

## **NIS2 – Internetconsultatie Cyberbeveiligingswet – 27 juni 2024**

Overweging 16 van de NIS2-richtlijn (hierna: de "NIS2") bepaalt het volgende:

- (16) Om te voorkomen dat entiteiten met partnerondernemingen of verbonden ondernemingen als essentiële of belangrijke entiteiten worden beschouwd wanneer dit onevenredig zou zijn, kunnen de lidstaten bij de toepassing van artikel 6, lid 2, van de bijlage bij Aanbeveling 2003/361/EG rekening houden met de mate van onafhankelijkheid welke die entiteiten ten opzichte van hun partnerondernemingen of verbonden ondernemingen genieten. Meer bepaald kunnen de lidstaten rekening houden met het feit dat een entiteit onafhankelijk is van haar partnerondernemingen of verbonden ondernemingen wat de netwerk- en informatiesystemen betreft waarvan die entiteit gebruikmaakt bij het verlenen van haar diensten en wat de diensten betreft die de entiteit verleent. Op basis daarvan kunnen de lidstaten een dergelijke entiteit in voorkomend geval beschouwen als een entiteit die niet wordt aangemerkt als een middelgrote onderneming uit hoofde van artikel 2 van de bijlage bij Aanbeveling 2003/361/EG, noch de plafonds voor een middelgrote onderneming als bepaald in lid 1 van dat artikel overschrijdt, indien die entiteit, rekening houdend met de mate van onafhankelijkheid die zij geniet, niet als middelgrote onderneming zou worden aangemerkt of niet zou worden geacht die plafonds te overschrijden ingeval alleen rekening zou worden gehouden met haar eigen gegevens. Dit doet geen afbreuk aan de in deze richtlijn vastgelegde verplichtingen van partnerondernemingen en verbonden ondernemingen die binnen het toepassingsgebied van deze richtlijn vallen.

In bovenstaande overweging wordt aangegeven dat lidstaten bij de toepassing van artikel 6, lid 2, van de bijlage bij Aanbeveling 2003/361/EG (hierna: de "Aanbeveling") rekening kunnen houden met de mate van onafhankelijkheid die entiteiten genieten ten opzichte van hun partnerondernemingen of verbonden ondernemingen. Dit om te voorkomen dat entiteiten met partnerondernemingen of verbonden ondernemingen als essentiële of belangrijke entiteiten worden beschouwd wanneer dit onevenredig zou zijn.

Meer bepaald kunnen de lidstaten, aldus bovenstaande overweging, rekening houden met het feit dat een entiteit onafhankelijk is van haar partnerondernemingen of verbonden ondernemingen wat de netwerk- en informatiesystemen betreft waarvan die entiteit gebruikmaakt bij het verlenen van haar diensten en wat de diensten betreft die de entiteit verleent. In bovenstaande overweging is aangegeven dat de lidstaten op basis daarvan een dergelijke entiteit in voorkomend geval kunnen beschouwen als een entiteit die niet wordt aangemerkt als een middelgrote onderneming uit hoofde van artikel 2 van de bijlage bij de Aanbeveling, noch de plafonds voor een middelgrote onderneming als bepaald in lid 1 van dat artikel overschrijdt, indien die entiteit, rekening houdend met de mate van onafhankelijkheid die zij geniet, niet als middelgrote onderneming zou worden aangemerkt of niet zou worden geacht die plafonds te overschrijden ingeval alleen rekening zou worden gehouden met haar eigen gegevens.

In het wetsvoorstel van de Cyberbeveiligingswet wordt geen gebruik gemaakt van de in bovenstaande overweging genoemde mogelijkheid.

Het niet gebruiken van deze in de NIS2 gecreëerde ruimte kan innovatie in de weg staan en speelt grote kapitaalcrachtige bedrijven in de kaart.

Immers, nieuwe markttoetreders in de onder de NIS2/Cyberbeveiligingswet vallende sectoren, diensten en/of activiteiten die niet een middelgrote onderneming zijn, noch de plafonds van een middelgrote onderneming overschrijden – en dus op zichzelf beschouwd niet kwalificeren als essentiële of belangrijke entiteit – kunnen vanwege hun partnerondernemingen en/of verbonden ondernemingen tóch kwalificeren als essentiële of belangrijke entiteit. Dit geldt niet alleen voor nieuwe kleine toetreders, maar ook voor bestaande kleine ondernemingen met grote partnerondernemingen en/of verbonden ondernemingen.

Ondernemingen die willen toetreden tot een onder de NIS2/Cyberbeveiligingswet vallende sector of onder de NIS/Cyberbeveiligingswet vallende diensten/activiteiten willen gaan verrichten, kunnen hierdoor worden ontmoedigd zich op dergelijke markten te begeven, aangezien zij in dat geval meteen zullen moeten voldoen aan de uit de NIS2/Cyberbeveiligingswet voortvloeiende verplichtingen. Naast potentiële toetreders die

afhaken, kunnen ook bestaande kleine ondernemingen op de betreffende markten met grote partnerondernemingen of verbonden ondernemingen besluiten hun activiteiten te staken.

Door het onbenut laten van de in overweging 16 van de NIS2 geboden mogelijkheid worden de toetredingsdrempels voor nieuwe toetreders dus verhoogd. Daarnaast kunnen bestaande kleine ondernemingen met grote partnerondernemingen en/of verbonden ondernemingen besluiten dat het niet meer loont om op de betreffende markt actief te zijn. Bovendien, als andere lidstaten wel gebruik maken van de in overweging 16 van de NIS2 genoemde mogelijkheid, kan dit ertoe leiden dat toetreders tot dergelijke markten of bestaande kleine ondernemingen ervoor kiezen om, in plaats van de Nederlandse markt, de markt van deze andere lidsta(a)t(en) te betreden vanwege het gunstigere vestigingsklimaat aldaar.

Gelet op het voorgaande – ter bevordering van innovatie in Nederland en het creëren van een voldoende gunstig vestigings- en ondernemingsklimaat voor toetreders tot en bestaande kleine ondernemingen op de onder de NIS2 vallende markten – zou Nederland gebruik moeten maken van de in overweging 16 van de NIS2 geboden mogelijkheid. Dat kan (bijvoorbeeld) op de wijze zoals beschreven in die overweging, namelijk door in de Cyberbeveiligingswet op te nemen dat een entiteit, in geval van onafhankelijkheid ten opzichte van haar partnerondernemingen en verbonden ondernemingen wat de netwerk- en informatiesystemen betreft en wat de diensten betreft die de entiteit verleent, niet wordt aangemerkt als een middelgrote onderneming indien de entiteit niet kwalificeert als middelgrote onderneming ingeval alleen rekening zou worden gehouden met haar eigen gegevens.