwerking op toeleveranciersketen

Nederland heeft van oudsher een stabiele basis in het maritieme domein met toonaangevende kennisinstellingen en bedrijven. Ook op het terrein van radar- en sensortechnologie is Nederland mondiaal een van de koplopers. Dit betreft vormen van een zelscheppende industrie, die in meer of mindere mate afhankelijk zijn voor hun producten van de toeleveranciersketen. Het wetsvoorstel

voorziet in de mogelijkheid om ondernemingen er toe te bewegen kwetsbaarheden binnen hun toeleveranciersketen te verminderen. Dit betreft uitsluitend die ondernemingen die krachtens dit wetsvoorstel onderworpen zijn aan een aanwijzingsbesluit. Bij afzonderlijk besluit kunnen een of meer van deze ondernemingen worden verplicht hun toeleveranciersketen te diversifiëren of te versterken op in het wetsvoorstel omschreven wijzen. Dit verkleint de kans dat bij uitval van toeleveranciers de productie stopt met gevolgen voor de inzetbaarheid en operationele relevantie van de krijgsmacht doordat benodigd materiaal niet of niet tijdig geleverd kan worden. Met “opdragen” wordt hier niet bedoeld op een overheidsopdracht als bedoeld in de Aanbestedingswet 2012, maar betreft het een instructie met het karakter van een bestuursrechtelijke besluit dat opgevolgd moet worden.

Het belang van de onderneming zelf is met een robuuste toeleveranciersketen door middel van diversificatie en alternatieven gebaat, zodat ook zonder een aanwijzing de aandacht daar al naar uit zal gaan. De essentiële defensiebelangen vereisen echter een dermate grote redundantie in de continuïteit van toelevering dat daaraan groter gewicht wordt gehecht, dan waar vanuit bedrijfsmatig oogpunt toch al in voorzien wordt. De opdracht aan een aangewezen onderneming om de toeleveranciersketen te diversifiëren of te versterken vereist daardoor een extra inspanning van de betrokken onderneming om dat te bewerkstelligen. Het daartoe strekkende instructiebesluit maakt in die zin een inbreuk op de bevoegdheid van het bestuur om de strategie en het beleid van de onderneming te voeren.

De te geven opdracht kan van verschillende inhoud zijn. Een opdracht kan zijn om de afhankelijkheid van een specifieke toeleverancier te verminderen, de vervoers- en transportbewegingen van de toeleveranciersketen aan te passen of de substitutie van halffabrikaten en grondstoffen te bevorderen. Ook kan de onderneming verplicht worden gesteld dat voor een bepaald product voor gelijke producten, halffabrikaten of grondstoffen ten minste twee verschillende toeleveranciers worden gecontracteerd in verschillende geografische regio's. Bij het te nemen opdrachtbesluit wordt vooraf eerst een inschatting gemaakt in hoeverre een onderneming aan de opdracht zal kunnen voldoen. Indien bijvoorbeeld twee verschillende toeleveranciers gecontracteerd moeten worden voor een bepaalde component, grondstof of anderszins, dient eerst voldoende duidelijk te zijn dat er andere toeleveranciers hiervoor op de markt bestaan alvorens tot aanwijzing wordt overgegaan. Of het dan vervolgens ook lukt om een tweede toeleverancier te contracteren, is een tweede. Het vereist een duidelijke inspanning van de aangewezen onderneming om hieraan te voldoen, die ook inzichtelijk gemaakt moet kunnen worden gelet op het toezicht dat op de naleving van de opdracht wordt gehouden. Uit de aanwijzing dient in het gegeven voorbeeld ook te blijken of het gaat om een tweede parallelle toeleverancier of om een toeleverancier die achter de hand wordt gehouden ingeval van uitval. De parameters waaronder de opdracht dient te worden uitgevoerd, dienen uit het daartoe strekkende besluit te blijken. Indien dat niet het geval is, heeft de onderneming de vrijheid om daar binnen de grenzen van redelijkheid en billijkheid zelf een nadere invulling aan te geven.

5.6 Aanwijzingsduur en veranderde omstandigheden

De aanwijzing van een onderneming met een dienst van algemeen economisch belang heeft een wettelijk voorgeschreven duur van tien jaren. Deze termijn is geïnspireerd op de termijn die bij het verlenen van staatssteun aan een onderneming die met een daeb-aanwijzing is belast binnen de Europese Unie in de regel als aanvaardbaar wordt geacht inzake staatssteun. Die termijn mag in de regel niet langer dan tien jaren zijn, behoudens uitzondering voor een langere termijn.³⁶ De aanwijzingsduur tot voorraadvorming is korter dan die voor een daeb, namelijk vijf jaren. De

³⁶ Zie artikel 2 lid 2 van het Besluit van de Commissie van 20 december 2011 betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen (PbEU L 7, 2012).

behoefte aan (structurele) voorraadvorming met wezenlijke betekenis voor de krijgsmacht is sterker afhankelijk van marktomstandigheden en ontwikkelingen, zodat in het voorstel voor een kortere duur is gekozen waarvoor vijf jaren als redelijk wordt beschouwd. Dit laat onverlet dat na het verstrijken van de tienjarige respectievelijk vijfjarige termijn het nodig kan blijken te zijn om de aanwijzing te continueren. Daarom staat het wetsvoorstel toe dat als een daeb-aanwijzing na tien jaren dient te worden voortgezet, de Minister van Defensie, in overeenstemming met de minister, overgaat tot een hernieuwde aanwijzing. Een hernieuwde aanwijzing tot voorraadvorming is eveneens na het verstrijken van de termijn van vijf jaren mogelijk door de minister, in overeenstemming met de Minister van Defensie. Een hernieuwde aanwijzing is geen (automatische) verlenging van de eerdere aanwijzing, zodat die dient te berusten op een integrale beoordeling gebaseerd op het alsdan meest actuele NLDTIB-rapport respectievelijk strategische voorraadplan.

Door de langere aanwijzingsduur dient meer nog dan bij een voorraad-aanwijzing bij een daeb-aanwijzing rekening te worden gehouden met een meerjarige toekomstbestendigheid daarvan in het licht van de in het NLDTIB-rapport geschetste ontwikkelingen. Daarom zal het zich naar verwachting niet zo snel voordoen dat een daeb-aanwijzing gedurende de looptijd daarvan te lang van duur blijkt te zijn. Toch is dat laatste ook weer niet helemaal uit te sluiten. De ontwikkeling van een nieuwe technologie of productiemethode kan wellicht sneller gerealiseerd worden dan ingeschat of het in stand moeten houden van gedateerde systemen is sneller overbodig door eerdere vervanging daarvan. Eerdere analyses uit een NLDTIB waarop een daeb-aanwijzing is gebaseerd kunnen bovendien na verloop van jaren sterk achterhaald zijn door veranderende behoeftes, technologische ontwikkelingen en marktontwikkelingen binnen en buiten de NLDTIB. De snelheid hiervan is op voorhand niet met zekerheid te voorspellen, ondanks ook mogelijke trendmatige ontwikkelingen zoals bijvoorbeeld de steeds verdergaande integratie van informatietechnologie bij defensietoepassingen. Ook kan het zich voordoen dat een daeb-aanwijzing weliswaar gehandhaafd dient te blijven, maar dat er aanleiding is om de voorwaarden waaronder die aanwijzing is gegeven aan te passen door die te verlichten of in voorkomend geval te verzwaren. Dit kan ook zien op de aan een aanwijzing verbonden specifieke uitvoeringsvoorschriften.

Het is niet goed op voorhand te voorspellen onder welke omstandigheden het intrekken of aanpassen van een daeb-aanwijzing aan de orde is. Er dient ingevolge het wetsvoorstel in ieder geval sprake zijn van veranderende omstandigheden en die moeten van zodanige aard zijn dat de onderneming naar het oordeel van de Minister van Defensie, in overeenstemming met de minister, niet langer met de daeb belast behoort te zijn of niet langer onder dezelfde voorwaarden. Deze inschatting wordt tot de discretionaire bevoegdheid van de betrokken ministers gerekend. Hiermee wordt voorkomen dat uitsluitend op een limitatief aantal gronden tot intrekking of aanpassing van een aanwijzing kan worden overgegaan, terwijl er onvoorziene omstandigheden kunnen zijn die dit eveneens kunnen rechtvaardigen. Het initiatief tot intrekking of aanpassing ligt louter bij de betrokken ministers, zodat zij geen verzoeken van belanghebbenden hierover in behandeling hoeven te nemen om te beoordelen of een heroverweging passend is. Zoals de oplegging van een aanwijzing een louter eenzijdige verantwoordelijkheid van de betrokken ministers is, gaat dat ook op voor de intrekking of aanpassing van een eenmaal gegeven aanwijzing. Deze eenzijdigheid betekent wel dat een verantwoordelijkheid op de betrokken ministers rust om in de gaten te blijven houden dat een lopende aanwijzing voldoende actualiteit behoudt. Dit vereist een zekere alertheid, ook als er bijvoorbeeld een nieuw NLDTIB-rapport verschijnt. Daarnaast kunnen de ministers gegevens opvragen of inzien en inlichtingen inwinnen bij de aangewezen onderneming, indien er mogelijke aanleiding zou kunnen zijn om een aanwijzing aan te passen of in te trekken. Het wetsvoorstel regelt het verkrijgen van informatie en bescheiden, begrenst het doel daarvan en bepaalt wie verwerkingsverantwoordelijke is. In paragraaf PM over de Algemene verordening gegevensbescherming wordt hierop nader ingegaan. Ook kunnen de ministers (in)formeel overleg met de betrokken onderneming voeren, indien die daartoe bereid zijn. Dit kan de ministers gelegenheid bieden zich een beter beeld te vormen van de effectiviteit van een aanwijzing en de (markt)omgeving waarbinnen de onderneming opereert. Mocht dit uitmonden in een besluit tot intrekking of aanpassing van de aanwijzing, staat daartegen door belanghebbenden bezwaar en beroep open op grond van de algemene voorschriften uit de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

Het voorgaande gaat ook goeddeels op voor een eventuele intrekking of aanpassing van een aanwijzing tot voorraadvorming.

5.7 Stille bewindvoering bij een aangewezen onderneming

Het is niet volledig uit te sluiten dat in uitzonderlijke gevallen en anders dan ten tijde van de aanwijzing werd ingeschat, de belasting van een aanwijzing zo zwaar drukt op een onderneming dat die nadelige gevolgen heeft voor haar financiële stabiliteit of continuïteit. Er vanuit gaande dat de kostenvergoeding, eventueel met een redelijke winstopslag, op juiste wijze is bepaald, kunnen de beide ministers dan voor de keus komen te staan om de aanwijzing te verlichten of zelfs in te trekken. Afhankelijk van aard en inhoud van de aanwijzing kan het gewicht daarvan niettemin van zodanige orde van grootte zijn, dat het belang van instandhouding van de aanwijzing prevaleert ondanks de negatieve gevolgen daarvan voor de onderneming. Dit vereist een zeer gedegen weging in het kader van proportionaliteit omdat het algemeen belang van de aanwijzing dan van zodanig gewicht moet zijn dat die zelfs gehandhaafd moet worden met risico's op een (mede) daardoor verder verslechterende positie van de onderneming. Die verslechterende positie hoeft evenwel niet enkel het gevolg zijn van de aanwijzing, maar kan ook herleidbaar zijn op een geheel aan interne en/of externe factoren die de onderneming raken waaronder de aanwijzing.

Mocht de aanwijzing onverkort in stand blijven, kan de inschatting zijn dat niet langer is verzekerd dat de opvolging gestand zal worden gedaan door de druk waaronder bestuurders staan om het belang van de onderneming te dienen. Om de effectiviteit van de aanwijzing te waarborgen én het beperken van de mogelijke negatieve maatschappelijke effecten én het streven naar de financiële stabiliteit of continuïteit van de onderneming of zorgvuldige afwikkeling ervan, kunnen de beide ministers besluiten een persoon aan te wijzen die feitelijk de rol gaat vervullen van een "stille" bewindvoerder. Deze door beide ministers aan te wijzen persoon kan opdrachten verstrekken aan de in Nederland gevestigde onderneming om deze doelen te bereiken. Met deze doelbinding van een aan te wijzen persoon wordt kleur gegeven aan wat de aard en het doel van deze opdrachten moeten zijn, waarbij het (deel)belang van de onderneming niet losstaat van het maatschappelijk belang.

Deze bevoegdheid tot het aanwijzen van een persoon die feitelijk als "stille bewindvoerder" optreedt, is dubbel geclausuleerd en kan pas worden uitgeoefend als 1) de financiële stabiliteit of continuïteit van de onderneming in het geding is en 2) en vervolgens dat weer mogelijke ernstige negatieve maatschappelijke, economische of werkgelegenheidseffecten voor de Nederlandse samenleving of delen daarvan met zich mee kan brengen. De beide ministers wijzen alleen personen aan met kennis en ervaring op het gebied van het beheren, herstructureren van of afwikkelen van ondernemingen. De groep personen waaruit geselecteerd zal worden, kan in veel gevallen samenvallen met de groep aan personen en kantoren die worden ingeschakeld als herstructureringsdeskundige in het kader van de Wet Homologatie Onderhands Akkoord, of als bewindvoerder bij surséance van betaling of als curator bij een faillissement. In voorkomend geval zal ook buiten deze groep een persoon kunnen worden aangewezen als er sprake is van een zeer specialistische onderneming waarvoor bijzondere kennis is vereist. Het is zelfs mogelijk dat de minister die het aangaat voor de desbetreffende onderneming meerdere personen aanwijst. De kosten verbonden aan de inschakeling van deze aangewezen persoon komen voor rekening van de rijksbegroting, omdat met deze inschakeling een publiek belang wordt gediend.

De aanwijzing van een persoon die feitelijk optreedt als "stille curator" is eindig. Deze wordt door de minister ingetrokken wanneer de noodzaak van de aanwijzing is komen te vervallen. De intrekking vindt in ieder geval plaats als de aanwijzing niet meer van toepassing is op de onderneming door tijdsverloop of intrekking. Het besluit tot de aanwijzing moet door de minister door middel van plaatsing in de Staatscourant openbaar worden gemaakt. Daarmee heeft het besluit ook externe kenbaarheid en werking en is inschrijving van de aangewezen persoon in het Handelsregister niet nodig. De bevoegdheden van de aangewezen persoon zijn vastgelegd in dit wetsvoorstel en niet afhankelijk van de inschrijving in het Handelsregister. De aangewezen persoon

is zelf geen bestuurder, maar een persoon aangesteld krachtens publiekrecht met een wettelijke taak die geconcretiseerd is door het aanwijzingsbesluit en de eventueel daarvan verbonden voorschriften.

In beginsel bemoeit de aangewezen persoon zich niet met de dagelijkse gang van zaken van de doelonderneming en grijpt hij alleen in via gerichte opdrachten, als er (rechts)handelingen worden verricht die – in het licht van het op de onderneming van toepassing zijnde aanwijzingsbesluit – leiden tot negatieve maatschappelijke effecten, omdat de financiële stabiliteit en de continuïteit van de betrokken onderneming in het geding is. De opdrachten kunnen er toe strekken dat bijvoorbeeld een bestuurder wordt verplicht bepaalde feitelijke handelingen of rechtshandelingen te verrichten of zich juist daarvan dient te onthouden. Het bestuur, maar ook de raad van commissarissen en sleutelfunctionarissen kunnen niettemin onverminderd hun rol vervullen zoals in het Nederlandse ondernemingsrecht is voorzien, binnen de grenzen die de opdrachten van de aangewezen persoon stelt. Er is daarbij in het wetsvoorstel voorzien in een bescherming van bestuurders, commissarissen, feitelijk leidinggevend en andere werknemers van de betrokken onderneming tegen aansprakelijkheid indien zij de opdrachten van een aangewezen persoon opvolgen. Ze zijn wettelijk daartoe verplicht zelfs als wettelijk, statutair of contractueel een voorafgaande instemming van de houders van aandelen nodig zou zijn. Hoewel de publiekrechtelijke medewerkingsverplichting reeds uit het wetsvoorstel voortvloeit, is daarin doorbreking van hun goedkeurings- en instemmingsverplichtingen geregeld. Daarmee wordt voorkomen dat bestuurders en commissarissen in juridische procedures verzeild raken, omdat zij aan de wettelijke verplichtingen krachtens deze wet voldoen. In de artikelsgewijze toelichting wordt onder meer nader op de effectiviteit van de medewerkingsverplichting en de rechtsbescherming in verband met gegeven opdrachten ingegaan.

6. VEILIGHEIDSTOETS BINNEN DE AAN DEFENSIE GERELATEERDE INDUSTRIE

6.1 Meldplicht en risico's voor de nationale veiligheid

Ieder voornemen om een verwervingsactiviteit uit te voeren, dient op grond van het voorstel door een van de meldingsplichtigen (verwerver of de doelonderneming die altijd een wezenlijke krijgsmachtleverancier dan wel militaire goederen- of transportleverancier is) te worden gemeld aan de Minister van Economische Zaken en Klimaat. Dat wil zeggen dat de meldplicht van toepassing is als de verwerving of verkrijging een vergroting van significante invloed dan wel verkrijging van zeggenschap tot gevolg heeft. De meldplicht geldt zowel voor de doelonderneming als voor de verwerver. Beiden zijn zij betrokken partijen bij de voorgenomen activiteit en beiden beschikken over relevante informatie voor de toetsing van de te melden activiteit. In het algemeen wordt ervan uitgegaan dat de doelonderneming en de verwerver de melding van de activiteit gezamenlijk of in onderling overleg doen. Door de meldplicht krijgen de betrokken ministers zicht op wijzigingen van zeggenschap over en invloed in de doelonderneming die voorwerp van een verwervingsactiviteit is. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur wordt bepaald welke informatie een melding bevat, op welke wijze de melding wordt gedaan en kunnen voorschriften worden gesteld met betrekking tot de melding. Deze informatie is handzaam voor de beoordeling of de uitvoering van het voornemen risico's voor de nationale veiligheid kan opleveren. Op de inhoud van risico's voor de nationale veiligheid is in paragraaf 2.3.2 nader ingegaan.

Er zijn twee specifieke situaties waarin de meldplicht op een bijzondere wijze is geregeld in het wetsvoorstel. Die worden in de artikelsgewijze toelichting beschreven omdat die zich niet vaak zullen voordoen. De meldplicht is verder niet van toepassing indien een uitzondering op de toepasselijkheid van het wetsvoorstel aan de orde is. Dit is het geval indien de Staat der Nederlanden, provincies, gemeenten of andere openbare lichamen verwerver zijn of indien sprake is van een beschermingsconstructie gericht op de wezenlijke krijgsmachtleverancier dan wel militaire goederen- of transportleverancier (zie hiervoor nader hoofdstuk 4). In dat geval is de beheersing van de risico's voor de nationale veiligheid op een andere wijze gewaarborgd.

6.2 Beoordeling van een melding en beheersing risico's nationale veiligheid

Op basis van de melding krijgen de meldingsplichtigen een mededeling van de Minister van Economische Zaken en Klimaat (hierna in dit hoofdstuk ook te noemen: de minister). Die mededeling kan twee zaken inhouden:

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

De beoordeling van een melding *of* er een risico voor de nationale veiligheid aanwezig kan zijn, geschiedt aan de hand van beoordelingsfactoren die in het wetsvoorstel zijn vastgelegd (zie nader paragraaf 6.4). Deze beoordelingsfactoren, maar ook de omschrijving van nationale veiligheid zelf, zijn in het wetsvoorstel voor zover mogelijk toegesneden op het vitale proces 'Inzet Defensie'. Dit is inherent aan het sectorale karakter van het wetsvoorstel. Indien de minister op basis van een risicoanalyse tot het oordeel komt dat er wel een risico voor de nationale veiligheid kan zijn dan wordt aan de meldingsplichtige medegedeeld dat een toetsingsbesluit vereist is. De voorgenomen verwervingsactiviteit mag dan niet worden uitgevoerd totdat er een toetsingsbesluit op aanvraag is. Hierop is een uitzondering als er een ontheffing is aangevraagd en verkregen om al eerder de verwervingsactiviteit te mogen uitvoeren. Ontheffing kan alleen worden verleend indien het algemeen belang in het geding is, met een risico op economische, fysieke of sociaalmaatschappelijke schade aan de samenleving of delen daarvan. Anders dan in de Wet vifo zal in de praktijk geen ontheffing worden verleend uit hoofde van nadelige gevolgen voor de financiële stabiliteit. Een bedreiging van het financiële stelsel kan immers uit de aard der zaak niet specifiek aan de orde zijn bij een verwerving in een wezenlijke krijgsmachtleverancier of een militaire goederen- of transportleverancier.

Indien een toetsingsbesluit is aangevraagd, beoordeelt de minister in overeenstemming met de Minister van Defensie of, en zo ja welke eisen en nadere voorschriften aan een toetsingsbesluit verbonden kunnen worden om (eerder al vastgestelde) risico's van een verwervingsactiviteit voor de nationale veiligheid te ondervangen. De eisen en voorschriften die op grond van het wetsvoorstel verbonden mogen worden aan het toetsingsbesluit, houden zoveel mogelijk rekening met het specifieke karakter van het vitale proces 'Inzet Defensie' en de betrokkenheid van wezenlijke krijgsmachtleveranciers en militaire goederen- en transportleveranciers daarbij (zie nader paragrafen 6.5 en 6.6). In het uiterste geval kan de verwervingsactiviteit worden verboden. Dit is een *last resort* die alleen toegepast wordt als na beoordeling blijkt dat een verwervingsactiviteit risico's met zich meebrengt die niet beheerst kunnen worden door het opleggen van eisen en voorschriften. Dit kan direct bij de eerste beoordeling, of op een later moment wanneer blijkt dat de verwerver of de doelonderneming niet voldoet aan de in een toetsingsbesluit opgenomen eisen of nadere voorschriften. Zowel voor het doen van de mededeling als voor de behandeling van een aanvraag voor een toetsingsbesluit, bevat het wetsvoorstel behandelingstermijnen. Het wetsvoorstel regelt (verlengings)termijnen, de gronden daarvoor en de gronden tot opschorting.

Indien een verwervingsactiviteit plaatsvindt zonder melding daarvan of na melding zonder een toetsingsbesluit af te wachten neemt de minister, in overeenstemming met de Minister van Defensie, het toetsingsbesluit ambtshalve of deelt ambtshalve mede dat geen toetsingsbesluit vereist is. Dat de minister ambtshalve actie onderneemt, laat onverlet dat direct in strijd met het wetsvoorstel is gehandeld doordat niet of niet tijdig is gemeld en waaraan in het kader van toezicht en handhaving consequenties verbonden kunnen worden (zie in dit verband hoofdstuk 11 van deze memorie van toelichting). Ook in enkele andere specifieke situaties neemt de minister een ambtshalve toetsingsbesluit of wordt ambtshalve een mededeling of bevestiging gedaan dat geen toetsingsbesluit vereist is. Voorafgaand aan het nemen van een ambtshalve besluit, het doen van een ambtshalve mededeling of het geven van een ambtshalve bevestiging, kan de minister eerst

nadere informatie inwinnen om tot een beoordeling op risico's voor de nationale veiligheid te kunnen komen. Ook de (verlengings)termijnen en de gronden tot opschorting zijn geregeld.

6.3 Risicoanalyse en -beheersing in het licht van proportionaliteit en rechtszekerheid

De Wet vifo vervult een vangnetfunctie door niet langer van toepassing te zijn ingeval is voorzien in sectorale wetgeving over een veiligheidstoets. Door sectorale wetgeving kan de systematiek van de veiligheidstoets voor een sector inhoudelijk specifiekier worden gemaakt en worden verfijnd. Dit wetsvoorstel voorziet in een sectorale veiligheidstoets, waarbij hetgeen specifiekier of anders is geregeld zelfstandig in het wetsvoorstel is opgenomen en hetgeen waarvoor dat niet het geval is uit de Wet vifo van overeenkomstige toepassing is verklaard. Op deze wijze is zowel de eenheid in het stelsel van veiligheidstoetsen als de bereikte specificiteit voor de sector zo goed mogelijk zichtbaar gemaakt.

Het sectorale karakter van dit voorstel blijkt uit de uitsluitende gerichtheid op de bescherming van het vitale proces 'Inzet Defensie' en op de beperking tot verwervingsactiviteiten in wezenlijke krijgsmachtleveranciers en militaire goederen- of transportleveranciers. Het wetsvoorstel is daardoor zowel naar te beschermen belang als naar toepassingsbereik sectoraal. Verder is de inhoud van de veiligheidstoets in belangrijke opzichten doelgerichter en specifiekier uitgewerkt dan in de Wet vifo waardoor dit de rechtszekerheid en proportionaliteit vergroot.

De risico's voor de nationale veiligheid zijn in dit wetsvoorstel voor de investeringstoets op het gebied van defensie meer toegeschreven op het vitale proces 'Inzet Defensie'. De beoordeling op die risico's bij een voorgenomen verwervingsactiviteit gebeurt aan de hand van beoordelingsfactoren die in het wetsvoorstel specifiekier zijn geformuleerd dan in de Wet vifo en ook anders van samenstelling zijn dan in die wet. De samenstelling en inhoud van deze beoordelingsfactoren hebben derhalve eigen accenten en inhoud gekregen, die door hun uitsluitende focus op risico's voor wezenlijke krijgsmachtleveranciers en militaire goederen- en transportleveranciers de rechtszekerheid en proportionaliteit vergroten. Daarnaast bevat het wetsvoorstel ook algemene beoordelingsfactoren die nodig zijn om goed te kunnen beoordelen op welke wijze specifieke facetten van de nationale veiligheid onder druk komen te staan. Deze algemene beoordelingsfactoren lenen zich er daardoor niet goed voor om die (ten opzichte van de Wet vifo) nader toe te spitsen, maar ze zijn wel nodig om een evenwichtige beoordeling op risico's voor de nationale veiligheid te kunnen maken.

Ook voor de samenstelling en inhoud van de eisen en voorschriften die op grond van dit wetsvoorstel mogen worden opgelegd in een toetsingsbesluit is zoveel mogelijk rekening gehouden met het sectorale toepassingsbereik van het voorstel. Deze eisen en voorschriften zijn op onderdelen anders of specifiekier van aard dan die in de Wet vifo staan. Daarbij is nadrukkelijk rekening gehouden met de specifieke achtergrond van het vitale proces 'Inzet Defensie', zoals met het veelvuldig gebruik voor dit proces van contracten tussen Defensie (de Staat der Nederlanden) en militaire goederen- en transportleveranciers ter uitvoering van overheidsopdrachten. Er is sprake van een afbakening, specificering, toevoeging en het achterwege laten van maatregelen, die gezamenlijk de bijzondere positie van wezenlijke krijgsmachtleveranciers en militaire goederen- en transportleveranciers ten aanzien van het vitale proces 'Inzet Defensie' reflecteren. Hiermee is de rechtszekerheid en proportionaliteit van de werking en toepassing van dit wetsvoorstel gebaat. Een en ander laat onverlet dat de gevolgen voor het investeringsklimaat zo beperkt mogelijk dienen te blijven. Dat betekent naast zo min mogelijk onzekerheid voor de verwerver en een zo beperkt mogelijke reikwijdte ook lage administratieve lasten en korte doorlooptijden.

Bij de samenstelling aan eisen en voorschriften die krachtens dit wetsvoorstel in een toetsingsbesluit opgelegd mogen worden, is gekeken of het mogelijk is die te categoriseren naar type veiligheidsrisico dat verbonden is met het vitale proces 'Inzet Defensie'. Gelet op de beperkte en homogene doelgroep aan leveranciers die het betreft, is dat echter niet voor de hand liggend en ook minder effectief door de gemeenschappelijke kenmerken van deze leveranciers. Wel is in ander

opzicht een onderscheid gemaakt dat bijdraagt aan rechtszekerheid en proportionaliteit. Voor verscheidene eisen en voorschriften is bepaald dat die uitsluitend opgelegd kunnen worden bij het verkrijgen van zeggenschap over een wezenlijke krijgsmachtleverancier dan wel militaire goederen- of transportleverancier, terwijl dit voor de andere maatregelen uitsluitend mogelijk is als de verwerver significante invloed verkrijgt of vergroot. Voor het overige is vrijwel ieder type veiligheidsrisico dat dit wetsvoorstel kent niet eenduidig afhankelijk of exclusief passend voor een bepaald soort maatregelen. Het hangt telkens af van de omstandigheden van het geval wat een proportionele maatregel of combinatie van maatregelen zal zijn. Voorts zijn maatregelen, voor zover mogelijk, in volgorde van zwaarte gerangschikt. Dit is geen absolute rangschikking, aangezien de uitwerking daarvan telkens sterk afhankelijk zal zijn van de omstandigheden van het geval.

De relatie tussen de geconstateerde risico's en passende maatregelen ter beheersing daarvan zijn ter beoordeling van de beide hiervoor verantwoordelijke ministers. De risicobeoordeling die tot vaststelling van een of meer risico's leidt mag uitsluitend op de in wetsvoorstel genoemde beoordelingsfactoren berusten, waarna de uitkomst daarvan zich uitsluitend mag vertalen naar de op te leggen eisen en voorschriften die het wetsvoorstel onderscheidt (afgezien van een verbod). De limitatieve opsomming van beoordelingsfactoren en op te leggen maatregelen zijn, zoals hiervoor aangegeven, zoveel mogelijk toegespitst op risico's voor de nationale veiligheid die zich bij het vitale proces 'Inzet Defensie' kunnen voordoen. Deze specificiteit vergroot de transparantie van het wetsvoorstel en daarmee de rechtszekerheid. Bij de afbakening van maatregelen die op grond van het wetsvoorstel opgelegd mogen worden, is verder waar mogelijk rekening gehouden met de mate van invloed die wordt verworven. Ook dit draagt bij aan meer gerichtheid. Binnen deze kaders die in het wetsvoorstel zijn vastgelegd, beschikken de betrokken ministers over de discretionaire bevoegdheid tot het uitvoeren van beoordelingen en het nemen van besluiten. Dit is gedaan vanuit de gedachte dat deze beoordeling maatwerk vereist en niet meer of beter vooraf in het wetsvoorstel ingekaderd kan worden zonder kans op onwenselijke uitkomsten. Deze bevoegdheid heeft een uitdrukkelijk beperkt bereik, namelijk uitsluitend gericht op verwervingsactiviteiten in wezenlijke krijgsmachtleveranciers of in militaire goederen- of transportleveranciers.

Bij de uitoefening van de bevoegdheden dient bij de ernst van de in de beoordeling geconstateerde risico's voor de nationale veiligheid altijd de minst bezwarende eis of het minst bezwarende voorschrift te worden opgelegd om het risico tot een aanvaardbaar niveau te beperken of te voorkomen. Eisen en voorschriften die in een toetsingsbesluit kunnen worden opgelegd zijn er dus op gericht om een verwervingsactiviteit toe te staan. Dit is gerechtvaardigd omdat het schrappen of beperken van de mogelijkheid om voorschriften te verbinden aan het toetsingsbesluit waarmee een verwervingsactiviteit wordt toegestaan, onvermijdelijk tot gevolg heeft dat meer verwervingsactiviteiten worden verboden vanuit voorzorg. Dit is uitdrukkelijk niet de bedoeling.

Ieder toetsingsbesluit zal worden gemotiveerd aan de hand van de definitie van nationale veiligheid en de beoordelingscriteria. Indien uit de beoordeling van de beide ministers is gebleken dat er sprake is van een risico voor de nationale veiligheid, dan wordt dit in het toetsingsbesluit vermeld en wordt er ook uiteengezet waarom de opgelegde maatregel(en) – dat wil zeggen de opgelegde eisen of voorschriften of het verbod – proportioneel en effectief zijn om de geconstateerde risico's te beheersen. In dat verband dient het toetsingsbesluit uiteraard ook te motiveren aan de hand van welke factoren de geconstateerde risico's zijn beoordeeld. Het besluit van de minister om eisen of voorschriften aan een verwervingsactiviteit te verbinden of zelfs om een verbod op te leggen is altijd een voor bezwaar en beroep vatbaar besluit dat voor de Nederlandse bestuursrechter kan worden aangevochten.

6.4 Beoordelingscriteria

Aan de hand van in het wetsvoorstel opgenomen beoordelingsfactoren identificeert de minister de risico's voor de nationale veiligheid. Een beoordeling van een melding kan uitmonden in de

mededeling aan de meldingsplichtigen of een toetsingsbesluit vereist is. In het geval dat het doen van een mededeling binnen de gestelde toetsingstermijn achterwege wordt gelaten, wordt de verwervingsactiviteit van rechtswege toegelaten. Met deze systematiek is een juiste balans bereikt tussen enerzijds de bevoegdheden van de minister en de noodzaak om daarvoor tot een gewogen risicoanalyse te komen, en anderzijds het belang van de meldingsplichtigen om zo snel mogelijk zekerheid te krijgen over de voorgenomen verwervingsactiviteit. Als tijdig de mededeling is gedaan dat een toetsingsbesluit vereist is, zal de mededeling ook inhouden dat de meldingsplichtigen een aanvraag voor een toetsingsbesluit moeten doen. De beoordeling van deze aanvraag mondt uit in een toetsingsbesluit met daarin opgenomen eisen en nadere voorschriften tot het beheersen van risico's voor de nationale veiligheid of verbiedt in het uiterste geval zelfs de verwervingsactiviteit. Er zijn nog andere situaties waarin beoordelingsfactoren relevant zijn, zoals bij ambtshalve te nemen toetsingsbesluiten en bij herziene toetsingsbesluiten als gevolg van gewijzigde omstandigheden. In al die gevallen is de minister gebonden om de beoordeling uit te voeren aan de hand van de beoordelingsfactoren die het wetsvoorstel noemt.

In dit wetsvoorstel worden met het oog op het vitale proces 'Inzet Defensie' de volgende categorieën van beoordelingsfactoren onderscheiden:

- (1) algemene beoordelingsfactoren;
- (2) beoordelingsfactoren specifiek voor het vitale proces 'Inzet Defensie'.

Met de eerste categorie worden beoordelingsfactoren bedoeld die naar hun aard niet goed geschikt zijn om (ten opzichte van de Wet vifo) specifieker te maken en nader toe te spitsen op de risico's voor nationale veiligheid die bij het vitale proces 'Inzet Defensie' aan de orde zijn. Het betreft de algemene beoordelingsfactoren die overeenkomen met die artikel 19 van de Wet vifo opsomt:

- de eigendomsstructuur en -verhoudingen van een verwerper zijn onvoldoende transparant;
- een verwerper is, of staat onder invloed van, een natuurlijke persoon, rechtspersoon of een niet-statelijke entiteit die onderworpen is aan beperkende maatregelen krachtens hoofdstuk 7 van het Handvest van de Verenigde Naties, artikel 215 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie of de Sanctiewet 1977;
- de veiligheidssituatie in het land waarvan een verwerper ingezetene is, in het land waarin het hoofdbestuur van een verwerper gevestigd is of in de landen van de omliggende regio is onzeker of slecht doordat de stabiliteit van dat land of van de landen in die regio onder grote druk staat of ernstig is aangetast als gevolg van ongewenste buitenlandse inmenging of ondermijning of dreiging daarvan, militaire dreigingen, cyberdreigingen, terroristische dreigingen, dreigingen door gewapende niet-statelijke actoren of toenemende proliferatie van massavernietigingswapens of risico daarop binnen de regio, dan wel als gevolg van intern gewapende conflicten of het uitroepen van de staat van beleg of de noodtoestand wegens een poging tot omverwerping van de internationaal erkende regering;
- de verwerper heeft een misdrijf begaan dat overeenkomt met een voor de toepassing van dit onderdeel bij ministeriële regeling vastgesteld misdrijf, of staat onder invloed van een persoon of rechtspersoon die een dergelijk misdrijf heeft begaan;
- een verwerper heeft niet of onvoldoende meegewerkt aan het onderzoek naar de voornoemde en hierna nog te noemen beoordelingsfactoren;
- indien de beoordeling betrekking heeft op een melding over onjuist aangeleverde informatie: de aard en het motief voor het fout aanleveren van die informatie.

Op de verdere inhoud van deze eerste categorie van beoordelingsfactoren is in de memorie van toelichting van de Wet vifo nader ingegaan (Kamerstukken II 2020/21, 35880, nr. 3, blz. 38 en 39). Hier wordt volstaan met daarnaar te verwijzen.

De tweede categorie beoordelingsfactoren is specifiek toegespitst op de aard van het vitale proces 'Inzet Defensie'. Er is sprake van een eigenstandig samenstel aan beoordelingsfactoren dat voor zover mogelijk nader is toegespitst op het vitale proces 'Inzet Defensie'. Het gaat hierbij om de hierna volgende beoordelingsfactoren.

Beoordelingsfactor staat van dienst bij uitvoering van wezenlijke opdrachten

Een eerste specifieke beoordelingsfactor is dat de verwerver geen goede staat van dienst heeft inzake de uitvoering van opdrachten die van wezenlijk belang zijn voor de continuïteit van de operationele relevantie of de inzetbaarheid van één of meer onderdelen van de Nederlandse krijgsmacht. Een verwerver heeft geen goede staat van dienst, indien zich bijvoorbeeld bij de uitvoering van een eerdere opdracht voor Defensie serieuze problemen hebben voorgedaan met betrekking tot de naleving van afgesproken beveiligingsvoorschriften. Maar het zou bijvoorbeeld ook kunnen gaan om tekortschieten in de naleving van te leveren kernprestaties. Het tekort schieten moet gedocumenteerd en aannemelijk zijn, zodat dit buiten gerede twijfel staat. Deze beoordelingsfactor over 'de goede staat van dienst' is specifiek toegesneden op de staat van dienst van de opdrachtnemer in relatie tot het vitale proces 'Inzet Defensie'. In de Wet vifo wordt bij de goede staat van dienst uitsluitend in algemene zin aangegeven dat het gaat om de exploitatie of het beheer van het relevante proces waarvan de continuïteit van vitaal belang is voor de Nederlandse samenleving of de naleving van wettelijke voorschriften ten aanzien hiervan.

Beoordelingsfactor gebondenheid aan gespecificeerde defensie-gerelateerde verdragsbepalingen

De wezenlijke belangen van nationale veiligheid hangen ook samen met verdragsrechtelijke verplichtingen, waaronder bijstandsverplichtingen. Indien een staat niet gebonden is aan één of meer van deze verdragsrechtelijke verplichtingen kan dat in de beoordeling van een verwerver worden betrokken die aan deze staat is gelieerd. Dat is ook het geval als de desbetreffende staat geen goede staat van dienst in de naleving van deze verdragen heeft. De verdragsrechtelijke verplichtingen waar het hier om gaat zijn artikel 2, vierde lid, van het Handvest van de Verenigde Naties, artikel 5 van het Noord-Atlantisch Verdrag of de artikelen 42, zevende lid, en artikel 222 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie of besluiten van volkenrechtelijke organisaties. De verbondenheid tussen verwerver en de niet-gebonden of slecht nalevende staat is aanwezig, indien het een staat betreft waarvan de verwerver ingezetene is, waarin het hoofdbestuur van de verwerver gevestigd is, of onder wiens invloed de verwerver staat. Het zal afhankelijk van de uitkomsten van onderzoek naar de verwerver zijn op welke wijze die met de staat verbonden is. Dit kan allerlei vormen aannemen, die zowel een formele als een meer materiële, informele achtergrond kunnen hebben. De hier voorgestelde beoordelingsfactor is veel specifiek en toegespitster dan de beoordelingsfactor die de Wet vifo bevat ten aanzien van (niet-) gebondenheid en (niet-)naleving van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

Beoordelingsfactoren voor offensieve programma's die defensiegerelateerd zijn

De verwerver kan gelieerd zijn aan een buitenlandse staat die offensieve programma's uitvoert, gericht op het verstoren of aantasten van het operationeel handelingsvermogen of de inzetbaarheid van één of meer onderdelen van de krijgsmacht van Nederland of van één of meer van zijn bondgenoten. Ook kunnen dergelijke programma's de militair-technologische voorsprong van Nederland ondermijnen of van één of meer van zijn bondgenoten, of een bedreiging vormen voor de soevereiniteit, territoriale integriteit of politieke onafhankelijkheid van Nederland of één of meer van zijn bondgenoten. De verbondenheid tussen verwerver en deze staat is aanwezig, indien het een staat betreft waarvan de verwerver ingezetene is, waarin het hoofdbestuur van de verwerver gevestigd is, of onder wiens invloed de verwerver staat. Het zal afhankelijk van de uitkomsten van het onderzoek naar de verwerver zijn op welke wijze die met de staat verbonden is. Deze voorgestelde beoordelingsfactoren zijn meer toegesneden op het vitale proces 'Inzet Defensie' dan de beoordelingsfactor die de Wet vifo ten aanzien van offensieve programma's bevat. Afgezien daarvan kan een beoordelingsfactor ook een offensief programma betreffen dat gericht is op het verwerven van technologie en kennis die nuttig zijn voor het verwerven van een technologische of strategische machtspositie die een bedreiging voor de soevereiniteit, territoriale integriteit of politieke onafhankelijkheid van Nederland kan opleveren. Voor ieder offensief programma wordt verondersteld dat een staat in woord en/of daad een strategie voert of houding aanneemt waaruit risico's zijn af te leiden als hiervoor genoemd.

Beoordelingsfactor beveiliging en rubricering

Een belangrijk risico voor de nationale veiligheid bij het vitale proces 'Inzet Defensie' is de aantasting van de integriteit en exclusiviteit van gerubriceerde gegevens en van kennis omdat dit

de operationele inzetbaarheid van de krijgsmacht direct raakt. Dit risico kan onder meer worden gemitigeerd via contractuele bepalingen, bijvoorbeeld door toepassing daarbij van de Algemene Beveiligingseisen voor Defensie Opdrachten (ABDO) of vergelijkbare regelingen met behulp van beveiligingseisen. Dit onderstreept het grote belang dat hieraan wordt gehecht. Mede gelet daarop is beveiliging en rubricering een belangrijke beoordelingsfactor voor het vitale proces 'Inzet Defensie'. Zelfs als een wezenlijke krijgsmachtleverancier niet actief is op het gebied van sensitieve technologie, kan die bijvoorbeeld toegang tot strategische kennis over de operationele inzetbaarheid van de krijgsmacht nodig hebben. Het is niet wenselijk dat bij een beoordeling van een verwerfer dan geen acht geslagen zou mogen worden op een slechte staat van dienst inzake beveiliging, de verhandeling of het gebruik van kennis, gegevens of materiaalbeveiliging en andere vormen van rubricering. Ook de naleving van de toepasselijke wettelijke voorschriften of van hiervoor relevante bindende aanwijzingen of besluiten van overheidswege zijn hiervoor relevant. Deze beoordelingsfactor is niet enkel op sensitieve technologie toegespitst, zoals in de Wet vifo. Ook wijkt de formulering af van die in de Wet vifo om beter aansluiting te zoeken bij de risico's voor nationale veiligheid zoals die voor het onderhavige wetsvoorstel zijn geïdentificeerd.

Beoordelingsfactor exportcontrole militaire strategische goederen en producten tweërlei gebruik
Een andere beoordelingsfactor die relevant is, betreft de afwezigheid van een exportcontrolebeleid of de afwezigheid van een goede staat van dienst inzake exportcontrole. Er zijn specifiek exportvoorschriften op het gebied van militaire strategische goederen en producten voor tweërlei gebruik, zodat het activiteiten betreft die samenhang hebben met het vitale proces 'Inzet Defensie'. Deze beoordelingsfactor komt ook in de Wet vifo voor, maar dan op het gebied van sensitieve technologie.

Beoordelingsfactor deelname aan samenwerkingsprogramma's van de NAVO of van de EU
Een beoordelingsfactor is verder de bereidheid van de verwerfer deel te nemen aan samenwerkingsprogramma's van de NAVO of van de EU die de nationale veiligheid bevorderen. Indien een verwerfer heeft deelgenomen aan een samenwerkingsprogramma van de NAVO of de EU kan dat in een beoordeling positief meewegen. Er is dan sprake van betrokkenheid bij voor de Nederlandse krijgsmacht relevante samenwerkingsverbanden waarvan deelname veelal afhankelijk zal zijn van het voldoen aan eisen die relevant zijn voor de nationale veiligheid van EU-lidstaten en deelnemende landen aan de NAVO. Tot een samenwerkingsprogramma kan bijvoorbeeld ook participatie in het Europees Defensiefonds worden gerekend. Het Europees Defensiefonds is een financieringsinstrument van de Europese Commissie om onderzoek en ontwikkeling op het gebied van defensietechnologie en -apparatuur te bevorderen. Hiermee wil de Commissie onder meer samenwerking en verdere integratie tussen lidstaten stimuleren. Een verwerfer die een subsidie van het Europees Defensiefonds ontvangt, zal hiervoor aan eisen moeten voldoen die mogelijk ook relevant zijn voor de nationale veiligheid van de onderscheidenlijke (lid)staten.

Beoordelingsfactor betrokkenheid verwerfer bij defensiegerelateerde industrie land van herkomst
Een verwerfer kan verbonden zijn met een land dat een actieve industriepolitiek voert waarbij het zwaartepunt van de aanwending van de industriële capaciteit en inrichting van de onderneming van de verwerfer door dat beleid wordt beïnvloed en bepaald. Het betreft de staat waar de verwerfer is gevestigd of het hoofbestuur zich bevindt, dan wel de staat die invloed op de verwerfer kan uitoefenen. Dergelijke industriepolitiek laat de inzet van de verwerfer primair ten goede komen aan de eigen krijgsmacht van de desbetreffende staat. Het beleid van die staat kan bijvoorbeeld er toe strekken dat de verwerfer opdrachten ter vervulling van taken van de krijgsmacht van die staat prioritair moet uitvoeren. Dit kan indien de situatie daarom vraagt ten koste gaan van de uitvoering van andere opdrachten, waarbij die lager worden geprioriteerd en achtergesteld of zelfs beëindigd kunnen worden. Indien een verwerfer invloed verwerft over een doelonderneming kan deze afhankelijkheid en positie van een andere staat doorwerking hebben op de uitvoering van opdrachten door een doelonderneming voor de krijgsmacht. Het kan een risico voor de nationale veiligheid zijn dat na de verwerving de (tijds) uitvoering van opdrachten voor de Nederlandse krijgsmacht negatief door de verwerfer zal worden beïnvloed, bijvoorbeeld door het anders

prioriteren van opdrachten ten gunste van het land van herkomst of zelfs beëindigen van lopende opdrachten (zie ook nader hierna).

Voor de goede orde wordt tot slot opgemerkt dat enkele beoordelingsfactoren die in de Wet vifo zijn bedoeld voor sensitieve technologie ook van dit wetsvoorstel deel uitmaken, maar daarbij specifiek van aard zijn. De behoefte aan deze beoordelingsfactoren volgt uit het specifieke en technologische karakter van bepaalde krijgsmachtleveranciers of militaire goederen- of transportleveranciers (waaronder maar niet altijd op het gebied van sensitieve technologie) en de wezenlijke rol die zij vervullen voor het vitale proces 'Inzet Defensie'. Daar staat tegenover dat anders dan in de Wet vifo in dit wetsvoorstel de beoordeling op solvabiliteit en stabiliteit van de verwerver in relatie tot het vitale proces 'Inzet Defensie' niet als factor is opgenomen. De solvabiliteit en financiële stabiliteit van een verwerver is uiteraard belangrijk voor de instandhouding van een wezenlijke krijgsmachtleverancier, bijvoorbeeld als extra kapitaal nodig is. Het belang hiervan is echter niet gelijk te stellen aan dat van een vitale aanbieder, die voor een volledig vitale proces soms in zijn eentje (eind)verantwoordelijke is. Op deze wijze is gestreefd naar de totstandkoming van een evenwichtig en gespecificeerd samenstel aan beoordelingsfactoren in het wetsvoorstel waar dat mogelijk bleek te zijn.

6.5 Eisen, voorschriften en verbod

In een toetsingsbesluit worden eisen en nadere voorschriften ('maatregelen') verbonden aan het mogen uitvoeren van de verwervingsactiviteit of wordt in het uiterste geval een verbod tot uitvoering opgelegd. Het opleggen van maatregelen in een toetsingsbesluit heeft tot doel de beheersing van risico's voor de nationale veiligheid. Het gaat hierbij om de risico's die relevant zijn voor het vitale proces 'Inzet Defensie' en die in paragraaf 2.3.2 aan bod zijn gekomen. Om deze risico's te mitigeren kunnen de volgende categorieën maatregelen worden onderscheiden:

- respecteringsmaatregelen als mitigerende maatregelen, die kunnen worden opgelegd aan uitsluitend de verwerver. Deze maatregelen hebben betrekking op het respecteren door de verwerver van beveiligingsmaatregelen die aan de doelonderneming zijn of worden opgelegd;
- mitigerende maatregelen die in het toetsingsbesluit kunnen worden opgelegd aan de verwerver en/of de doelonderneming;
- het verbieden van een verwervingsactiviteit.

Dit wetsvoorstel bevat verscheidene aan de Wet vifo ontleende maatregelen die anders dan in die wet uitsluitend aan de verwerver en dus niet ook aan de doelonderneming kunnen worden opgelegd (zie daarvoor nader onderdeel a van de volgende paragraaf). Dit verschil in afbakening is terug te voeren op de omstandigheid dat leveranciers aan de krijgsmacht regelmatig moeten voldoen aan beveiligingsvoorwaarden die Defensie hen contractueel oplegt. Deze voorwaarden gaan over onderwerpen die voor het beheersen van risico's voor de nationale veiligheid relevant zijn, zoals over veiligheid, beveiliging en vertrouwensfuncties. Ook als het wezenlijke krijgsmachtleveranciers betreft die met een dienst van algemeen economisch belang zijn belast, kunnen als onderdeel van de aanwijzing uitvoeringsvoorschriften zijn opgelegd in verband met veiligheid en beveiliging. Hiermee is sprake van een andere uitgangssituatie dan onder de Wet vifo. Het wetsvoorstel laat de inhoud van gemaakte afspraken met Defensie over dergelijke zaken of wat daarover in een aanwijzing staat ongemoeid doordat aan een doelonderneming op te leggen maatregelen hierover zich uitsluitend tot de verwerver mogen richten. Er kunnen niet eenzijdig ook maatregelen worden opgelegd aan de wezenlijke krijgsmachtleverancier of militaire goederen- of transportleverancier als uitkomst van de investeringstoets, indien die afspraken met Defensie of aanwijzingen doorkruisen. Deze maatregelen worden daarom respecteringsmaatregelen genoemd, waarbij de essentie is dat de verwerver afspraken of een aanwijzing, zoals over beveiliging, dient te respecteren.

Er wordt voorts een mogelijke maatregel voorgesteld die weliswaar samenhang heeft met de werking van beveiligingsvoorwaarden die Defensie oplegt in het kader van een overeenkomst die

wordt aangegaan, maar daarvan toch verder afstaat en daarom geen of niet louter een respecteringsmaatregel is (zie daarvoor nader onderdeel b van de volgende paragraaf).

Het wetsvoorstel voorziet verder in enkele maatregelen die geheel eigen zijn aan dit wetsvoorstel en die de Wet vifo niet kent. Deze maatregelen waarborgen dat lopende overeenkomsten met Defensie niet op instigatie van een verwerver door de doelonderneming worden beëindigd of dat de uitvoering van een overeenkomst lager wordt geprioriteerd waardoor dit ten koste gaat van (leverings)zekerheid. Deze maatregelen kunnen aan de orde zijn als het risico bestaat dat die overeenkomsten onder druk van de verwerver door de militaire goederen- of transportleveranciers (of in voorkomend geval door de wezenlijke krijgsmachtleveranciers) eenzijdig worden beëindigd of de uitvoering daarvan wordt achtergesteld ten opzichte van andere opdrachten (zie daarvoor nader onderdelen c en d van de volgende paragraaf). Deze ten opzichte van de Wet vifo nieuw toegevoegde maatregelen richten zich op risico's voor de nationale veiligheid die zich pas bij het verkrijgen van *beslissende* invloed over een doelonderneming zullen voordoen. Daarom is de werking van die maatregelen beperkt tot verwerfers die zeggenschap verkrijgen. Deze maatregelen kunnen in tegenstelling tot alle andere maatregelen niet worden opgelegd, indien de verwerver uitsluitend *significante* invloed heeft verkregen of vergroot. De hier bedoelde maatregel zal in ieder geval niet aan de orde zijn bij een wezenlijke krijgsmachtleverancier die door middel van een aanwijzing is belast met een dienst van algemeen economisch belang om met voorrang op andere opdrachten voor Defensie te produceren. Door die aanwijzing is ook het risico op achterstelling ten opzichte van andere opdrachten daarmee al afgedekt.

De inhoud van andere verdergaande maatregelen die in dit wetsvoorstel aan bod komen, is ontleend aan de Wet vifo (zie daarvoor nader onderdelen e, f en g van de volgende paragraaf). Dit is met inbegrip van twee maatregelen die in het kader van de Wet vifo uitsluitend opgelegd kunnen worden aan ondernemingen die actief zijn op het gebied van sensitieve technologie. Overname daarvan in dit wetsvoorstel is wenselijk, aangezien veel van de krijgsmachtleveranciers van militaire goederen alsook wezenlijke krijgsmachtleveranciers technologisch gedreven zijn (waaronder maar niet enkel op het gebied van sensitieve technologie). Naast het toevoegen van enkele nieuwe maatregelen die de Wet vifo niet kent, zijn ook enkele maatregelen uit de Wet vifo achterwege gelaten door gebrek aan toegevoegde waarde daarvan voor de toepassing van dit wetsvoorstel (zie daarvoor nader onderdeel h van de volgende paragraaf). Zowel samenstelling als inhoud van deze maatregelen is daarmee niet volledig identiek aan die uit de Wet vifo.

In het uiterste geval kan een verbod worden opgelegd (zie daarvoor onderdeel i van de volgende paragraaf).

6.6 Eisen, voorschriften en verbod nader bezien

In deze paragraaf komen de respecteringsmaatregelen, mitigerende maatregelen en in het uiterste geval het opleggen van een verbod nader aan de orde.

a. respecteringsmaatregelen rond veiligheid, beveiliging en integriteit

Een als eerste in dit wetsvoorstel voorgestelde maatregel ziet op de naleving van veiligheids- en gebruiksvoorschriften rond omgang met gevoelige informatie. Een tweede voorgestelde maatregel ziet op de vaststelling van bepaalde aspecten over het beveiligings- en integriteitsbeleid van de doelonderneming. Beide maatregelen komen ook in de Wet vifo voor, maar worden in dit wetsvoorstel vanuit een andere invalshoek benaderd. De portée en inhoud van deze maatregelen is daarmee niet identiek aan die van de Wet vifo.

De reden voor het verschil in benadering is dat op defensiegebied de onderwerpen veiligheid, beveiliging en integriteit veelvuldig onderwerp zijn van overeenkomsten met Defensie. Afspraken hierover verplichten de opdrachtnemer, zoals een militaire goederen- of transportleverancier, daar uitvoering aan te geven. De uitvoering van die afspraken levert een bijdrage aan het beheersen van risico's voor de nationale veiligheid. In zoverre biedt het contractenrecht mogelijkheden om

risico's te mitigeren en maakt Defensie daar gebruik van. Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor uitvoeringsvoorschriften die aan een aanwijzing die een wezenlijke krijgsmachtleverancier belast met een dienst van algemeen economisch belang, zijn verbonden. De bescherming die overeenkomsten of aanwijzingen bieden is echter niet volkomen. Dit geldt in het bijzonder ten aanzien van de positie die de verwerver, als derde partij, inneemt ten aanzien van overeenkomsten of aanwijzingen. Het kan risico's voor de nationale veiligheid opleveren als de verwerver overeenkomsten tussen Defensie en de doelonderneming frustreert of niet de intentie daarvan respecteert bij het eigen handelen. Dit risico kan zich ook voordoen door de uitvoering door een wezenlijke krijgsmachtleverancier van een aanwijzing te frustreren.

Een verwerver kan bijvoorbeeld met formele of informele invloed die is verkregen als gevolg van de verwerving, direct of indirect toegang tot gevoelige informatie proberen te verkrijgen, die zich niet met veiligheids- en gebruiksvoorschriften verdraagt. Daarmee zou de verwerver de bescherming doorbreken die Defensie juist probeert te behouden met de toepassing van veiligheids- en gebruiksvoorschriften waaraan de wezenlijke krijgsmachtleverancier dan wel militaire goederen- of transportleverancier moet voldoen. Een risico kan bijvoorbeeld ook aanwezig zijn, indien de verwerver verworven invloed strategisch inzet waardoor afspraken over de kwaliteit van beveiliging slechts marginaal worden ingevuld of opzij worden gezet. Er ontbreekt in dat geval een constructieve houding van de verwerver om de doelonderneming in staat te stellen om het afgesproken beveiligingsbeleid kwalitatief goed te implementeren.

Als de verwerver dergelijke in een overeenkomst vastgelegde afspraken frustreert of een aan de doelonderneming opgelegde aanwijzing dwarsboomt, kan de Staat thans niet snel en eenvoudig in het belang van de nationale veiligheid daartegen optreden. De Staat kan tegen de verwerver als derde partij alleen indirect via de doelonderneming optreden of proberen met inzet van buitencontractuele rechtsmiddelen – een civielrechtelijke of strafrechtelijke procedure - het handelen of nalaten van de verwerver ter discussie te stellen. Het volgen van de weg van civielrechtelijk procederen is echter complex, langdurig en met een ongewisse uitkomst. En van strafbaar handelen zal ook lang niet altijd sprake hoeven te zijn. Door de afhankelijkheid die Defensie heeft ten opzichte van de wezenlijke krijgsmachtleverancier of militaire goederen- of transportleverancier is het voortijdig beëindigen van een contract of een aanwijzing bovendien geen optie, als dat bij een contract al technisch zou kunnen. Dit is geen effectieve wijze van opereren om de nationale veiligheid te beschermen. Daarom is het nodig dit met een passende mitigerende maatregel wettelijk te regelen.

Gelet op het bovenstaande richten mitigerende maatregelen over veiligheid, beveiliging en integriteit in dit wetsvoorstel zich specifiek en uitsluitend op de verwerver als derde partij, daarbij rekening houdend met aanwijzingen aan of Defensieovereenkomsten met de doelonderneming. Met deze specifieke maatregelen ('respecteringsmaatregelen') moet de verwerver de afspraken met of aanwijzing aan de doelonderneming over veiligheid, beveiliging en integriteit respecteren. Op deze publiekrechtelijke binding van de verwerver ten aanzien van kwesties aangaande veiligheid, beveiliging en/of integriteit die voor de wezenlijke krijgsmachtleverancier dan wel militaire goederen- of transportleverancier gelden, houden daartoe aangewezen ambtenaren van het Bureau Toetsing Investerings toezicht met bevoegdheden tot handhaving (zie hierover nader hoofdstuk 11). Daarmee wordt het mogelijk de verwerver effectief op de naleving van mitigerende maatregelen aan te spreken zonder dat dit overeenkomsten doorkruist. Anders dan in de Wet vifo kunnen deze maatregelen niet (ook) aan de doelonderneming worden opgelegd, maar uitsluitend aan de verwerver met het oog op respecteren. Het moeten respecteren door de verwerver als op te leggen maatregel ziet op (afgesproken) veiligheids- en gebruiksvoorschriften en over afgesproken beleid inzake beveiliging respectievelijk integriteit zoals dat tussen de onderneming in kwestie en Defensie is overeengekomen.

b. beveiligingsfunctionaris als maatregel

Onderdeel van de beveiligingsvoorwaarden die Defensie de opdrachtnemers in haar contracten oplegt, is veelal de aanstelling van een beveiligingsfunctionaris. De taken en verantwoordelijkheden van een beveiligingsfunctionaris komen in die voorwaarden uitvoerig aan bod. Een dergelijke

functionaris is op grond van die voorwaarden onder meer gerechtigd om voor het beheer van toegang tot informatie autorisaties vast te stellen en in te trekken. Er is een contractuele bevoegdheid om de toegang tot of overdracht van informatie en de toegang tot bedrijfsprocessen te beperken of te verbieden. Het wetsvoorstel respecteert de afspraken hierover, zodat anders dan in de Wet vifo een mitigerende maatregel zich hierover niet uitstrekt. Het kan ingeval van een verwerving echter nodig blijken te zijn dat de beveiligingsfunctionaris over verderstrekkende bevoegdheden dient te beschikken dan die waarin per overeenkomst wordt voorzien. Ook kan het nodig zijn dat die verderstrekkende bevoegdheden worden uitgeoefend door een veiligheidscommissie in plaats van een enkele beveiligingsfunctionaris.

Het wetsvoorstel houdt met dit laatste rekening door het opleggen van die verderstrekkende bevoegdheden als mitigerende maatregel mogelijk te maken. Zo kan als mitigerende maatregel aan de wezenlijke krijgsmachtleverancier of militaire goederen- of transportleverancier worden opgelegd dat er een veiligheidscommissie of beveiligingsfunctionaris komt, die bevoegd en gehouden is om het handelen of nalaten van de verwerver of doelonderneming dat strijdig is met het gevoerde veiligheids- of integriteitsbeleid aan de minister te rapporteren. Voor de uitoefening hiervan moet dan geen instemming van de raad van bestuur of (controleerende) aandeelhouder van de wezenlijke krijgsmachtleverancier of militaire goederen- of transportleverancier vereist zijn. Indien nodig, wordt die rapportering vergezeld van een handhavingsverzoek dat gericht is aan de toezichthoudende ambtenaren ter bescherming tegen inbreuken op het wetsvoorstel. Bij een rapportage van een inbreuk kan het bijvoorbeeld gaan om geconstateerde duidelijk gebrekkige of achterwege gelaten interne screening van sleutelfunctionarissen door een interventie van de verwerver, terwijl een volwaardige screening overeenkomstig het eigen veiligheids- en integriteitsbeleid had moeten worden toegepast.

Door deze maatregel kan worden gewaarborgd dat gevoelige informatie of knowhow onder permanent operationeel toezicht komt te staan als geregeld in dit wetsvoorstel. Deze maatregel is van toepassing op alle betrokkenen, dus ook op eventueel door de Ondernemingskamer in het kader van een enquêteprocedure benoemde onderzoekers, bestuurders of commissarissen. De beheersing van in het toetsingsbesluit geconstateerde risico's voor de nationale veiligheid gaat immers boven het belang van geschillenbeslechting binnen de onderneming.

c. continueringsmaatregel uitvoering van lopende overeenkomsten met Defensie

De verwerver kan een buitenlands defensie-gerelateerd conglomeraat zijn dat op basis van industriepolitiek nationale veiligheidsbelangen wil of moet laten prevaleren bij de uitvoering van opdrachten ten nadele van de opdrachten van Defensie. Het risico kan dan bestaan dat dit ten koste gaat van de continuering van de uitvoering van lopende opdrachten voor Defensie die van belang zijn voor de operationele relevantie of inzetzekerheid van de krijgsmacht. Daarmee wordt door de verwerver de nationale veiligheid van Nederland die met defensieopdrachten is gemoeid op achterstand gesteld ten opzichte van de nationale veiligheid van een ander land of van commerciële (en vanuit nationale veiligheid bezien) secundaire belangen van de verwerver. Een verwerver met zeggenschap over een wezenlijke krijgsmachtleverancier dan wel militaire goederen- of transportleverancier zou die leverancier om dergelijke redenen er zelfs toe kunnen bewegen een lopende overeenkomst met Defensie te beëindigen. De continuïteit van de inzet van de krijgsmacht kan daardoor onder zeggenschapsdruk van de verwerver worden aangetast doordat operationele relevantie of inzetzekerheid van de krijgsmacht afneemt.

Deze uitkomst is niet verenigbaar met de wezenlijke belangen van nationale veiligheid. Om het risico hierop te verkleinen mag de minister als voorwaarde aan een verwervingsactiviteit de maatregel verbinden dat een overeenkomst met Defensie die betekenis heeft voor de operationele relevantie en inzetzekerheid van de krijgsmacht, ook na verwerving onverminderd gecontinueerd moet worden. De lopende overeenkomst mag niet eenzijdig beëindigd worden door de doelonderneming. Aan de maatregel kunnen voorwaarden worden verbonden, die specifieke uitzonderingen op eenzijdige beëindiging mogelijk maken of bij het intreden waarvan de maatregel wordt opgeheven en eenzijdige beëindiging alsnog mogelijk is. Dit biedt de ruimte om bij het

opleggen van de maatregel onder meer rekening te houden met de specifieke inhoud van de overeenkomst en verdere omstandigheden van het geval. Om deze maatregel te kunnen opleggen moet aan meerdere vereisten zijn voldaan.

In de eerste plaats is het opleggen van deze maatregel alleen gerechtvaardigd, indien aan de verwervingsactiviteit risico's voor de nationale veiligheid zijn verbonden die direct of indirect tot gevolg kunnen hebben dat de overeenkomst door de doelonderneming met Defensie snel of op termijn voortijdig wordt beëindigd. De kans daarop is in ieder geval aanwezig, indien wordt ingeschat dat voor het land van herkomst van de verwerver vanuit nationale veiligheidsbelangen en/of industriepolitieke belangen meerwaarde kan worden ontleend aan een dergelijke beëindiging. Bij deze inschatting zal de rol en positie van de verwerver moeten worden betrokken in het licht van nationale veiligheidsbelangen en/of industriepolitieke belangen van het land van herkomst van de verwerver.

In de tweede plaats kan de maatregel uitsluitend worden opgelegd, indien de verwerver een beslissende invloed verkrijgt over de wezenlijke krijgsmachtleverancier dan wel militaire goederen- of transportleverancier die doel van de verwerving is. Met name dan wordt de verwerver altijd geacht in staat te zijn effectief aan te sturen op beëindiging van de overeenkomst door de doelonderneming. Er is voor gekozen de maatregel uitsluitend bij zeggenschap en niet eerder al bij het verkrijgen of vergroten van significante invloed op te kunnen laten leggen.

In de derde plaats kan de maatregel uitsluitend worden opgelegd op een lopende overeenkomst die ten tijde van de verwerving al bestond. Het opleggen van deze maatregel strekt zich niet uit tot toekomstige overeenkomsten met Defensie die na een verwerving worden gesloten omdat ten tijde van de beoordeling van de verwerving en het opleggen van maatregelen geen rekening kan worden gehouden met de specifieke inhoud van die nog toekomstige overeenkomsten.

d. geen lagere prioritering tot uitvoeren van overeenkomsten met Defensie als maatregel

Het wetsvoorstel regelt verder als mitigerende maatregel dat een lopende overeenkomst met Defensie niet achtergesteld uitgevoerd mag worden ten gunste van andere overeenkomsten die de doelonderneming is aangegaan of aangaat. Een dergelijke herschikking in prioritering kan tot risico's voor de nationale veiligheid leiden door de vertraagde uitvoering van de overeenkomst met Defensie. Het risico daarvan is dat dit ten koste gaat van de contractuele prioritaire uitvoering van opdrachten voor Defensie die van belang zijn voor de operationele relevantie of inzet zekerheid van de krijgsmacht. Daarmee wordt door de verwerver de nationale veiligheid van Nederland die met defensieopdrachten is gemoeid op achterstand gesteld ten opzichte van de nationale veiligheid van een ander land of van commerciële (en vanuit nationale veiligheid bezien) secundaire belangen van de verwerver.

Deze maatregel kan uitsluitend worden opgelegd, indien na verwerving een kans bestaat dat de verwerver erop zal aansturen om de uitvoering van de overeenkomst met Defensie achter te stellen, en dus daaraan een lagere prioriteit te geven, ten opzichte van de uitvoering van opdrachten met anderen. Achterstellen kan op allerlei manieren plaatsvinden. Er kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het structureel herschikken van de inzet van productiemiddelen en capaciteit waarvan vooral een defensieconglomeraat uit het land van herkomst van de verwerver profiteert waartoe die verwerver behoort en waarvoor opdrachten worden uitgevoerd. Ook kan achterstellen betekenen dat reeds geproduceerde goederen ten nadele van Defensie als afnemer daarvan herverdeeld worden binnen de toeleveringsketen om andere dan louter commerciële redenen. Bij de beoordeling is van belang of er aanwijzingen zijn dat de verwerver op grond van veiligheidsbelangen of industriepolitiek van een ander land bij een achterstelling van Defensie belang kan hebben.

De voorgestelde maatregel laat onverlet dat Defensie de mogelijkheid behoudt de betrokken doelonderneming op een toerekenbare tekortkoming in de uitvoering van de overeenkomst aan te spreken als gevolg van achterstelling. Een beroep hierop is met name kansrijk als de tekortkoming

al heeft plaatsgevonden of onontkoombaar zal plaatsvinden. Het volgen van deze weg werkt echter preventief minder goed richting de verwerver (en doelonderneming) om het intreden van achterstelling van Defensie en de daaraan verbonden risico's voor de nationale veiligheid te vermijden. De voorgestelde maatregel heeft daarentegen een duidelijk preventieve werking voor ook de verwerver door het afschrikwekkend effect van de onmiddellijke en serieuze gevolgen die aan achterstelling verbonden zijn, waaronder schorsing van rechten en de effectuering daarvan, alsmede door het actieve toezicht dat wordt uitgeoefend op de naleving van de maatregel met de daarbij behorende toezichtsbevoegdheden en handhavingsmogelijkheden. Ook kan sprake zijn van een strafbaar feit als bedoeld in de Wet op de economische delicten.

Deze maatregel mag enkel worden opgelegd, indien de verwerver zeggenschap over de wezenlijke krijgsmachtleverancier dan wel militaire goederen- of transportleverancier heeft verkregen die met Defensie een overeenkomst heeft gesloten. En evenals bij de vorige maatregel dient de overeenkomst in kwestie al gesloten te zijn op het tijdstip dat de verwervingsactiviteit wordt uitgevoerd. De maatregel zal veelal gecombineerd met de continueringsmaatregel worden opgelegd doordat beide maatregelen op een overeenkomst met Defensie betrekking hebben.

De maatregel kan vervallen als Defensie, doelonderneming en verwerver een nieuwe overeenkomst sluiten over een lopende opdracht die recht doet aan de nationale veiligheidsbelangen die met de prioritaire uitvoering van de hoofdtaken van de krijgsmacht gemoeid zijn.

e. dochtermaatschappij en aparte raad van commissarissen

Een verderstrekkende maatregel is om bepaalde kennis, middelen of technologie verplicht onder te laten brengen in een aparte dochtermaatschappij in Nederland. Het dient te gaan om kennis, middelen of technologie waarover de wezenlijke krijgsmachtleverancier dan wel militaire goederen- of transportleverancier beschikking heeft en die wezenlijk is of zijn voor de operationele relevantie en inzetbaarheid van de krijgsmacht. Doel van deze maatregel is om de delen van een bedrijf waarin risico's voor de nationale veiligheid zijn geconstateerd te scheiden van de rest van het concern dat bij de verwervingsactiviteit betrokken is. Daaraan gekoppeld kan een verplichting worden opgelegd dat een Nederlandse dochtermaatschappij een eigen raad van commissarissen heeft. Op deze wijze (of met een combinatie van deze maatregelen) worden de relevante delen van een doelonderneming buiten de risicovol geachte wijziging van zeggenschap gehouden.

Deze maatregel is vooral nuttig in combinatie met andere maatregelen. Denk bijvoorbeeld aan de mogelijkheid om voor een aparte dochtermaatschappij een eigen veiligheidscommissie of raad van commissarissen in te stellen. Het wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid daartoe. Het voordeel hiervan is dat er zowel vanuit het oogpunt van de nationale veiligheid als vanuit het oogpunt van bedrijfsvoering maatwerk wordt geleverd: er kan scherper toezicht plaatsvinden op delen van de doelonderneming waar risico's voor de nationale veiligheid kunnen ontstaan, terwijl de bedrijfsvoering van de rest van het concern niet door deze maatregel wordt geraakt. Eventuele integratie- of consolidatieplannen van de verwerver voor de rest van het concern worden hiermee bijvoorbeeld niet doorkruist. Verder kan er, door een raad van commissarissen te laten instellen, meer zicht op de bedrijfsstrategie ontstaan en komt het belang van de dochteronderneming voorop te staan. Het gaat hier allereerst om een duaal bestuursmodel, waarbij de raad van commissarissen geen zitting neemt in het dagelijks bestuur van de dochteronderneming. Hiermee wordt de raad op afstand geplaatst waardoor er een scherp onderscheid ontstaat tussen uitvoering en toezicht. Dit bevordert de onafhankelijkheid van de raad van commissarissen als toezichthouder, waarmee de door de opgelegde maatregel bedoelde autonomie van de dochtermaatschappij ten opzichte van de verwerver en de rest van het concern wordt bereikt. Hetgeen over het instellen van een raad van commissarissen als maatregel verder in de memorie van toelichting op de Wet vifo ter toelichting is opgemerkt, is onverkort relevant voor de toepassing van dit wetsvoorstel.³⁷

³⁷ Kamerstukken II 2020/21, nr. 3, blz. 47.

f. maximum aandelenbelang en certificering van aandelen

De minister kan een maximum aandelenbelang voor de verwerver vaststellen en opleggen dat de aandelen van de verwerver worden gecertificeerd. Hierbij moet ook gekeken worden wat dit betekent voor de andere aandeelhouders van de onderneming. Door de mogelijkheid om certificering van aandelen in het toetsingsbesluit op te leggen kan de minister een grens stellen aan de mate van invloed die wordt verworven, zodat de risico's voor de nationale veiligheid worden beperkt. In het geval van certificering van de aandelen is ervoor gekozen om dit alleen mogelijk te maken via een stichting administratiekantoor (STAK). Het gaat hierbij in principe om de certificering van gewone aandelen waarmee zeggenschap uitgeoefend kan worden, omdat op deze manier via een STAK de zeggenschap wordt gescheiden van het financieel belang van de aandelen, wat precies het doel van de maatregel is. Certificering kan zowel bij een naamloze vennootschap als bij een besloten vennootschap worden opgelegd. De uitgegeven certificaten moeten in zo'n geval niet geacht worden met medewerking van de vennootschap te zijn uitgegeven en kunnen dus afwijken van een statutaire regeling. Hetgeen over het certificering van aandelen via een STAK in de memorie van toelichting op de Wet vifo ter toelichting verder is opgemerkt, is onverkort relevant voor de toepassing van dit wetsvoorstel.³⁸

g. informatiedeling bij verplaatsing naar derde land en verwerving tegen redelijke en marktconforme prijs

Een risico voor de nationale veiligheid kan zijn dat als gevolg van een verwerving de kans ontstaat of toeneemt dat de verwerver een ondernemingsactiviteit van een wezenlijke krijgsmachtleverancier dan wel militaire goederen- of transportleverancier laat beëindigen of doet verplaatsen naar een derde land. Dit risico kan bijvoorbeeld aanwezig zijn als de verwerver met een krijgsmacht of een staat uit een derde land is verbonden, die om (geo)politieke redenen niet enkel juridische maar ook territoriale controle wil krijgen over ondernemingsactiviteiten in een wezenlijke krijgsmachtleverancier dan wel militaire goederen- of transportleverancier. Een dergelijk risico kan ook pas later worden geconstateerd nadat de verwerving al is afgerond. De minister kan met het oog hierop in het toetsingsbesluit opleggen dat jegens de minister informatie wordt gedeeld die hiervoor relevant is, waarna maatregelen uit dit wetsvoorstel aanvullend kunnen worden opgelegd indien het risico op beëindiging of verplaatsing bestaat. Ook kan in het toetsingsbesluit worden bepaald dat de minister bij aanwezigheid van een dergelijk risico voor de nationale veiligheid de onderneming, delen daarvan of bepaalde vermogensbestanddelen mag verwerven voor een redelijke en op dat moment marktconforme prijs. Daarmee komt de ondernemingen of (vermogensbestand)delen daarvan in handen van de Staat, waardoor het risico voor de nationale veiligheid dat aan beëindiging of verplaatsing verbonden is niet intreedt. Tegelijkertijd zal bij een dergelijke maatregel uiteraard ook het behoud van de continuïteit van de onderneming betrokken dienen te worden.

h. het in bewaring geven bij de Staat of een derde partij in Nederland van bepaalde technologie, broncode, genetische code of kennis

Het wetsvoorstel biedt de mogelijkheid een verwerver te verplichten bepaalde technologie, broncode, genetische code, of kennis bij de Staat of een derde partij in Nederland in bewaring te geven. Deze technologie, codes of kennis mogen uitsluitend ter beschikking worden gesteld door de Staat of een derde partij voor niet-commerciële doeleinden bij acute risico's voor het vitale proces 'Inzet Defensie' voor de duur dat die risico's zich voordoen. Dit is een concept dat de Europese Commissie ook beschrijft in de context van defensieaanbestedingen of aanbestedingen met een veiligheidskarakter³⁹. Via deze maatregel kunnen risico's worden gemitigeerd voor de integriteit en exclusiviteit van kennis en informatie met kritieke of strategische betekenis voor de krijgsmacht en het voorkomen van strategische afhankelijkheden voor Nederland van de defensie-

³⁸ Kamerstukken II 2020/21, nr. 3, blz. 48.

³⁹ Zie paragraaf 2.1 van het document Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the fields of defence and security – Guidance Note – Security of Supply: Externe link: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/15409/attachments/1/translations/>.

industrie van andere landen. Deze maatregel mag evenwel vanuit proportionaliteit en het doel waarvoor deze kan worden opgelegd, enkel het belang van de nationale veiligheid dienen en dus geen commerciële of economische doelstellingen nastreven. De maatregel is er op gericht dat technologie, broncode, genetische code, of kennis in bewaring wordt gegeven en pas onder hele specifieke omstandigheden wordt vrijgegeven voor de duur dat een acuut risico zich voordoet.

i. mogelijke beëindiging beursnotering van een doelonderneming

Tot slot kan bij het nemen van een toetsingsbesluit over een voorgenomen investering direct al rekening worden gehouden met een eventuele toekomstig intredende situatie waarbij de beursnotering van een doelonderneming wordt beëindigd. Het is niet wenselijk dat een dergelijk ingrijpende verandering in het karakter van de doelonderneming volledig buiten de beoordeling op risico's voor nationale veiligheid in het kader van zeggenschap blijft, maar het is evenmin proportioneel om dan de verwervingsactiviteit te verbieden met het oog op de kans dat die situatie in de toekomst kan intreden. Door voorafgaande toestemming van de minister aan deze zeer specifieke en ingrijpende verandering te verbinden kan hiermee alsnog op passende wijze rekening worden gehouden.

Mitigerende maatregelen die niet uit de Wet vifo zijn overgenomen

Anders dan in de Wet vifo voor sensitieve technologie is bepaald, beschikt de minister niet over de bevoegdheid om beperkingen in het toetsingsbesluit op te leggen aan dienstverlening of verkoop van goederen die na de verwervingsactiviteit worden uitgevoerd. De dienstverlening en verkoop van goederen door wezenlijke krijgsmachtleveranciers dan wel leveranciers van militaire goederen zijn onderworpen aan de voor exportcontrole fungerende regimes. Deze regimes zijn specifiek op militaire goederen en op producten voor tweëerlei gebruik en afgestemd. Bovendien zijn militaire goederen zelf bij intra EU-transacties gereguleerd en biedt dat ook langs die weg extra waarborgen. Gelet op deze nauw met militaire geschiktheid verbonden afbakening, heeft het onvoldoende toegevoegde waarde dat deze maatregel onder dit wetsvoorstel wordt gebracht. De waarde van deze maatregel onder de Wet vifo is vooral gelegen in vitale aanbieders en ondernemingen actief op het gebied van sensitieve technologie die verder af staan van de militaire dimensie die aan exportcontrole is verbonden. Daarom heeft deze maatregel wel waarde voor de Wet vifo, maar niet onder dit wetsvoorstel.

Een soortgelijke afweging heeft plaatsgevonden ten aanzien van de maatregel die de Wet vifo bevat ingeval van beëindiging of verplaatsing van een ondernemingsactiviteit naar een derde land. Aan verplaatsing of beëindiging kunnen op grond van Vifo eisen worden gesteld of voorschriften worden verbonden. Hierbij kan de onderneming verplicht worden de Staat in de gelegenheid te stellen om de onderneming of bepaalde vermogensbestanddelen daarvan te verwerven voor een redelijke en op dat moment marktconforme prijs. Dergelijke beëindiging of verplaatsing is duidelijk te onderscheiden van verwervingsactiviteiten waarover dit wetsvoorstel gaat (zie voor een nadere toelichting voor dit verschil: Kamerstukken II 2020/21, 35880, nr. 3, blz. 16 en 17). Deze eisen en voorschriften zijn echter niet strikt noodzakelijk onder dit wetsvoorstel door de bescherming die andere regelgeving biedt. De regelgeving over de uitvoer die is onderworpen is aan exportcontrole, heeft specifieke betekenis voor het verhinderen van het (zomaar) kunnen verplaatsen van bepaalde ondernemingsactiviteiten met een militaire achtergrond. Die exportcontrole beperkt zich niet tot militaire goederen als resultaat van ondernemingsactiviteiten, maar ziet ook op het exporteren van vermogensbestanddelen van de onderneming zelf. Een voorbeeld hiervan betreft de in de lijst van militaire goederen opgenomen speciaal ontworpen of aangepaste productieapparatuur voor de productie van goederen bedoeld in de gemeenschappelijke EU-lijst van militaire goederen, en speciaal ontworpen onderdelen daarvoor (zie ML18 van de lijst van militaire goederen). Hierbij wordt onder productie verstaan alle productiestadia, zoals productie, engineering, fabricage, integratie, assemblage (monteren), inspectie, testen, kwaliteitsborging. Daarmee heeft de lijst niet enkel op geproduceerde goederen betrekking, maar bijvoorbeeld ook op speciale of aangepaste productieapparatuur voor de productie van militaire goederen.

Ook anders dan in de Wet vifo beschikt de minister niet over de bevoegdheid om te eisen dat op eerlijke, redelijke en non-discriminatoire voorwaarden een licentie wordt aangeboden op bepaalde

kennis, beschermd door octrooien of andere intellectuele eigendomsrechten, aan of een of meer derde partijen die gevestigd zijn in de Europese Unie om kennis of technologie beschikbaar te houden voor Nederland of de Europese Unie. De Rijksoctrooiwet 1995 houdt reeds rekening met het belang van de verdediging van het Koninkrijk bij een recht op gebruik of toepassing van hetgeen waarop een octrooiaanvraag betrekking heeft (zie in het bijzonder artikel 44 van de Rijksoctrooiwet 1995).

Verbod

De in een toetsingsbesluit op te leggen maatregel, of veelal een combinatie van op te leggen maatregelen, dient altijd in verhouding te staan tot een of meer van de in paragraaf 2.3.2 genoemde risico's voor de nationale veiligheid die in het concrete geval zijn geconstateerd. Alleen als met respecterings- of mitigerende maatregelen niet kan worden volstaan, wordt de verwervingsactiviteit in het toetsingsbesluit verboden. Een verbod stelt geen eisen of voorschriften aan een verwervingsactiviteit, maar is een uiterst ingrijpen waardoor de verwervingsactiviteit geen doorgang kan vinden omwille van het beschermen van de nationale veiligheid tegen een of meer van de gedefinieerde risico's. Een verbod kan op grond van het wetsvoorstel zowel zien op het verkrijgen van zeggenschap als op het verkrijgen of vergroten van significante invloed.

Een alternatief voor een verbod kan zijn dat de Staat besluit tot een deelneming in of zelfs volledige overname van de doelonderneming voordat het tot een verwerving komt. Een dergelijke staatsdeelneming is eveneens een vorm van beheersing van de risico's voor de nationale veiligheid. De Staat verkrijgt immers door aandeelhouderschap of ander eigenaarschap invloed op het reilen en zeilen van de betrokken doelonderneming: de wezenlijke krijgsmachtleverancier dan wel militaire goederen- of transportleverancier. Dit kan tegenwicht bieden aan of in de plaats komen van een andere verwerver. De Staat is echter niet gehouden om de nationale veiligheid op deze wijze te verzekeren in plaats van het in ultimo opleggen van een verbod. Een staatsdeelneming zou een verdergaande inmenging in de ondernemingsvrijheid impliceren die ten koste gaat van het investeringsklimaat; zie voorts paragraaf 3.4 hierover. De inmenging van de Staat met een deelneming in een wezenlijke krijgsmachtleverancier dan wel militaire goederen- of transportleverancier, verhindert andere investeerders die deelneming nog te kunnen doen terwijl dat met een verbod gericht op een enkele verwerver niet zo is. Aan het nemen van een staatsdeelneming zijn afwegingen verbonden die verbonden zijn met het staatsdeelnemingenbeleid. Dit is geen onderwerp van dit wetsvoorstel.

6.7 Veranderde omstandigheden

Op grond van het wetsvoorstel worden activiteiten getoetst op risico's voor de nationale veiligheid. Dit gebeurt voorafgaand aan de activiteit. Als gevolg van veranderde omstandigheden kunnen zich echter ook nadat een activiteit is toegestaan risico's voor de nationale veiligheid voordoen. Het gaat hierbij nadrukkelijk om een risico dat is ontstaan zonder dat er een verandering van zeggenschap of significante invloed heeft plaatsgevonden (dan zou er immers sprake zijn van een nieuwe meldplicht en toets). Een voorbeeld hiervan is een machtswisseling in het land van de houder van zeggenschap in een (Nederlandse) wezenlijke krijgsmachtleverancier dan wel militaire goederen- of transportleverancier. Als het nieuwe regime Nederland vijandig gezind is of wezenlijke invloed uitoefent op de eigenaar van desbetreffende (Nederlandse) doelonderneming dan zou dit zwaarwegende gevolgen kunnen opleveren voor het vitale proces 'Inzet Defensie' en daarmee voor de continuïteit van de inzet van de krijgsmacht. Daarmee is de nationale veiligheid in het geding.

Om dit soort risico's als gevolg van veranderde omstandigheden beheersbaar te houden, is het op grond van het wetsvoorstel mogelijk om een eerder getoetste casus te heropenen en aan een nieuwe toets te onderwerpen. Hiertoe is in artikel 2.7 van het wetsvoorstel het wetsartikel uit de Wet vifo dat hierop betrekking heeft, van overeenkomstige toepassing verklaard (artikel 27 van de Wet vifo). De mogelijkheid tot heropening is vanuit het perspectief van de nationale veiligheid noodzakelijk omdat de wereld na een toets niet stilstaat en er in de loop der jaren bij een eerder getoetste en toegestane verwervingsactiviteit alsnog risico's voor de nationale veiligheid kunnen

ontstaan. Tegelijkertijd heeft het heropenen van een casus en het nemen van een nieuw toetsingsbesluit, of een toetsingsbesluit volgend op een eerdere mededeling dat geen besluit nodig was, behalve effecten op de onderneming zelf, ook effecten op de rechtszekerheid en daarmee de investeringszekerheid van ondernemingen in Nederland. Een eerdere mededeling of eerder toetsingsbesluit stond immers niet in de weg aan de verwervingsactiviteit, maar door omstandigheden kan een nieuwe beoordeling voor die inmiddels al uitgevoerde verwervingsactiviteit nodig zijn. Voor de criteria tot heropening en de daaraan verbonden afwegingen en waarborgen om tot toepassing te mogen overgaan wordt hier verwezen naar de memorie van toelichting van de Wet vifo (Kamerstukken II 2020/21, 35 880, nr. 3, blz. 50 en 51) en naar de artikelsgewijze toelichting op dit wetsvoorstel. Evenals in die wet is bij dit wetsvoorstel een harde eis tot heropening dat een casus uitsluitend na overeenstemming met het gevoelen van de ministerraad heropend kan worden. Ook voor dit wetsvoorstel geldt dat als de verwerver of doelonderneming aantoont dat door het toetsingsbesluit schade wordt geleden die uitgaat boven het normale maatschappelijke risico en die een benadeelde in vergelijking met anderen onevenredig zwaar treft, op aanvraag recht op schadevergoeding bestaat (zie titel 4.5 van de Algemene wet bestuursrecht).

6.8 Ontheffing

Het wetsvoorstel biedt de doelonderneming de mogelijkheid om op aanvraag ontheffing te krijgen van het verbod een verwervingsactiviteit uit te voeren. De grondslag hiervoor volgt uit de overeenkomstige toepassing van paragraaf 3.3. van de Wet vifo (zie artikel 2.4, vijfde lid, van het wetsvoorstel). Het gaat om situaties voordat de minister een mededeling heeft gedaan aan een meldingsplichtige dat geen toetsingsbesluit vereist is of dat er een toetsingsbesluit is genomen.

Om ontheffing aan te vragen moet er wel eerst een melding gedaan worden zoals door het van overeenkomstig van toepassing verklaarde artikel 13, eerste lid, van de Wet vifo wordt voorgeschreven. Het betreft een route die het mogelijk maakt om in afwachting van een mededeling of toetsingsbesluit een verwervingsactiviteit alvast te laten plaatsvinden nadat de voorgenomen verwervingsactiviteit is gemeld. Indien het niet mogelijk is om snel daarover bericht te krijgen, terwijl er wel een algemeen belang is bij een snelle uitvoering van de verwervingsactiviteit, kan deze route zinvol zijn. Het risico voor de verwerver en doelonderneming is daarbij wel dat de minister achteraf de verwervingsactiviteit verbiedt of daar zulke voorschriften aan verbindt dat de verwerver achteraf gezien de verwervingsactiviteit niet gedaan zou hebben.

Ontheffing kan alleen worden verleend indien het algemeen belang in het geding is, met een risico op economische, fysieke of sociaalmaatschappelijke schade aan de samenleving of delen daarvan, indien de ontheffing niet wordt verleend. Dit criterium van het algemeen belang is daarmee ingekaderd. In principe is dit artikel bedoeld voor situaties waarin insolventie dreigt of waarin na een faillissement een doorstart wordt gemaakt. Hetgeen in de memorie van toelichting op de Wet vifo is toegelicht en overwogen omtrent de mogelijkheden en begrenzings tot ontheffing, gaan onverkort ook voor dit wetsvoorstel op (zie Kamerstukken II 2020/21, 35880, nr. 3, blz. 51 tot en met 53). Anders dan in de Wet vifo zal dit criterium in de praktijk geen toepassing krijgen waar het gaat om nadelige gevolgen voor de financiële stabiliteit, aangezien wezenlijke krijgsmachtleveranciers dan wel militaire goederen- of transportleveranciers geen functie vervullen voor die stabiliteit die veel verdergaand is dan de financiële stabiliteit van de onderneming zelf.

Omdat het verlenen van een ontheffing betekent dat een verwervingsactiviteit plaats kan vinden zonder dat er een grondige risicoanalyse heeft plaatsgevonden en er een toetsingsbesluit is genomen, kan de minister bij het verlenen van een ontheffing beperkingen en voorschriften opleggen die gedurende de ontheffingstermijn moeten voorkomen dat er risico's voor de nationale veiligheid ontstaan. In aanvulling op deze beperkingen en voorschriften kan de minister ook besluiten om een of meerdere personen aan te wijzen die opdrachten kunnen verstrekken aan zowel de doelonderneming als aan de verwerver – voor zover de opdrachten aan de verwerver betrekking hebben op de bedrijfsvoering, kennis of vermogensbestanddelen waarover de verwerver

het bezit, de zeggenschap of significante invloed heeft verworven met de verwervingsactiviteit waarvoor de ontheffing is verleend. De aangewezen persoon (of personen) dient (dienen) over kennis te beschikken van bedrijfsvoering waarbij het algemeen belang een rol speelt, zodat deze persoon over affiniteit beschikt met het algemeen belang op grond waarvan ontheffing is verleend. Ook hiervoor geldt onverkort hetgeen daarover in de memorie van toelichting op de Wet vifo verder is opgemerkt (Kamerstukken II 2020/21, 35880, nr. 3, blz. 52 en 53).

6.9 Niet-nakoming van de meldplicht en de schorsing in rechten

Zoals hierboven in paragraaf 6.1 is beschreven dient een voorgenomen verwervingsactiviteit die leidt tot verkrijging van zeggenschap over of wijziging van significante invloed op een wezenlijke krijgsmachtleverancier, gemeld te worden aan de minister. De meldplicht is cruciaal voor de effectiviteit van dit wetsvoorstel.

Immers, door vooraf te toetsen of een dergelijke zeggenschap of significante invloed risico's met zich meebrengt kan zowel door het verbinden van eisen of voorschriften aan een toetsingsbesluit of door een volledig verbod, worden voorkomen of de kans worden beperkt dat deze risico's zich daadwerkelijk voordoen. Juist op het gebied van de bescherming van de nationale veiligheid kunnen onomkeerbare gevolgen optreden waarbij ex post beoordeling of mitigeren geen afdoende mogelijkheid biedt om de gevolgen voor de nationale veiligheid terug te draaien. Het wetsvoorstel voorziet daarom in een aantal wettelijke gevolgen in geval deze meldplicht niet of niet tijdig wordt nagekomen. Deze wettelijke gevolgen kunnen voor de verwerver en de doelonderneming onder omstandigheden stevige gevolgen hebben, maar dat is noodzakelijk om juist de effectiviteit van de meldplicht te vergroten en de effecten van de schending hiervan zo veel mogelijk te corrigeren. Het wetsvoorstel verschilt hierin niet van het daaromtrent bepaalde in de Wet vifo. Gelet op het belang hiervan wordt hetgeen daarover in de memorie van toelichting op de Wet vifo is opgemerkt, hier deels herhaald.

Het wetsvoorstel voorziet evenals de Wet vifo in de eerste plaats in een directe schorsing van alle rechten die de verwerver heeft verkregen door de verwervingsactiviteit, zoals stem- en informatierechten, zeggenschap, et cetera. Alleen het recht op de opbrengsten van een onderneming, dividend en de uitkeringen uit de reserves blijft intact (zie artikel 2.7 van het wetsvoorstel dat ook artikel 30 van de Wet vifo van overeenkomstige toepassing verklaart). Door alle vormen van zeggenschap, informatierechten, invloed, et cetera, van rechtswege op te schorten bij schending van de meldplicht wordt geregeld dat deze invloed niet uitgeoefend mag worden en ook geen effect mag hebben. Om deze schorsing ook zelf weer effectief te laten zijn is de doelonderneming verplicht naar beste vermogen gevolg te geven aan de schorsing (zie artikel 2.7 van het wetsvoorstel juncto artikel 31 van de Wet vifo en voorts Kamerstukken II 2020/21, 35880, nr. 3, blz. 54).

Het wetsvoorstel voorziet in de tweede plaats in de mogelijkheid voor de minister om binnen een termijn van drie maanden nadat de verwervingsactiviteit bij de minister bekend is geworden, de meldingsplichtigen te gelasten binnen een vast te stellen redelijke termijn alsnog een melding te doen overeenkomstig artikel 2.4, vijfde lid, van het wetsvoorstel juncto artikel 16 van de Wet vifo. Deze bevoegdheid van de minister, neergelegd in voornoemd artikel is erop gericht om te voorkomen dat door begrijpelijke omissies, onduidelijkheden, verkeerde adviezen van adviseurs of onbekendheid met de meldplicht een verwervingsactiviteit die in strijd met de meldplicht heeft plaatsgevonden, te allen tijde ongedaan wordt gemaakt of moet worden gemaakt. Hetgeen hieromtrent in de memorie van toelichting op de Wet vifo is opgemerkt, gaat onverminderd ook voor de toepassing van dit wetsvoorstel op (zie Kamerstukken 2020/21, 35880, nr. 3, blz. 55).

Het wetsvoorstel voorziet in de derde plaats in een tweetal bevoegdheden voor de minister om de effectiviteit van de schorsing te waarborgen in geval er juist bij de doelonderneming risico's zijn dat de schorsing niet effectief ten uitvoer wordt gelegd. Deze bevoegdheid geeft de minister de mogelijkheid om indien het noodzakelijk is om de effectiviteit van de schorsing te waarborgen, een

of meer personen aan te wijzen die opdrachten kunnen verstrekken aan de doelonderneming om het feitelijke effect van de schorsing te bewerkstelligen (artikel 2.7 van het wetsvoorstel met overeenkomstige toepassing van artikel 32, eerste lid, van de Wet vifo). De doelonderneming, met inbegrip van bestuurders, commissarissen, feitelijk leidinggevend en andere werknemers zijn verplicht alle informatie te verstrekken aan de aangewezen persoon met het doel de schorsing effectief te laten zijn. Ook geldt er een medewerkingsverplichting ten opzichte van de aangewezen persoon (zie artikel 32, derde lid, van de Wet vifo dat door artikel 2.7 van overeenkomstige toepassing is). Hetgeen over het doel en uitoefening van deze bevoegdheid in de memorie van toelichting op de Wet vifo is opgemerkt gaat onverminderd ook voor de toepassing van dit wetsvoorstel op (zie Kamerstukken 202/21, 35880, nr. 3, blz. 55).

Daarnaast kan de minister een of meer personen aanwijzen die de leiding van de doelonderneming overnemen indien er sprake is van een schorsing en (cumulatief) sprake is van een risico op misbruik van de doelonderneming (zie artikel 2.7 van het wetsvoorstel dat artikel 33 van de Wet vifo van overeenkomstige toepassing verklaart). Bij deze bevoegdheid wordt het bestuur van de doelonderneming tijdelijk vervangen. Ook de Wet vifo voorziet in deze mogelijkheid, maar uitsluitend voor vitale aanbieders. Gelet op de betekenis van een wezenlijke krijgsmachtleverancier dan wel militaire goederen- of transportleverancier voor de continuïteit van de inzet van de krijgsmacht voor het vitale proces 'Inzet Defensie', waarborgt deze bevoegdheid dat geen afbreuk wordt gedaan aan de effectiviteit van de meldplicht en de daaraan verbonden schorsing in geval van overtreding van de meldplicht. Het is namelijk goed voorstelbaar dat door de schorsing de verwerver die de zeggenschap zou hebben niet langer bereid is om financiering ter beschikking te stellen om de exploitatie van de onderneming voort te zetten, maar ook niet bereid is om toe te staan dat het ondernemingsbestuur alternatieve oplossingen onderzoekt.

Het wetsvoorstel regelt in de vierde plaats dat bij overtreding van de meldplicht en de daaraan verbonden noodzakelijke voorafgaande toetsing een bestuurlijke boete kan worden opgelegd (zie artikel 2.11 van het wetsvoorstel). De boete die kan worden opgelegd betreft € 870.000 (geldboete van de zesde categorie) of indien dat meer is, ten hoogste tien procent van de omzet van de desbetreffende onderneming (artikel 2.11, zesde lid, van het wetsvoorstel).

6.10 Onjuiste of onvolledige informatie bij de melding

Het wetsvoorstel houdt niet alleen rekening met de omstandigheid dat (mogelijk per abuis) een voorafgaande melding niet heeft plaatsgevonden bij een verwervingsactiviteit als bedoeld in dit wetsvoorstel. Ook is het zeer goed voorstelbaar dat onjuiste of onvolledige informatie is verstrekt die de juistheid van de beoordeling waarop de mededeling of het toetsingsbesluit berust negatief heeft beïnvloed door een verkeerde of onvolledige voorstelling van zaken. Het gevolg hiervan is dat de toetsing van de voorgenomen verwervingsactiviteit onvolledig is en niet alle relevante aspecten zijn meegewogen.

De mogelijkheden die het wetsvoorstel biedt om dit probleem op te lossen, zijn precies hetzelfde als die de Wet vifo biedt. Dit betekent dat de minister de mogelijkheid heeft om binnen drie maanden nadat bij de minister bekend werd of een redelijk vermoeden ontstond dat door een meldingsplichtige onjuiste of onvolledige informatie is verstrekt, de meldingsplichtige te gelasten binnen een redelijke termijn opnieuw een melding te doen waarna de minister opnieuw een beoordeling op risico's voor de nationale veiligheid kan uitvoeren. Op de aan het opleggen van een last verbonden gevolgen tot schorsing van rechten wordt in de memorie van toelichting op de Wet vifo nader ingegaan (Kamerstukken II 2020/21, 35880, nr. 3, blz. 56).

Naast deze mogelijkheid van herbeoordeling van de verwervingsactiviteit via een nieuwe toetsing met bijbehorend toetsingsbesluit voorziet het wetsvoorstel in de mogelijkheid voor de minister om diegene die bij de melding onjuiste of onvolledige informatie verstrekt, een bestuurlijke boete op te leggen (zie artikel 2.11 van het wetsvoorstel). Tevens is een dergelijke niet-nakoming een economisch delict (zie artikel 4.3 van het wetsvoorstel). Tot slot moet nog worden opgemerkt dat

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

6.11 Niet-nakoming van een toetsingsbesluit en de daaraan verbonden voorschriften

Als een voorgenomen verwervingsactiviteit na een beoordeling is goedgekeurd via een toetsingsbesluit waaraan eisen of voorschriften zijn verbonden overeenkomstig artikel 2.6 van het wetsvoorstel, dan dienen de verwerver en de doelonderneming zorg te dragen dat die eisen of voorschriften worden nagekomen (artikel 2.7 van het wetsvoorstel dat artikel 26 van de Wet vifo van overeenkomstige toepassing verklaart). Deze zijn namelijk van belang om de geïdentificeerde risico's voor de nationale veiligheid te beheersen. Dit rechtvaardigt een aantal maatregelen om de nakoming van deze eisen en voorschriften te waarborgen, waarbij onder andere een koppeling wordt gelegd tussen de voortgezette zeggenschap en invloed en de nakoming van de voorschriften.

Het wetsvoorstel voorziet in geval van deze niet-nakoming allereerst in de bevoegdheid voor de minister de relevante partijen te gelasten binnen een redelijke termijn alsnog aan de gestelde eisen of voorschriften te voldoen (artikel 2.7 van het wetsvoorstel dat artikel 25, eerste lid, van de Wet vifo van overeenkomstige toepassing verklaart). Het wetsvoorstel voorziet vervolgens in een bevoegdheid voor de minister indien de verwerver na verloop van de redelijke termijn niet heeft voldaan aan de opgelegde last. De minister kan in dat geval andere eisen of andere voorschriften opleggen die zijn opgesomd in het wetsvoorstel (zie artikel 2.7 van het wetsvoorstel juncto artikel 25, tweede lid, van de Wet vifo). De minister kan ook de verwervingsactiviteit alsnog verbieden (zie artikel 2.7 van het wetsvoorstel juncto artikel 25, derde lid van de Wet vifo). Als deze bevoegdheid wordt uitgeoefend, zal de verwervingsactiviteit moeten worden teruggedraaid.

Tot het moment dat de verwervingsactiviteit ongedaan is gemaakt of wordt voldaan aan de andere in het toetsingsbesluit gestelde eisen of voorschriften, kunnen de verworven rechten niet worden uitgeoefend, met uitzondering van het recht op de opbrengst van de onderneming, dividenden en de ontvangst van uitkeringen uit de reserves (zie artikel 2.7 van het wetsvoorstel dat artikel 30 van de Wet vifo van overeenkomstige toepassing verklaart). De werking van deze schorsing van rechten is hierboven in paragraaf 6.9 beschreven en is gelijkelijk van toepassing op een schorsing krachtens deze bevoegdheid. Het wetsvoorstel voorziet ten slotte in de mogelijkheid om in geval van niet-nakoming of handelen in strijd met de eisen en voorschriften verbonden aan het toetsingsbesluit in de mogelijkheid om een bestuurlijke boete op te leggen (zie artikel 2.11, derde tot en met zesde lid, van het wetsvoorstel). Tevens is een dergelijke niet-nakoming een economisch delict (zie artikel 4.3 van het wetsvoorstel).

6.12 Ongedaan maken van de verwervingsactiviteit

De schending van een in een toetsingsbesluit opgelegd verbod of het niet nakomen van een eis of voorschrift kan uiteindelijk en noodzakelijkerwijs leiden tot het ongedaan (moeten) maken van de onrechtmatig verrichte verwervingsactiviteit. Het wetsvoorstel voorziet in verschillende manieren om dit resultaat te bereiken.

In de eerste plaats voorziet het wetsvoorstel in de nietigheid van investeringen die in strijd met het verbod hebben plaatsgevonden (zie artikel 2.7 van het wetsvoorstel met overeenkomstige toepassing van artikel 28, eerste lid, van de Wet vifo). Alle belanghebbenden dienen dan te handelen als ware de verwerving niet gerealiseerd en zij moet ongedaan worden gemaakt. Indien nodig kan de minister zelf de nietigheid van de verwerving inroepen voor de civiele rechter indien de betrokkenen zich aan de nietigheid niets gelegen laten liggen in hun (feitelijk) handelen. De nietigheid treft ingevolge voornoemde artikel, uitsluitend verwervingsactiviteiten die nog moeten worden uitgevoerd. Een krachtens een ontheffing reeds eerder uitgevoerde verwervingsactiviteit wordt niet door deze nietigheid ex tunc getroffen.

Een belangrijke uitzondering op de nietigheid van de verwerving geldt voor rechtshandelingen die samenhangen met de verwervingsactiviteit die plaatsvindt via een effectenafwikkelingssysteem. Deze uitzondering voor het effectenverkeer hangt samen met de noodzaak om de rechtszekerheid en de finaliteit van handelstransacties in effecten niet in gevaar te brengen door het effect van nietigheid. Voor deze rechtshandelingen voorziet het wetsvoorstel in een andere procedure die specifiek is toegesneden op het effectenverkeer en waarbij een prikkel is ingebouwd om ervoor te zorgen dat ongedaan making door een professionele partij wordt gerealiseerd. Voor de technische beschrijving van deze procedure wordt hier verwezen naar de memorie van toelichting op de Wet vifo (Kamerstukken 2020/21, 35880, nr. 3, blz. 58).

In de tweede plaats voorziet het wetsvoorstel voor bepaalde verboden verwervingsactiviteiten die niet nietig zijn in een andere systematiek om het gewenste resultaat te bereiken. De minister kan de verwerper of de doelonderneming gelasten de noodzakelijke handelingen te verrichten om de ongewenste effecten van de verwervingsactiviteit te voorkomen of de verwervingsactiviteit ongedaan te maken (zie artikel 28, tweede lid, van de Wet vifo dat krachtens artikel 2.7 van dit wetsvoorstel van overeenkomstige toepassing is). Het volgen van deze weg verhoogt de kenbaarheid en de feitelijke effectiviteit van het overheidshandelen op korte termijn. Daarnaast kunnen dergelijke handelingen op grond van het bepaalde in het wetsvoorstel door een rechterlijke uitspraak vernietigd worden (zie artikel 28, derde lid van de Wet vifo dat eveneens van overeenkomstige toepassing is verklaard). Op grond van artikel 49 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek kan een vernietigbare rechtshandeling worden vernietigd, hetzij door een buitengerechtelijke verklaring, hetzij door een rechterlijke uitspraak. Omwille van de rechtszekerheid en rechtsbescherming bepaalt het wetsvoorstel dat de minister een vernietiging uitsluitend via de rechter kan bewerkstelligen.

In de derde plaats kent het wetsvoorstel een procedure die rekening houdt met de mogelijkheid dat de verwerper (of in bepaalde gevallen de doelonderneming) niet overgaat tot het ongedaan maken van de verwervingsactiviteit. In geval van een niet-beursgenoteerde onderneming is de minister na afloop van een door hem gestelde redelijke termijn bij uitsluiting onherroepelijk gemachtigd om namens en voor rekening van de verwerper of doelonderneming, diens aandelen overeenkomstig een last te vervreemden of anderszins uitvoering te geven aan de opgelegde last (zie artikel 29, eerste lid, van de Wet vifo dat krachtens artikel 2.7 van het wetsvoorstel van overeenkomstige toepassing is). De opbrengst van de vervreemding is uiteindelijk bestemd voor respectievelijk de oud-verwerper of de doelonderneming. Over de termijn waarbinnen uitvoering wordt gegeven aan deze bevoegdheid en de wijze waarop, voor zover van toepassing, opbrengst wordt verstrekt aan of ten bate komt van de verwerper, kunnen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld (zie het van overeenkomstig van toepassing verklaarde artikel 29, tweede lid, van de Wet vifo) .

In geval van een beursgenoteerde onderneming is artikel 2.10 van het wetsvoorstel relevant, waarin hoofdstuk 6 van de Wet vifo van overeenkomstige toepassing is verklaard dat uitsluitend op beursgenoteerde ondernemingen ziet. Dat hoofdstuk bevat een paragraaf met voorschriften, volledig toegesneden op beursgenoteerde ondernemingen, die voorziet in een systematiek waarmee bewerkstelligd kan worden dat binnen de bewaarketen voor het effectenverkeer de verwervingsactiviteit ongedaan wordt gemaakt. Hoe dit werkt is in de memorie van toelichting op de Wet vifo beschreven (Kamerstukken II, 2020/21, 35880, blz. 59 tot en met 61).

Ook voor enkele andere situaties volgt uit het wetsvoorstel dat de procedure voor het ongedaan maken van een verwervingsactiviteit hetzelfde is (zie artikelen 28, tweede lid, en 42, eerste lid, van de Wet vifo, die krachtens dit wetsvoorstel van overeenkomstige toepassing zijn). De desbetreffende voorschriften tot ongedaan maken zijn zowel van toepassing op situaties waarin ten tijde van de uitvoering al een verbodsbesluit gold, als op situaties waarbij het (herziene) toetsingsbesluit is genomen na de uitvoering van de verwervingsactiviteit. Dit omvat ook de bijzondere omstandigheid dat een verwervingsactiviteit ongedaan gemaakt moet worden wegens

veranderde omstandigheden zoals hierboven in paragraaf 6.5 is toegelicht (zie nader Kamerstukken II, 2020/21, 35880, blz. 58).

6.13 Identificatie en informatievergaring veiligheidstoets op defensiegebied

Melding en informatie

Een cruciaal onderdeel voor de effectiviteit van het ex ante toetsen van voorgenomen verwervingsactiviteiten op risico's voor de nationale veiligheid is de informatiepositie van de minister en de Minister van Defensie. Alle informatie die zij op grond van dit wetsvoorstel verkrijgen, strekt uitsluitend ter uitvoering van dit wetsvoorstel. Hiervoor is het verkrijgen van juiste informatie over de verwerver, de doelonderneming en de aard en inhoud van de voorgenomen verwervingsactiviteit relevant. Verder is hierbij inzicht nodig in de kenmerken en eventuele gevoelige aspecten die zijn verbonden aan de doelonderneming en de relaties die de verwerver en de doelonderneming weer met andere partijen in het economisch verkeer onderhouden. De systematiek rond identificatie en informatievergaring en de bevoegdheden die dit wetsvoorstel daarvoor biedt, zijn dezelfde als die de Wet vifo kent (zie Kamerstukken 2020/21, 35880, nr. 3, blz. 61 en 62).

Het verkrijgen van relevante informatie begint met de informatie die een melding moet bevatten. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur wordt vastgesteld welke informatie een melding minimaal dient te bevatten. Het gaat hierbij om informatie die betrekking heeft op:

- informatie over de partijen en hun vertegenwoordigers, zoals de namen en contactgegevens;
- gegevens betreffende de verkrijging van zeggenschap of significante invloed, zoals de eigendomsstructuur van verwerver en doelonderneming, inclusief informatie over de uiteindelijke verwerver en diens deelneming in het kapitaal;
- de waarde bij benadering van de verwervingsactiviteit;
- de producten, diensten en ondernemingsactiviteiten van de verwerver en de doelonderneming;
- de lidstaten of derde staten waarin de verwerver en de doelonderneming relevante ondernemingsactiviteiten uitvoeren;
- de financiering van de verwervingsactiviteit en de bron ervan;
- de datum of de geplande datum van voltooiing van de verwervingsactiviteit; en
- de feiten en omstandigheden die een rol kunnen spelen bij de beoordeling van de risico's voor de nationale veiligheid bij een verwervingsactiviteit.

De informatie is nodig om de minister in staat te stellen een juiste risico-afweging te maken op de onderscheidenlijke factoren die voor een beoordeling op risico's voor de nationale veiligheid relevant zijn. De informatie die wordt aangeleverd bij de melding van een verwervingsactiviteit vormt het startpunt van de analyse en afweging.

Het wetsvoorstel voorziet in een delegatiegrondslag om te kunnen regelen dat een meldingsplichtige de in het kader van dit wetsvoorstel verzochte informatie niet nogmaals hoeft aan te leveren, indien die informatie al eerder is verstrekt aan krachtens dit wetsvoorstel aangewezen bestuursorganen, diensten, toezichthouders en andere personen voor een ander doel (artikel 11, derde lid, van de Wet vifo dat krachtens artikel 2.4, vijfde lid, van het wetsvoorstel van overeenkomstige toepassing is). Dit vermindert administratieve lasten. Het voornemen is om van deze grondslag gebruik te maken voor informatie die een meldingsplichtige aan de Autoriteit Consument en Markt heeft verstrekt in het kader van concentratietoezicht als bedoeld in hoofdstuk 5 van de Mededingingswet en die ook onder dit wetsvoorstel gemeld dient te worden.

Er is verder nagegaan of er nog andere (wettelijke) kaders zijn, waaruit volgt dat een meldingsplichtige op grond daarvan informatie moet verstrekken die ook in het kader van een melding onder die wetsvoorstel verstrekt dient te worden. In het bijzonder is hierbij gekeken naar de relatie die wezenlijke krijgsmachtleveranciers en militaire goederen- of transportleveranciers met Defensie hebben. Anders dan voor veel andere meldingsplichtigen onder de Wet vifo voeren zij opdrachten uit voor Defensie, die tot stand komen op basis van procedures voor overheidsopdrachten en waarover overeenkomsten worden gesloten. In het kader van het

verkrijgen van die opdrachten wordt informatie verstrekt aan Defensie. Zo kan er een verplichting bestaan om te melden bij de Minister van Defensie uit hoofde van ABDO in geval van eigendomsverkrijging door een verwerver van een onderneming, die tevens een wezenlijke krijgsmachtleverancier dan wel militaire goederen- of transportleverancier is in de zin van dit wetsvoorstel. Deze contractuele meldplicht geldt niet, in tegenstelling tot de sectorale investeringstoets op defensiegebied, bij het verkrijgen of vergroten van significante invloed, maar alleen bij het verkrijgen van zeggenschap. Afhankelijk van de mogelijke veiligheidsrisico's kan de Directeur MIVD vallend onder verantwoordelijkheid van de Minister van Defensie besluiten de verleende ABDO-autorisatie op te schorten of in te trekken. Deze ABDO-autorisatie is een verklaring dat een opdrachtnemer aan de ABDO 2019 voldoet. Er is evenwel geen aanleiding om informatieverplichtingen uit hoofde van ABDO of dit wetsvoorstel anders in te richten.

Onderzoek en informatie

Naast de informatie uit de melding zelf, voorziet het wetsvoorstel in informatiebronnen die de minister kan gebruiken om het beeld over de voorgenomen verwervingsactiviteit compleet te krijgen, zoals informatie opgenomen in basisregistraties of informatie die beschikbaar is bij andere overheidsdiensten of partijen met een wettelijke taak. Verder moeten bij of krachtens het wetsvoorstel aangewezen bestuursorganen, diensten, toezichthouders of andere personen, op verzoek alle informatie verstrekken aan de minister die voor de uitvoering van het wetsvoorstel noodzakelijk is.

Een verzoek van de minister kan derhalve ook strekken om informatie te verkrijgen die het mogelijk maakt de melding op risico's voor de nationale veiligheid beter te kunnen beoordelen. De verstrekking van informatie naar aanleiding van een dergelijk verzoek geschiedt op basis van artikel 34, vierde lid, van de Wet vifo dat krachtens artikel 2.9, eerste lid, van het wetsvoorstel van overeenkomstige toepassing is. In het als laatste genoemde artikel is hoofdstuk 5 van de Wet vifo over gegevensverwerking grotendeels van overeenkomstige toepassing verklaard. Hiervoor is gekozen, aangezien voor de uitvoering van de investeringstoets op grond van dit wetsvoorstel precies hetzelfde type informatie benodigd is als voor de investeringstoets onder de Wet vifo (zie nader paragraaf PM). En ook het doel van beide toetsen strekt tot bescherming tegen risico's voor nationale veiligheid als gevolg van verwervingsactiviteiten. Doordat onder dit wetsvoorstel veel minder doelondernemingen vallen dan de Wet vifo, zal de totale informatie die wordt verwerkt echter aanzienlijk geringer zijn.

Als gevolg van de overeenkomstige toepassing van hoofdstuk 5 van de Wet vifo zullen de in artikel 34, vierde lid, van de Wet vifo opgesomde partijen de minister desgevraagd alle informatie dienen te verstrekken die noodzakelijk is voor de uitvoering van deze wet. Dit betreft de ACM, de Minister van Justitie en Veiligheid, de Minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking en de Minister van Financiën, voor zover het gegevens betreft die verwerkt worden door de Belastingdienst. Het kan verder ook gaan om een veiligheidscommissie of beveiligingsfunctionaris, voor zover het gegevens betreft inzake inbreuken of dreigende inbreuken op beperkingen of verboden ten aanzien van toegang tot gevoelige informatie of bedrijfsprocessen. Het gaat hierbij altijd om gegevens die gevraagd worden naar aanleiding van een specifieke casus die bij het Bureau Toetsing Investerings ligt dat het toezicht op het wetsvoorstel ter hand neemt. Het is nadrukkelijk niet de bedoeling om gegevens bij partijen op te vragen zonder dat er een casus aan ten grondslag ligt. In artikel 34, vierde lid, onderdeel f, van de Wet vifo is een vangnetbepaling opgenomen. Als op een later moment blijkt dat de lijst niet volledig is kan deze bij algemene maatregel van bestuur worden aangevuld. De gegevens die verstrekt kunnen worden, zullen bij algemene maatregel van bestuur verder worden uitgewerkt. Het is de verwachting dat hiervoor aansluiting wordt gezocht bij het bepaalde in het Besluit veiligheidstoets investeringen, fusies en overnames. De inhoudelijke beoordeling van een melding is altijd een samenspel van vele factoren, dat uiteindelijk altijd zal leiden tot een feitelijk en goed onderbouwd toetsingsbesluit.

De informatie en gegevens die zijn verkregen of toegankelijk zijn gemaakt, mogen uitsluitend strekken ter uitvoering van het wetsvoorstel. Die uitvoering omvat de beoordeling van de melding

op risico's voor nationale veiligheid aan de hand van informatie en gegevens, maar ook andere zaken die bij de uitvoering van het wetsvoorstel komen kijken, zoals het verlenen van een ontheffing of het opleggen van een last. Het gebruik van informatie en gegevens wordt beheerst door artikel 34 van de Wet vifo dat van overeenkomstige toepassing is, zodat dit door het wetsvoorstel afgebakend is.

De minister kan voorts een schriftelijk verzoek om mededeling doen aan Onze Minister van Defensie of Onze Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, voor zover dit noodzakelijk is voor de uitvoering van dit wetsvoorstel. In dat geval kunnen de diensten (MIVD en AIVD) de eigen systemen raadplegen teneinde te bezien of relevante informatie beschikbaar is en gedeeld kan worden. Aldus is kenbaar dat ook informatie van beide diensten kan worden betrokken bij de uitvoering van dit wetsvoorstel. Het betreft hier een verzoek om naslag en niet een verzoek van de minister aan de dienst om een onderzoek te verrichten. De diensten zijn niet verplicht om aan een dergelijk verzoek gehoor te geven.

De minister deelt gegevens die op grond van dit wetsvoorstel zijn verkregen uitsluitend met de Minister van Defensie en, indien van toepassing, met andere ministers, voor zover dit noodzakelijk is voor de uitvoering van dit wetsvoorstel. Op de verkrijging en verwerking van gegevens is artikel 2:5 van de Awb over geheimhouding van toepassing. Dit geldt voor alle (rechts)handelingen die krachtens dit wetsvoorstel worden verricht. Voor zover informatie wordt verkregen en verwerkt die krachtens voorschriften als gevoelig, bijzonder of gerubriceerd worden aangemerkt, gelden aanvullende passende maatregelen voor de vertrouwelijke behandeling en geheimhouding (zie bijvoorbeeld het Besluit Voorschrift Informatiebeveiliging Rijksdienst Bijzondere Informatie 2013).

Tot slot voorziet het wetsvoorstel in de uitzonderlijke bevoegdheid tot binnentreden en doorzoeking in een woning zonder toestemming van de bewoner. Deze uitzonderlijke bevoegdheid is ingegeven door de ervaringen die bij het mededingings- en concentratietoezicht zijn opgedaan: om bepaalde informatie over onrechtmatige gedragingen te verhullen blijken bestuurders en sleutelfunctionarissen de relevante informatie in de eigen woning te bewaren. Het is zeer goed voorstelbaar dat dit ook het geval zal zijn bij de ex ante toetsing van voorgenomen verwervingsactiviteiten, waarbij de doelonderneming en diens bestuurders en sleutelfunctionarissen onwettelijke informatie trachten te verhullen over de voorgenomen transactie. Van deze zware bevoegdheid zal alleen in uitzonderingsgevallen gebruik worden gemaakt als er duidelijke aanwijzingen zijn dat de relevante informatie mogelijk aanwezig is in een woning. Alle noodzakelijke waarborgen die nodig zijn voor het betreden en doorzoeken van een woning zijn in het wetsvoorstel opgenomen. Technisch is de bevoegdheid geregeld door de wetsartikelen uit de Wet vifo van overeenkomstige toepassing te verklaren, die eenzelfde bevoegdheid regelen. Alle noodzakelijke waarborgen die nodig zijn voor het betreden en doorzoeken van een woning zijn in het wetsvoorstel opgenomen en hierop wordt in de artikelsgewijze toelichting nader ingegaan.

Beursgenoteerd en onderzoek

Bij een beursgenoteerde (doel)onderneming is het soms moeilijker om de identiteit van de verwerver te achterhalen en dat is ook het geval als de verwerver zelf beursgenoteerd is. Er kan sprake zijn van een veelheid van aandeelhouders, waarbij de aandelen veel niet op naam zijn gesteld. In die gevallen dient de doelonderneming op verzoek van de minister om niet een onderzoek in te stellen naar de identiteit van een houder van significante invloed of zeggenschap en de banden die deze heeft met derden.

Het wetsvoorstel verduidelijkt wanneer de identiteit van een houder van zeggenschap of significante invloed in een beursgenoteerde doelonderneming en de banden die deze houder heeft met derden wordt aangenomen (zie artikel 38 van de Wet vifo dat krachtens artikel 2.10 van het wetsvoorstel van overeenkomstige toepassing is). Hiervoor wordt aansluiting gezocht bij de bewaarketen om zo scherp mogelijk de identiteit te achterhalen (zie artikel 39 van de Wet vifo dat krachtens artikel 2.10 van het wetsvoorstel van overeenkomstige toepassing is). Zie voor het

begrip bewaarketen nader Kamerstukken II, 35880, nr. 3, blz. 161 en 162. Daarnaast verklaart het wetsvoorstel een specifieke procedure gericht op beursgenoteerde ondernemingen uit de Wet vifo van overeenkomstige toepassing voor het geval het niet lukt om via een partij binnen de bewaarketen de identiteit te achterhalen van daar achterliggende betrokkenen, zoals deelgenoten in een depot of cliënten voor wie een aandelenbelang wordt bewaard, aangehouden of geadministreerd. In dat geval fungeert de als laatste geïdentificeerde partij in de bewaarketen als boodschapper door een bericht met een verzoek om identificatie door te geleiden naar de achterliggende betrokkenen (zie over de functie en achtergrond hiervan nader Kamerstukken II, 35880, nr. 3, blz. 167 en 168).

7. GESCHIKTHEIDSVERKLARING DEFENSIE- OF VEILIGHEIDSBELANGEN

7.1 Bevoegdheidsverdeling, maatwerkoplossingen en mee-ademend vermogen

De afgifte van een geschiktheidsverklaring geschiedt van overheidswege, zodat duidelijk dient te zijn wie vanuit de overheid deze verklaring afgeeft en hoe de bevoegdheidsverdeling tussen de betrokken ministers, te weten de Minister van Defensie en de minister, is geregeld. Hiervoor is gekeken naar bestaande taken en beleidsverantwoordelijkheden en bijbehorende capaciteiten van de respectievelijke ministers. Vanwege de ervaring van Bureau Industrieveiligheid (hierna: BIV) van de MIVD met de operationele beoordeling van entiteiten bij gerubriceerde defensiecontracten op grond van ABDO, ligt het voor de hand de verantwoordelijkheid voor het beoordelen van entiteiten waarmee een behoeftesteller een gerubriceerde verstandhouding wil aangaan bij BIV te beleggen. Bureau toetsing investeringen (hierna: BTI), dat valt onder de beleidsverantwoordelijkheid van de minister, is onder andere gespecialiseerd in het doorgronden van eigendomsstructuren van entiteiten en het inschatten van de mate waarin via eigendomsverhoudingen een ongewenste mate aan buitenlandse invloed uitgeoefend kan worden op Nederlandse entiteiten.

De verantwoordelijkheid voor het behandelen van een aanvraag om een geschiktheidsverklaring is in de eerste fase van een project, over het algemeen belegd bij BTI als dienstonderdeel dat onder de verantwoordelijkheid van de minister valt. Hiervoor is gekozen omdat in de eerste (selectie-) fase van een project vaak nog geen sprake is van het uitwisselen van gerubriceerde informatie en dan volstaat veelal een onderzoek naar mogelijke buitenlandse invloed op de wijze waarop de entiteit haar beoogde werkzaamheden kan uitoefenen. Als er meteen in die verkennende fase van een internationaal project al gerubriceerde informatie zal moeten worden uitgewisseld tussen de behoeftesteller en de Nederlandse entiteit, is de Minister van Defensie verantwoordelijk voor de beoordeling of de entiteit betrouwbaar genoeg is en beslist die over het afgeven van de geschiktheidsverklaring. Mochten de vereisten van de behoeftesteller hiertoe aanleiding geven, dan biedt het wetsvoorstel de mogelijkheid dat andere ministers, waaronder de minister, eerst worden geraadpleegd alvorens een beslissing te nemen over de afgifte van een geschiktheidsverklaring. Op die manier kunnen de verantwoordelijke ministers gebruik maken van elkaars expertise, waarvoor het wetsvoorstel ook qua gegevensverstrekking en -verwerking een grondslag biedt.

Overigens kan het zijn dat in opeenvolgende fasen van een project steeds veelomvattender geschiktheidsverklaringen nodig zijn. De behoeftesteller kan bijvoorbeeld in de 'voorfase' bepalen dat entiteiten alleen voor een vervolgtraject in aanmerking komen als zij over een bepaald soort geschiktheidsverklaring beschikken. Indien de opdracht dan vervolgens aan de ontvanger van die geschiktheidsverklaring wordt gegund, of die ontvanger het subsidietraject succesvol doorloopt, kan de behoeftesteller vervolgens aanvullende veiligheidsvoorwaarden stellen. In het kader van het EDF wordt bijvoorbeeld bij de indiening van de subsidieaanvraag vereist dat entiteiten die in de EU gevestigd zijn, maar onder (indirecte) zeggenschap staan van niet-EU landen op een aantal punten betrouwbaarheidsgaranties overleggen die door de eigen EU-lidstaat zijn goedgekeurd. Deze hebben vooral betrekking op de beperking van zeggenschap vanuit en toegang tot informatie van niet-EU landen. Zodra het consortium waarvan die entiteit deel uitmaakt de selectiefase succesvol

doorloopt, gaan er op grond van een *Program Security Instruction* (hierna: PSI) zwaardere veiligheidseisen gelden. Indien er sprake zal zijn van toegang van de entiteit tot gerubriceerde informatie zal dit keer bij de Minister van Defensie een (nieuwe) geschiktheidsverklaring met betrekking tot de operationele betrouwbaarheid aangevraagd dienen te worden.

Het wetsvoorstel voorziet in zoveel mogelijk potentiële beoordelingscriteria. Deze methodiek dient zowel maatwerk mogelijk te maken als de toekomstbestendigheid van het wetsvoorstel te versterken, nu steeds vaker internationale regelgeving geïntroduceerd wordt die vergt dat nationale overheden de betrouwbaarheid van 'hun' entiteiten kunnen beoordelen. De beoordelingscriteria zijn gespiegeld aan de toetsingsgronden bij de defensie-specifieke veiligheidstoets zoals in dit wetsvoorstel geregeld. Hiermee wordt tot uiting gebracht dat, hoewel de bepalingen omtrent de geschiktheidsverklaring niet een onnodig beperkend toepassingsbereik moeten hebben, er met de aanvraag om een geschiktheidsverklaring wel een duidelijk defensie- en/of veiligheidsbelang gemoeid dient te zijn.

De verantwoordelijke minister zal op de aanvrager echter alleen die beoordelingscriteria toepassen die betrekking hebben op de bescherming van de door de behoeftesteller gestelde defensie- en/of veiligheidsbelangen. In het kader van proportionaliteit dient immers 'beoordeling op maat' te worden toegepast en zal de beoordeling van de aanvrager dus niet zwaarder moeten zijn dan minimaal noodzakelijk volgens de behoeftesteller. Dit is niet alleen om de uitvoeringslasten zoveel mogelijk te beperken, maar ook om te voorkomen dat Nederlandse entiteiten strenger worden beoordeeld dan hun buitenlandse concurrentie.

7.2 Beoordeling van een aanvraag

De aanvraag om een geschiktheidsverklaring kan op twee manieren geschieden. Ten eerste kan de entiteit die een geschiktheidsverklaring aan een behoeftesteller moet overleggen deze uit zichzelf aanvragen bij de verantwoordelijke minister. Daarnaast doet zich in de praktijk de situatie voor dat behoeftestellers rechtstreeks bij een verantwoordelijke minister om een geschiktheidsverklaring verzoeken ten aanzien van een bepaalde entiteit. Omdat het tweede scenario juridische vragen oproept over de positie van de entiteit met het oog op gegevensverwerking en rechtsbescherming, regelt het wetsvoorstel dat de verantwoordelijke minister in dat geval de betreffende entiteit schriftelijk op de hoogte zal stellen van het verzoek van de behoeftesteller en het aan de entiteit zal laten of deze de geschiktheidsverklaring wil aanvragen.

De beoordeling van een aanvraag om een geschiktheidsverklaring geschiedt aan de hand van enerzijds het doel van de aangevraagde geschiktheidsverklaring en de in dat kader door de behoeftesteller gestelde vereisten en anderzijds de daarmee corresponderende beoordelingscriteria die in het wetsvoorstel zijn vastgelegd. De beoordeling resulteert ofwel in verstrekking van de geschiktheidsverklaring ofwel in de afwijzing van de aanvraag. Er is geen sprake van dat de verantwoordelijke minister verdere voorwaarden stelt aan een afgegeven geschiktheidsverklaring. Indien de aanvraag om een geschiktheidsverklaring wordt afgewezen, zal de afwijzingsbeschikking motiveren waarom de verantwoordelijke minister ten opzichte van de behoeftesteller niet kan instaan voor de betrouwbaarheid van de betreffende entiteit, zoals vereist op grond van de Awb. Het kan ook zijn dat uit het doel van een aangevraagde geschiktheidsverklaring blijkt dat een beoordeling overeenkomstig de criteria voor een GVA in het kader van de proportionaliteit zou volstaan om een afdoende oordeel te geven over de gevraagde mate van betrouwbaarheid van de entiteit. In dat geval kan de aangezochte minister besluiten de aanvraag niet in behandeling te nemen en de entiteit door te verwijzen naar Justis. In het geval dat er een rechtstreeks verzoek vanuit de behoeftesteller aan een verantwoordelijke minister wordt gedaan, zal deze de entiteit in dit geval wel vragen om zelf een aanvraag om een geschiktheidsverklaring in te dienen en deze aanvraag vergezeld te doen gaan van een door de entiteit zelf aangevraagde GVA. In beginsel zal verstrekking van die GVA dan automatisch leiden tot het verstrekken van een geschiktheidsverklaring door de verantwoordelijke minister.

7.3 Veranderde omstandigheden en hernieuwde beoordeling

De geschiktheidsverklaring betreft een begunstigende maatregel ten behoeve van de ontvanger en is ingegeven door zowel het strategische belang van Nederland om te beschikken over een zo goed mogelijk internationaal gepositioneerde eigen defensiegerelateerde industrie als het belang van solide diplomatieke betrekkingen met behoeftestellers. De beoordeling betreft in beginsel echter een momentopname. Tenzij de Nederlandse overheid daar op grond van internationale regelgeving of bijvoorbeeld een PSI toe is verplicht, zal de entiteit na het verkrijgen van de geschiktheidsverklaring niet actief worden gemonitord. Dat wil niet zeggen dat de verantwoordelijke minister niets kan ondernemen als er buiten de hier genoemde gevallen desondanks evidente aanwijzingen zijn (bijvoorbeeld vanuit de inlichtingenhoek of uit journalistieke bronnen) dat een heroverweging van de afgifte van een geschiktheidsverklaring op zijn plaats zou zijn. In het wetsvoorstel is een verplichting opgenomen dat de ontvanger van een geschiktheidsverklaring de verantwoordelijke minister op de hoogte moet stellen van gewijzigde omstandigheden die een risico kunnen opleveren voor de defensie- en/of veiligheidsbelangen van de behoeftesteller. Indien er sterke aanwijzingen zijn dat de entiteit niet aan deze verplichting voldoet, heeft de verantwoordelijke minister altijd de bevoegdheid om ambtshalve de geschiktheidsverklaring te heroverwegen en indien nodig, in te trekken. De entiteit zal wel in de gelegenheid gesteld worden haar zienswijze te geven alvorens de verantwoordelijke minister overgaat tot de heroverweging.

Het wetsvoorstel sluit hernieuwde beoordeling van overheidswege bij veranderde omstandigheden dus niet uit. Het initiatief voor een hernieuwde beoordeling zal in de meeste gevallen door de behoeftesteller moeten worden genomen, maar de verantwoordelijke minister mag dus ook zelf het initiatief nemen tot heroverweging. Op de behoeftesteller rust overigens ook een *eigen* verantwoordelijkheid om de eigen defensie- en/of veiligheidsbelangen contractueel zo goed mogelijk te borgen. Volgend op de afgifte van de geschiktheidsverklaring door de verantwoordelijke minister is het vervolgens aan de behoeftesteller om met de entiteit (contractuele) afspraken te maken over de handelswijze bij en gevolgen van veranderde omstandigheden die gevolgen kunnen hebben voor de defensie- en/of veiligheidsbelangen van de behoeftesteller.

7.4 Sancties

Het wetsvoorstel regelt een grondslag voor het aanleveren van informatie door de aanvrager, die door de verantwoordelijke minister moet worden beoordeeld. Indien blijkt dat de entiteit onvolledige informatie heeft aangeleverd, dan is artikel 4:5 van de Awb van toepassing. Indien de onvolledige informatie niet naar tevredenheid van de verantwoordelijke minister binnen de gestelde redelijke termijn is aangevuld, wordt de aanvraag niet in behandeling genomen. Niet uitgesloten is echter dat pas nadat de geschiktheidsverklaring is afgegeven aan het licht komt dat de verstrekte informatie toch onjuist of inmiddels achterhaald is en de ontvanger van de geschiktheidsverklaring verzuimd heeft melding te maken van de gewijzigde omstandigheden. Indien hierdoor een verkeerde of onvolledige voorstelling van zaken is ontstaan die van dien aard is dat er bij een correcte voorstelling van zaken geen geschiktheidsverklaring zou zijn afgegeven, is de verantwoordelijke minister op grond van het wetsvoorstel bevoegd de entiteit ofwel op verzoek van de behoeftesteller ofwel ambtshalve opnieuw te beoordelen en zo nodig de geschiktheidsverklaring vervolgens in te trekken. De entiteit zal wel altijd in de gelegenheid gesteld moeten worden om haar zienswijze hierop kenbaar te maken.

7.5 Intrekken geschiktheidsverklaring en overige sancties

Indien aannemelijk is dat de entiteit onjuiste informatie heeft verschaft aan de verantwoordelijke minister en onterecht een geschiktheidsverklaring heeft verkregen, heeft de verantwoordelijke minister de bevoegdheid om de geschiktheidsverklaring in te trekken. Het intrekken van een geschiktheidsverklaring is echter niet in alle gevallen voldoende. Dit kan zijn omdat de bewuste entiteit het doel dat gemoeid was met het verstrekken van de onjuiste informatie al bereikt heeft en de verstrekking van de onjuistheid van de informatie aan de entiteit is toe te rekenen, zoals in geval van bewust onjuiste verstrekking van informatie. In dat geval voorziet het wetsvoorstel in de

mogelijkheid dat een sanctie wordt opgelegd: de minister die op het verzoek om een verklaring heeft beslist, kan de behoeftesteller op de hoogte stellen van de handelswijze van de betreffende entiteit en/of een boete opleggen. Het op de hoogte stellen van de behoeftesteller kan voor de entiteit tot gevolg hebben dat die behoeftesteller voor toekomstige werkzaamheden met andere ogen naar die entiteit zal kijken. De bevoegdheid tot het kunnen opleggen van een boete heeft, naast de mogelijkheid een entiteit hiervoor te bestraffen, tot doel het opzettelijk verstrekken van onjuiste informatie verder af te schrikken en is ook vooral aangewezen in gevallen waarin het informeren van de behoeftesteller geen afdoende op te leggen maatregel wordt geacht te zijn.

7.6 Identificatie en informatievergaring geschiktheidsverklaring

Aanvraag en informatie

Een geschiktheidsverklaring heeft voor een behoeftesteller tot doel eventuele risico's voor diens defensie-en/of veiligheidsbelangen zoveel mogelijk te beperken. De beoordeling van de betrouwbaarheid van een buitenlandse entiteit waarmee de behoeftesteller een verstandhouding overweegt, laat die behoeftesteller over aan de overheid onder wiens jurisdictie die entiteit valt. Om een dergelijke beoordeling effectief te kunnen uitvoeren, dient de overheidsinstantie die die beoordeling moet uitvoeren over relevante informatie te beschikken. Net als bij de andere onderdelen van het wetsvoorstel geldt, is voorzien in wettelijke grondslagen op basis waarvan de Minister van Economische Zaken en Klimaat of de Minister van Defensie informatie kan verkrijgen tot uitvoering van de in dit wetsvoorstel opgenomen bepalingen over de geschiktheidsverklaring. De mogelijkheid om een entiteit die een geschiktheidsverklaring aanvraagt effectief te beoordelen, leunt sterk op de aanwezigheid en kwaliteit van de informatie die de aanvrager zelf dient te verstrekken. Daarnaast voorziet het wetsvoorstel in informatiebronnen die de verantwoordelijke minister kan gebruiken om het beeld over de aanvrager compleet te krijgen, zoals informatie opgenomen in basisregistraties of informatie die beschikbaar is bij andere overheidsdiensten of partijen met een wettelijke taak (zie artikel 3.12 van het wetsvoorstel).

Het verkrijgen van relevante informatie begint met de informatie die een aanvraag moet bevatten. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur wordt vastgesteld welke informatie een aanvraag minimaal dient te bevatten. Het gaat hierbij om informatie die betrekking heeft op:

- informatie over de partijen en hun vertegenwoordigers, zoals de namen en contactgegevens en het inschrijvingsnummer bij de Kamer van Koophandel;
- het doel van de aanvraag en de aard van de verstandhouding die de aanvrager wenst aan te gaan met de behoeftesteller;
- een opgave van de vereisten van de betreffende behoeftesteller met betrekking tot de beperking van risico's voor diens betrokken veiligheids- of defensiebelangen waaraan de entiteit moet voldoen om direct of indirect een verstandhouding aan te kunnen gaan met die behoeftesteller.
- gegevens betreffende de eigendomsstructuur van en zeggenschap over de entiteit;
- de lidstaten of derde staten waarin aanvrager relevante activiteiten uitvoert;
- de feiten en omstandigheden die een rol kunnen spelen bij de beoordeling van de risico's voor de defensie-en of veiligheidsbelangen van de behoeftesteller.

Deze informatie is in ieder geval nodig om de minister in staat te stellen een effectieve beoordeling van de aanvrager te laten plaatsvinden. Indien er sprake is van een behoeftesteller die voornemens is gerubriceerde informatie te delen, kan het nodig zijn dat de aanvrager ook meer operationele gegevens deelt Met de minister van Defensie.

Onderzoek en informatie

Naast de informatie uit de aanvraag zelf, voorziet het wetsvoorstel in informatiebronnen die de verantwoordelijke minister kan gebruiken om het beeld over de aanvrager compleet te krijgen, zoals informatie opgenomen in basisregistraties of informatie die beschikbaar is bij andere overheidsdiensten of partijen met een wettelijke taak.

De informatie en gegevens die zijn verkregen of toegankelijk zijn gemaakt, mogen uitsluitend strekken ter uitvoering van het wetsvoorstel. Die uitvoering omvat de beoordeling van de

aanvrager op risico's voor de defensie en/of veiligheidsbelangen van de behoeftesteller aan de hand van informatie en gegevens, maar ook andere zaken die bij de uitvoering van het wetsvoorstel komen kijken, zoals het verrichten van een hernieuwde beoordeling. Het gebruik van informatie en gegevens wordt beheerst door artikel 3.12 van het wetsvoorstel.

Hetgeen hierboven in paragraaf 6.13 is aangegeven omtrent de bevoegdheid tot het doen van een verzoek tot naslag en het delen van gegevens die op grond van dit wetsvoorstel zijn verkregen, is van overeenkomstige toepassing ten aanzien van een aanvraag om een geschiktheidsverklaring.

HOOFDSTUK 8 VERHOUDING TOT INTERNATIONAAL RECHT

8.1. Europees recht

8.1.1. Algemeen

Marktordening

De voorgestelde marktordening voor de NLDTIB kent een evenknie in het voorstel van de Europese Commissie voor een Verordening tot vaststelling van het programma voor de Europese defensie-industrie en van een kader van maatregelen ter waarborging van de tijdige beschikbaarheid en levering van defensieproducten (EDIP-verordening).⁴⁰ Dit voorstel bevat maatregelen om de paraatheid van de lidstaten te vergroten door met name het openstellen van bestaande en toekomstige raamovereenkomsten voor andere lidstaten te faciliteren, het in kaart brengen en monitoren van de defensietoeleveringsketens en het introduceren van crisismechanismen ter voorkoming en mitigatie van verschillende typen crises afhankelijk van de vraag of er sprake is van een leveringscrisis of veiligheidscrisis, waardoor de Commissie bepaalde maatregelen kan nemen. Tevens worden voorstellen gedaan op het gebied van het prioriteren van orders voor crisis-relevante producten niet-zijnde defensie-(eind)producten ten behoeve van de defensie-industrie. Daarmee blijft de leveringszekerheid voor de defensie-industrie in tijden van crisis gewaarborgd en kan de industrie een eventuele sterk gestegen vraag naar defensieproducten ook beantwoorden. Nederland staat positief tegenover concrete maatregelen die de Europese Defensie Technologische en Industriële Basis versterken.⁴¹

De marktordening voorzien in dit wetsvoorstel kent diverse gelijkenissen met het voorstel van de Europese Commissie, in het bijzonder Hoofdstuk IV (voorzieningszekerheid). Zo bevat dit wetsvoorstel de bevoegdheid en verplichting om elke vier jaar een rapport op te stellen met een sterkte en zwakte analyse van de NLDTIB, een analyse van de nationale en internationale markt van defensieopdrachten en de verwachte effecten daarvan op de NLDTIB, een analyse van de technologische ontwikkelingen die zich op het slagveld operationeel manifesteren afgezet tegen de beschikbare technologie en capaciteiten van de NLDTIB, etc (zie artikelen 1.2 en 1.3 van het wetsvoorstel). Dat rapport en bijbehorende bevoegdheid om relevante informatie op te vragen (artikel 1.13 van het wetsvoorstel) is een bredere invulling van de benadering die de Europese Commissie voorstelt (zie artikel 41 van het voorstel voor een verordening). De mogelijkheid om ondernemingen van doorslaggevende betekenis voor de operationele relevantie of de inzetbaarheid van de krijgsmacht of voor de wettelijke taakvervulling door de MIVD te belasten met een dienst van algemeen belang zoals voorzien in dit wetsvoorstel sluit aan bij de identificatie van cruciale marktpartijen zoals voorzien in de voorgestelde verordening (zie artikel 42 van de voorgestelde verordening). In het wetsvoorstel wordt echter aan de kwalificatie als "cruciale marktpartij" operationele betekenis toegekend door gerichte sturing te waarborgen jegens deze marktpartijen via het belasten met een dienst van algemeen economisch belang (artikel 1.4 van

⁴⁰ Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van het programma voor de Europese defensie-industrie en van een kader van maatregelen ter waarborging van de tijdige beschikbaarheid en levering van defensieproducten (EDIP-verordening), COM(2024)150 final van 5 maart 2024.

⁴¹ Kamerstukken II 2023/24, 22 112, nr. 3919

het wetsvoorstel). Daarmee worden specifieke taken en verplichting opgelegd aan deze ondernemingen. Het Europese voorstel voor een verordening zet die stap (nog) niet. In het voorstel voor een verordening wordt ook de mogelijkheid gecreëerd om als prioritair aangemerkte bestellingen bij voorrang te behandelen zowel ten aanzien van crisis relevante producten die geen defensie producten zijn alsmede ten aanzien van defensieproducten (zie o.a. artikelen 47 en 50 van het voorstel voor een verordening). In het wetsvoorstel is deze mogelijkheid voor het voorrang geven aan bepaalde opdrachten ook voorzien (artikel 1.4, tweede lid, sub f, van het wetsvoorstel). Zo zijn er meer vergelijkbaarheden. Op diverse punten zijn het wetsvoorstel en de voorgestelde verordening dus congruent met elkaar, omdat beide voorstellen dezelfde onderliggende belangen beogen te waarborgen. Dit heeft tot gevolg dat eventuele beperkingen van de interne markt regels door het wetsvoorstel gerechtvaardigd kunnen worden met een beroep op dezelfde belangen als door het EU voorstel worden beoogd (zie arrest van het HvJEU van 22 oktober 2013, Essent N.V. e.a., gevoegde zaken C-105/12 t/m C-107/12, overwegingen 64–66). Daarnaast kan het wetsvoorstel ook bijdragen aan de effectieve tenuitvoerlegging van het EU voorstel voor een verordening, indien dat voorstel wordt aangenomen. Met het wetsvoorstel wordt dan ook mede invulling gegeven aan het beginsel van unietrouw (artikel 4, derde lid, VEU).

Investeringsstoets

De in dit wetsvoorstel voorgestelde investeringsstoets past binnen de verplichtingen en kaders voorzien bij de FDI-screeningsverordening. Het toepassingsbereik van de investeringsstoets heeft betrekking op bedrijven die actief zijn op het gebied van militaire goederen, zijn aangewezen als wezenlijke krijgsmachtleverancier, of een transportleverancier zijn. Dit past binnen artikel 4, eerste lid, onderdelen a en b van Verordening (EU) nr. 2019/452. Het toetsingsmechanisme zoals voorzien in dit wetsvoorstel voldoet qua procedurele waarborgen, gegevensdeling en samenwerking met andere lidstaten aan de vereisten van Verordening (EU) nr. 2019/452, omdat deze elementen in het wetsvoorstel in grote lijnen overeenkomen met hetgeen reeds bij de Wet Vifo is voorzien (zie in dit verband paragrafen 5.1.1 en 5.1.3 van de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Vifo (Kamerstukken II 20/2021, 35880, nr. 3)).

De Europese Commissie heeft op 24 januari 2024 een voorstel uitgebracht voor een verordening inzake de screening van buitenlandse investeringen in de Unie en tot intrekking van Verordening (EU) 2019/452 van het Europees Parlement en de Raad.⁴² Deze meer verstrekkende verordening dan verordening (EU) nr. 2019/452 schrijft dwingend voor dat er een toetsingsmechanisme moet worden ingevoerd in alle lidstaten van de EU met een toepassingsbereik dat in ieder geval overeenkomt met bijlagen 1 en 2 bij de voorgestelde verordening. Onderdeel van dat toepassingsbereik is dat het screeningsmechanisme ook van toepassing moet zijn op het verkrijgen van zeggenschap over ondernemingen die goederen en technologie exploiteren die vermeld zijn op de gemeenschappelijke EU-lijst van militaire goederen (zie artikel 4, vierde lid, sub b en bijlage II punt 2 en zie ook punt 3, sub g, laatste bullit van de voorgestelde verordening). Hoewel het kabinet het doel van het EU voorstel onderschrijft en een verbeterde coördinatie en samenwerking tussen lidstaten onderschrijft, heeft het kabinet zorgen over de rechtszekerheid, regeldruk, de belangen voor nationale veiligheid, vestigingsklimaat en het gelijk speelveld op de interne markt.⁴³ Gelet op de lopende onderhandelingen kan thans nog geen definitief beeld worden geboden over de verenigbaarheid van het hoofdstuk investeringsstoets van dit wetsvoorstel met de voorgestelde verordening. Pas bij de definitieve vaststelling van een verordening kan een eindoordeel worden gegeven.

Geschiktheidsverklaring

De totstandkoming van dit onderdeel van het wetsvoorstel moet ook worden gezien tegen de achtergrond en in de context van Europese regelgeving zoals die ten aanzien van de EDF-

⁴² Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake de screening van buitenlandse investeringen in de Unie en tot intrekking van Verordening (EU) 2019/452 van het Europees Parlement en de Raad, COM (2024) 23 final.

⁴³ Kamerstukken II 2023/24, 22 112, nr. 3905

Verordening. De EDF-Verordening bevat regels omtrent subsidiabele geschiktheid van projecten die worden uitgevoerd door Europese consortia met deelnemende entiteiten gevestigd in meerdere lidstaten. Indien zo'n entiteit wel is gevestigd in een lidstaat, maar onder zeggenschap staat van een land buiten de EU of Noorwegen, dan moet de entiteit aan de Europese Commissie garanties kunnen overleggen ten aanzien van de defensie- en veiligheidsbelangen van de EU en haar lidstaten. Die garanties moeten volgens de verordening zijn goedgekeurd door de lidstaat van vestiging van de entiteit. Iets vergelijkbaars is opgenomen in de verordening die het InvestEU-programma regelt. De daarvoor noodzakelijke nadere uitwerking en effectieve tenuitvoerlegging van deze verplichting moet door de lidstaten plaatsvinden overeenkomstig het eigen nationale recht.

De constructie van het moeten afgeven van garanties en de goedkeuring daarvan door lidstaten vindt in Europese context steeds vaker plaats en vindt haar bestaansgrond in de toegenomen geopolitieke spanningen en gevoelde behoefte aan Europese strategische autonomie. De verenigbaarheid van het wettelijk regime zoals neergelegd in dit wetsvoorstel met de EDF - verordening wordt in paragraaf 8.1.5 van deze toelichting nader uitgewerkt.

8.1.2. Het vrij verkeer van kapitaal, de vrijheid van vestiging, het vrij verkeer van diensten en het vrij verkeer van goederen

Marktordening

De voorgestelde marktordening kent drie verschillende componenten die elk onder de verschillende interne marktbepalingen anders gewogen dienen te worden. De voorgestelde marktordening kent geen beperking van het vrij verkeer van kapitaal, omdat er in *dit deel* van het wetsvoorstel geen sprake is van een belemmering in het verrichten van investeringen in een onderneming die onderworpen is aan de marktordening noch zijn er belemmeringen in het verwerven van vermogensbestanddelen van deze ondernemingen. Voor zover het gaat om het vrij verkeer van diensten (artikel 56 VWEU) en de daarmee samenhangende vrijheid van vestiging (artikel 49 VWEU) dient eerst te worden bepaald of de dienstenrichtlijn (richtlijn 2006/123/EG) van toepassing is. Is dat namelijk het geval, dan hoeft niet aan de vrij verkeerbepalingen getoetst te worden maar wordt het relevante toetsingskader door de harmonisatiemaatregel gevormd (zie in dit verband arrest van het HvJEU van 30 januari 2018, Visser Vastgoed, gevoegde C-360/15 en C-31/16, overweging 107). De voorgestelde marktordening valt naar het oordeel van het kabinet binnen het toepassingsbereik van de dienstenrichtlijn, omdat de marktordening niet alleen informatieverplichtingen kent, maar ook ondernemingen belast worden met het verrichten van één of meer diensten in de vorm van een dienst van algemeen economisch belang. Naast de dienstenrichtlijn zal daarbij rekening moeten worden gehouden met de bijzondere kaders die voortvloeien uit artikel 106, eerste en tweede lid, VWEU en het protocol betreffende diensten van algemeen belang.

Ten aanzien van de toepasselijkheid van het vrij verkeer van goederen kan worden opgemerkt dat het onderdeel van de marktordening dat voorziet in verplichte voorraadvorming en de eisen die kunnen worden gesteld aan de voorraadvorming en in toeleveranciersketen, een belemmering kunnen vormen van het vrij verkeer van goederen (zie arrest van het HvJEU 25 oktober 2001, Commissie/Helleense Republiek, zaak C-398/98, overwegingen 22-32). De bevoegdheid om in Nederland gevestigde ondernemingen te onderwerpen aan een voorraadplicht ingevolge het strategische bevoorradsingsplan (zie artikel 1.8), kan de betrokken ondernemingen beperken in hun mogelijkheden om vrij in te voeren en vrij uit te voeren binnen de interne markt van de Unie. Er is daarmee sprake van een maatregel van gelijke werking die gelijk gesteld kan worden aan zowel een kwantitatieve invoerbeperking als aan een kwantitatieve uitvoerbeperking. Dit geldt ook voor de bevoegdheid om ondernemingen te belasten met een dienst van algemeen economisch belang of die zijn aangewezen voor de uitvoering van het strategisch bevoorradsingsplan en om de toeleveranciersketen te diversifiëren of te versterken (artikel 1.10 van het wetsvoorstel).

Gelet op deze beperkingen van het vrij verkeer van goederen dienen deze beperkingen te worden gerechtvaardigd om als rechtmatige beperkingen van het vrij verkeer te kunnen worden

aangemerkt. Deze beperkingen zijn non-discriminatoir van aard, want treffen alleen in Nederland gevestigde ondernemingen en zijn er niet op gericht om noch hebben tot effect om alleen goederen uit andere lidstaten of goederen die worden geëxporteerd naar andere lidstaten te treffen. Daarmee is het mogelijk om op grond van dwingende redenen van algemeen belang deze belemmeringen te rechtvaardigen. Deze belangen zijn de door het Hof van Justitie erkende dwingende reden van algemeen belang van openbare veiligheid, in het bijzonder voorzienings- en leveringszekerheid (arrest van het HvJ van 10 juli 1984, *Campus Oil*, zaak 72/83, overwegingen 34-36; arrest HvJEU van 4 juni 2002, *Commissie/België*, C-503/99, overweging 46). Daarnaast zijn de belangen zoals aangeduid in het voorstel voor een EDIP-verordening relevant: het gaat daarbij om veiligheid, solidariteit en doeltreffendheid in reactie op spanningen in toeleveranciersketens of op veiligheids crises.

De voorgestelde bevoegdheden zijn geschikt om het beoogde doel te waarborgen, omdat door middel van een voorraadplicht en diversificatie van toeleveranciersketens schokken in de voorziening van producten die van wezenlijk belang zijn voor de operationele inzetbaarheid van de krijgsmacht en de activiteiten van de MIVD kunnen worden opgevangen. Ook draagt het bij aan een lange termijn planning en organisatie van de productie- en innovatiecapaciteiten van de NLDTIB kan worden geborgd waardoor meer stabiliteit en zekerheid in de voorzienings- en leveringszekerheid kan worden gerealiseerd. Dat de voorraadplicht en diversificatie van toeleveranciersketens aan ondernemingen opgelegd, hangt samen met de omstandigheid dat de productie- en innovatiekracht van de NLDTIB van essentieel belang zijn voor de operationele inzet van defensie en het functioneren van de MIVD en niet vervangen kan worden door Defensie zelf. Dit geldt ook voor de voorraadvorming: daar waar defensie zelf voorraden heeft van munitie, wapensystemen en brandstof, is het goed voorstelbaar dat de Staat en Defensie zelf noodzakelijke voorraden van grondstoffen, half-fabrikaten en productieapparatuur aanlegt die nodig zijn om munitie en wapensystemen te produceren. Voor medicijnen, medisch verband, persoonlijke beschermingsmiddelen en medische hulpmiddelen gelden vaak houdbaarheidsdata en speciale onderhoudscycli die efficiënter en in grotere volumes bij producenten en groothandel in voorraad gehouden kunnen worden.

De voorgestelde bevoegdheden gaan niet verder dan nodig is. Alleen ondernemingen waarvan op grond van het strategisch bevoorradingsplan is vastgesteld dat een voorraadplicht nodig is, worden onderworpen aan de beperking voor de specifieke producten etc. die in het plan zijn geïdentificeerd. Voor deze ondernemingen alsmede de ondernemingen belast met een dienst van algemeen economisch belang kan ook de diversificatie van toeleveranciers als proportioneel worden aangemerkt, omdat zonder deze maatregel het risico bestaat dat het oogmerk van de voorraadvorming of het belasten van ondernemingen met een dienst van algemeen economisch belang wordt ondermijnd. Immers als de toeleveranciersketen verstoord raakt of een te grote afhankelijkheid van één leverancier ontstaat, is er een extra risico op aantasting van de dienst van algemeen economisch belang of de nakoming van de voorraadplicht. Dat tast vervolgens de operationele inzetbaarheid van de krijgsmacht aan of het functioneren van de MIVD. De proportionaliteit van de voorraadplicht is bovendien nog verder gewaarborgd door het vereiste dat een voorraadplicht alleen wordt opgelegd als de overheid er zelf niet efficiënt in kan voorzien, is in het wetsvoorstel opgenomen (zie artikel 1.8, tweede lid, onderdeel b, van het wetsvoorstel).

Investeringsstoets

Voor de in artikel 2.2 bedoelde verwervingsactiviteiten geldt dat die ingeval van het ontbreken van een positieve mededeling van de minister niet mogen plaatsvinden voordat een daaraan voorafgaand toetsingsbesluit is genomen. Volgens vaste jurisprudentie van het HvJEU vormt de verplichting om voorafgaand toestemming te verkrijgen bij buitenlandse directe investeringen een belemmering van het vrij verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging (zie arresten van het HvJEU van 14 december 1995, *Sanz de Lera e.a.*, gevoegde zaken C-163/94, C-165/94, C-250/94, overwegingen 24-25 en van 14 maart 2000, *Église de Scientologie*, zaak C-54/99, overwegingen 14-15). Hetzelfde geldt voor de verplichting om voorafgaand toestemming te krijgen voor de verwerving van (roerende) vermogensbestanddelen die via de verwerving uitgevoerd zouden kunnen worden naar een andere lidstaat of een derde land. In die gevallen is er sprake van een

belemmering van het vrij verkeer van goederen (zie arrest HvJEU van 12 juli 1973, Riseria Luigi Geddo, zaak 2/73).

Een dergelijke voorafgaande toetsingsprocedure dient dan ook noodzakelijk zijn ter bescherming van een dwingende reden van algemeen belang of een van de belangen die in het VWEU zijn opgenomen om een belemmering van het vrij verkeer te kunnen rechtvaardigen. In onderhavig geval zijn de dwingende redenen van algemeen belang zoals ook verdragsrechtelijk is vastgelegd in bijvoorbeeld artikel 52, eerste lid, en artikel 36 van het VWEU het belang van de openbare veiligheid dat met deze ante toetsing wordt nagestreefd. De systematiek van de ex ante toetsingsprocedure – anders dan de inhoud daarvan –, is in dit wetsvoorstel op dezelfde wijze als in de Wet vifo vorm gegeven. Daarom gaan de overwegingen over de verdragsvrijheden in paragraaf 5.1.2 van het algemeen deel van de memorie op de Wet vifo met betrekking tot de ex ante toetsing ook voor de toetsingsprocedure op zoals die in dit wetsvoorstel is vastgelegd (blz. 65 tot en met 68). In die paragraaf wordt in het licht van de verdragsvrijheden de keuze voor een ex ante toetsing in plaats van een ex post toetsing toegelicht. Ook wordt toegelicht waarom de inrichting van het toetsingsstelsel zelf een gerechtvaardigde belemmering van het vrij verkeer vormt. Hierbij komen de volgende aspecten van het toetsingsstelsel aan de orde: 1) het van rechtswege toestaan van een verwervingsactiviteit bij het ongebruikt verstrijken van een termijn tot het doen van een mededeling of een toetsingsbesluit vereist is; 2) de kenbaarheid en het non-discriminatoire karakter van de ex ante toetsingsprocedure; 3) de voorzieningen voor de minister zelf informatie op te vragen bij andere (overheids)instanties die tot verlaging van administratieve lasten leiden; en 4) de inrichting van de procedure die het opleggen van passende eisen en voorschriften mogelijk maakt om risico's voor de nationale veiligheid te mitigeren op basis van voorgeschreven risicofactoren. Ook is op de toetsingsprocedure het Nederlandse bestuursrecht van toepassing met de mogelijkheid van bezwaar en beroep. Daarmee is voldaan aan de standaarden die het Hof van Justitie aanlegt voor de inrichting van ex ante toestemmingsprocedures die het vrij verkeer kunnen belemmeren (arrest HvJEU van 4 juni 2002, zaak C-503/99, Commissie/België overwegingen 51–52).

De investeringstoets in dit wetsvoorstel heeft door de gerichtheid op een kleine en homogene doelgroep van nader bepaalde krijgsmachtleveranciers een positief effect op de gerechtvaardigdheid van belemmeringen van het vrij verkeer die een ex ante toetsing op risico's voor de nationale veiligheid met zich brengt. De voorgestelde inhoud van de toets, los van de systematiek daarvan, is zo specifiek mogelijk vorm gegeven. Dit draagt eraan bij dat belemmeringen niet verder gaan dan strikt noodzakelijk is in het belang van de openbare veiligheid. In de memorie op de Wet vifo zijn verscheidene van de eisen en voorschriften die kunnen worden opgelegd, afzonderlijk toegelicht op verenigbaarheid met de verdragsvrijheden (blz. 66 tot en met 68). Hetgeen in die memorie daarover is toegelicht is ook van toepassing op de eisen en voorschriften uit dit wetsvoorstel.

Ten aanzien van de mogelijke toepasselijkheid van de Titel VI (Vervoer) van het Verdrag van de Werking van de Europese Unie gelet op de werking van het wetsvoorstel ten aanzien van specifiek geïdentificeerde transportleveranciers (zie artikel 2.1, lid 1, sub b, van het wetsvoorstel), is het kabinet van oordeel dat deze titel niet van toepassing is, omdat niet de vervoersdienst zelf door de investeringstoetsing neergelegd in dit wetsvoorstel wordt geraakt, maar de onderneming die een *stand by* beschikbaarheidsdienst voor transportcapaciteit is overeengekomen met de Staat. In het licht van de jurisprudentie van het Hof van Justitie is een ex ante investeringstoets te toetsen aan respectievelijk het vrij verkeer van kapitaal of de vrijheid van vestiging (zie bijv. arrest van 27 februari 2019, Associação Peço a Palavra, zaak C-563/17, overwegingen 43–46).

Geschiktheidsverklaring

De door de EDF-Verordening geregelde eis dat een in Nederland gevestigde entiteit onder zeggenschap van (een entiteit uit) een derde land een geschiktheidsverklaring overlegt in de vorm van een goedkeuring van door die entiteit afgegeven garanties ten behoeve van de defensie- en veiligheidsbelangen van de EU en haar lidstaten kan weliswaar een belemmering betekenen voor het vrij verkeer, maar deze belemmering vindt plaats op grond van Unie regelgeving. Het is

derhalve een EU vereiste waarvan het achterliggende doel, de noodzakelijkheid en proportionaliteit door de EU wetgever is onderbouwd. Het voorliggende wetsvoorstel met het onderdeel van de geschiktheidsverklaring is primair gericht op het effectief ten uitvoer leggen van deze verplichting. De Europese Commissie heeft meermaals benadrukt dat het aan de lidstaten zelf is om de daarbij toepasselijke kaders vorm te geven. Daarbij is uitdrukkelijk nagedacht over de proportionaliteit van de toetsing ten aanzien van zowel de entiteit als het bevoegd gezag en de benodigde transparantie van het toetsingsproces. Op deze wijze beoogt de Nederlandse wetgever de op EU niveau vereiste nationale toetsing van de benodigde garanties zo eenvoudig mogelijk te maken en op verantwoorde wijze de mogelijkheid te faciliteren tot deelname van in Nederland gevestigde autoriteiten aan Europese consortia die EU gelden kunnen ontvangen.

Overigens is hier tot op zekere hoogte een parallel te trekken met de "gedragsverklaring aanbesteden": de verklaring van de Minister van Justitie en Veiligheid dat uit een onderzoek naar bepaalde in de aanbestedingswetgeving aangeduide gegevens is gebleken dat tegen de betrokken natuurlijke persoon of rechtspersoon geen bezwaren bestaan in verband met inschrijving op overheidsopdrachten, speciale-sectoropdrachten, concessieopdrachten, prijsvragen of opdrachten als bedoeld in de Aanbestedingswet 2012 of de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied. Deze verklaring van overheidswege is zodanig vormgegeven dat hiermee door middel van één verklaring door de bevoegde autoriteiten desgevraagd kan worden verklaard of op gegadigden of inschrijvers uitsluitingsgronden van toepassing zijn die zijn opgenomen in de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Ook hier wordt met andere woorden uitwerking gegeven aan een maatregel vereist vanwege een hogere (Europese) norm op een wijze die de administratieve lasten voor de aanvrager zo laag mogelijk beoogt te houden.

Het wetsvoorstel heeft een breder toepassingsbereik dan het uitwerken van communautaire verplichtingen van lidstaten. Geschiktheidsverklaringen worden ook verlangd in de context van bijvoorbeeld NAVO-aanbestedingen of door andere mogendheden bij het gunnen van defensieopdrachten. Ook hier geldt dat de geschiktheidsverklaring als een belemmering ervaren kan worden voor bepaald vrij verkeer, maar dat die belemmering geen nationale oorsprong heeft. Het is de buitenlandse mogendheid of de internationale organisatie die een dergelijke verklaring wenst te ontvangen. Het wetsvoorstel is juist ontwikkeld om het mogelijk belemmerende karakter van zo'n verklaring zoveel mogelijk te beperken en het voor zoveel mogelijk geïnteresseerde partijen mogelijk te maken om internationaal verstandhoudingen aan te gaan die in het belang zijn van zowel deze partijen als Nederland.

8.1.3. Dienstenrichtlijn

Marktordening

In het wetsvoorstel is voorzien in een NLDTIB-rapport en bijbehorende bevoegdheid om informatie op te vragen (zie artikelen 1.2, 1.3 en 1.13, tweede en derde lid, van het wetsvoorstel). Deze informatieverstrekkingsplicht is een eis in de zin van artikel 4, onderdeel 7, van de dienstenrichtlijn. Deze eis komt niet voor in de lijst van verboden eisen neergelegd in artikel 14 van de dienstenrichtlijn. Er is ook geen sprake van een eis die gerechtvaardigd moet worden ingevolge artikel 15 van de dienstenrichtlijn, omdat het type eis niet opgesomd is in de limitatieve opsomming van artikel 15, tweede lid, van de dienstenrichtlijn. Artikelen 16 en 19 van de dienstenrichtlijn zijn niet van toepassing, omdat de informatieverstrekkingsplicht zich alleen richt tot in Nederland gevestigde ondernemingen.

Het wetsvoorstel voorziet daarnaast in de bevoegdheid voor de Minister van Defensie om door middel van een aanwijzing ondernemingen te belasten met een dienst van algemeen economisch belang. Deze dienst van algemeen economisch belang kan betrekking op één of meer van de in artikel 1.4, tweede lid, van het wetsvoorstel opgesomde activiteiten. De aanwijzing kan alleen geschieden jegens ondernemingen die actief zijn op het gebied van militaire goederen of op het gebied van producten voor tweëerlei gebruik en waaraan een doorslaggevende betekenis voor de operationele relevantie of de inzetzekerheid van de krijgsmacht of voor de wettelijke taakvervulling door de MIVD is toe te kennen. Deze doorslaggevende betekenis wordt geschraagd door de

analyses opgenomen in het laatstelijk voorafgaand aan de aanwijzing vastgestelde NLDTIB-rapport en de daarin geïdentificeerde behoeftes op defensiegebied.

In artikel 1, tweede lid, van de dienstenrichtlijn is bepaald dat deze richtlijn geen betrekking heeft op de liberalisering van diensten van algemeen economisch belang die voorbehouden zijn aan openbare of particuliere entiteiten, noch op privatisering van openbare dienstverrichtende activiteiten. Op grond van artikel 1, derde lid, heeft de dienstenrichtlijn bovendien ook geen betrekking op de afschaffing van dienstverrichtende monopolies en doet de richtlijn geen afbreuk aan de vrijheid van de lidstaten in overeenstemming met het Gemeenschapsrecht vast te stellen wat zij als diensten van algemeen economisch belang beschouwen, hoe deze diensten moeten worden georganiseerd en aan welke bijzondere verplichtingen zij onderworpen zijn. Op grond hiervan is de dienstenrichtlijn in beginsel niet van toepassing op het belasten van de betrokken ondernemingen door middel van een aanwijzing met een dienst van algemeen economisch belang en de definiëring van wat deze diensten kunnen zijn. Het toepasselijke toetsingskader daarvoor wordt primair gevormd door artikel 106 VWEU en het protocol betreffende diensten van algemeen belang. Derhalve vallen deze bepalingen buiten de reikwijdte van de dienstenrichtlijn.

Een bepaling in dit wetsvoorstel dat niet rechtstreeks gerelateerd zijn aan de aanwijzing van ondernemingen waarmee ze worden belast met een dienst van algemeen economisch belang ter uitvoering van de opgelegde dienst van algemeen economisch belang, moet wel aan de dienstenrichtlijn getoetst worden. Op grond van artikel 15, tweede lid, zijn lidstaten verplicht te onderzoeken of de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit afhankelijk wordt gesteld van niet-discriminerende eisen zoals een verplichting voor de dienstverrichter om in combinatie met zijn dienst andere specifieke diensten te verrichten (artikel 15, tweede lid, onderdeel h, van de dienstenrichtlijn). In dit wetsvoorstel is de bevoegdheid opgenomen in artikel 1.5, tweede lid, van het wetsvoorstel en in artikel 1.10 van het wetsvoorstel om aanvullende verplichtingen te verbinden aan de uitvoering van de dienst van algemeen economisch belang. Deze eisen zijn van accessoir van karakter en definiëren, organiseren noch financieren als zodanig de dienst van algemeen economisch belang. Het doel van deze eisen is niet zozeer het waarborgen van de dienst van algemeen economisch belang zelf, maar het waarborgen dat de dienst van algemeen economisch belang effectief plaatsvindt en minder gevoelig is voor disruptie. Dit type eisen valt daarom binnen het bereik van de dienstenrichtlijn en dient te worden getoetst aan artikelen 14 en 15 van de dienstenrichtlijn.

Artikel 1.5, tweede lid, van het wetsvoorstel en artikel 1.10 van het wetsvoorstel om aanvullende verplichtingen te verbinden aan de uitvoering van de dienst van algemeen economisch belang bevatten geen eisen die verboden zijn ingevolge artikel 14, maar kunnen wel vergen dat de aangewezen dienstverrichter verplicht wordt om in combinatie met zijn dienst andere specifieke diensten te verrichten. Dit is een eis als bedoeld in artikel 15, tweede lid, onderdeel h, van de dienstenrichtlijn. Een dergelijke verplichting is non-discriminatoire van karakter en kan worden gerechtvaardigd met een beroep op dwingende redenen van algemeen belang, in het bijzonder voorzienings- en leveringszekerheid, de openbare veiligheid en de belangen die door middel van de EDIP-verordening nagestreefd. Deze eisen zijn geschikt om het beoogde doel te realiseren, namelijk de effectieve werking van de dienst van algemeen economisch belang te waarborgen en het daarmee gediende belang van veiligheid.

Voor de ondernemingen belast met een dienst van algemeen economisch belang kan zowel het opleggen van nadere eisen als de diversificatie van toeleveranciers als proportioneel worden aangemerkt, omdat zonder deze maatregel het risico bestaat dat het oogmerk van het belasten van ondernemingen met een dienst van algemeen economisch belang wordt ondermijnd. Immers als de toeleveranciersketen verstoord raakt of een te grote afhankelijkheid van één leverancier ontstaat, is er een extra risico op aantasting van de dienst van algemeen economisch belang of de nakoming van de voorraadplicht. Dat tast vervolgens de operationele inzetbaarheid van de krijgsmacht aan of het functioneren van de MIVD. Dit verklaart ook waarom er nadere eisen aan het verrichten van de dienst van algemeen economisch belang kunnen worden verbonden.

Voor zover deze aanvullende eisen niet voldoende gerechtvaardigd kunnen worden overeenkomstig artikel 15, eerste en derde lid, van de dienstenrichtlijn, maar deze eisen wel nodig zijn voor de effectieve werking van de diensten van algemeen economisch belang, kan een beroep worden gedaan op artikel 15, vierde lid van de dienstenrichtlijn. De eisen zullen worden genotificeerd overeenkomstig artikel 15, zevende lid, van de dienstenrichtlijn.

Investeringsstoets

De Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PbEU 2006, L376), hierna: dienstenrichtlijn, is niet van toepassing op het voorgestelde toetsingskader voor het beoordelen van investeringen. In de memorie van toelichting op de Wet vifo is nader ingegaan op de verenigbaarheid van de dienstenrichtlijn met de inrichting en systematiek van de investeringsstoets onder die wet (blz. 69). Dit wetsvoorstel verschilt daarin niet van de Wet vifo, zodat de verantwoording die hierover in die memorie op de Wet vifo is gegeven hier onverminderd ook van toepassing is.

Geschiktheidsverklaring

Bij het voorgestelde toetsingskader in het kader van de geschiktheidsverklaring moet ook rekening worden gehouden met de dienstenrichtlijn en in het bijzonder de artikelen 16, tweede lid, onderdeel g en artikel 19.

Dit wetsvoorstel beoogt geen eisen of vergunningstelsels in de zin van artikel 4, onderdelen 6 en 7, van de dienstenrichtlijn te introduceren. De geschiktheidsverklaring is geen verplichting opgelegd door de Nederlandse wetgever, maar een vereiste dat zijn oorsprong vindt in regelgeving of dwingende redenen van algemeen belang van andere mogendheden en volkenrechtelijke organisaties, i.e. hun defensie- en veiligheidsbelangen.

Voor wat betreft de door de EDF-Verordening vereiste goedkeuring van garanties van in Nederland gevestigde entiteiten waarover zeggenschap wordt uitgeoefend door een (entiteit uit een) derde land, geldt dat er sprake is van een eis afkomstig uit andere communautaire regelgeving die betrekking heeft op specifieke aspecten van de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit in een specifieke sector en heeft de EDF-Verordening op grond van artikel 3, eerste lid, van de dienstenrichtlijn voorrang op de dienstenrichtlijn.

Overweging 16 van de dienstenrichtlijn geeft aan dat de dienstenrichtlijn alleen betrekking heeft op in een lidstaat gevestigde dienstverrichters en geen externe aspecten regelt. De eis die de EDF-verordening oplegt, geldt alleen voor in de EU gevestigde dienstverleners met zeggenschap van buiten de EU. Die (entiteiten uit) derde landen bij wie de zeggenschap berust kunnen zich derhalve niet op onverenigbaarheid met de dienstenrichtlijn beroepen, waardoor artikel 19, onderdeel b, ook niet opgaat.

Voor zover een geschiktheidsverklaring nodig is vanwege op grond regelgeving of behoeften van andere mogendheden of volkenrechtelijke organisaties buiten communautaire regelgeving, geldt dat die landen of organisaties de behoefte van een geschiktheidsverklaring stoelen op het voorkomen van risico's voor hun defensie -en veiligheidsbelangen en deze vormen onderdeel van de openbare veiligheid en staatsveiligheid, maar in veel gevallen ook van intellectuele eigendom, allen dwingende redenen van algemeen belang als bedoeld in artikel, 4, onderdeel 8 van de dienstenrichtlijn.

Voor zover de geschiktheidsverklaring wordt vereist door lidstaten die de rol van behoeftestellen vervullen, geldt dat het aan die lidstaten is om erop toe te zien dat dat vereiste in lijn is met artikel 16, tweede lid onderdeel g jo artikel 19. De dienstenrichtlijn verplicht Nederland niet om de onderbouwing van zo'n behoeftesteller te toetsen.

8.1.4. FDI-screeningsverordening

Investeringsstoets

De investeringstoets in dit wetsvoorstel dient te worden gezien in de context van de verordening tot vaststelling van een kader voor de screening van buitenlandse directe investeringen in de Unie (hiervoor onder vermelding van vindplaats aangehaald als: FDI-screeningsverordening). De verplichting die op Nederland rust om effectieve uitvoering te geven aan de FDI-screeningsverordening is uitgewerkt in de Uitvoeringswet screeningsverordening buitenlandse directe investeringen. Tegelijkertijd bevat de FDI-screeningsverordening een aantal elementen waaraan de toetsingsmechanismen van de lidstaten moeten voldoen om passend te zijn in de kaders die de FDI-screeningsverordening stelt. Deze elementen komen overigens overeen met de eisen die het Hof van Justitie stelt aan voor het vrij verkeer belemmerende maatregelen (zie bijv. het reeds aangehaalde arrest HvJEU van 4 juni 2002, zaak C-503/99, Commissie/België overwegingen 51–52) en de internationale verplichtingen die de EU en de lidstaten zijn aangegaan in handelsverdragen. Deze elementen zijn op hoofdlijnen:

- er moeten regels en procedures met betrekking tot de screeningmechanismen zijn, met inbegrip van de motivering tot verantwoording daarvan, en deze regels en procedures dienen geen onderscheid naar derde landen te maken en transparantie te bieden;
- er moeten termijnen worden toegepast in het kader van een screeningmechanisme met de mogelijkheid om rekening te houden met opmerkingen van andere lidstaten en adviezen van de Commissie e.e.a. overeenkomstig de FDI-screeningsverordening;
- vertrouwelijke informatie, met inbegrip van commercieel gevoelige informatie, die ter beschikking wordt gesteld van de lidstaat die de screening uitvoert, wordt beschermd;
- rechtsbescherming wordt open gesteld voor buitenlandse investeerders en de betrokken ondernemingen: zij dienen de mogelijkheid te hebben om tegen een screeningbesluit van de nationale autoriteiten in beroep te gaan;
- lidstaten die beschikken over een screeningmechanisme, zorgen voor de handhaving, wijziging of vaststelling van maatregelen die nodig zijn om het omzeilen van screeningmechanismen en screeningbesluiten op te sporen en te voorkomen.

In de memorie van toelichting op de Wet vifo is verantwoord dat die wet voldoet aan de elementen die de FDI-screeningsverordening stelt aan toetsingsmechanismen van de lidstaten (blz. 69 tot en met 72). De verantwoording die daarvoor wordt gegeven, gaat ook op voor dit wetsvoorstel, aangezien de inrichting van de toetsingsprocedure hierin niet verschilt ten opzichte van die van de Wet vifo. De FDI-screeningsverordening geeft de Uniewetgever voorts een aantal suggesties mee waar de lidstaten gebruik van kunnen maken bij het inrichten of aanpassen van screeningsmechanismen. In de memorie van toelichting op de Wet vifo wordt hierop nader ingegaan (blz. 71 en 72). Bij het opstellen van de beoordelingsfactoren en eisen en voorschriften die als op te leggen maatregelen opgelegd mogen worden (zie hoofdstuk 5A van deze memorie), is met deze suggesties rekening gehouden.

8.1.5. EDF-Verordening

Zoals eerder in paragraaf 3.3 is aangegeven, is de noodzaak voor een wettelijke grondslag voor een geschiktheidsverklaring mede ingegeven door de vereisten die gelden op grond van de EDF Verordening. Artikel 9, vierde lid, van die Verordening bepaalt dat een in de Europese Unie of in een geassocieerd land(i.c. Noorwegen) gevestigde juridische entiteit die onder zeggenschap staat van een (entiteit uit een) niet-geassocieerd derde land uitsluitend subsidiabel is, indien die entiteit garanties kan overleggen die zijn goedgekeurd door de lidstaat waar zij overeenkomstig de nationale procedures is gevestigd. De Verordening bepaalt verder dat de garanties “betrekking kunnen hebben” op de in de Unie of in een geassocieerd land gevestigde uitvoerende bestuursstructuur van de juridische entiteit, of, “indien de lidstaat van vestiging van de juridische entiteit dit passend acht”, op specifieke rechten van de overheid in het kader van de zeggenschap over de juridische entiteit. De garanties moeten volgens de Verordening de waarborg bieden dat de betrokkenheid bij een actie van een dergelijke juridische entiteit niet in strijd is met de veiligheids- en defensiebelangen van de Unie en haar lidstaten die zijn bepaald in het kader van het GBVB op grond van titel V van het VEU, noch met de in de EDF-verordening vastgestelde doelstellingen. De bepaling vervolgt dat de garanties met name moeten aantonen dat er voor de uitvoering van een actie maatregelen zijn getroffen die ervoor zorgen dat: a) de zeggenschap over de juridische

entiteit niet zodanig wordt uitgeoefend dat het vermogen ervan om de actie uit te voeren en resultaten te boeken wordt belemmerd of beperkt, dat er beperkingen worden opgelegd met betrekking tot de infrastructuur, faciliteiten, activa, middelen, intellectuele eigendom of knowhow die nodig zijn voor de actie, of dat de vermogens en normen die nodig zijn voor de uitvoering van de actie, worden ondermijnd; b) de toegang van een niet-geassocieerd derde land of van een entiteit uit een niet-geassocieerd derde land tot gevoelige informatie met betrekking tot de actie wordt voorkomen, en de werknemers of andere personen die bij de actie zijn betrokken, in voorkomend geval beschikken over een door een lidstaat of geassocieerd land afgegeven nationale veiligheidsmachtiging; c) de uit de actie voortgekomen intellectuele eigendom, evenals de resultaten van de actie, zowel gedurende de actie als na de voltooiing ervan in handen blijven van de ontvanger, niet onder zeggenschap staan van, of onderworpen zijn aan een beperking door, een niet-geassocieerd derde land of een entiteit uit een niet-geassocieerd derde land, en noch naar landen buiten de Unie of naar niet-geassocieerde landen worden uitgevoerd, noch van buiten de Unie of van buiten geassocieerde landen toegankelijk zijn zonder toestemming van de lidstaat of het geassocieerde land van vestiging van de juridische entiteit en overeenkomstig de in artikel 3 vastgestelde doelstellingen. Het is de lidstaat van vestiging van de juridische entiteit verder toegestaan om, indien deze dit passend acht, te verlangen dat aanvullende garanties worden verstrekt.

De systematiek is hierbij dat de Verordening aan 'artikel 9(4)- entiteiten' opdraagt om de genoemde garanties te overleggen aan het bevoegd gezag van de lidstaat waarin zij gevestigd zijn en dat het vervolgens aan de lidstaat in kwestie is om de garanties goed te keuren of niet. Het is daarmee dus de lidstaat die uiteindelijk oordeelt over de betrouwbaarheid van de entiteit. Op grond van de Verordening is echter niet gegeven wie binnen een lidstaat het bevoegd gezag is, hoe en op basis van welke bronnen dat bevoegd gezag de door de entiteit afgegeven garanties mag toetsen, noch tot wie een entiteit zich kan wenden wanneer de door haar gevraagde goedkeuring niet wordt afgegeven. Het wetsvoorstel bedoelt ook in de context van de EDF-Verordening aan entiteiten de nodige en tot op heden ontbrekende rechtszekerheid en rechtsbescherming te verschaffen.

8.1.6. Mededingingsrecht

Marktordening

Het wetsvoorstel voorziet in de bevoegdheid om ondernemingen te belasten met een dienst van algemeen economisch belang. Artikel 106, eerste lid, VWEU verbiedt het nemen van maatregelen waarmee bijzondere of exclusieve rechten aan ondernemingen worden verleend, waardoor het EU mededingingsrecht of andere bepalingen van de verdragen zoals de interne markt voorschriften worden geschonden. Op grond van artikel 106, tweede lid, VWEU kan evenwel afgeweken van dit verbod en kunnen inbreuken op de verdragsbepalingen (met inbegrip van het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging worden toegestaan indien de ondernemingen worden belast met een dienst van algemeen economisch belang en deze inbreuken noodzakelijk zijn voor de effectieve tenuitvoerlegging van de diensten van algemeen economisch belang (zie in dit verband bijvoorbeeld het arrest HvJ van 20 februari 2001, Analir, zaak C-205/99, overwegingen 23–40).

In dit kader is het relevant op te merken dat aan de lidstaten een ruime discretionaire bevoegdheid toekomt om te beslissen wat een dienst van algemeen economisch belang is, hoe deze moet worden georganiseerd en gefinancierd en aan welke bijzondere verplichtingen deze dienst onderworpen is (zie in dit verband bijvoorbeeld het arrest van het Gerecht van 15 juni 2005, Fred Olsen, T-17/02, overweging 216). In het protocol over diensten van algemeen belang bij het Verdrag van Lissabon is deze ruime bevoegdheid ook uitdrukkelijk bevestigd. Enkel zuiver economische belangen kunnen niet voldoen aan het vereiste dat er sprake moet zijn van een algemeen belang dat door deze dienst moet worden gewaarborgd (zie in dit verband het arrest HvJ van 5 juni 1997, SETTG, C-398/95, overweging 23 en het arrest HvJ van 10 december 1991, Porto di Genova, C-179/90, overwegingen 26–27). In dit wetsvoorstel is de aard van de dienst van algemeen economisch geëxpliciteerd in artikel 1.4, tweede lid, en is een uitdrukkelijke koppeling gelegd met het veiligheidsbelang dat met deze dienst wordt gewaarborgd namelijk de operationele

inzetbaarheid van de krijgsmacht en het functioneren van de MIVD. Daarmee is er juist geen sprake van enkel zuiver economische belangen.

Investeringsstoets

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

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

Op deze verplichte aanmelding van de te beschermen belangen, geldt een belangrijke uitzondering: de belangen van de bescherming van de openbare veiligheid, de pluraliteit van de media en de regels inzake toezicht. In het wetsvoorstel wordt door middel van het toetsingsregime het belang van de openbare veiligheid gediend. Daarmee vormt de EG-concentratieverordening geen beletsel voor het instellen en uitoefenen van deze bevoegdheid. In de memorie van toelichting op de Wet vifo is een en ander gedetailleerder toegelicht (blz. 72 en 73).

Geschiktheidsverklaring

De geschiktheidsverklaring draagt bij aan de doelstellingen van het mededingingsrecht, doordat zij het speelveld vergroot van entiteiten die werkzaamheden willen verrichten in de internationale defensie-industrie. Het ontbreken van een deugdelijke wettelijke grondslag voor toetsing van overheidswege van alle entiteiten die in aanmerking willen komen voor het verrichten van werkzaamheden binnen het internationale defensie-domein, betekent in de meeste gevallen dat alleen entiteiten die vanwege een bestaande opdrachtrelatie met ministerie van Defensie beschikken over een ABDO-autorisatie, een verklaring van overheidswege kunnen ontvangen dat zij betrouwbaar zijn. In sommige gevallen kan een gedragsverklaring aanbesteden de functie van geschiktheidsverklaring vervullen, maar een zware toetsing op het gebied van defensie-en veiligheid is hier geen onderdeel van. Door het ontbreken van de wettelijke grondslag voor een 'mee-ademende' geschiktheidsverklaring verkeren de 'usual suspects' tot het moment van inwerkingtreding van het wetsvoorstel sowieso in een betere positie dan vaak innovatieve nieuwkomers die nog geen relatie met Defensie hebben. Deze onwenselijke situatie is het gevolg van de 'houtje-touwtje' oplossingen die noodgedwongen gehanteerd moesten worden om niet de gehele Nederlandse defensie-industrie internationaal buiten spel te zetten (wat het gevolg zou zijn geweest van het onthouden van verklaringen aan ABDO-geautoriseerde entiteiten, enkel omdat niet-ABDO-geautoriseerde entiteiten ook geen verklaring kunnen krijgen). Het onderhavige wetsvoorstel zal deze rechtsongelijkheid repareren.

8.1.7. Algemene verordening gegevensbescherming

Marktordening

Bij de toepassing van de bevoegdheden neergelegd in dit wetsvoorstel voor een marktordening zal hoofdzakelijk bedrijfsgegevens, fabricagegegevens, technische informatie worden opgevraagd, verwerkt en gedeeld. De verwerking van persoonsgegevens zal hoofdzakelijk in de context van het toezicht op de naleving van de wettelijke verplichtingen aan de orde zijn. De kaders die hiervoor gelden komen overeen met de hieronder beschreven kaders voor de investeringstoets.

Investeringsstoets

Bij de toepassing van zijn bevoegdheden en het toetsen van een activiteit zal de minister in verschillende situaties geconfronteerd kunnen worden met persoonsgegevens en deze ook verwerken. Immers onder verwerking wordt op grond van artikel 4, onder 2, van Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming) (PbEU 2016, L 119) verstaan: een bewerking of een geheel van bewerkingen met betrekking tot persoonsgegevens of een geheel van persoonsgegevens, al dan niet uitgevoerd via geautomatiseerde procedés, zoals het verzamelen, vastleggen, ordenen, structureren, opslaan, bijwerken of wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiden of op andere wijze ter beschikking stellen, aligneren of combineren, afschermen, wissen of vernietigen van gegevens. De omvang en de aard van de persoonsgegevens zullen verschillen, afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Dit vergt dat getoetst wordt aan de hand van de algemene verordening gegevensbescherming of de verwerking van de persoonsgegevens krachtens dit wetsvoorstel rechtmatig plaatsvindt en voldoet aan de beginselen van gegevensverwerking. Deze beginselen zijn neergelegd in artikel 5 van de algemene verordening gegevensbescherming.

De verwerking van de persoonsgegevens is in het wetsvoorstel nader uitgewerkt. De verwerking van persoonsgegevens is op precies dezelfde wijze geregeld als onder de Wet vifo. Het doel en de functies van de verwerking van persoonsgegevens onder dit wetsvoorstel zijn niet wezenlijk anders dan onder die wet. Ook in dit voorstel strekt de ex ante toets tot beoordeling en beheersing van risico's voor de nationale veiligheid als gevolg van verwervingsactiviteiten. Wel zal de verwerking van persoonsgegevens minder vaak aan de orde zijn dan onder de Wet vifo door het veel kleinere bereik van dit wetsvoorstel. Dit voorstel beperkt zich immers tot een homogene groep aan wezenlijke krijgsmachtleveranciers.

De voor ex ante toetsing benodigde persoonsgegevens en de mogelijkheden tot verstrekking en gebruik daarvan, verschillen verder niet van die onder de Wet vifo. Doel en functie van de verwerking van gegevens zijn voor dit wetsvoorstel hetzelfde als onder de Wet vifo, met dien verstande dat de uitwerking beschouwd naar doelgroep, toetsingsgronden en op te leggen eisen en voorschriften deels specifiek en anders zijn dan in de Wet vifo. Deze verschillen laten onverlet dat de aard van de benodigde persoonsgegevens hetzelfde is als onder de Wet vifo worden verwerkt. Onder dit wetsvoorstel is de verwerking van dezelfde soort gegevens nodig om een ex ante toetsing uit te voeren die een proportionele uitkomst naar beoordeling op risico's voor de nationale veiligheid mogelijk maakt en tot een passende beheersing daarvan leidt voor zover dat nodig is. Het wetsvoorstel regelt de kaders waarbinnen en het instrumentarium waarmee dit is toegestaan. Dit gebeurt op dezelfde wijze als dat in de Wet vifo is vormgegeven.

In de memorie van toelichting op de Wet vifo zijn de afwegingen en keuzes ten aanzien van de verwerking van persoonsgegevens en de regeling daarvan uitgebreid gemotiveerd (blz. 73 tot en met 77). Deze motivering van afwegingen en keuzes is van overeenkomstige toepassing op dit wetsvoorstel. Dit houdt onder meer in dat het doel van de gegevensverwerking in dit wetsvoorstel is vastgelegd, de verwerkingsverantwoordelijke daarin is aangewezen, de verwerkingen daarin zijn opgesomd, alsook de partijen zijn geïdentificeerd (bestuursorganen, diensten, toezichthouders of andere personen) die gegevens aan de minister verstrekken. Ook de motivering die in de memorie van toelichting op de Wet vifo per onderdeel van het eerste lid, van artikel 5, van de algemene verordening persoonsgegevens is gegeven, is op dit voorstel van overeenkomstige toepassing. Het betreft overwegingen over het vereiste van noodzakelijkheid, proportionaliteit, de beginselen van dataminimalisatie, het beginsel van rechtmatigheid, het beginsel van «juistheid» zoals vastgelegd in artikel 5, eerste lid, onderdeel d, van de algemene verordening gegevensbescherming, het aanwijzen van een verwerkingsverantwoordelijke, opslagbeperking in relatie tot ook bewaartermijnen, en het beginsel van integriteit en vertrouwelijkheid. En evenals onder Wet vifo is het voornemen afspraken te maken over de wijze van verwerking van persoonsgegevens, zodat deze op eenduidige wijze plaatsvindt, zowel door verschillende ministers als door de instanties die informatie verstrekken. Deze afspraken zullen worden weergegeven in een gegevensbeschermingseffectbeoordeling als bedoeld in artikel 35 van de algemene verordening gegevensbescherming. Voorts is in dit wetsvoorstel geen sprake van (semi) geautomatiseerde

besluitvorming, profilering of big dataverwerkingen. De toelichting uit de Wet vifo gaat tot slot in op het gebruik van justitiële gegevens die voor de beoordeling op risico's voor nationale veiligheid wordt gebruikt. Ook hierin wijkt dit wetsvoorstel niet van de Wet vifo af, zodat de overwegingen daarover ook voor dit wetsvoorstel onverkort gelden.

Geschiktheidsverklaring

Ook bij toetsing van een entiteit in het kader van de aanvraag om een geschiktheidsverklaring, zal [de minister] geconfronteerd kunnen worden met persoonsgegevens en deze ook verwerken. Vanwege het uitgangspunt dat de toetsing proportioneel moet zijn aan de vereisten van de behoeftesteller, zal de omvang en de aard van de persoonsgegevens verschillen. Dit vergt dat aan de hand van de AVG getoetst wordt of de verwerking van die persoonsgegevens krachtens dit onderdeel van het wetsvoorstel rechtmatig plaatsvindt en voldoet aan de beginselen van gegevensverwerking, zoals neergelegd in artikel 5 van de AVG.

De verwerking van de persoonsgegevens in het kader van een aanvraag om een geschiktheidsverklaring is in dit wetsvoorstel nader uitgewerkt en gespiegeld aan de wijze van de verwerking van persoonsgegevens bij investeringstoetsing. De belangen van een buitenlandse behoeftesteller bij de betrouwbaarheid van een in Nederland gevestigde entiteit zijn immers in grote mate gelijksoortig aan het belang van Nederland bij de betrouwbaarheid van een buitenlandse investeerder. Belangrijk verschil met het stelsel van investeringstoetsing is echter dat entiteiten zelf beslissen of zij een door een behoeftesteller vereiste geschiktheidsverklaring aanvragen of niet, en daarmee een keuze hebben om zichzelf aan de daarvoor benodigde nationale toetsing te onderwerpen. Een entiteit die bezwaar heeft tegen de verwerking van persoonsgegevens kan er met andere woorden voor kiezen om geen geschiktheidsverklaring aan te vragen als hij lasten van de toetsing niet vindt opwegen tegen de baten van het kunnen aan gaan van een verstandhouding met een behoeftesteller. Ook in het geval dat de aanvraag in eerste instantie wordt gedaan door de behoeftesteller, heeft de entiteit een keuze. Als [de minister] een dergelijke aanvraag ontvangt, wordt de entiteit schriftelijk gevraagd of hij instemt hiermee en zelf een aanvraag wil doen om een geschiktheidsverklaring. Mocht de entiteit inderdaad instemmen en een aanvraag doen, dan geldt de normale procedure. Het resultaat van de bijbehorende toetsing zal in alle gevallen alleen door de Staat met de behoeftesteller gedeeld worden als de entiteit daarmee schriftelijk instemt.

De voor toetsing in het kader van een geschiktheidsverklaring benodigde persoonsgegevens en de mogelijkheden tot verstrekking en gebruik daarvan, verschillen niet wezenlijk van wat er nodig is voor investeringstoetsing. Uiteindelijk is het aan de behoeftesteller om aan te geven waar de geschiktheidsverklaring op moet toezien en aan de entiteit of hij zich daarin kan vinden. Omdat de toetsing op aanvraag geschiedt zal de entiteit per geval kunnen zelf kunnen beoordelen of de toetsing proportioneel vindt in het licht van de geformuleerde behoefte. Het wetsvoorstel regelt de kaders waarbinnen en het instrumentarium waarmee dit is toegestaan en draagt daarbij bij aan de transparantie van het toetsingsproces, waardoor de entiteit geholpen wordt een geïnformeerde beslissing te nemen over het wel of niet indienen van een aanvraag om een geschiktheidsverklaring. Het doel van de gegevensverwerking in dit wetsvoorstel vastgelegd, de verwerkingsverantwoordelijke daarin is aangewezen, de verwerkingen daarin zijn opgesomd, alsook de partijen zijn geïdentificeerd (bestuursorganen, diensten, toezichthouders of andere personen) die gegevens aan de minister verstrekken.

8.1.8. Handvest grondrechten van de Europese Unie

Marktordening

[PM wordt aangevuld]

Investeringsstoets

Het wetsvoorstel bevat een verwijzing in de definitie van nationale veiligheid naar de rechtvaardigingsgronden van de artikelen 346, eerste lid, onderdeel a, 52, eerste lid, en 65, eerste lid, onderdeel b, van het VWEU. Uit artikel 51, eerste lid, van het Handvest van de Grondrechten

van de Europese Unie (Handvest van 7 december 2000, PbEG 2000, C 364, zoals laatstelijk gewijzigd op 12 december 2007, PbEU 2007, C 303) (hierna: Handvest) en de jurisprudentie van het Hof van Justitie (zie de arresten van het HvJ van 17 juli 1997, zaak C-28/95, Leur-Bloem, overwegingen 28–34 en van 30 april 2014, zaak C-390/12, Pflieger, overwegingen 30–36 volgt dat de lidstaten deze VWEUU-artikelen dienen te eerbiedigen. Een nationale regeling, die de uitoefening van een of meerdere door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden blijkt te belemmeren, kan slechts in aanmerking komen voor de in het Europees recht neergelegde uitzonderingen om die belemmering te rechtvaardigen voor zover dat in overeenstemming is met de grondrechten waarvan het HvJEU de eerbiediging verzekert (zie de hiervoor aangehaalde zaak C-390/12, Pflieger, overweging 36). In het algemeen deel van de memorie van toelichting op de Wet vifo is nader ingegaan op de verenigbaarheid van die wet met het Handvest (Kamerstukken II 2020,21, 35880, nr. 3, blz. 77 en 78). Dit is gedaan door in te gaan op de artikelen uit het Handvest die de bescherming op het recht op eigendom (artikel 17), het recht op de vrijheid van ondernemerschap (artikel 16), het recht op de bescherming van persoonsgegevens (artikel 8), de vrijheid van meningsuiting en informatie (artikel 11) en het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht (artikel 47 Handvest) borgen. Hierbij is ook opgemerkt dat de Wet openbaarheid van bestuur en de Eurowob integraal van toepassing zijn. Inmiddels is de Wet open overheid in werking getreden ter vervanging van de Wet openbaarheid van bestuur, zodat eerstgenoemde wet van toepassing is.

Geschiktheidsverklaring

Het wetsvoorstel heeft onder andere als doel om uitwerking te geven aan een in de EDF-Verordening algemeen geformuleerde verplichting van lidstaten om garanties van 'artikel 9(4) entiteiten' te toetsen. Uit artikel 51, eerste lid, van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Handvest van 7 december 2000, PbEG 2000, C 364, zoals laatstelijk gewijzigd op 12 december 2007, PbEU 2007, C 303) (hierna: Handvest) en de jurisprudentie van het HvJ (zie de arresten van het HvJ van 17 juli 1997, zaak C-28/95, Leur-Bloem, overwegingen 28–34 en van 30 april 2014, zaak C-390/12, Pflieger, overwegingen 30–36) volgt dat in zo'n geval het Handvest van toepassing is. Het onderhavige wetsvoorstel is echter geen nationale regeling die de uitoefening van een of meerdere door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden beoogt te belemmeren. Integendeel: het wetsvoorstel beoogt juist om deelname aan communautaire gereguleerde activiteiten voor zoveel mogelijk entiteiten mogelijk te maken door huidige belemmeringen weg te nemen. Tot nog toe is deelname van een 'artikel 9(4) entiteit' aan door het EDF gesubsidieerde projecten immers afhankelijk van het beschikken over een ABDO-autorisatie en als die niet aanwezig is, dan wordt de entiteit uitgesloten van deelname.

Desalniettemin verdienen bepaalde in het Handvest neergelegde grondrechten aparte aandacht. Net als bij investeringstoetsing bij in het kader van de geschiktheidsverklaring kan artikel 17 van het Handvest, ter bescherming van het recht op eigendom, een rol spelen en komt de bescherming die deze bepaling biedt overeen met de bescherming zoals geboden artikel 1, Eerste protocol, EVRM. In paragraaf [pm] wordt uitgebreid stilgestaan bij de verenigbaarheid met het EVRM, in het bijzonder artikel 1, Eerste Protocol, EVRM. Die analyse is mutatis mutandis ook van toepassing op de verenigbaarheid met artikel 17 van het Handvest.

Artikel 16 van het Handvest beschermt de vrijheid van ondernemerschap. Zoals in het kader van investeringstoetsing hierboven als is aangegeven, geldt een toetsing van de wettelijke voorschriften aan de vrij verkeerbepalingen van het VWEU ook als een toetsing aan de verenigbaarheid met artikel 16 van het Handvest (zie de hiervoor aangehaalde zaak C-390/12, Pflieger, overweging 64). Het wetsvoorstel is derhalve ook verenigbaar met artikel 16 van het Handvest.

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

Ten aanzien van het recht op de bescherming van persoonsgegevens regelt artikel [pm] de grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens. Tevens is in het wetsvoorstel voorzien in een wettelijke grondslag en doelbinding voor de verwerking van persoonsgegevens in het kader van het toetsingsproces bij de geschiktheidsverklaring. Zoals hiervoor is uitgelegd, zijn de Europese kaders voor de verwerking en bescherming van persoonsgegevens onverminderd van toepassing.

Ten aanzien van de vrijheid van meningsuiting en informatie dat ook het recht op het kennis nemen van informatie omvat, kan worden opgemerkt dat de Wet open overheid onverminderd van toepassing is op de handelingen van de Nederlandse overheid op grond van dit wetsvoorstel.

Evenmin verhindert dit wetsvoorstel de vrijheid van meningsuiting of legt daar enige beperking aan op. Tot slot voorziet het wetsvoorstel juist in doeltreffende rechtsbescherming waar die nu nog ontbreekt. Tegen een besluit van de minister om geen geschiktheidsverklaring te verstrekken staat bezwaar open. Vervolgens kan tegen de beslissing op bezwaar beroep worden ingesteld bij de onafhankelijke bestuursrechter. Tegen de uitspraak van de rechtbank staat hoger beroep open bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Er is dus een effectief mechanisme om in rechte op te komen bij een onafhankelijke rechter overeenkomstig artikel 47 van het Handvest.

8.2. Europees verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM)

8.2.1. Regulering eigendom en investeringstoets

Marktordening

[PM wordt aangevuld]

Investeringsstoets

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

Het wetsvoorstel reguleert in hoofdzaak het gebruik van eigendom door de verwerfer en de wezenlijke krijgsmachtleverancier. Het wetsvoorstel bevat daarnaast bevoegdheden waarbij onder omstandigheden sprake kan zijn van een zodanige aantasting van het ongestoord genot van eigendom van de verwerfer of wezenlijke krijgsmachtleverancier dat dit kan leiden tot een de facto ontneming van eigendom. De meest vergaande bevoegdheden die het wetsvoorstel hierover verschaft, vereisen bijzondere aandacht. Het gaat om het opleggen van (1) een verbod van een bepaalde voorgenomen activiteit, (2) de mogelijkheid een voorgenomen activiteit toe te staan en daaraan bepaalde typen voorschriften te verbinden die in dit wetsvoorstel zijn voorzien, (3) de mogelijkheid om zelfs als een activiteit eerder werd toegestaan deze opnieuw te beoordelen, wegens een zwaarwegend risico voor de nationale veiligheid ingegeven door feiten die zich voordoen nadat een activiteit is beoordeeld, en op basis van deze beoordeling een (nieuw) toetsingsbesluit te nemen. Deze bevoegdheden strekken tot bescherming van risico's voor de

ationale veiligheid als gevolg van verwervingsactiviteiten in een doelonderneming en zijn naar hun aard dezelfde als die in de Wet vifo zijn vastgelegd. De toekenning van deze bevoegdheden is aanvaardbaar indien aan de voorwaarden is voldaan, die het EVRM en artikel 1, Eerste Protocol, EVRM aan regulering van eigendom stelt. Deze voorwaarden zijn: legaliteit, legitimiteit en fair balance. De legaliteitseis betekent dat de regeling precies, toegankelijk en voorzienbaar moet zijn. De legitimiteitstoets vereist dat met de regulering een doel in het algemeen belang wordt nagestreefd, in casus is dat de nationale veiligheid. Tot slot moet er een fair balance zijn tussen het algemene belang dat de staat probeert te verwezenlijken (het beschermen van de nationale veiligheid) en de mate waarin inbreuk wordt gemaakt op eigendomsrechten. Dit betreft een maatstaf waarmee kan worden beoordeeld of een inmenging in het verdragsrecht kan worden gerechtvaardigd. In paragraaf 5.2.2. van de memorie van toelichting op de Wet vifo zijn de hiervoor aangehaalde bevoegdheden uitvoerig beoordeeld op verenigbaarheid met deze voorwaarden (blz. 79 tot en met 83). Doordat de desbetreffende bevoegdheden zowel in de Wet vifo als in dit wetsvoorstel voorkomen en die eenzelfde functie vervullen tot beheersing van risico's voor de nationale veiligheid, is de beoordeling daarvan hetzelfde. Het verschil in dit wetsvoorstel met de Wet vifo is dat het type voorschrift dat verboden kan worden aan het toestaan van een verwervingsactiviteit, soms specifiek of anders is. Dit verschil is echter niet van dien aard dat de beoordeling op verenigbaarheid met het EVRM en artikel 1, Eerste Protocol, EVRM, anders wordt. Gelet daarop wordt hetgeen in paragraaf 5.2.2 van de memorie op de Wet vifo is overwogen hier als herhaald en ingelast aangemerkt.

Geschiktheidsverklaring

Ook de mogelijke risico's voor de verenigbaarheid van de regeling omtrent de geschiktheidsverklaring met het EVRM zijn verbonden aan de bescherming van het recht op ongestoord genot van eigendom zoals voorzien in artikel 1, Eerste Protocol, EVRM en bevoegdheden die een duidelijk effect hebben op het ongestoord genot van eigendom. Het wetsvoorstel reguleert het toetsingskader dat de Minister tot zijn beschikking heeft bij het beoordelen van een aanvraag om een geschiktheidsverklaring. Het verkrijgen van een geschiktheidsverklaring leidt tot mogelijkheden voor entiteiten die bij weigering van een geschiktheidsverklaring hoogstwaarschijnlijk sowieso niet zullen materialiseren. Het verkrijgen van kansen wordt in het kader van het Eerste Protocol EVRM echter niet aangemerkt als een eigendomsrecht. Daarvan kan echter wel sprake zijn als die kansen zijn gematerialiseerd, maar vervolgens verloren gaan doordat een geschiktheidsverklaring wordt ingetrokken, een mogelijkheid waarin het wetsvoorstel ook voorziet. Gegunde opdrachten of verstrekte subsidies vertegenwoordigen immers economische waarde en de bescherming van het eigendomsrecht in het Eerste Protocol heeft een breed bereik. De mogelijkheid tot het intrekken van een afgegeven geschiktheidsverklaring voorziet de Minister van beïnvloedingsmogelijkheden ten aanzien van deelname door entiteiten aan internationale defensieactiviteiten. Een entiteit die in het bezit is van een geschiktheidsverklaring ten behoeve van een bepaald project kan bijvoorbeeld niet onbeperkt meewerken aan verplaatsing van zeggenschap over die entiteit buiten de EU, omdat dit een grond kan zijn voor intrekking van de geschiktheidsverklaring. Dit kan een inperking vormen van het ongestoord genot van eigendom van de entiteit. De wetgever komt volgens het EHRM in deze echter een ruime beoordelingsmarge toe. Een inbreuk op het eigendomsrecht is gerechtvaardigd wanneer er sprake is van regulering van eigendom en deze aan de legaliteitstoets, de legitimiteitstoets en de evenredigheidstoets («fair balance») voldoet. Zie hierover meer uitgebreid de paragraaf hierboven met betrekking tot investeringstoetsing.

De legaliteitseis betekent dat de regeling precies, toegankelijk en voorzienbaar moet zijn. De wettelijke regeling omtrent het mogelijk intrekken van een geschiktheidsverklaring moet daarom in het kader van de regulering van eigendom overeenkomstig de tweede paragraaf van artikel 1, Eerste Protocol, EVRM worden beoordeeld aan de hand van de vraag of deze voldoende toegankelijk, precies en voorspelbaar zijn. Intrekking zoals geregeld in dit wetsvoorstel geschiedt alleen indien sprake is van deugdelijke en afgebakende gronden, waardoor de entiteiten hiervan kennis kunnen nemen en weten waar zij op bedacht moeten zijn. Aan de legaliteitstoets is dan ook voldaan.

De legitimiteitstoets vereist dat met de regulering een doel in het algemeen belang wordt nagestreefd. Een maatregel ter regulering van eigendom kan alleen gerechtvaardigd zijn wanneer

deze ten dienste is van het algemeen belang, hetgeen in dit wetsvoorstel de nationale veiligheid is bij wege van het waarborgen van de defensie- en veiligheidsbelangen van behoeftestellers, wat Nederland tot een betrouwbare defensiepartner zou moeten maken en waardoor Nederlandse entiteiten op hun een goede uitgangspositie op de internationale defensiemarkt krijgen, wat ten vervolgens weer goede komt aan de Nederlandse strategische autonomie. Het zwaarwegende karakter van dit belang maakt effectieve en doelmatige bescherming noodzakelijk en rechtvaardigt het intrekken van een geschiktheidsverklaring in de gevallen als omschreven in het wetsvoorstel. De procedure en de toetsingscriteria zijn (wettelijk) vastgelegd en kenbaar voor eenieder die daaraan is onderworpen. De discretionaire ruimte voor de Minister wordt daarmee ingekaderd en beperkt. Verder staat administratiefrechtelijke bescherming open tegen elk besluit van de Minister op grond van de voorgestelde wet.

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

Wat betreft de proportionaliteit op individueel niveau geldt dat het wetsvoorstel het juist mogelijk maakt om entiteiten op in gelijke gevallen op gelijke manier te behandelen en voorziet in individuele rechtsbescherming waar deze momenteel niet of nauwelijks bestaat. Het wetsvoorstel beoogt immers te voorzien in een lacune, te weten: dat er geen duidelijke rechtsgrond bestaat voor verklaringen van overheidswege met betrekking tot de betrouwbaarheid van Nederlandse entiteiten indien die worden vereist door behoeftestellers met het oog op het borgen van hun defensie- of veiligheidsbelangen, waardoor ook geen sprake is van rechtsbescherming.

Met betrekking tot actieve en passieve risico-aanvaarding geldt dat door dit wetsvoorstel op voorhand duidelijk is dat entiteiten worden getoetst op bepaalde gronden die binnen het toepassingsbereik van het wetsvoorstel vallen en dat zij daarmee rekening moeten houden bij het aanvragen van de geschiktheidsverklaring en gedurende de activiteiten waarvoor deze verklaring is aangevraagd. Ook is duidelijk welke bevoegdheden de Minister heeft. Op het moment dat een entiteit die een geschiktheidsverklaring heeft verkregen zich niet aan de wettelijke regeling houdt, aanvaardt hij actief het risico dat de Minister de geschiktheidsverklaring intrekt. Deze regels gelden iedere entiteit die een geschiktheidsverklaring aanvraagt.

8.2.2. Ongestoord genot van eigendom en de facto ontneming van eigendom

Marktordening

Bij de voorgestelde marktordening is er geen sprake van ontneming of de facto ontneming van eigendom. PM wordt aangevuld na internetconsultatie.

Investeringsstoets

Het wetsvoorstel kent één bevoegdheid waarbij er onder omstandigheden sprake kan zijn van een zodanige aantasting van het genot van eigendom dat er sprake kan zijn van een vorm van ontneming, omdat het eigendomsrecht van verwerver feitelijk te niet wordt gedaan. Bij de uitoefening van deze bevoegdheid kan – afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het individuele geval – sprake zijn van ontneming die moet voldoen aan de standaard onder artikel 1, eerste protocol, EVRM die geldt voor (de facto) ontneming, omdat in het specifieke geval het eigendomsrecht van de verwerver (of doelonderneming) feitelijk teniet wordt gedaan. Ingevolge

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

De enige bevoegdheid waarbij sprake kan zijn van een vorm van ontneming is die waarbij de minister een verwervingsactiviteit al eens eerder heeft beoordeeld. Het kan hierbij gaan om een activiteit die eerder werd toegestaan, maar wegens een zwaarwegend risico voor de nationale veiligheid opnieuw beoordeeld wordt, waarna op basis daarvan een (nieuw) toetsingsbesluit wordt genomen. Dit kan alleen, indien die nieuwe beoordeling is ingegeven door feiten die zich voordoen nadat een mededeling is gedaan of een toetsingsbesluit is genomen (artikel PM). Dit toetsingsbesluit berustend op een nieuwe beoordeling kan met zich meebrengen dat voorschriften verbonden worden aan de activiteit terwijl dit eerder niet het geval was of zwaardere voorschriften worden opgelegd. Ook kan het toetsingsbesluit anders dan eerst in ultimo met zich meebrengen dat de activiteit moet worden beëindigd. Deze bevoegdheid is met extra waarborgen omkleed ten opzichte van de reguliere (ex ante) toetsing: a) heroverweging is alleen mogelijk als een potentiële maatschappelijke ontwrichting kan plaatsvinden met potentiële economische, sociale of fysieke gevolgen of als er een directe toegenomen reële bedreiging van de Nederlandse soevereiniteit is ontstaan; b) de minister moet handelen binnen zes maanden nadat dit zwaarwegend risico bekend is; c) in overeenstemming met gevoelens van de ministerraad wordt voorafgaand beoordeeld of aan deze voorwaarden is voldaan. De desbetreffende bevoegdheid is daarmee op precies dezelfde wijze geregeld als in de Wet vifo, maar begrensd tot verwervingsactiviteiten in wezenlijke krijgsmachtleveranciers. Evenals dat in de memorie van toelichting op de Wet vifo is aangegeven, zal bij de toepassing van de desbetreffende bevoegdheid rekening worden gehouden met de beginselen van proportionaliteit en rechtszekerheid en wel op dezelfde wijze als in die memorie op de Wet vifo is toegelicht. En evenals in de Wet vifo voorziet ook dit voorstel in een uitdrukkelijk recht op nadeelcompensatie op aanvraag van de wezenlijke krijgsmachtleverancier of de verwerver, indien aan de daaraan gestelde voorwaarden is voldaan. Dat wil zeggen dat als gevolg van een nieuw toetsingsbesluit schade ontstaat die voor één van hen of beiden uitgaat boven het normale maatschappelijke risico en die een benadeelde in vergelijking met andere wezenlijke krijgsmachtleveranciers onevenredig zwaar treft. Hiermee wordt aangesloten bij de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten die, voor zover hier relevant, nog in werking moet treden. Voor een nadere toelichting hierop zij verwezen naar de memorie van toelichting op de Wet vifo (blz. 84).

Geschiktheidsverklaring

Bij de intrekking van een geschiktheidsverklaring kan – afhankelijk van de specifieke omstandigheden het individuele geval – sprake zijn van ontneming die moet voldoen aan de standaard onder artikel 1, eerste protocol, EVRM die geldt voor (de facto) ontneming, omdat in het specifieke geval het eigendomsrecht van de entiteit feitelijk teniet wordt gedaan. Ingevolge artikel 1, eerste protocol, EVRM en daaruit voortvloeiende jurisprudentie is in zulke situaties vereist dat (1) wettelijk geregeld is op welke wijze deze ontneming plaatsvindt. Daar is in dit geval aan voldaan; (2) de ontneming een publiek belang te dient. Ook daar is hier sprake van, omdat de ontneming gericht is op het beschermen de defensie- en veiligheidsbelangen van de behoeftesteller, waarmee Nederland in diplomatiek opzicht kan aantonen dat het de betrouwbaarheid van zijn industrie zeer serieus neemt en dus aantrekkelijk is als defensie-partner; (3) de ontneming niet willekeurig plaats dient te vinden en procedures en uitgangspunten dienen te worden gevolgd die een dergelijke willekeur kunnen voorkomen. Het wetsvoorstel en de daarin

vastgelegde bevoegdheden kennen een zodanige inkadering door middel van beoordelingscriteria, mogelijke eisen en voorschriften en een duidelijke motiveringsplicht met rechtsbescherming dat ook hier aan wordt voldaan; (4) er sprake is van een volledige vergoeding van de waarde van het ontnomen goed, rekening houdend met de specifieke factoren in het individueel geval die een correctie kunnen aanbrengen op de verplichting tot volledige compensatie.

Alleen als deze aanvullende voorschriften gelet op hun uitwerking een zodanige aantasting van het eigendomsrecht opleveren, in het licht van ook de gerechtvaardigde verwachtingen, dat er sprake is van een de facto ontneming van eigendom of als het veiligheidsrisico zodanig is dat de activiteit beëindigd moet worden, dan ontstaat een schadevergoedingsplicht voor de staat. Hoewel de verwachting is dat enkel in hoogst uitzonderlijke gevallen een herbeoordeling plaatsvindt die tot schadeplichtigheid leidt, is het in verband met de rechtszekerheid wenselijk te voorzien in een uitdrukkelijk grondslag voor nadeelcompensatie. Gelet hierop voorziet het wetsvoorstel in een uitdrukkelijk recht op nadeelcompensatie op aanvraag van de doelonderneming of de verwerver, indien als gevolg van een nieuw toetsingsbesluit schade ontstaat die voor één van hen of beiden uitgaat boven het normale maatschappelijke risico en die een benadeelde in vergelijking met andere vitale aanbieders of ondernemingen actief op het gebied van sensitieve technologie onevenredig zwaar treft. Hiermee wordt aangesloten bij de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten die nog in werking moet treden. Deze verplichting tot vergoeding van schade is niet absoluut noch ongeclausuleerd: zoals reeds in paragraaf 5.2.2 is toegelicht wordt de verwerver en doelonderneming in staat gesteld om binnen een redelijke termijn zelf de aandelen of vermogensbestanddelen te vervreemden, of een fusie of gemeenschappelijke onderneming ongedaan te maken. Gedurende deze termijn blijft de verwerver of doelonderneming gerechtigd tot in ieder geval de financiële voordelen van het eigendom. Daarnaast biedt deze redelijke termijn de verwerver en doelonderneming de mogelijkheid om zo'n groot mogelijke opbrengst te realiseren, hoewel erkend moet worden dat door de gedwongen afstoting een prijsdrukkend effect kan optreden. Ook als de Minister zelf de beëindiging van de activiteit ter hand neemt, komt de waarde van een verkooptransactie ten goede aan de oorspronkelijke eigenaar of verwerver. Het verschil tussen de gerealiseerde waarde en de marktwaaarde die op het moment van het opleggen van besluit gold is de waarde die in ieder geval vergoed moet worden. Daarnaast dienen bijkomende factoren te worden meegenomen, bijvoorbeeld in hoeverre de activiteit ook zag op een integratie van ondernemingen waardoor bijkomende kosten voor de desintegratie worden gemaakt.

Nu het bestaan van de verplichting tot schadevergoeding en de omvang ervan sterk afhankelijk is van de specifieke feiten van het geval, voorziet het wetsvoorstel in dit geval zelf niet in een aparte wettelijke grondslag voor het verstrekken van eventuele schadevergoeding voor de aantasting van het eigendomsrecht. Bij individuele besluiten waarbij een vergoedingsplicht ontstaat, zal de benodigde compensatie worden bepaald en versterkt als onderdeel van het besluit. Deze is toetsbaar via de rechtsbescherming die voorzien is voor dergelijke besluiten.

8.2.3. Artikel 8 EVRM

Marktordening

PM wordt aangevuld na internetconsultatie.

Investeringsstoets

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

tevens van belang dat de maatregel proportioneel is en dat er geen alternatieven mogelijk zijn die minder ingrijpend zijn (subsidiariteit). Dit wetsvoorstel bevat een beperking van het huisrecht door de binnentredingsbevoegdheid die het bevat. Deze bevoegdheid is op precies dezelfde wijze geregeld als in de Wet vifo, inclusief de waarborgen waarmee de binnentredingsbevoegdheid is omgeven. Hetgeen in de memorie van toelichting op die wet is overwogen omtrent de rechtvaardiging om in het uiterste geval een huiszoeking te doen, is hier van overeenkomstige toepassing (blz. 85 en 86). Dit omvat ook de toelichting op het voldoen aan de proportionaliteitseis bij het gebruik maken van deze bevoegdheid.

Geschiktheidsverklaring

PM

8.3 Overig internationaal recht

8.3.1. WTO-recht en handels- en investeringsverdragen

Marktordening

[PM wordt aangevuld]

Investeringsstoets

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

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

WTO-GATS

De GATS schept een algemeen regelgevend kader voor de afspraken over de handel in diensten die gelden voor alle WTO-leden. Zowel de EU als de EU-lidstaten zijn lid van de WTO. De afspraken gelden onder meer voor buitenlandse directe investeringen die tot uitdrukking komen in de vorm van een commerciële aanwezigheid op het grondgebied van een ander lid van de WTO van waaruit diensten worden verricht op het grondgebied van dat WTO-lid (zogenaamde mode 3). Zie ook de memorie van toelichting bij de Uitvoeringswet screeningsverordening buitenlandse directe investeringen (Kamerstukken II 2019/20, 35 502, nr. 3). Immers, een groot gedeelte van de buitenlandse directe investeringen worden gedaan in de vorm van een commerciële aanwezigheid.⁴⁴ De GATS erkent expliciet de beleidsruimte die verdragspartijen hebben om de markttoegang en de uitoefening van diensten te reguleren ter bescherming van het publieke

⁴⁴ Zie o.a. UNCTAD «World Investment Report» 2019, waaruit blijkt dat ongeveer 60% van de investeringen in de vorm van een «mode 3» investering wordt gedaan.

belang, en bevat waarborgen die ervoor zorgen dat dergelijke wet- en regelgeving niet arbitrair of ongerechtvaardigd discriminerend is of een verkapte handelsbelemmering vormt (artikelen XIV en XIV-bis GATS). In de memorie op de Wet vifo is specifiek op de inhoud van het regelgevend kader van de GATS ingegaan en is toegelicht hoe de Wet vifo zich daartoe verhoudt (blz. 87 tot en met 90). Evenals de Wet vifo blokkeert dit wetsvoorstel als zodanig geen investering uit een ander land, is het non-discriminatoir en maakt het geen onderscheid naar nationaliteit of vestigingsplaats in lijn met de verplichting van meestbegunstigde behandeling (artikel II GATS) en de nationale behandeling (artikel XVII GATS). Ook dit wetsvoorstel voldoet aan de verplichtingen onder de GATS. Als het gaat om specifieke verplichtingen van Nederland en de EU onder de GATS, bieden artikelen XVI en XVII GATS en de vastgelegde afspraken in de verplichtingschema's een specifiek kader waaraan Nederland zal moeten voldoen bij het verlenen van markttoegang en nationale behandeling aan diensten en dienstenaanbieders van een verdragspartij. Daarnaast voldoet het wetsvoorstel ook aan de hierboven aangehaalde verplichtingen uit artikel VI, eerste en tweede lid, GATS over een redelijke, objectieve en onpartijdige manier van toepassing van het toetsingsregime met bijbehorende rechtsbescherming.

Eventuele beperkingen van de markttoegang die uit het wetsvoorstel voortvloeien kunnen mogelijk gerechtvaardigd worden met een beroep op de uitzonderingen in artikel XIV en artikel XIV bis GATS. De wezenlijke krijgsmachtleveranciers die dit wetsvoorstel beoogt te beschermen zijn ondernemingen die rechtstreekse betrokkenheid hebben bij het vitaal proces 'Inzet Defensie'. Dit proces is gelinkt aan de nationale veiligheid gelet op het toetsingsregime van dit wetsvoorstel. Deze nationale veiligheid heeft betrekking op het vitaal proces 'Inzet Defensie' in relatie tot wezenlijke krijgsmachtleveranciers. Deze relatie met de krijgsmacht maakt een rechtvaardiging onder het engere artikel XIV bis van de GATS aannemelijk. Daarnaast is een beroep op de ruimere rechtvaardigingsgronden van artikel XIV GATS mogelijk, zoals in de memorie van toelichting op de Wet vifo is uitgelegd (blz. 90).

WTO-TRIPS

Het TRIPS-akkoord beschermt het intellectueel eigendom van de eigenaren en is in het kader van het wetsvoorstel vooral relevant wanneer er beperkingen worden gesteld aan de overdracht van activiteiten van een wezenlijke krijgsmachtleverancier waarop intellectuele eigendomsrechten berusten. Immers, het TRIPS-akkoord heeft als doel om juist het intellectueel eigendomsrecht van de eigenaren te beschermen. Daarom bevat het TRIPS-akkoord een aantal randvoorwaarden waar verdragspartijen zich aan moeten houden en verplicht het akkoord onder andere tot het geven van een nationale behandeling en een meestbegunstigde behandeling aan natuurlijke en rechtspersonen uit andere verdragspartijen. Daarnaast incorporeert het TRIPS-akkoord bepaalde standaarden van bescherming uit andere verdragen op het gebied van het auteursrecht, merken, modellen, geografische aanduidingen, octrooien, topografieën en bedrijfsgeheimen en reguleert het de procedures rondom licenties. Terwijl de andere WTO-akkoorden een positieve verplichting hebben, wordt het TRIPS-akkoord gekenmerkt door een negatieve verplichting aan overheden om zich vooral te onthouden van bepaald ingrijpen.⁴⁵ Tegelijkertijd is het uitgangsprincipe volgens artikel 8 TRIPS-akkoord dat verdragspartijen bij het aannemen of veranderen van wet- en regelgeving, maatregelen mogen nemen die noodzakelijk zijn ter bescherming van de volksgezondheid of anderszins het publieke belang in sectoren van vitaal belang beschermen, mits in overeenstemming met de overige bepalingen van het TRIPS-akkoord. In de zaak *Australia – Tobacco Plain Packaging* heeft het WTO-panel een brede interpretatie gegeven aan dit artikel, door te zeggen dat artikel 8.1 van het TRIPS-akkoord de intentie van de verdragspartijen weergeeft om bepaalde legitieme maatschappelijke belangen na te streven.⁴⁶

In het wetsvoorstel is opgenomen dat indien een beoordeling uitwijst dat er risico's voor de nationale veiligheid zijn, er eisen en nadere voorschriften kunnen worden opgelegd. Op basis van artikel PM kan een wezenlijke krijgsmachtleverancier verplicht worden om bepaalde technologie,

⁴⁵ Panel Reports, *EC – Trademarks and Geographical Indications (US)*, para. 7.210.

⁴⁶ Panel Reports, *Australia – Tobacco Plain Packaging*, para. 7.2402.

een broncode of kennis bij de staat of een derde partij in Nederland in bewaring te geven. Deze kunnen beschermd zijn door middel van het auteursrecht. Dit is in lijn met de uitzondering van artikel 13 van het TRIPS-akkoord, waardoor verdragspartijen in bepaalde gevallen uitzonderingen mogen maken op het normale genotsrecht van het auteursrecht als dit geen onredelijke last voor de legitieme belangen van de auteursrechthebbende met zich meebrengt. Daarnaast kan een wezenlijke krijgsmachtleverancier op basis van artikel PM van het wetsvoorstel gedwongen worden om op eerlijke, redelijke en non-discriminatoire voorwaarden een licentie op bepaalde kennis, beschermd door octrooien of andere intellectuele eigendomsrechten, aan te bieden aan een of meer derde partijen gevestigd in de Europese Unie om kennis of technologie beschikbaar te houden voor Nederland of de Europese Unie. Deze bepalingen zijn ontleend aan de Wet vifo, zodat hetgeen in de memorie van toelichting over de toepassing daarvan met inachtneming van de relevante bepalingen uit het TRIPS-akkoord is overwogen ook voor dit wetsvoorstel geldt (blz. 91). Deze bepalingen uit het wetsvoorstel zullen alleen in zeer uitzonderlijke situaties worden ingezet.

WTO-GATT en TRIMS

Wanneer het gaat om een beperking van de handel in goederen, dat wil zeggen beperkingen in de handel van vermogensbestanddelen of technologie, dient voldaan te worden aan de WTO-verplichtingen onder de GATT en het TRIMS-akkoord. Immers, hoewel het wetsvoorstel non-discriminatoir is en geen onderscheid naar nationaliteit of vestigingsplaats kent, kan het beperkingen stellen aan de overdracht van goederen, in het bijzonder aan activiteiten van wezenlijke krijgsmachtleveranciers in het kader van een verwerving. De GATT bevat het algemene kader voor de handel in goederen onder de WTO, waarbij het uitgangspunt is dat landen in principe geen tarifaire en non-tarifaire beperkingen stellen aan de handel in goederen anders dan in overeenstemming met de bepalingen uit de WTO. Dat betekent dat verdragspartijen gehouden zijn een meestbegunstigde behandeling (artikel I) en een nationale behandeling (artikel III) te geven aan producten uit of bestemd voor andere verdragspartijen. Indien krachtens het wetsvoorstel eisen en voorschriften worden opgelegd tot beheersing van risico's voor de nationale veiligheid, kan er wel sprake zijn van een andere behandeling waardoor een negatief effect ontstaat op de verkoop of het gebruik van producten. Ook kan er door het wetsvoorstel strijd ontstaan met de verplichting die volgt uit artikel XI GATT om geen kwantitatieve beperkingen te stellen aan de invoer of uitvoer van producten van- en naar een andere verdragspartij. Hierop zijn echter uitzonderingen mogelijk die nader zijn uiteengezet in de memorie van toelichting op de Wet vifo, die ook voor dit wetsvoorstel relevant zijn (blz. 92).

Het TRIMS-akkoord heeft als doel om investeringen in internationaal verband aan te moedigen en bevat daarom een kader dat van toepassing is indien verdragspartijen verdragspartijenmaatregelen nemen die investeringen kunnen beperken. Het akkoord werd gesloten naar aanleiding van een geschil tussen Canada en de Verenigde Staten over de invoering van een investeringstoets door Canada waarbij zij een aantal performance vereisten stelden aan inkomende investeringen.⁴⁷ In nieuwere EU-handelsverdragen geldt dit niet alleen ten aanzien van investeringsmaatregelen die betrekking hebben op de handel in goederen, maar ook op maatregelen die betrekking hebben op de handel in diensten, zie bijvoorbeeld artikel 8.5 CETA. Echter, deze akkoorden bevatten geen afspraken over screening of andere pre-establishment vereisten. Bij het stellen van beperkingen wordt in de annex bij het verdrag een uitwerking gegeven van deze artikelen door een niet-limitatieve lijst op te nemen met verboden gedragingen, zoals het stellen van lokalisatievereisten. De investeringstoets die in het wetsvoorstel wordt beoogd ziet puur op de bescherming van de nationale veiligheid en wordt niet gedreven door protectionistische economische motieven. Ook onder TRIMS gelden dezelfde uitzonderingsgronden van artikel XX en XXI van de GATT (artikel 3 TRIMS-akkoord). Zie hierboven.

Bilaterale/regionale EU-handelsakkoorden

In bilateraal verband heeft de EU met een aantal partners akkoorden afgesloten die afspraken bevatten over wederzijdse markttoegang van buitenlandse investeerders die gebaseerd zijn op de

⁴⁷ Panel report, Canada – Administration of the Foreign Investment Review Act.

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

OESO Codes of Liberalisation

De EU en haar lidstaten hebben in het kader van de OECD Codes of Capital Movements and Current Invisible Operations, afgesproken om de handel in goederen en diensten en de vrijheid van kapitaalbewegingen te ondersteunen. De systematiek van deze akkoorden volgt die van de GATS en geldt enkel ten aanzien van investeerders uit de bij de OESO aangesloten landen. De Codes bevatten algemene bepalingen die de randvoorwaarden scheppen voor overheidsbeleid ten aanzien van investeringen. In aanvulling daarop kunnen verdragspartijen zelf specifiek verdere liberaliseringsmaatregelen nemen en bij de OESO opgeven. Zie hierover nader de memorie op de Wet vifo (blz. 93).

Geschiktheidsverklaring

PM

8.3.2 Bilaterale investeringsbeschermingsovereenkomsten

Marktordening

PM wordt aangevuld

Investeringsstoets

Naast afspraken over markttoegang voor investeringen, heeft Nederland een groot aantal bilaterale investeringsbeschermingsovereenkomsten (IBO's) met derde landen gesloten. Ook de EU onderhandelt met derde landen over investeringsbeschermingsverdragen. Deze investeringsbeschermingsovereenkomsten beschermen buitenlandse investeringen, nadat deze zijn toegelaten tot de markt tegen onrechtmatig overheidshandelen, waaronder discriminatoir of onredelijk handelen. Deze internationale investeringsbeschermingsafspraken zien dus alleen op reeds gedane investeringen (de «post-establishment» fase) en zijn in dit verband relevant als het als gevolg van veranderde omstandigheden noodzakelijk blijkt om een eerder getoetste casus (en dus reeds gevestigde investering) te heropenen en aan een nieuwe investeringstoets te onderwerpen. Zie voor een nadere uiteenzetting in verband met heropening paragraaf 5.3.2 van de memorie van toelichting op de wet Vifo (blz. 94).

Geschiktheidsverklaring

PM

9. VERHOUDING TOT ANDERE NATIONALE WETGEVING

9.1 Grondwet

Marktordeningsaspecten

De bepalingen in het wetsvoorstel over de aanwijzing van ondernemingen tot belasting met een daeb of in verband met voorraadvorming, leiden tot een vorm van regulering van deze ondernemingen en daarmee de eigendom over die ondernemingen. Artikel 14 van de Grondwet beschermt particuliere eigendom tegen onteigening door de overheid (artikel 14, eerste lid) alsook tegen het vernietigen, onbruikbaar maken of beperken van de uitoefening van het eigendomsrecht (artikel 14, derde lid). De bescherming die dit artikel biedt, komt in de kern overeen met de bescherming zoals voorzien in artikel 1, Eerste Protocol, EVRM. In hoofdstuk 8 is hierop uitvoeriger

ingegaan. Voorts is in hoofdstuk 4 uitgebreid ingegaan op de vastlegging van wettelijke aanwijzingscriteria, proportionaliteit in de toepassing daarvan en de rechtsbescherming. Ditzelfde is in hoofdstuk 5 ook toegelicht voor de defensie-investeringsstoets, waarbij tevens de beoordelingscriteria en het uitsluitend kunnen treffen van bij wet geregelde maatregelen aan bod komen. Hiermee worden telkens passende waarborgen verschaft in relatie tot de bescherming waartoe artikel 1, Eerste Protocol, EVRM strekt.

Investeringsstoets

Uitsluitend voor de defensie-investeringsstoets voorziet het wetsvoorstel in de uitzonderlijke bevoegdheid tot binnentreden en doorzoeking in een woning zonder toestemming van de bewoner. Volgens artikel 12 van de Grondwet is het binnentreden in een woning zonder toestemming van de bewoner alleen geoorloofd in de gevallen bij of krachtens de wet bepaald, door hen die daartoe bij of krachtens de wet zijn aangewezen. In het wetsvoorstel is deze uitzonderlijke bevoegdheid bij de defensie-investeringsstoets ingegeven door de ervaringen die bij het mededingings- en concentratietoezicht zijn opgedaan: om bepaalde informatie over onrechtmatige gedragingen te verhullen blijken bestuurders en sleutelfunctionarissen de relevante informatie in de eigen woning te bewaren. Het is zeer goed voorstelbaar dat dit ook het geval zal zijn bij de ex ante toetsing van voorgenomen verwervingsactiviteiten, waarbij de doelonderneming en diens bestuurders en sleutelfunctionarissen onwelgevallige informatie trachten te verhullen over de voorgenomen transactie. Van deze zware bevoegdheid zal alleen in uitzonderingsgevallen gebruik worden gemaakt als er duidelijke aanwijzingen zijn dat de relevante informatie mogelijk aanwezig is in een woning. Alle noodzakelijke waarborgen die nodig zijn voor het betreden en doorzoeken van een woning zijn in het wetsvoorstel opgenomen.

In artikel 2.11, tweede lid, van het wetsvoorstel is voorzien in de bevoegdheid voor daartoe aangewezen ambtenaren tot doorzoeken van een woning. Aan het vereiste van de Grondwet op dit punt is dus voldaan. Voor het binnentreden zijn volgens het tweede lid van artikel 12 van de Grondwet, voorafgaande legitimatie en mededeling van het doel van het binnentreden vereist, behoudens bij de wet gestelde uitzonderingen. Artikel 5:12 van de Awb verplicht toezichthouders een legitimatie bij zich te dragen. Verder bevat het wetsvoorstel waarborgen dat de bevoegdheid niet snel wordt ingezet. Voor het doorzoeken is een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris, belast met de behandeling van strafzaken bij de rechtbank Rotterdam, vereist en de machtiging wordt ook zo nodig getoond bij de doorzoeking. In de machtiging moet ook het doel van de doorzoeking zijn aangegeven. Door te kiezen voor de rechtbank Rotterdam wordt bundeling van kennis bevorderd en sluit dit aan bij de in de Wet vifo en Wet ongewenste zeggenschap telecomcommunicatie hierin gevolgde benadering. Ook is verduidelijkt dat uitsluitend een met het toezicht op dit wetsvoorstel belaste ambtenaar een verzoek tot machtiging mag doen. Uit een verwijzing naar de Algemene wet op het binnentreden volgt dat een doorzoeking onder toezicht van de rechter-commissaris altijd in diens aanwezigheid kan plaatsvinden. Wat betreft de verhouding tot die wet blijkt thans uit het wetsvoorstel dat die wet van toepassing is, behoudens in gevallen dat daarvan is afgeweken.

Verder is de betrokken toezichthouder verplicht een verslag op te maken omtrent de doorzoeking. Dat verslag wordt uiterlijk de vierde dag na de dag van de doorzoeking aan degene bij wie de doorzoeking is verricht, verstrekt. Daarmee wordt voldaan aan het vereiste van artikel 12, derde lid, van de Grondwet, waarin is bepaald dat de bewoner zo spoedig mogelijk een schriftelijk verslag van het binnentreden krijgt verstrekt.

Overig

Tot slot wordt hier genoemd artikel 10 van de Grondwet over het in de wet vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens, alsmede over het recht op kennisneming en verbetering van over personen vastgelegde gegevens. Het wetsvoorstel voorziet in grondslagen tot verstrekking en verwerking van persoonsgegevens met doelbinding en met vastlegging van verwerkingsverantwoordelijkheid. Dit is gedaan voor de marktordeningsaspecten, de defensie-investeringsstoets en de geschiktheidsvoorschriften. Deze voorschriften zien ook op

bedrijfsgegevens, hoewel artikel 10 daarop geen betrekking heeft. Ook de algemene EU-verordening gegevensverwerking is van toepassing op verwerkingen krachtens dit wetsvoorstel.

9.2 Mededingingswet

Marktordening

Hoofdstuk 4a van de Mededingingswet regelt de financiële transparantie binnen bepaalde ondernemingen. Ondernemingen die krachtens dit wetsvoorstel zijn aangewezen tot belasting met een daeb moeten een van hun andere activiteiten gescheiden administratie voeren, die voldoet aan de daaraan in artikel 25b van de Mededingingswet gestelde eisen, waaronder die inzake de beginselen van kosprijsadministratie.

Investeringsstoets

Hoofdstuk 5 van de Mededingingswet regelt het nationale concentratie-toezicht in geval van een fusie van voorheen twee onafhankelijke ondernemingen of in geval van de verwerving van de zeggenschap over een onderneming door een andere onderneming of natuurlijke persoon die reeds de zeggenschap heeft over een andere onderneming. Het doel van dit nationale concentratietoezicht is het voorkomen of mitigeren van de gevolgen van fusies en overnames die de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze zouden kunnen belemmeren, met name als resultaat van het in het leven roepen of het versterken van een economische machtspositie. Het concentratie-toezicht van hoofdstuk 5 van de Mededingingswet dient dus een ander doel dan de defensie-investeringsstoets die in dit wetsvoorstel is opgenomen. Het concentratie-toezicht op grond van hoofdstuk 5 van de Mededingingswet wordt dus niet geraakt en kan naast de toepassing van Nederlandse screeningsmechanismen, waaronder de in dit wetsvoorstel geregelde toets, worden uitgeoefend. Wel kan in het kader van het Nederlandse concentratietoezicht relevante informatie beschikbaar zijn bij de Autoriteit Consument en Markt (ACM). Het wetsvoorstel voorziet dan ook in artikel 2.9, eerste lid, van dit wetsvoorstel in de mogelijkheid om op verzoek informatie te ontvangen die in het bezit is van de ACM door de overeenkomstige toepassing van artikel 34, vierde lid, onderdeel d, van de Wet vifo.

Geschiktheidsverklaring

Ook aan de geschiktheidsverklaring gaat een beoordeling vooraf aan de hand van beoordelingsfactoren. Deze beoordeling heeft een geheel andere achtergrond en inhoud dan die in het kader van het concentratietoezicht.

9.3 Wet open overheid (Woo)

Marktordening

De Woo is niet altijd voor iedere wet van toepassing. Op grond van artikel 8.8 Woo moeten voorschriften uit de Woo wijken voor de toepassing van wetten die in een bijlage bij de Woo zijn opgesomd. Gelet op de aard en inhoud van de informatie die in het NLDTIB-rapport en het strategisch bevoorradingsplan aan bod kan komen over wezenlijke krijgsmachtleveranciers, bondgenoten, de krijgsmacht en de MIVD voorziet het wetsvoorstel in een toevoeging aan de bijlage bij de Woo. Deze toevoeging heeft tot strekking dat een verzoek tot openbaarmaking van het NLDTIB-rapport of het strategisch bevoorradingsplan niet verdergaand wordt gehonoreerd dan de mate waarin dat rapport of plan al actief openbaar is gemaakt.

Investeringsstoets

Evenals dat bij de Wet vifo het geval is, bevat het wetsvoorstel in verband met de defensie-investeringsstoets geen bepalingen die afwijken van de Woo of voorzien in een uitzondering. De toets die op grond van dit wetsvoorstel wordt verricht, valt binnen het bereik van de FDI-screeningsverordening. Artikel 10, tweede lid, van de verordening bepaalt dat de lidstaten en de Europese Commissie de bescherming dienen te waarborgen van de bij de toepassing van de verordening verzamelde vertrouwelijke informatie. Tegelijkertijd wordt in diezelfde bepaling aangegeven dat dit moet geschieden in overeenstemming met het Unierecht en het toepasselijke

ationale recht. Het gevolg hiervan is dat weliswaar de vertrouwelijkheid in acht moet worden genomen, maar dat de Woo wel degelijk van toepassing is nu de verordening zelf geen bepalingen bevat die de openbaarmaking (of juist niet) van documenten regelt. Bij een beoordeling van een verzoek tot openbaarmaking op grond van de Woo is openbaarmaking uitgangspunt, maar kunnen absolute of relatieve uitzonderingsgronden (volledige) openbaarmaking in de weg staan. Absolute uitzonderingsgronden zijn bijvoorbeeld het kunnen schaden van de veiligheid van de Staat en door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid medegedeelde bedrijfs- en fabricagegegevens. Relatieve uitzonderingsgronden zijn bijvoorbeeld het belang van de betrekkingen van Nederland met andere landen en staten en met internationale organisaties, de beveiliging van personen en bedrijven en het voorkomen van sabotage, alsook de bescherming van concurrentiegevoelige bedrijfs- en fabricagegegevens. Bij ondernemingen die verwerven of die doelonderneming zijn, kan het zich bijvoorbeeld voordoen dat de waarde van hun onderneming beïnvloed kan worden door openbaarmaking van een mededeling of besluit. En dat kan weer allerlei andere gevolgen hebben die van invloed kunnen zijn op de bedrijfstoestand of tot reputatieschade leiden. Ook dient er rekening mee te worden gehouden dat bij beursgenoteerde ondernemingen sprake kan zijn van beursgevoelige informatie die wettelijk niet openbaar mag zijn.

Geschiktheidsverklaring

De toetsing die vooraf moet gaan aan het afgeven van een geschiktheidsverklaring zoals vereist door de -buitenlandse- behoeftesteller geschiedt in principe in overeenstemming met nationaal recht. Hetgeen hierboven over de defensie-investeringsstoets is aangegeven over de toepasselijkheid van de Woo is ook hier van toepassing.

9.4 Verhouding geschiktheidsverklaring tot VOG RP en GVA

De geschiktheidsverklaring is procedureel zoveel als mogelijk in overeenstemming gebracht met andere bestaande overheidsverklaringen, te weten: VOG RP en de GVA (zie voor de betekenis van de afkortingen van deze verklaringen paragraaf 3.3). De VOG RP -geregeld in de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens- is een schriftelijke verklaring van de Minister van Justitie en Veiligheid waarmee rechtspersonen en personenvennootschappen kunnen aantonen dat ze geen strafbare feiten hebben gepleegd die een risico vormen voor het werk dat of de taak die ze willen uitvoeren. Als dat zo is, geeft Justis de VOG RP af. Zijn er wel strafbare feiten, dan kijkt Justis of deze relevant zijn voor het doel waarvoor de VOG RP is aangevraagd. Voor de beoordeling van een VOG-aanvraag bekijkt Dienst Justis justitiële gegevens in het Justitieel Documentatie Systeem over de aanvrager van de VOG en onderzoekt of een Nederlandse onderneming en alle bestuurders met een Nederlandse nationaliteit op belangrijke posities binnen deze onderneming in de afgelopen vijf jaar, niet in aanraking zijn geweest met justitie.

De GVA is nog weer een andere overheidsverklaring van de Minister van Justitie en Veiligheid - namelijk zoals geregeld in de Aanbestedingswet 2012 en de Aanbestedingswet defensie en veiligheid -, waaruit op grond van een onderzoek naar betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen blijkt dat er geen bij de aanbesteding geldende uitsluitingsgronden van toepassing zijn (zie ook paragraaf 3.3.3). Ook hier raadpleegt Dienst Justis het Justitieel Documentatie Systeem en gaat zij na of sprake is van relevante beschikkingen van de Autoriteit Consument en Markt of de Europese Commissie. De werkingssfeer van de GVA is beperkt tot aanbestedingen voor opdrachten die worden geplaatst onder de regels van de Europese richtlijnen betreffende aanbesteding.

Bij de bescherming van de defensie-en veiligheidsbelangen van de behoeftesteller zullen echter andere aspecten, zoals bijvoorbeeld zeggenschap door of vanwege bepaalde statelijke actoren zwaarder kunnen wegen dan een schoon strafblad. Daarom voldoet een VOG RP of GVA in principe niet zelfstandig als geschiktheidsverklaring ten aanzien van defensie- en/ of veiligheidsbelangen van een behoeftesteller. Het kunnen overleggen van een VOG RP of een GVA betekent daarom niet automatisch dat er dus ook een geschiktheidsverklaring zal worden afgegeven, maar kan die afgifte wel vereenvoudigen. Ook dit is weer afhankelijk van de eisen van de behoeftesteller en de daarmee

corresponderende bevindingen van de toetsende instantie. In het specifieke geval dat er vanuit de NAVO in de precontractuele fase een verzoek komt om een toetsing op betrouwbaarheid en (nog) geen sprake is van het delen met de entiteit van gerubriceerde informatie, geldt de GVA overigens wel zelfstandig als geschiktheidsverklaring in de zin van dit wetsvoorstel. Dit betreft codificatie van de pragmatische oplossing die tot op heden gehanteerd werd en die in deze situatie onverminderd proportioneel en passend wordt geacht.

Zowel ten aanzien van de VOG RP als de GVA is geregeld dat zij te beschouwen zijn als beschikkingen in de zin van de Awb, waardoor de rechtsbescherming voor de aanvrager op dezelfde wijze geborgd is. Hiervoor is ook gekozen ten aanzien van de geschiktheidsverklaring die dit wetsvoorstel regelt.

De VOG RP en de GVA kunnen alleen worden aangevraagd voor entiteiten die gebaseerd zijn op Nederlands recht, omdat in de justitiële documentatie geen gegevens worden opgenomen van rechtspersonen naar buitenlands recht. De geschiktheidsverklaring kan worden aangevraagd voor alle entiteiten die een onderneming drijven, inclusief publiekrechtelijke rechtspersonen en rechtspersonen naar Europees recht.

10. UITVOERING

Verantwoordelijkheid uitvoering marktordening

Het vervullen van de taken en de uitoefening van bevoegdheden met betrekking tot de in dit wetsvoorstel geregelde marktordeningsaspecten op defensiegebied zijn een gezamenlijke verantwoordelijkheid van de Minister van Defensie en de Minister van Economische Zaken en Klimaat. Deze gezamenlijkheid komt tot uitdrukking doordat de uitoefening van verantwoordelijkheden vrijwel telkens in overeenstemming tussen beide ministers dient plaats te vinden onder opgave wie de eerstverantwoordelijke minister op een deelonderwerp is.

Het vaststellen van het NLDTIB-rapport geschiedt door de minister in overeenstemming met de Minister van Defensie. Voor deze verantwoordelijkheidsbelegging is gekozen omdat het NLDTIB-rapport sterk georiënteerd is op ondernemingen die actief zijn in de industriële basis op het gebied van defensie en veiligheid. Daarmee raakt dit het industriebeleid op dit terrein. In het rapport dienen de ministers de in het wetsvoorstel benoemde zaken aan bod te laten komen en zijn zij gehouden het rapport met een terugkerende frequentie te laten verschijnen en op voorgeschreven wijze openbaar te maken (zie paragraaf 5.1). De primaire verantwoordelijkheid voor het aanwijzen van ondernemingen die belast zijn met een daeb berust daarentegen bij de Minister van Defensie. Daaraan ligt ten grondslag dat deze aanwijzingen in grote mate zijn te herleiden tot de behoeften bij de krijgsmacht en de MIVD, die onder verantwoordelijkheid van de Minister van Defensie vallen. Het geven van een aanwijzing, alsmede de aanpassing of intrekking daarvan, kan slechts plaatsvinden aan bepaalde ondernemingen met inachtneming van daaraan in het wetsvoorstel gestelde criteria (zie hieromtrent nader paragrafen 4.1 en 5.2).

Het strategisch bevoorradingsplan richt zich op de bevoorrading door het bedrijfsleven ten behoeve van Defensie en niet zozeer op voorraden die Defensie zelf ter hand neemt. De verantwoordelijkheid voor de vaststelling van dit plan berust om deze reden primair bij de minister, zulks uiteraard in overeenstemming met de Minister van Defensie. Het plan dient de in het wetsvoorstel omschreven analyse te bevatten en dient met een terugkerende frequentie te verschijnen en op voorgeschreven wijze openbaar te worden gemaakt (zie paragraaf 5.3). Ook het aanwijzen van ondernemingen met een voorraadplicht en daaruit voortvloeiend het opdragen tot diversificatie of versterking van de toeleveranciersketen berust hierom als eerste bij de minister in overeenstemming met de Minister van Defensie (zie hieromtrent nader paragrafen 5.4 en 5.5).

De verdere belegging van verantwoordelijkheden met betrekking tot in dit wetsvoorstel geregelde marktordeningsaspecten vloeit voort uit het voorgaande, zoals die omtrent toegekende bevoegdheden betreffende geheimhouding, bewindvoering en kostenvergoeding.

Procedure en doorlooptijden in het kader van marktordening

Het NLDTIB-rapport wordt volgens het voorstel ten minste een maal in de vier jaar vastgesteld. Bij de voorbereiding daarvan wordt in het wetsvoorstel genoemde belanghebbenden betrokken. Het vastgestelde rapport wordt, behoudens de niet-openbare delen daarvan, toegezonden aan de beide Kamers der Staten-Generaal en wordt gepubliceerd in de Staatscourant. Het strategisch bevoorradingsplan wordt eveneens een maal in de vier jaar vastgesteld en onder dezelfde condities openbaar gemaakt als het NLDTIB-rapport. De aanwijzingen die hun grondslag vinden in het NLDTIB-rapport respectievelijk strategisch bevoorradingsplan, geschieden anders dan bij de geschiktheidsverklaring niet op aanvraag. Een aanwijzing heeft een verplichtend karakter waarvoor het initiatief tot het opleggen daarvan bij de daarvoor verantwoordelijke minister berust. Een aanwijzing zal altijd teruggrijpen op het als laatste vastgestelde NLDTIB-rapport respectievelijk strategisch bevoorradingsplan. Tegen een aanwijzing staat voor een belanghebbende bezwaar en beroep open overeenkomstig de voorschriften van de Algemene wet bestuursrecht.

Verantwoordelijkheid uitvoering investeringstoets

Aan de defensie-investeringstoets wordt uitvoering gegeven door het Bureau Toetsing Investerings (BTI) dat onder de minister ressorteert. Daarmee is de minister verantwoordelijk voor de uitvoering. De minister voert met BTI ook de Wet vifo uit, zodat het om organisatorische en uitvoeringsredenen voor de hand ligt om de uitvoering van het wetsvoorstel op deze wijze te beleggen. BTI zal namens de minister de meldingen van voorgenomen verwervingsactiviteiten in ontvangst nemen en deze in behandeling nemen.

Om te beoordelen of een activiteit een risico kan vormen voor de nationale veiligheid, zal de minister onderzoek moeten doen naar de partij die zeggenschap of significante invloed verkrijgt. Meestal zal het gaan om een rechtspersoon die vaak op zijn beurt weer deel uitmaakt van een groep van rechtspersonen of waar een veelheid aan aandeelhouders deelneemt in deze partij. Daarom zal de minister in kaart moeten brengen welke krachten er achter de rechtspersoon schuil gaan en bij wie de uiteindelijke significante invloed of zeggenschap berust. Het team dat in opdracht van de minister de inhoudelijke beoordeling van een gemelde verwervingsactiviteit uitvoert en het toetsingsbesluit voorbereidt, bestaat uit een vaste kern van medewerkers van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat die opereren onder BTI. Bij de uitvoering van deze risicoanalyses worden specialisten van het Ministerie van Defensie geraadpleegd met expertise op het gebied van Defensie indien de risicoanalyse een defensiebelang raakt. De doelgroep van dit wetsvoorstel richt zich immers op wezenlijke krijgsmachtleveranciers en militaire goederen- en transportleveranciers, zodat dit passend is in het licht van de medeverantwoordelijkheid van de Minister van Defensie voor het nemen van toetsingsbesluiten. Alleen indien de casus hiertoe aanleiding geeft, kan het voorkomen dat experts van ook andere vakdepartementen geraadpleegd worden. De verwachting is dat dit niet heel vaak zal voorkomen gelet op het specifieke karakter van dit wetsvoorstel.

Procedure en doorlooptijden risicoanalyse investeringstoets

Aan de start van een risicoanalyse door BTI ligt in veel gevallen een melding ten grondslag. Na een melding vindt een risicoanalyse plaats, die uitmondt in een mededeling van de minister dat er wel of geen toetsingsbesluit nodig is. Als uit deze risicoanalyse blijkt dat er geen risico's voor de nationale veiligheid kunnen worden geïdentificeerd, dan wordt binnen maximaal acht weken de mededeling gedaan dat geen toetsingsbesluit vereist is. Omdat naar verwachting de meeste zaken al tijdens dit eerste toetsingsmoment kunnen worden afgedaan, komt dit aan het investeringsklimaat en bedrijfsleven tegemoet. Er wordt hier binnen een beperkte termijn zekerheid verschaft of een verwervingsactiviteit doorgang kan vinden.

Als blijkt dat een zaak te ingewikkeld is om binnen acht weken de mededeling te doen dat geen toetsingsbesluit vereist is, of als uit een risicoanalyse blijkt dat er redenen zijn om een risico voor de nationale veiligheid te vermoeden, dan is er nader onderzoek nodig. Hiervoor kan de termijn verlengd worden met maximaal zes maanden. Tijdens zo'n nader onderzoek zal er doorgevraagd

worden bij de betrokken ondernemingen, maar kunnen ook andere informatiebronnen worden betrokken. Ook is het mogelijk om een verzoek tot naslag te doen bij de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (AIVD en MIVD). Bij nader onderzoek kan naast informatie van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten in Nederland, ook informatie gebruikt worden van onder andere het Nederlandse diplomatieke postennetwerk in het land van herkomst. Als het gaat om een buitenlandse directe investering die valt binnen de reikwijdte van de huidige EU-screeningsverordening, zal dit zoveel mogelijk binnen de zes maanden verlenging worden afgerond. Alleen als daarvoor echt aanleiding is als uitvloeisel van de toepasselijkheid van die verordening, kan die termijn met nog eens drie maanden worden verlengd.

In geval het onderzoek wordt verlengd, worden de meldingsplichtigen (de verwerver en de doelonderneming) hierover geïnformeerd. Ook zal gemotiveerd worden waarom het onderzoek langer zal duren en hoeveel tijd hiervoor uitgetrokken zal worden. Het streven is daarbij om de termijn zo kort mogelijk te houden. Ook zal er bij de eerste evaluatie van de wet worden bekeken of het mogelijk is de wettelijke (maximum) termijn te verkorten. Een en ander hangt ook samen met de uitkomsten van de eerste evaluatie van de Wet vifo en de totstandkoming van een nieuwe EU-screeningsverordening die in voorbereiding is. Om te voorkomen dat de toetsing van een verwervingsactiviteit buiten de gestelde toetsingstermijn loopt, is er in het wetsvoorstel een waarborg voor betrokken ondernemingen opgenomen. Als er binnen de gestelde toetsingstermijn namelijk geen mededeling wordt gedaan of een toetsingsbesluit vereist is, dan wordt de verwervingsactiviteit van rechtswege toegelaten. Met deze systematiek is een juiste balans bereikt tussen enerzijds de bevoegdheden van de minister en de noodzaak om daarvoor tot een gewogen risicoanalyse te komen, en anderzijds het belang van de meldingsplichtigen om zo snel mogelijk zekerheid te krijgen over de voorgenomen verwervingsactiviteit.

Procedure en doorlooptijden totstandkoming toetsingsbesluit investeringstoets

Indien de uitkomst van een risicoanalyse is dat er een toetsingsbesluit vereist is en daarvan tijdig mededeling is gedaan aan de meldingsplichtige, dan mag de verwervingsactiviteit nog niet worden uitgevoerd. Uitvoering mag pas nadat een toetsingsbesluit is verkregen, mits dat besluit geen verbod op de verwervingsactiviteit inhoudt. Het toetsingsbesluit bevat de eisen en voorschriften waaronder de verwervingsactiviteit mag worden uitgevoerd. Om een toetsingsbesluit te verkrijgen zal een aanvraag moeten worden ingediend. Op grond van artikel 4:14, derde lid, van de Awb moet het toetsingsbesluit dan binnen acht weken na indiening worden genomen, tenzij op grond van dit wetsvoorstel die beslissingstermijn wordt verlengd. Die verlenging dient met een redelijke termijn te zijn en is niet langer dan zes maanden minus de termijn die voor de eerder uitgevoerde risicoanalyse al was gebruikt.

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

Indien een verwervingsactiviteit is uitgevoerd zonder dat eerst een toetsingsbesluit is aangevraagd, terwijl dat wel vereist was op grond van een eerdere mededeling van de Minister, dan zal ambtshalve een toetsingsbesluit worden genomen met daarin de eisen en voorschriften die van toepassing zijn. Daarin kan onder omstandigheden ook een verbod staan op het uitvoeren van de verwervingsactiviteit, die dan reeds tot stand is gekomen. Ook voor enkele andere situaties die procedures doorkruisen, zoals ingeval van onjuiste informatieverstrekking kan een ambtshalve toetsingsbesluit aan de orde zijn. Op de inhoud van toetsingsbesluiten wordt in de paragrafen 6.5 en 6.6 nader ingegaan.

Verantwoordelijkheid uitvoering geschiktheidsverklaring

De Minister van Defensie (i.c. BIV) is volgens dit wetsvoorstel verantwoordelijk voor het beoordelen van een aanvraag om een geschiktheidsverklaring, indien sprake is van het door een behoeftesteller met een betreffende entiteit delen van gerubriceerde informatie. De Minister van Economische Zaken en Klimaat (i.c. BTI) behandelt de verzoeken met betrekking tot ongerubriceerde informatie. BIV beoordeelt aanvragen op eenzelfde wijze als in het kader van contractuele afspraken met het Ministerie van Defensie. Indien blijkt dat er behoefte bestaat aan specifieke expertise op het gebied buitenlandse concernverhoudingen en zeggenschap, kan BIV de specialisten van BTI raadplegen. Het wetsvoorstel regelt hiervoor de benodigde grondslag. Omgekeerd kan BTI bij de uitvoering van haar werkzaamheden in het kader van de geschiktheidsverklaring -die vooral in het teken zullen staan van het in kaart brengen van de krachten die achter de te beoordelen entiteit schuilgaan en bij wie de uiteindelijke significante invloed of zeggenschap berust- zo nodig een beroep doen op de expertise van BIV. Ook ten aanzien van de geschiktheidsverklaring geldt dat -alleen indien de casus hiertoe aanleiding geeft- het zich kan voordoen dat experts van andere vakdepartementen worden geraadpleegd. Het wetsvoorstel voorziet specifiek in de mogelijkheid dat de verantwoordelijke minister beslist dat de aanvraag om een geschiktheidsverklaring op grond van dit wetsvoorstel niet in behandeling wordt genomen, aangezien de aanvrager in plaats daarvan een GVA kan aanvragen bij de Minister van Veiligheid en Justitie (i.c. Justis).

Procedure en doorlooptijden geschiktheidsverklaring

De beoordeling van een entiteit geschiedt naar aanleiding van een aanvraag door die entiteit om een geschiktheidsverklaring. De aanvraag wordt door de verantwoordelijke minister in behandeling genomen, tenzij uit de aanvraag duidelijk blijkt dat onderzoek naar de betrouwbaarheid van de entiteit kennelijk niet noodzakelijk is om een risico voor de defensie- en/of veiligheidsbelangen van een behoeftesteller te beperken. Hierdoor wordt beoogd uit te sluiten dat entiteiten een soort 'keurmerk' aanvragen, los van een beoogde verstandhouding met een specifieke behoeftesteller, om zo hun marktpositie te verstevigen. Reden hiervoor is dat schaarse overheids capaciteit alleen daar ingezet dient te worden waar zij het hardste nodig is. Los daarvan kan deze bepaling opgaan indien aan de gewenste verstandhouding met een betreffende behoeftesteller geen duidelijke defensie- en/of veiligheidsbelangen kleven. Deze discretionaire bevoegdheid is overigens afwezig wanneer een geschiktheidsverklaring wordt aangevraagd vanwege een verplichting op grond van een verdrag waarbij de Staat der Nederlanden partij is of op grond van een besluit van een volkenrechtelijke organisatie waarvan de Staat der Nederlanden deel uitmaakt.

Als uit de beoordeling blijkt dat er geen risico's zijn voor de defensie- en/of veiligheidsbelangen van de behoeftesteller, dan wordt binnen maximaal acht weken beslist of een geschiktheidsverklaring wordt afgegeven of niet. Deze termijn kan, zo nodig, met een termijn van maximaal zes maanden worden verlengd. Genoemde termijnen kunnen overigens wel op grond van artikel 4:15 Awb en artikel 3.7 worden opgeschort.

Als blijkt dat de door de entiteit aangeleverde informatie aanleiding geeft tot (een vermoeden van) risico's voor de defensie- en/of veiligheidsbelangen van de behoeftesteller en de entiteit kan des verzocht geen additionele informatie verschaffen op grond waarvan dat risico of dat vermoeden wordt ontkracht, dan beslist onze verantwoordelijke minister dat er geen geschiktheidsverklaring wordt afgegeven.

Indien onze verantwoordelijke minister de in dit wetsvoorstel geregelde termijnen overschrijdt, geldt artikel 4.1.3.2 van de Awb (dwangsom bij niet tijdig beslissen).

In het kader van het kunnen leveren van maatwerk, regelt dit wetsvoorstel met betrekking tot de geschiktheidsverklaring verder de mogelijkheid dat BTI een verzoek tot 'naslag' kan doen bij de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (AIVD en MIVD). Bij nader onderzoek kan naast informatie van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten in Nederland, ook informatie gebruikt worden van onder andere het Nederlandse diplomatieke postennetwerk in het land van herkomst.

11. TOEZICHT, HANDHAVING EN SANCTIONERING

11.1 Toezicht

Marktordening

De door de Minister van PM aangewezen ambtenaren zullen toezicht houden op de naleving en handhaving van de op grond van hoofdstuk 1 van dit wetsvoorstel gegeven aanwijzingen en krachtens besluit opgedragen diversificatie en versterking van de toeleveranciersketen. Uit artikel 5:20 van de Awb volgt dat een ieder verplicht is aan een toezichthouder binnen de door hem gestelde redelijke termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden. Dit betekent onder andere dat de aangewezen ondernemingen zich moeten houden aan de besluiten die zich tot hen richten en ook de noodzakelijke gegevens moeten verstrekken met het oog op de naleving, zodat de toezichthouder kan controleren of die naleving gebeurt.

Investeringsstoets

De door de Minister van Economische Zaken en Klimaat aangewezen ambtenaren zullen toezicht houden op de naleving en handhaving van de defensie-investeringsstoets. Dit zullen zij niet alleen doen door het raadplegen van openbare bronnen, maar ook via informatie die wordt ontvangen via de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (AIVD en MIVD). Hetgeen hierboven over de toepassing van artikel 5:20 Awb is opgemerkt, gaat ook op voor het toezicht in het kader van deze investeringsstoets. De minister zal daarnaast veranderingen in zeggenschaps- en invloedsverhoudingen in ondernemingen monitoren om te kunnen beoordelen of een uit het oogpunt van de nationale veiligheid ongewenste partij daarbij zeggenschap of significante invloed verwerft zonder voorafgaande melding. Hij kan hierbij gebruik maken van signalen hierover die op verschillende manieren bij hem terechtkomen. Dat kan via reguliere contacten met de sector, via werknemers of bestuurders die in gesprek treden omdat ze twijfels hebben over de intenties van een potentiële verwerver en via verslaggeving over op handen zijnde verwervingsactiviteiten in de (vak)media. Sommige verwervingsactiviteiten zullen immers ook in een vroeg stadium kunnen rekenen op de nodige aandacht van journalisten. Dit soort signalen kunnen aanleiding zijn om onderzoek te doen naar ongemelde verwervingsactiviteiten, niet-nagekomen eisen en voorschriften of veranderde omstandigheden.

Geschiktheidsverklaring

Voor het toezicht op de naleving van een afgegeven geschiktheidsverklaring is telkens de minister verantwoordelijk die deze verklaring heeft afgegeven. Dit is de Minister van Economische Zaken en Klimaat of, als sprake is van gerubriceerde informatie, de Minister van Defensie. Ieder van beide ministers belasten ambtenaren met de uitvoering van het toezicht op de ontvangers van de geschiktheidsverklaring. Aan het door deze ambtenaren uit te oefenen toezicht zal met terughoudendheid invulling worden gegeven wanneer de geschiktheidsverklaring enkel een beoordeling ten tijde van het afgeven van de verklaring behelst, en dus meer sprake is van een momentopname waarop de verklaring ziet. Ten aanzien van een geschiktheidsverklaring die is afgegeven vanwege de Minister van Defensie, kan op grond van bijvoorbeeld een PSI actiever toezicht vereist zijn. Het toezicht komt in beeld, zodra blijkt dat de ontvanger van een geschiktheidsverklaring onjuiste of onvolledige informatie heeft verstrekt die heeft geleid tot een onjuiste voorstelling van zaken, waardoor de verklaring ten onrechte is afgegeven. Voor de uitoefening van toezicht relevante signalen kunnen afkomstig zijn van de behoeftesteller of de verantwoordelijke Minister kan op andere wijze informatie bereiken die hiervoor relevant is. Dit kan variëren tot informatie uit openbare bronnen tot informatie die wordt ontvangen via de inlichtingen- en veiligheidsdiensten of het netwerk van buitenlandse diplomatieke posten.

11.2 Handhaving en sanctionering

Marktordening

Door de Minister van PM daartoe aangewezen ambtenaren zijn belast met handhaving van wettelijke voorschriften het sanctioneren van daarbij geconstateerde overtredingen die betrekking hebben op aan ondernemingen gegeven aanwijzingen en besluiten over de toeleveranciersketen. De minister beschikt over diverse bevoegdheden en instrumenten voor het uitvoeren van deze handhavingstaken, in het bijzonder de bevoegdheid tot het opleggen van een last onder bestuursdwang en/of bestuurlijke boetes. De bestuurlijke boete is ten hoogste een geldboete van

de zesde categorie of, indien dat meer is, ten hoogste 10% van de omzet van de desbetreffende onderneming. Voor alle terreinen en sectoren waarop de minister in het kader van deze wet toezicht houdt, geldt dezelfde doelstelling, namelijk dat de hoogte van de sanctie evenredig is met het oog op de gepleegde overtreding en voldoende afschrikwekkend is voor zowel de overtreder (speciale preventie) als andere potentiële overtreeders (generale preventie). Deze doelstelling wordt weerspiegeld door een aantal algemene uitgangspunten die de minister in acht dient te nemen bij het vaststellen van een bestuursrechtelijke sanctie. Het gaat hierbij om de ernst van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid en de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.

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

Toezicht met de voorgestelde handhaving is noodzakelijk gelet op de met de naleving van een aanwijzing of een besluit over de toeleveranciersketen betrokken essentiële defensiebelangen. Toezicht en handhaving vergroten de effectiviteit van een aanwijzing of besluit in de zin dat daaraan daadwerkelijk uitvoering zal worden gegeven.

Investeringstoets

Door de Minister van Economische Zaken en Klimaat daartoe aangewezen ambtenaren zijn belast met handhaving van wettelijke voorschriften en het sanctioneren van daarbij geconstateerde overtredingen die betrekking hebben op de defensie-investeringstoets. Naast de hiervoor vermelde bevoegdheden en instrumenten tot handhaving, biedt het wetsvoorstel ook de mogelijkheid van handhaving en sanctionering van gegeven aanwijzingen via de Wet op de economische delicten (Wed). Ook bestaat de mogelijkheid van handhaving en sanctionering van bepalingen uit de defensie-investeringstoets via de Wed. Via strafrechtelijke sanctionering overeenkomstig de Wed is ook de bijkomende straf van stillegging van een onderneming mogelijk en kunnen ook de specifieke strafvorderlijke bevoegdheden van de Wed worden toegepast. Naast de bij of krachtens artikel 141 van het Wetboek van Strafvordering aangewezen ambtenaren (zoals de ambtenaren van politie) zullen op grond van artikel 17 van de Wed nog andere ambtenaren aangewezen worden die in het kader van dit wetsvoorstel met de opsporing van economische delicten worden belast.

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

Op de overwegingen die ten grondslag liggen aan het regelen van bestuursrechtelijke handhaving en strafrechtelijke sanctionering overeenkomstig de Wed wordt nader ingegaan in de memorie van toelichting op de Wet vifo. Daarbij is ook op de evenredigheid in het kader van de toepassing van deze bevoegdheden ingegaan (blz. 102-103). Doordat de afwegingen die zijn gemaakt omtrent toezicht en handhaving door middel van dit wetsvoorstel dezelfde zijn als die in de Wet vifo gaat hetgeen daarover wordt opgemerkt ook hier onverkort op.

Geschiktheidsverklaring

Omdat de geschiktheidsverklaring in principe een momentopname betreft en het voornamelijk de verantwoordelijkheid van de behoeftesteller is om de betrouwbaarheid van de entiteit te monitoren, gaan de handhavingsbevoegdheden van de door de Minister aangewezen ambtenaren ten aanzien van de geschiktheidsverklaring aanzienlijk minder ver dan die ten aanzien van de

investeringsstoetsing zoals geregeld in dit wetsvoorstel. Wel kan het zo zijn dat de wensen van de behoeftesteller aanleiding kunnen zijn tot uitoefening van meer actief toezicht tot handhaving. Dit zal eerder het geval zijn bij verstandhoudingen waarbij gerubriceerde informatie wordt gedeeld met de entiteit.

De instrumenten tot handhaving zijn tweërlei: het informeren van de behoeftesteller indien is gebleken dat de ontvanger van de geschiktheidsverklaring onjuiste of onvolledige informatie heeft verstrekt die heeft geleid tot een onjuiste voorstelling van zaken. De behoeftesteller zal in dat geval aan die mededeling de eigen conclusies kunnen verbinden omtrent de gebleken ongeschiktheid van de entiteit die de verklaring eerder had ontvangen. Daarnaast voorziet het wetsvoorstel in de mogelijkheid van bestuursrechtelijke handhaving door middel van het kunnen opleggen van een bestuurlijke boete. De bestuurlijke boete is ten hoogste een geldboete van de zesde categorie of, indien dat meer is, ten hoogste 10% van de omzet van de desbetreffende onderneming. Uiteraard zal er altijd sprake moeten zijn van een proportionele boete, afhankelijk van de soort overtreding en de omstandigheden waaronder deze is begaan.

Het kan nodig zijn om een geschiktheidsverklaring die is afgegeven naderhand weer in te trekken doordat van bezwaren is gebleken tegen de ontvanger daarvan, die een risico opleveren voor de defensie- en/of veiligheidsbelangen van de behoeftesteller. Tot deze intrekking is bevoegd de minister die de geschiktheidsverklaring heeft afgegeven. Deze bevoegdheid wordt evenwel niet uit hoofde van toezicht en handhaving uitgeoefend, maar is het gevolg van de heroverweging van de positieve uitkomst van de eerdere beoordeling van de ontvanger. De aanleiding voor een hernieuwde beoordeling waarop een intrekking van de eerder afgegeven verklaring volgt, dient te berusten op een door het wetsvoorstel daartoe erkende grond.

Een hernieuwde beoordeling is bijvoorbeeld mogelijk wanneer blijkt dat met de eerder door de entiteit verstrekte informatie een onjuiste voorstelling van zaken werd gegeven waardoor die entiteit onterecht een geschiktheidsverklaring heeft ontvangen. In dat geval kan de verantwoordelijke minister op basis van een hernieuwde beoordeling tot intrekking van de geschiktheidsverklaring besluiten. Daarnaast kan de onjuiste informatieverstreking in het kader van toezicht en handhaving aanleiding zijn om een boete op te leggen aan de entiteit. Dit zou vooral aangewezen kunnen zijn in gevallen waarbij ernstige nalatigheid of zelfs opzet in het spel zou kunnen zijn en intrekking van de geschiktheidsverklaring weinig effect (meer) zou hebben op de entiteit, terwijl de (potentiële) schade voor de defensie-en/of veiligheidsbelangen van de behoeftesteller dusdanig is dat de entiteit hiermee niet ongestraft mag weggelaten worden.

Een hernieuwde beoordeling is ook toegestaan indien de ontvanger van de geschiktheidsverklaring veranderingen in haar zeggenschaps- en invloedsverhoudingen mededeelt aan de minister die deze verklaring heeft afgegeven, waaruit vervolgens voor die minister blijkt van mogelijke bezwaren tegen de ontvanger die een risico kunnen opleveren voor de defensie- en/of veiligheidsbelangen van die behoeftesteller. Deze veranderingen betreffen nieuwe omstandigheden die pas later na het afgeven van de geschiktheidsverklaring zich voordoen, zodat geen sprake is van verstrekking van onjuiste of onvolledige verstrekking ten tijde van het afgeven van de geschiktheidsverklaring. Wel kunnen de op zichzelf correct gemelde veranderingen reden opleveren voor de verantwoordelijke minister om over te gaan tot een hernieuwde beoordeling van de geschiktheidsverklaring. Deze hernieuwde beoordeling vindt in dat geval niet in het kader van het toezicht plaats, ook niet als die opgegeven veranderde omstandigheden aanleiding geven tot een gerechtvaardigde intrekking van de eerder afgegeven geschiktheidsverklaring. Er is geen plaats voor handhaving in het kader van toezicht.

12. FINANCIËLE GEVOLGEN

12.1 Regeldruk

Marktordening

Veiligheidstoets

Bedrijven die aangemerkt zijn als wezenlijke krijgsmachtleverancier of als militaire goederen- of transportleverancier vallen binnen de reikwijdte van het wetsvoorstel. Het aantal bedrijven dat onder het wetsvoorstel is gebracht (zoals uiteengezet in paragraaf 4.2) betreft naar verwachting 175 bedrijven.

In het vitale proces inzet krijgsmacht zijn relatief weinig mkb'ers actief en relatief veel grote ondernemingen. Hierdoor zullen naar verwachting zeer weinig mkb'ers of kleine bedrijven en zzp'ers binnen het toetsingsbereik van het wetsvoorstel vallen. Daarnaast zijn er ook startups die te kwalificeren zijn als microbedrijven die investeringen proberen op te halen. In theorie kan een startup worden gekwalificeerd als wezenlijke krijgsmachtleverancier dan wel militaire goederen- of transportleverancier. Zij zullen dan ook worden geraakt door dit wetsvoorstel. De meest complexe transacties zullen waarschijnlijk verwervingsactiviteiten (zoals fusies en overnames) van grotere bedrijven omvatten. In het wetsvoorstel is een regime van toetsing opgenomen dat zorgt voor een meldplicht en risicoanalyse. Verwervingsactiviteiten die binnen de reikwijdte vallen moeten vooraf worden gemeld bij de Minister van Economische Zaken en Klimaat. Hierbij moeten meldingsplichten in eerste instantie alle verplichte informatie aanleveren bij de minister. Indien de minister aanvullende verzoeken om informatie heeft, moet de meldingsplichtige hieraan voldoen. Het is de meldingsplichtige niet toegestaan om in afwachting van een mededeling dat geen toetsingsbesluit vereist is, of van het te nemen toetsingsbesluit, de voorgenomen verwervingsactiviteit uit te voeren, behoudens ontheffing. Een belangrijk uitgangspunt bij de ontwikkeling van het wetsvoorstel is om de administratieve lasten voor het bedrijfsleven zo laag mogelijk te houden. Hier is aan voldaan door het wetsvoorstel duidelijk af te bakenen en de reikwijdte te beperken. Daarbij is er een transparante procedure en zijn er korte doorlooptermijnen. Doordat ook vooraf duidelijk is welke informatie een bedrijf standaard bij een melding aan moet leveren kunnen bedrijven die een verwervingsactiviteit voorbereiden hierop anticiperen. De kosten die zullen voortvloeien uit de meldplicht zullen hoofdzakelijk bestaan uit (interne en externe) juridische advisering. De kosten hiervan zullen per verwervingsactiviteit en partij variëren. Het kan immers gaan om een simpele investering in een mkb'er, maar ook om een complexe fusie tussen multinationals. De regeldruk voor een meldingsplichtige onderneming behelst vooral het kennisnemen van de regelgeving en alle administratieve handelingen zoals het opzoeken van de juiste informatie om een volledige melding te kunnen doen. Indien er vanuit het Bureau Toetsing investeringen om aanvullende informatie gevraagd wordt zal deze opgezocht en aangeleverd moeten worden. Voor de inschatting van de regeldrukkosten hieronder wordt er uitgegaan van twee verschillende scenario's: complexe en simpele activiteiten. Er wordt hieronder een inschatting gemaakt van de gemiddelde kosten van beide scenario's. Bij het melden van een simpele verwervingsactiviteit wordt ervan uitgegaan dat er zowel interne als externe adviseurs betrokken zijn en dat er in één vijfde van de gevallen om extra informatie gevraagd zal worden. Bij een simpele verwervingsactiviteit gaat het bijvoorbeeld om een binnenlandse overname van een mkb'er. Bij het melden van een complexe verwervingsactiviteit wordt ervan uitgegaan dat er zowel interne als externe adviseurs betrokken zijn en dat er in drie vijfde van de gevallen om extra informatie gevraagd zal worden. Bij een complexe verwervingsactiviteit gaat het bijvoorbeeld om een fusie tussen twee multinationals. Voor de inschatting van de kosten hieronder is gebruikgemaakt van het Handboek regeldrukkosten, in het bijzonder de tijdbestedingstabel bedrijven en de standaarduurtarieven.

In het weergeven van de kosten maken wordt onderscheid gemaakt tussen simpele en complexe scenario's. In het scenario dat er een simpele verweringsactiviteit wordt getoetst kost het melden van zo'n verwervingsactiviteit gemiddeld 10.140 euro. In het scenario dat er een complexe scenario wordt getoetst kost het melden van zo'n verwervingsactiviteit gemiddeld 93.000 euro. Deze lasten betreffen uitsluitend eenmalige lasten. De exacte omvang van het aantal meldingen is onbekend. Niettemin wordt er uitgegaan van 17 tot 18 zaken per jaar, waarvan ongeveer 2 complexe zaken. Dit levert een totaaleffect van administratieve lasten per jaar op van naar

schatting 255.000 euro. Voor de gedetailleerde beschrijving van de kosten inclusief de berekening van zowel de simpele als complexe scenario's wordt hier verwezen naar de memorie van toelichting op de Wet vifo (Kamerstukken 2020/21, 35880, nr. 3, blz. 103-104). De toename van regeldrukkosten is beperkt doordat veel van de ondernemingen waarop de defensie-investeringsstoets van toepassing is niet langer onder de investeringsstoets van de Wet vifo zullen vallen. Een toename is vooral daarop terug te voeren dat het wetsvoorstel de toetsingsdrempel wettelijk lager vaststelt dan in de Wet vifo.

Geschiktheidsverklaring

In voorgaande jaren hadden aanvragen voor een verklaring van overheidswege omtrent betrouwbaarheid van Nederlandse entiteiten (onder meer) betrekking op: deelname aan het Europees Defensiefonds (of diens voorganger European Defence Industrial Development Programme (EDIDP)) door in Nederland gevestigde entiteiten met niet zeggenschap van buiten de EU), toevoeging aan de database van het NATO Support and Procurement Agency (hierna: NSPA) en deelname aan aanbestedingen van het NATO Communications and Information Agency (hierna: NCIA). Het is ondertussen duidelijk dat er nieuwe NAVO- en EU-programma's aanstaande zijn waarin soortgelijke verklaringen worden gevraagd en dat de vraag naar dit soort geschiktheidsverklaringen ook in bilaterale setting (d.w.z. vereist door individuele mogelijkheden) steeds verder zal toenemen. Een goede inschatting van het aantal extra aanvragen waartoe dit zal leiden valt daarom op dit moment niet te maken. Hieronder wordt wel in het kort weergegeven hoeveel aanvragen er zijn gedaan voor geschiktheidsverklaringen voor het EDF, de NCIA, de NSPA.

In het kader van het EDF en diens voorloper EDIDP zijn sinds 2019 bij het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat door 11 in Nederland gevestigde entiteiten met niet-EU zeggenschap rechtstreeks 14 aanvragen ingediend om goedkeuring van door de Europese Commissie vereiste garanties.

NSPA en NCIA hanteren een andere werkwijze dan de Europese Commissie en vragen rechtstreeks bij de Nederlandse overheid bevestiging van de betrouwbaarheid van een Nederlandse entiteit. De NSPA doet dit in verband met de mogelijke opname van in een 'source file'. Dit is een gecentraliseerde database van NSPA met aanbieders die in het verleden en het heden producten hebben verkocht aan de NSPA, en waarin ook mogelijke toekomstige aanbieders worden opgenomen. Opname in deze lijst is vereist om te kunnen deelnemen aan NSPA-aanbestedingen. Vanaf begin 2021 tot en met midden juni 2024 kwamen er vanuit de NSPA 88 verzoeken binnen bij EZK omtrent Nederlandse entiteiten.

NCIA wenst een overheidsoordeel over entiteiten met het oog op NAVO-aanbestedingen (zowel eenmalig als raamcontracten). Vanaf begin 2021 tot en met midden juni 2024 heeft het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat 94 aanvragen ontvangen van de NCIA.

De overheidsverklaringen zijn in de bovenstaande context alleen afgegeven als de betreffende entiteit een geldige GVA kon overleggen.

In het wetsvoorstel is een regime van beoordeling opgenomen bij de aanvraag van een geschiktheidsverklaring. Deze aanvraag wordt door de betreffende entiteit zelf gedaan, al dan niet naar aanleiding van een verzoek van een behoeftesteller. Deze aanvragen kunnen ingeval van een verband met gerubriceerde informatie worden ingediend bij de Minister van Defensie (i.c. BIV) en ingeval van een verband met ongerubriceerde informatie bij de Minister van Economische Zaken en Klimaat. Zo'n aanvraag wordt in behandeling genomen, indien een onderzoek naar de betrouwbaarheid van de entiteit kennelijk noodzakelijk is om een risico voor de defensie- en/of veiligheidsbelangen van een behoeftesteller te beperken. Indien de geschiktheidsverklaring wordt aangevraagd vanwege een verplichting op grond van een verdrag waarbij de Staat der Nederlanden partij is of een besluit van een volkenrechtelijke organisatie waarvan de Staat der Nederlanden deel uitmaakt, is de verantwoordelijke minister verplicht de aanvraag in behandeling te nemen. Hierop geldt wel een uitzondering: wanneer de verantwoordelijke minister beslist dat de defensie-of veiligheidsbelangen van de behoeftesteller voldoende geborgd worden indien de entiteit

de beoordeling in het kader van een GVA doorstaat, kan hij die entiteit mededelen dat hij diens aanvraag niet in behandeling neemt en dat de entiteit GVA dient te overleggen aan de behoeftesteller.

Ten aanzien van de lasten die voor entiteiten verbonden zijn aan het aanvragen van een geschiktheidsverklaring, geldt dat deze verklaring niet verplicht wordt gesteld door Nederlandse wet- en regelgeving. Eventuele lasten bij Nederlandse entiteiten die een geschiktheidsverklaring aanvragen zijn het gevolg van vereisten zoals gesteld door de behoeftesteller waarmee de entiteit een verstandhouding wenst aan te gaan. Er is dus geen sprake van administratieve lasten.

De voorgestelde regels omtrent de geschiktheidsverklaring beogen de aanvragers daarvan bovendien zoveel mogelijk te faciliteren. De geschiktheidsverklaring is daarmee niet beperkend, maar juist begunstigend van aard. Beoogd is om de procedures die tot op heden gevolgd worden zoveel mogelijk te codificeren en tegelijkertijd zorg te dragen voor de benodigde rechtsbescherming van zowel entiteiten (direct, door de mogelijkheid van bezwaar en beroep) als behoeftestellers (indirect, door middel van mogelijke intrekking van een geschiktheidsverklaring en/ of het opleggen van een boete aan een entiteit die niet heeft voldaan aan haar informatieverplichting richting de verantwoordelijke minister en de dus de behoeftesteller. Mede omdat behoeftestellers kortere termijnen kunnen hanteren dan de in dit wetsvoorstel geregelde maximale beslistermijn, vindt geen zwaardere beoordeling plaats dan strikt noodzakelijk gezien de concrete eisen van de behoeftesteller in de betreffende casus en worden de doorlooptijden dus zo kort mogelijk gehouden. Tegelijkertijd rust op de entiteit de verantwoordelijkheid om de aanvraag zo vroeg mogelijk in te dienen om de beoordelende instantie in staat te stellen om de termijn van de behoeftesteller te kunnen halen. Ten aanzien van veiligheidsaanvragen zoals vereist door volkenrechtelijke organisaties op grond van voor de Staat der Nederlanden bindende verdragen of besluiten, zullen zoveel mogelijk standaard aanvraagformulieren ontwikkeld worden. Voor geschiktheidsverklaringen zoals vereist door individuele mogendheden zal dit echter veelal niet haalbaar zijn.

12.2 Apparaatskosten

PM

12.3 Markteffecten en concurrentiepositie

Dit wetsvoorstel levert aan de ene kant een positieve bijdrage aan de nationale veiligheid en aan de andere kant zal het gevolgen hebben voor het Nederlandse investeringsklimaat. De voorgestelde voorschriften zijn nodig voor het behoud en de versterking van een eigen technologische en industriële basis, zodat essentiële defensiebelangen met het oog op de eigen nationale veiligheid gewaarborgd blijven en een zeker autonoom handelingsperspectief in stand wordt gehouden. Het wetsvoorstel bevat voorschriften met een wisselend effect op het investeringsklimaat.

Het geven van aanwijzingen aan ondernemingen op grond van dit wetsvoorstel heeft gevolgen voor de ondernemingsvrijheid. Dit kan de bereidheid tot het doen van investeringen verkleinen en daarmee negatieve gevolgen hebben voor het investeringsklimaat. Daar staat tegenover dat als regulering de Nederlandse industriële basis blijkt te versterken, zulks eerder investeringen kan aantrekken door de vergroting van de aantrekkingskracht van die basis.

Te onderscheiden van marktordening met behulp van aanwijzingen, is de voorgestelde defensie-investeringsstoets. Het toepassingsbereik van deze toets valt nu naar onderwerp bezien al goeddeels onder de investeringstoets van de Wet vifo en veelal ook onder ABDO. Wel zijn, afhankelijk van de technologie, de toetsingsdrempels in dit wetsvoorstel lager. Daar staat tegenover dat de defensie-investeringsstoets meer preciseringen bevat, waarmee de rechtszekerheid en ook de proportionaliteit gediend zijn wat het investeringsklimaat ten goede komt. Daarmee is de impact van dit voorstel op het investeringsklimaat vergeleken met de huidige situatie te nuanceren, al kan ieder vorm van toetsing het voor buitenlandse verwervers minder aantrekkelijk maken om in Nederland verwervingsactiviteiten uit te voeren en kunnen er marktversturende effecten optreden. Zo kan er bijvoorbeeld onzekerheid ontstaan bij zowel de

verwerver als de doelonderneming. Daarnaast is het mogelijk dat het uitvoeringsproces van de verwervingsactiviteit vertraging oploopt wat uiteindelijk kan leiden tot bijkomende administratieve lasten.

Als laatste is er de geschiktheidsverklaring. Die heeft een positief effect op de internationale concurrentiepositie van entiteiten die werkzaamheden willen verrichten in het internationale defensiegerelateerde domein. Nu kunnen in beginsel alleen entiteiten die vanwege een bestaande opdrachtrelatie met Ministerie van Defensie beschikken over een ABDO-autorisatie, een verklaring van overheidswege ontvangen dat zij betrouwbaar zijn. Daarnaast kan in sommige gevallen een GVA de functie van geschiktheidsverklaring vervullen, maar een zware beoordeling op het gebied van defensie en/of veiligheid is hier geen onderdeel van, waardoor de GVA geen universeel bruikbare optie biedt. Door het ontbreken van de wettelijke grondslag voor een 'mee-ademende' geschiktheidsverklaring verkeren de 'usual suspects' op dit moment nog in een betere positie dan (vaak innovatieve) nieuwkomers die nog geen relatie met Defensie hebben. Door dit wetsvoorstel zal de concurrentiepositie verbeteren van nieuwkomers binnen het defensiegerelateerde domein of entiteiten met dual-use capaciteiten.

Een open economie als Nederland die sterk gericht is op export, is gebaat bij internationale verwevenheid. De proportionaliteit van zowel de marktordening als de investeringstoets dient daarom nauwlettend gevolgd te worden, zodat het investeringsklimaat zo weinig mogelijk hinder zal ondervinden.

Internationaal perspectief

De (Europese) defensie- en veiligheidsindustrie kenmerkt zich door het ontbreken van een geïntegreerde markt. Defensie is één van de onderwerpen dat bij uitstek toebehoort aan de nationale soevereiniteit. Dat zorgt ervoor dat landen op wereldwijde schaal de eigen industrie beschermen. Hierdoor is er geen gelijk speelveld op de defensie- en veiligheidsmarkt. Op Europees niveau zijn er initiatieven om binnen de EU bij te dragen aan een meer gelijk speelveld. Er is bijvoorbeeld de EU-richtlijn die gaat over de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied. En waar het gaat om veiligheidstoetsing wordt hier het voorstel van de Europese Commissie aangehaald voor een herziene FDI-screeningsverordening die alle lidstaten verplicht buitenlandse investeringen te screenen. Het toepassingsbereik daarvan strekt zich tevens uit tot ondernemingen doelondernemingen actief op het gebied van militaire goederen en producten voor tweëerlei gebruik. Op voornoemde richtlijn en ontwerpverordening is in hoofdstuk 8 nader ingegaan.

Nu al beschikken 21 lidstaten over een screeningmechanisme op investeringen. Genoemd worden hier Estland⁴⁸, Verenigd Koninkrijk⁴⁹ en Denemarken⁵⁰ die meer recentelijk een wet hebben aangenomen omtrent (directe) buitenlandse investeringen. Het gebruik van militaire en civiele toepassingen ('dual-use') worden daarin specifiek behandeld. Hoewel dat onderling per wet omtrent screeningsmechanismen voor sensitieve technologie en actoren verschilt. De scope van de meldingsplicht voor buitenlandse verwervers gaat van productie (inclusief technische ondersteuning) en op basis van een geldig contract (Estland⁵¹) tot naar alle activiteiten inzake onderzoek, ontwikkeling, ontwerp, productie en toepassing van goederen en diensten ten behoeve van defensie of nationale veiligheid (Verenigd Koninkrijk⁵²). Met het voorstel voor een defensie-investeringstoets wordt voorzien in een meer specifieke toetsing die bijdraagt aan de proportionaliteit en rechtszekerheid. Daarmee is ook het investeringsklimaat gediend.

13. ADVIES EN CONSULTATIE

⁴⁸ The Foreign Investment Reliability Assessment Act (2023).

⁴⁹ The National Security and Investment Act (2022).

⁵⁰ The Investment Screening Act (2021).

⁵¹ PM

⁵² [National Security and Investment Act: details of the 17 types of notifiable acquisitions - GOV.UK \(www.gov.uk\)](https://www.gov.uk/government/publications/national-security-and-investment-act-2022). Art. 1, hoofdstuk 2, sectie 7 van 'The National Security and Investment Act'.

[verwerken na internetconsultatie]

14. EVALUATIE

Na vijf jaar wordt de wet, indien die tot wet verheven wordt en in werking treedt, geëvalueerd. Een verslag daarvan wordt naar de Staten-Generaal gestuurd. In de evaluatie wordt een aantal elementen geadresseerd. Om te beginnen de mate waarin de uitgangspunten en doelen van het wetsvoorstel worden behaald en of deze wet daartoe in samenhang met ander beschikbaar instrumentarium nog altijd het juiste instrument is. Voor zover mogelijk wordt onderzocht of er sprake is van ontwijkingen en hoe effectief de handhaving hierop verloopt. De evaluatie zal aan ieder van de drie hoofdthema's, te weten ordeningsaspecten op defensiegebied, defensie-investeringsstoets en geschiktheidsverklaring, afzonderlijk aandacht besteden. Bij de evaluatie van de defensie-veiligheidstoets kunnen ook de uitkomsten van de eerdere evaluatie van de Wet vifo betrokken worden, aangezien de defensie-veiligheidstoets onderdeel is van het stelsel van investeringsstoetsen. Verder kan op de evaluatie ook van invloed zijn de herziening van de EU-screeningsverordening waarvan ten tijde van de voorbereiding van dit wetsvoorstel door de Europese Commissie een voorstel is gedaan.

II. ARTIKELN

PM aanvulling na internetconsultatie.

De Minister van Economische Zaken en Klimaat,