

Regels tot invoering van een toets betreffende activiteiten die een risico kunnen vormen voor de nationale veiligheid gezien het effect hiervan op ondernemingen die van wezenlijk belang zijn voor vitale processen of actief zijn op het gebied van sensitieve technologie (Wet toetsing economie en nationale veiligheid)

MEMORIE VAN TOELICHTING

(08-09-2020)

ALGEMEEN

1 Inleiding

Het doel van dit wetsvoorstel is het vastleggen van regels om risico's voor de nationale veiligheid als gevolg van bepaalde economische activiteiten zoals investeringen en fusies te beheersen. Dit soort economische activiteiten met betrekking op vitale infrastructuur of ondernemingen die sensitieve technologie ontwikkelen die raakt aan nationale veiligheid, kunnen leiden tot risico's voor de nationale veiligheid. Het gaat met name om risico's van aantasting van de continuïteit van dienstverlening van vitale diensten en processen, de aantasting van de integriteit en exclusiviteit van kennis en informatie, of van het ontstaan van strategische afhankelijkheden.

In Europees verband is eerder al erkend dat het open investeringsklimaat van Europa veel voordelen heeft maar dat er ook specifiek risico's aan kleven. Op 19 maart 2019 is dan ook een verordening tot stand gekomen waarin een kader voor screening van buitenlandse directe investeringen is vastgelegd.¹ Aan deze FDI-screeningsverordening wordt uitvoering gegeven door het wetsvoorstel *Uitvoeringswet screeningsverordening buitenlandse directe investeringen* (hierna: *Uitvoeringswet*)².

In Nederland bestaat tot nu toe een bescheiden aantal sectorspecifieke toetsen die zijn ingebed in sectorale kaders, te weten de Elektriciteitswet 1998, Gaswet, de Telecommunicatiewet (Wet ongewenste zeggenschap telecommunicatie) en de Wet op het financieel toezicht.

Met dit wetsvoorstel geeft Nederland vervolg aan de bescherming van de nationale veiligheid door een toets in te voeren op activiteiten die leiden tot wijzigingen in de zeggenschap of invloed op ondernemingen die in vitale processen werkzaam zijn of beschikken over sensitieve technologie.

Met dit wetsvoorstel worden twee zaken beoogd. In de eerste plaats ontstaat in samenhang met de reeds bestaande sectorale investeringstoetsen, een stelsel van toetsing van wijzigingen van zeggenschap en invloed. In de tweede plaats wordt een brede toets beoogd die dient als een vangnet voor wijzigingen van zeggenschap en invloed die niet goed door middel van sectorspecifieke wetgeving kunnen worden afgedekt. Dit vangnet geldt ook voor sectoren waarvan wordt geconstateerd dat een toets nodig is, maar waarbij sectorale wetgeving (nog) niet op korte termijn inzetbaar is.

Om de proportionaliteit en effectiviteit van dit instrument te waarborgen is er bij het opstellen van dit wetsvoorstel uitgegaan van een aantal uitgangspunten. Ten eerste is het beheersen van risico's voor de nationale veiligheid het enige aangrijpingspunt voor het toepassen van deze wet. Ten tweede moeten bij toepassing van de wet de gevolgen voor het investeringsklimaat zo beperkt mogelijk blijven. Dat betekent dat er altijd gezocht wordt naar de minst ingrijpende maatregel(en) om een risico beheersbaar te maken. Ten derde moet de wet transparant zijn zodat voor ondernemingen duidelijk is voor welke activiteiten er een meldplicht geldt, wat de beoordelingscriteria zijn en welke mogelijke maatregelen opgelegd kunnen worden.

Investeringsactiviteiten zijn niet de enige economische activiteiten die kunnen leiden tot verandering van zeggenschap en invloed. Activiteiten die binnen de reikwijdte van dit wetsvoorstel vallen worden beschreven in artikel 2 van het wetsvoorstel. Het betreft investeringen, overnames fusies, het oprichten van een gemeenschappelijke onderneming (joint venture), het verwerven van (delen van) vermogensbestanddelen (assets, waarmee feitelijke zeggenschap wordt verworven over, of significante invloed wordt verkregen op sensitieve technologie) en andere rechtshandelingen die tot

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

² Kamerstukken II 2019/2020, 35505, nr. 2

gevolg hebben dat één of meer (rechts)personen zeggenschap of significante invloed verwerven in een doelonderneming. Een doelonderneming is een in Nederland gevestigde onderneming die ofwel betrokken is bij een activiteit die van wezenlijk belang is voor de continuïteit en weerbaarheid van vitale processen of actief is op het gebied van sensitieve technologie. Ook ondernemingen die zeggenschap hebben over, of significante invloed hebben op deze ondernemingen vallen binnen deze definitie, net als bepaalde toeleveranciers van bedrijven die actief zijn binnen de vitale processen. Zie voor een verdere toelichting van deze en andere definities artikel 1 van de artikelsgewijze toelichting.

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

2 Hoofdlijnen van het voorstel

2.1 Aanleiding

Een open samenleving met een open economie vormt de grondslag voor de inrichting van de maatschappij en de basis voor de welvaart. De Nederlandse samenleving staat in het teken van vrijheden, democratie, rechtsstaat en een internationale oriëntatie. Door deze openheid profiteren Nederland en Nederlanders van de kansen en mogelijkheden die bijvoorbeeld digitalisering en globalisering bieden. Een open economie en vrijhandel liggen sinds jaar en dag aan de basis van het Nederlandse verdienvermogen. Zij vormen een groot goed dat moet worden beschermd. De Nederlandse economie is gebaat bij een sterk mondiaal handels- en investeringsstelsel dat vrije handel faciliteert. Een groot deel van onze welvaart hebben we te danken aan ons gunstige vestigingsklimaat, grensoverschrijdende kapitaalstromen en vrije handel, vooral binnen de Europese interne markt. Buitenlandse investeringen brengen niet alleen geld met zich mee, maar ook kennis en talent. Daarbij zorgen ze ook voor het uitwisselen van technologieën en ideeën. Handel en concurrentie met buitenlandse ondernemingen creëren prikkels om te innoveren. Het kabinet signaleert een aantal ontwikkelingen in de wereld die gevolgen hebben voor de open Nederlandse samenleving en open economie. Dankzij globalisering en digitalisering zijn geopolitiek, economie en veiligheid steeds meer met elkaar verweven geraakt. Nieuwe (digitale) technologieën zijn belangrijker of zelfs onmisbaar geworden voor het functioneren van onze maatschappij. Daarnaast vindt een heropleving van machtspolitieke concurrentie tussen staten plaats. Staten proberen daarbij op steeds assertievere wijze hun eigen belangen te behartigen, en schromen niet daarbij misbruik te maken van de openheid die onze samenleving en economie kenmerkt. Zij hanteren daarbij andere regels, normen en waarden dan die waarop de Nederlandse en de internationale (westerse) gemeenschap is gestoeld. Ter bescherming van laatstbedoelde waarden strekt ook de FDI-screeningsverordening.

Zoals in de jaarverslagen van de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD) en de Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (MIVD) is te lezen, proberen staten inzicht te krijgen in besluitvormingsprocessen van de Nederlandse overheid en proberen zij deze te beïnvloeden (inclusief de publieke opinie), digitale sabotage van vitale infrastructuur mogelijk te maken, bedrijfsgeheimen te stelen of hun (ex-)landgenoten te intimideren en te beïnvloeden. Naast spionage, vindt in toenemende mate (heimelijke) beïnvloeding plaats waarbij ook economische middelen worden ingezet om politieke agenda's te realiseren. Strategische overnames zijn daar een belangrijk voorbeeld van. Dit past in een breder wereldwijd beeld dat niet alleen Nederland raakt maar ook onze bondgenoten in Europees verband.³ Daarnaast is het wenselijk dat vanuit het oogpunt van de bescherming van nationale veiligheid, Nederland over een stabiele basis van kennis, technologie en industriële capaciteiten beschikt. Deze basis staat beschreven in de Defensie Industrie Strategie⁴ (2018). Bij ongewenste activiteiten van ondernemingen kan de basis aangetast worden, waardoor Nederland niet langer in staat is met bepaalde mate van autonomie taken ter bescherming van de nationale veiligheid uit te voeren. Daarbij heeft het wetsvoorstel sinds de COVID-19-uitbraak in het voorjaar van 2020 en de oplopende geopolitieke spanningen aan relevantie gewonnen. Ondernemingen die hierdoor in de financiële problemen zijn gekomen, kunnen kwetsbaar worden voor ongewenste investeringen en overnames.

³ Jaarverslagen AIVD, MIVD, CSBN, GBVS, Defensienota, Nationaal veiligheidsprofiel 2016, Horizonscan NV 2018, Strategische monitor 2018-2019.

⁴ Defensie Industrie Strategie

Het wetsvoorstel ziet echter niet alleen op activiteiten vanuit het buitenland, maar ook vanuit Nederland. Hiermee is het wetsvoorstel niet alleen strikt landenneutraal, maar voorkomt het ook op een effectieve manier omzeilingsconstructies. Daarbij kunnen ondernemingen met sensitieve technologie of ondernemingen die actief zijn binnen de vitale processen zo ook effectief beschermd worden tegen verwerfers met een (relevant) crimineel verleden, of in het geval van ondernemingen binnen de vitale processen, financieel instabiele verwerfers. Niet alleen activiteiten van buitenlandse verwerfers kunnen immers een gevaar opleveren voor de nationale veiligheid. De openheid van onze samenleving en economie vraagt een zorgvuldige balans van het benutten van kansen enerzijds, en het beschermen van nationale veiligheidsbelangen⁵ anderzijds. Risico's ten aanzien van onze nationale veiligheid moeten zo goed en proportioneel mogelijk worden beheerst, waarbij steeds een weging plaatsvindt tussen het nemen van maatregelen om deze risico's te beheersen en de mogelijke gevolgen van deze maatregelen voor onze open samenleving en vrije markteconomie.

In het voorjaar van 2019 heeft het kabinet aangekondigd een wetsvoorstel in te willen dienen tot het invoeren van een stelsel van investeringstoetsing op risico's voor de nationale veiligheid. Dit wetsvoorstel is aangekondigd in de brief *Tegengaan Statelijke Dreigingen*⁶, uitgewerkt in de brief *Wet Economie en veiligheid op risico's voor de nationale veiligheid*⁷ en verder toegelicht in de brief *Aankondiging peildatum wetsvoorstel wet Economie en veiligheid op risico's voor de nationale veiligheid*⁸. Daarmee wil het kabinet grip krijgen op activiteiten die een mogelijk risico voor de nationale veiligheid vormen. De in het wetsvoorstel opgenomen toets heeft als doel dergelijke risico's als gevolg van wijzigingen van zeggenschap of de verkrijging van invloed op ondernemingen te mitigeren.

Bepaalde processen in Nederland zijn zo essentieel voor het functioneren van de economie en samenleving, dat verstoring kan leiden tot veiligheidsrisico's. Deze processen vormen samen de vitale infrastructuur. Deze bestaat voor een deel uit publieke organisaties, maar ook uit tal van private ondernemingen. Ook zijn er ondernemingen die sensitieve technologie⁹ ontwikkelen die, indien deze in verkeerde handen valt, risico's kan opleveren voor de nationale veiligheid. In beide categorieën kunnen bij overnames risico's ontstaan voor de nationale veiligheid. Het gaat hierbij vooral (maar niet uitsluitend) om de volgende drie risico's: het ontstaan van strategische afhankelijkheden, aantasting van de continuïteit van vitale diensten en processen of aantasting van de integriteit en exclusiviteit van kennis en informatie.

Een kwaadwillende actor kan bijvoorbeeld zeggenschap verwerven in een bedrijf dat onderdeel uitmaakt van een Nederlands vitaal proces, om dit bedrijf – op een moment dat dit vanuit een strategische agenda wenselijk is – onder druk te zetten om het proces te verstoren. Denk bijvoorbeeld aan het risico van de verstoring van een bedrijf dat actief is met nucleaire technologie. Een dergelijke verstoring heeft niet alleen ernstige gevolgen voor het functioneren van de samenleving en de openbare orde. Ook kan de acquisitie door een statelijke actor Nederland over een langere termijn strategisch afhankelijk maken, door het vitale proces inzet te maken van politieke druk. In de laatste plaats is het mogelijk dat een bedrijf onder druk wordt gezet om voor de nationale veiligheid gevoelige informatie vrij te geven, bijvoorbeeld staatsgeheimen, sensitieve technologie of informatie over het functioneren van vitale processen.

Ook bij het verwerven van zeggenschap of invloed bij ondernemingen actief met sensitieve technologie kunnen risico's optreden. Strategische afhankelijkheden kunnen ontstaan en het risico bestaat dat sensitieve technologie, kennis en informatie worden gecompromitteerd. Indien een Nederlands bedrijf bijvoorbeeld beschikt over hoogwaardige technologische kennis voor militaire toepassingen en via een acquisitie in handen komt van een ongewenste actor, bestaat de kans dat de technologie wordt ingezet tegen de veiligheidsbelangen van Nederland zelf. Net zo goed als via de wettelijke kaders voor exportcontrole de uitvoer en overbrenging van strategische goederen¹⁰ gereguleerd wordt om te voorkomen dat sensitieve technologie in handen komt van verkeerde

⁵ Hierbij wordt vooral bedoeld op de 6 veiligheidsbelangen zoals onderscheiden in de Nationale veiligheidsstrategie 2019 (NVS 2019).

⁶ Kamerbrief Tegengaan Statelijke Dreigingen. Kamerstuk 30821, nr.72

⁷ Kamerbrief Investeringsstoets op risico's voor de nationale veiligheid. Kamerstuk 30821, nr. 97

⁸ Kamerstuk 30 821 nr. 101

⁹ Technologie die raakt aan de nationale veiligheid, bijvoorbeeld omdat het een civiele en militaire toepassing heeft.

¹⁰ Strategische goederen betreffen militaire goederen of goederen met tweërlei c.q. dual-use gebruik.

actoren, is het onwenselijk dat diezelfde ongewenste partij zonder problemen een bedrijf in Nederland kan opkopen dat deze sensitieve technologie produceert.

2.2 Inhoud van het wetsvoorstel

In het wetsvoorstel is een toetsingsregime opgenomen dat zorgt voor een meldplicht en risicoanalyse bij activiteiten in doelondernemingen die binnen de reikwijdte van het wetsvoorstel vallen. Na melding van een activiteit wordt aan de hand van in het wetsvoorstel opgenomen beoordelingscriteria een toetsingsbesluit genomen. In dat toetsingsbesluit kunnen verschillende maatregelen getroffen worden om geconstateerde risico's voor de nationale veiligheid te beheersen. Als de meldingsverplichting niet of niet tijdig wordt nagekomen wordt en de activiteit wordt toch uitgevoerd, worden verwervers geschorst in hun rechten om de gevolgen van de schending van de meldplicht zo veel mogelijk te kunnen corrigeren. Ook kan de minister – in het geval dat blijkt dat er onjuiste of onvolledige informatie is aangeleverd bij de melding – meldingsplichtigen gelasten een nieuwe melding te doen, waardoor de minister een nieuw toetsingsbesluit kan nemen. Verder worden er in het wetsvoorstel gevolgen verbonden aan het niet nakomen van een toetsingsbesluit. Ook is het mogelijk om, indien door veranderde omstandigheden er een zwaarwegend risico voor de nationale veiligheid is ontstaan, een eerder getoetste casus te heropenen. Al deze aspecten van het wetsvoorstel komen hieronder in de inhoudelijke uiteenzetting van het wetsvoorstel aan de orde.

2.2.1 Reikwijdte

Vitale processen

Het uitgangspunt is dat aanbieders van de vitale infrastructuur en bepaalde toeleveranciers van vitale processen binnen de reikwijdte van een stelsel van toetsing zullen vallen. De waarborging van de continuïteit en weerbaarheid van de vitale processen is immers van wezenlijk belang voor de nationale veiligheid. Wijzigingen van zeggenschap in, of verandering van significante invloed op, ondernemingen die actief zijn binnen de vitale processen of bepaalde toeleveranciers van ondernemingen binnen de vitale processen kunnen risico's voor de nationale veiligheid met zich meebrengen. Bijvoorbeeld, door de invloed van een verwerfer kan de bedrijfsvoering van een onderneming binnen het vitale proces in gevaar komen, of kan cruciale kennis over het vitale proces in ongewenste handen terechtkomen. Omdat dit kan leiden tot risico's van aantasting van de continuïteit van dienstverlening van vitale diensten en processen, worden bij algemene maatregel van bestuur vitale processen aangewezen en binnen de reikwijdte van het wetsvoorstel gebracht.

Het verdient de voorkeur om voor bepaalde vitale processen specifieke sectorale wetgeving te ontwikkelen omdat het waarborgen van sommige risico's binnen vitale processen maatwerk vereist. Dit is momenteel al gedaan voor de sectorale investeringstoetsen op elektriciteit, gas, en telecom. In dit wetsvoorstel wordt ook de verhouding tot deze en andere sectorale investeringstoetsen geregeld, zodat duidelijk is in welke gevallen dit wetsvoorstel van toepassing is of juist een sectorale investeringstoets (artikel 2.2b). Op die manier ontstaat een stelsel van investeringstoetsing waarin dit wetsvoorstel een vangnet creëert voor activiteiten die niet goed door middel van sectorspecifieke wetgeving kunnen worden afgedekt of waarvan is geconstateerd dat er weliswaar een sectorspecifieke toets nodig is, maar deze (nog) niet op korte termijn inzetbaar is (bijvoorbeeld omdat deze nog in ontwikkeling is). Indien nodig worden nieuwe sectorale investeringstoetsen geïntroduceerd. Zo wordt momenteel onderzocht of (delen van) de financiële sector binnen het stelsel van investeringstoetsing gebracht moeten worden. Op basis van een vitaliteitsbeoordeling door het betrokken vakdepartement in samenwerking met het Ministerie van Justitie en Veiligheid (in het bijzonder de Nationaal Coördinator Terrorismedbestrijding en Veiligheid) kan een proces vitaal worden verklaard. Het wetsvoorstel bevat de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur bepaalde vitale processen onder reikwijdte van het wetsvoorstel te brengen voor zover dat noodzakelijk is vanuit het belang van de nationale veiligheid (artikel 3, eerste lid).

Voordat een vitaal proces wordt opgenomen binnen de reikwijdte van het wetsvoorstel vindt een verdere analyse plaats in samenspraak met het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, het vakdepartement en het Ministerie van Justitie en Veiligheid. Daarbij wordt vastgesteld of en zo ja welke invloed activiteiten hebben op het specifieke gepercipieerde risico, voor het specifieke proces

en de aanbieder(s) daarvan. Alleen indien een risico voor de nationale veiligheid zich kan voordoen indien activiteiten worden uitgevoerd in relatie tot ondernemingen die van wezenlijk belang zijn voor een bepaald vitaal proces, wordt het vitale proces opgenomen in de algemene maatregel van bestuur en binnen de reikwijdte van de wet gebracht.

Sensitieve technologie

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

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

Juist hoogtechnologisch onderzoek (R&D) is bijzonder kapitaalintensief. Dit gegeven maakt dat het toepassen van beperkingen op activiteiten zorgvuldig, proportioneel en gebalanceerd dient te gebeuren. Een nauwkeurige afbakening welke technologieën zo sensitief zijn dat ze binnen de reikwijdte van het wetsvoorstel dienen te vallen, is daarom een noodzakelijke voorwaarde om de proportionaliteit van het instrument te waarborgen. Steeds zal zorgvuldig worden afgewogen of het gebruik van een specifieke technologie gevolgen kan hebben voor de nationale veiligheid en of een wijziging in zeggenschap of significante invloed bij ondernemingen die over deze sensitieve technologieën beschikken, een risico kan vormen voor de nationale veiligheid.

De categorie sensitieve technologie omvat in elk geval strategische goederen (dual use en militair) waarvan de uitvoer onderworpen is aan exportcontrole (artikel 3, tweede lid).

Voor deze goederen is reeds in internationale kaders vastgesteld dat deze raken aan de nationale veiligheid. Dit betreffen de multilaterale kaders voor strategische goederen, die zijn geconsolideerd in Verordening (EG) nr. 428/2009 van de Raad van 5 mei 2009 tot instelling van een communautaire regeling voor controle op de uitvoer, de overbrenging, de tussenhandel en de doorvoer van producten voor tweëerlei gebruik. Ondernemingen die werken met deze technologieën vallen daarmee in beginsel onder de reikwijdte van de toets.

Hiernaast kunnen bij algemene maatregel van bestuur technologieën van de reikwijdte uitgezonderd worden of juist hieraan toegevoegd worden. Dit is nodig omdat technologie zich snel ontwikkelt en ook het dreigingsbeeld aan verandering onderhevig is. Voor sensitieve technologie geldt – net als voor vitale processen – dat inhoudelijke herijking moet kunnen leiden tot een snelle actualisatie van de reikwijdte van het wetsvoorstel. Ook wil het kabinet ruimte houden om (los van internationale overeenstemming) eigenstandig een afweging te maken welke technologieën kwalificeren als sensitief. In dit wetsvoorstel is daarom de mogelijkheid gecreëerd om bij algemene maatregel van bestuur wijzigingen aan te brengen in de sensitieve technologieën die onder de reikwijdte vallen. Dit betekent dat er technologieën die niet onder de internationale kaders van exportcontrole vallen, toegevoegd kunnen worden aan de reikwijdte van de toets (indien hier vanuit het oogpunt van de nationale veiligheid aanleiding toe is), en dat technologieën die wel onder internationale kaders vallen daar juist van kunnen worden uitgezonderd (indien bij deze technologieën geen specifieke risico's voor de nationale veiligheid bestaan bij wijziging van zeggenschap of invloed). Door deze algemene maatregel van bestuur zal het voor ondernemingen altijd vooraf kenbaar zijn of zij vallen onder de meldplicht van het toetsingsstelsel (zie paragraaf 2.2.2). Dit is essentieel voor het functioneren van het toetsingsstelsel uit het oogpunt van de proportionaliteit van het instrument, en daarmee voor het behoud van het open investeringsklimaat.

De vraag welke categorieën sensitieve technologieën binnen de reikwijdte van het wetsvoorstel vallen zal worden gezien in samenhang met de in voorbereiding zijnde sectorspecifieke investeringstoets voor de defensie-industrie. Deze wet ziet op essentiële bedrijven in de

toeleveringsketen van het vitale proces 'Inzet Defensie'. Dit is aangekondigd in een Kamerbrief van 14 januari 2020.¹¹

Zeggenschap en invloed

Ondernemingen die door hun aard binnen de reikwijdte van het wetvoorstel vallen omdat ze van wezenlijk belang zijn voor vitale processen, of omdat ze sensitieve technologie produceren of hierover beschikken, worden in het wetsvoorstel doelondernemingen genoemd. Niet alleen financiële, maar ook niet-financiële wijzigingen van zeggenschap in, of wijzigingen van invloed op, een doelonderneming kunnen risico's voor de nationale veiligheid met zich meebrengen. Het gaat immers niet om financiële transacties zelf (zoals investeringen of overnames), maar om het resultaat dat een wijziging van zeggenschap of invloed tot gevolg heeft: de koper (hierna: 'verwerver') krijgt zeggenschap op, of invloed in de doelonderneming, ongeacht de rechtsvorm van die onderneming.

In het wetsvoorstel is daarom niet een investering of andere financiële transactie aangemerkt als activatiedrempel voor de meldingsplicht, maar een wijziging van zeggenschap in, en in specifieke gevallen het ontstaan van invloed op, de doelonderneming.

Voor het begrip zeggenschap is aangesloten bij het in het mededingingsrecht gehanteerde begrip.¹² Allereerst biedt dit het bedrijfsleven zo veel mogelijk duidelijk omdat het hier een gangbaar begrip betreft. Daarnaast is het voordeel van deze benadering dat elke juridische of feitelijke constructie die wordt opgezet en die beslissende invloed oplevert, de toepassing van een investeringstoets activeert. Het gaat dus om een materiële definitie gebaseerd op de omstandigheden van het geval. Met deze definitie wordt niet enkel gekeken naar de omvang van financiële transactie en het te verwerven aandelenbelang, maar naar de juridische en feitelijke verwerving van invloed in de activiteiten van de onderneming. Dit heeft tot gevolg dat bijvoorbeeld investeringen, overnames, fusies, het materieel aangaan van een gemeenschappelijke onderneming (joint-venture) en het verwerven van vermogensbestanddelen onder de reikwijdte vallen die leiden tot een wijziging in de zeggenschap. Ook bepaalde niet-financiële transacties vallen hiermee onder het wetsvoorstel. Denk hierbij aan (rechts)handelingen zoals het sluiten van een overeenkomst (zoals een stemovereenkomst tussen aandeelhouders) of het aanvaarden van een erfenis waarin bijvoorbeeld een omvangrijke aandelenportefeuille zit.

Tegelijkertijd wordt in het wetsvoorstel de mogelijkheid open gehouden om de toetsingsdrempel niet (alleen) via het mededingingsrechtelijk criterium te definiëren, maar ook om in specifieke gevallen bij algemene maatregel van bestuur specifieke categorieën van ondernemingen aan te kunnen wijzen die al bij een bepaald (lager) percentage van de stemmen in de algemene vergadering van een onderneming binnen het toetsingsbereik vallen. In deze gevallen is er sprake van significante invloed. Het gaat hierbij om de invloed die met de verkrijging of vergroting van deze significante invloed op de bedrijfsvoering van de onderneming of de sensitieve technologie waarover de onderneming beschikt verkregen kan worden. Dit is bijvoorbeeld bij bepaalde sensitieve technologieën te overwegen waarbij er al in een veel eerder stadium dan bij zeggenschap risico's voor de nationale veiligheid kunnen ontstaan. Denk hierbij aan een bepaalde sensitieve technologieën die zo kwetsbaar of gevaarlijk zijn, dat zelfs het uitoefenen van een bepaalde mate van invloed in de vergadering van aandeelhouders onwenselijk is. Hiermee kunnen ook deze vormen van activiteiten binnen het toepassingsbereik van het wetsvoorstel vallen: een meerderheidsaandelenbelang, een minderheidsaandelenbelang, bijzondere aandelen, preferente aandelen, hybride of in aandelen converteerbare leningen en "venture debt". Door bij algemene maatregel van bestuur specifieke categorieën bij een lager percentage van de stemmen binnen het toetsingsbereik te brengen, wordt vooral het risico op de aantasting van de integriteit en exclusiviteit van kennis en informatie beheersbaar gemaakt.

2.2.2 Meldplicht, Beoordelingscriteria en toetsingsbesluit

2.2.2.1 Meldplicht

¹¹ Kamerstukken II 2019/20, 31 125, nr. 108

¹² Artikel 26 van de Mededingingswet, en relevante jurisprudentie.

Ieder voornemen een activiteit uit te voeren die leidt tot zeggenschap of significante invloed in een onderneming die in de reikwijdte van het wetsvoorstel valt, wordt door een van de meldingsplichtigen (verwerver of doelonderneming) gemeld aan de Minister van Economische Zaken en Klimaat. De meldplicht geldt zowel voor de doelonderneming als voor de verwerver omdat zij beiden betrokken partijen zijn bij de voorgenomen activiteit en beiden over relevante informatie beschikken voor de toetsing van de te melden activiteit. In het algemeen wordt er vanuit gegaan dat de doelonderneming en de verwerver de melding van de activiteit gezamenlijk of in onderling overleg doen. De verwerver wordt uitgezonderd van de meldingsplicht in het geval de verwerver niet kan weten dat er voor de voorgenomen activiteit een meldplicht geldt vanwege een geheimhoudingsplicht van de doelonderneming. Door deze meldplicht krijgen de betrokken ministers zicht op wijzigingen van zeggenschap en invloed in die ondernemingen die binnen de reikwijdte van de wet vallen. De minister stelt een middel – bijvoorbeeld een meldingsformulier op de website – ter beschikking waarin staat welke informatie een melding ten minste moet bevatten en welke voorschriften aan een melding en de gevraagde informatie verbonden zijn. Dit wordt bij of krachtens algemene maatregel van bestuur vastgesteld. In paragraaf 2.2.6 hieronder wordt ingegaan op de gevolgen van niet-nakoming van de meldingsverplichting.

2.2.2.2 Beoordelingscriteria

De betrokken ministers zullen bij de toetsing van de geplande activiteit beoordelingscriteria toepassen die erop gericht zijn om te beoordelen of de activiteit leidt tot verwezenlijking van een of meer risico's voor de nationale veiligheid. De beoordelingscriteria kunnen elk afzonderlijk, of in samenhang met elkaar bezien, dienen als grond voor het nemen van een beslissing. Ongeacht de vraag of de onderneming actief is in een vitaal proces of met sensitieve technologie, is het van belang om inzicht te krijgen in een aantal basisaspecten bij de verwerver. Het gaat dan met name om de eigendomsstructuur, transparantie, beperkingen krachtens (internationaal) recht, en de veiligheidssituatie in het land van vestiging van de verwerver. De meldingsplichtige zal hierover in de eerste plaats zelf informatie moeten verschaffen. Transparantie van deze verwerver, waaronder inzicht in zijn eigendomsstructuur, is hierbij van groot belang om relevante (statelijke of niet-statelijke) actoren die mogelijk ongewenste invloed kunnen uitoefenen, boven tafel te kunnen krijgen. Het niet verstrekken van relevante informatie kan duiden op oneigenlijke motieven en zal als criterium worden meegewogen. Daarnaast is van belang te weten of er krachtens (internationaal) recht beperkingen, zoals sancties, zijn uitgevaardigd tegen de verwerver. Deze indicator voor onoorbaar handelen in het verleden moet meegewogen worden in het kader van het risico dat zich een herhaling van feiten voordoet, of dat het verleden een te grote last is om geloofwaardig te zijn als houder van zeggenschap of invloed in de doelonderneming. De veiligheidssituatie in het vestigingsland van de verwerver is relevant om mee te wegen, aangezien deze invloed kan hebben op de stabiliteit en zeggenschap van de verwerver – bijvoorbeeld door mogelijke beïnvloeding die voortkomt uit de veiligheidssituatie. Voor het verwerven van zeggenschap in ondernemingen die actief zijn in vitale processen geldt een aantal specifieke criteria. Zo is het van belang te weten wat de staat van dienst van verwerver is in het nakomen van wet- en regelgeving, zeker als die betrekking heeft op de uitvoering van een (soortgelijk) vitaal proces. Indien een slechte staat van dienst op dit vlak wordt voortgezet tijdens de zeggenschap over een doelonderneming in Nederland, kan de nationale veiligheid in gevaar komen door bijvoorbeeld verwaarlozing of andere vormen van laakbaar handelen. De financiële positie en solvabiliteit van de verwerver kan ook worden getoetst, omdat deze inzicht geeft in de capaciteit van verwerver om de doelonderneming te voorzien van voldoende investeringen voor de continuïteit, zoals voor onderhoud en beveiliging. Niet alleen aan verwerver zelf worden eisen gesteld, maar ook aan de staat waarvan deze ingezetene is of waar deze banden mee heeft. Zo wordt getoetst of deze staat in internationaal verband afspraken nakomt en lid is van relevante verdragen die betrekking hebben op het betreffende vitale proces. Rekening wordt ook gehouden met de vraag of de desbetreffende staat een of meer offensieve programma's heeft, gericht op het verstoren of aantasten van de integriteit van een vitaal proces, of gericht op het wegsluizen van kennis en informatie. Voor ondernemingen met sensitieve technologie geldt eveneens een aantal specifieke beoordelingscriteria. Deze zijn vooral gericht op het beschermen van sensitieve kennis en technologie tegen ongeoorloofd wegsluizen en de gevolgen daarvan voor de nationale veiligheid. In de eerste plaats wordt er gekeken naar de staat van dienst van de verwerver, hoe deze omgaat

met beveiliging, de verhandeling of het gebruik van technologie en de naleving van de toepasselijke wettelijke voorschriften inzake beveiliging, rubricering of exportcontrole. Overtredingen van wet- en regelgeving op gebied van beveiliging, beperkingen op handel (sancties) of exportcontrole vormen hiervoor een sterke indicatie, maar ook signalering in politie- en justitiële systemen op relevante overtredingen kan worden meegewogen. Het gebruik van gegevens van politie en het OM wordt momenteel nog verder onderzocht.

Als er sprake is, of lijkt te zijn van een niet-marktgedreven activiteit, is het van belang om zicht te krijgen op de motivatie van de verwerver. Een toetsingscriterium is daarom het verkrijgen van zeggenschap over de technologie met het doel deze voor andere dan bedrijfseconomische motieven te exploiteren. Bijvoorbeeld indien de verwerver deze inzet of ter beschikking stelt aan een statelijke of niet-statale actor die deze technologie inzet tegen de veiligheidsbelangen van Nederland of haar bondgenoten. Niet alleen statelijke dreiging maar ook een crimineel of terroristisch motief moet op deze manier worden uitgesloten.

Vervolgens is ook voor de categorie sensitieve technologie een set beoordelingscriteria gericht op beleid en wetgeving van de staat waar de verwerver gevestigd is of waarmee deze nauwe banden heeft. Meegewogen wordt of deze staat zelf gebonden is aan relevante verdragen of besluiten inzake beveiliging, rubricering en exportcontrole van strategische goederen en dit beleid ook daadwerkelijk uitvoert. Ook wordt gekeken of deze staat een heldere scheiding tussen civiel-militaire onderzoeks- en ontwikkelprogramma's kent. Als laatste geldt als criterium dat er gronden zijn te vermoeden dat de staat een offensief programma kent dat is gericht op het verwerven van sensitieve technologie – al dan niet om een technologische of strategische machtspositie te verwerven.

2.2.2.3 Toetsingsbesluit

Op basis van de beoordelingscriteria wordt er een risicoanalyse van de gemelde activiteit gemaakt en een toetsingsbesluit genomen. De Minister van Economische Zaken en Klimaat neemt dit toetsingsbesluit, in overeenstemming met de Minister van Justitie en Veiligheid, en voor zover van toepassing ook in overeenstemming met de desbetreffende vakminister. Er zijn drie soorten toetsingsbesluiten. Ten eerste kan een activiteit zonder meer toegelaten worden als blijkt dat er geen risico's voor de nationale veiligheid aan de activiteit verbonden zijn. Ten tweede, als er naar het oordeel van de betrokken ministers risico's voor de nationale veiligheid verbonden zijn aan het toelaten van een activiteit, dan kunnen er eisen en/of voorschriften worden verbonden aan het uitvoeren van de activiteit. Met andere woorden, een activiteit is dan toegelaten, mits er aan de opgelegde eisen en/of voorschriften wordt voldaan. Ten derde kan een activiteit in het uiterste geval verboden worden. Dit is een *last resort* die alleen toegepast wordt als na beoordeling door de betrokken ministers blijkt dat een activiteit risico's met zich meebrengt die niet beheerst kunnen worden door het opleggen van eisen en voorschriften.

Ieder toetsingsbesluit zal worden gemotiveerd. Indien uit de beoordeling van de betrokken ministers is gebleken dat er sprake is van een risico voor de nationale veiligheid, dan wordt dit in het toetsingsbesluit vermeld en wordt er ook uiteengezet waarom de opgelegde maatregel(en) – dat wil zeggen de opgelegde eisen en/of voorschriften of het verbod – proportioneel en effectief zijn om de geconstateerde risico's te beheersen. Dit toetsingsbesluit is vatbaar voor bezwaar en beroep en kan bij de Nederlandse bestuursrechter worden aangevochten.

2.2.3 Verbod, eisen en voorschriften

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

Ten eerste kan de minister opleggen dat aanvullende veiligheidsvoorschriften in acht worden genomen met betrekking tot de omgang met gevoelige informatie (artikel 8, eerste lid, onder a). Deze voorschriften moeten leiden tot een helder intern veiligheidsregime in het bedrijf dat de gevoelige informatie waarover het bedrijf beschikt, beschermt tegen oneigenlijke toegang.

De minister kan ook eisen dat er binnen de doelonderneming een veiligheidscommissie en/of beveiligingsfunctionaris wordt benoemd (artikel 8, eerste lid, onder b). Deze is bevoegd om de toegang tot, of overdracht van, informatie te beperken of zelfs geheel te verbieden. De veiligheidscommissie of beveiligingsfunctionaris rapporteert inbreuken op restricties aan de minister. Door deze maatregel is gewaarborgd dat gevoelige informatie of know how onder permanent operationeel toezicht staat.

Ook kan in bijzondere gevallen technologie of gevoelige informatie onder bewaring worden gesteld door de minister (artikel 8, eerste lid, onder c), waardoor deze niet ter beschikking kan komen aan de verwerver.

De minister kan de onderneming verplichten hem te informeren als er ondernemingsactiviteiten worden beëindigd, gewijzigd of verplaatst (artikel 8, eerste lid, onder d). Dit kan vele aspecten van de bedrijfsvoering betreffen, waaronder productie, bedrijfsvoering en onderzoek en ontwikkeling. De minister kan na een melding op grond van deze informatieplicht overgaan tot passende maatregelen.

De minister kan een licentie afdwingen om bepaalde technologie waarop een octrooi rust, ten goede te laten komen aan de staat (artikel 8, eerste lid, onder e). Dit kan bijvoorbeeld een passende maatregel zijn wanneer er sprake is van een pandemie. Deze mogelijkheid is opgenomen in artikel 57 van de Rijksoctrooiwet, maar kan ook in geval van activiteiten die leiden tot zeggenschap of invloed bij een doelonderneming een relevante mitigerende maatregel vormen. In dit geval kan de minister aan een derde partij een dwanglicentie verlenen voor een geoctrooieerd product of technologie van de doelonderneming zodat dit product of technologie ten gunste komt van de Nederlandse markt. Hier zal alleen sprake van zijn in het geval de verwerver niet afdoende zekerheden kan bieden over de beschikbaarheid van het product voor de Nederlandse markt. Het is daarnaast mogelijk om bepaalde processen verplicht onder te laten brengen in een aparte dochtermaatschappij in Nederland (artikel 8, eerste lid, onder f). Daaraan gekoppeld kan een verplichting worden opgelegd dat een Nederlandse dochtermaatschappij een eigen raad van commissarissen heeft (artikel 8, eerste lid, onder h), maar kan ook juist worden verboden dat een dochtermaatschappij onderdeel uitmaakt van de transactie (artikel 8, eerste lid, onder i). Op deze wijzen (of met een combinatie van deze maatregelen) worden de relevante delen van een bedrijf buiten de risicovol geachte wijziging van zeggenschap gehouden. Bovendien kunnen aan een in Nederland gevestigd bestuur eisen worden gesteld ten aanzien van aspecten die relevant zijn voor de nationale veiligheid.

De minister kan ook beperkingen opleggen aan dienstverlening of verkoop van goederen na de transactie (artikel 8, eerste lid, onder g). Hiermee wordt voorkomen dat handelingen die op zichzelf niet leiden tot een verplichte melding, maar die wel risico's voor de nationale veiligheid met zich zouden kunnen meebrengen, na een goedgekeurde toetsing alsnog kunnen plaatsvinden. De minister kan een maximum aandelenbelang voor de verwerver vaststellen (artikel 8, eerste lid, onder j) en kan ook opleggen dat de aandelen van de verwerver worden gecertificeerd (artikel 8, eerste lid, onder k). Hierbij moet ook gekeken worden wat dit betekent voor de andere aandeelhouders van de onderneming. Door certificering van aandelen kan de minister een grens stellen aan de mate van invloed die verworven wordt, zodat de risico's voor de nationale veiligheid beperkt worden.

Bij de beoordeling of en zo ja welke voorschriften verbonden kunnen worden aan het toetsingsbesluit van de minister zal vanuit proportionaliteitsoogpunt en verantwoordelijkheidsverdeling rekening moeten worden gehouden met reeds geldende wet- en regelgeving of besluiten die reeds van toepassing zijn op het desbetreffende vitale proces of de desbetreffende doelonderneming (of verwerver). Nu het toetsingsbesluit van de minister ook in overeenstemming moet worden genomen met de bevoegde minister die verantwoordelijk is voor het desbetreffende vitale proces is ook geborgd dat op het niveau van het individuele besluit de relevante kennis en verantwoordelijkheid is aangesloten.

Op grond van artikel 8, derde lid, kunnen nadere regels gesteld worden over de wijze waarop moet worden voldaan aan de eisen of nadere voorschriften. Op dit moment wordt bijvoorbeeld verder onderzocht of het wenselijk is dat de onderneming in specifieke gevallen een onafhankelijk persoon aanwijst die informatie over onvolkomenheden en/of gebreken in de uitvoering van de opgelegde voorschriften en eisen vergaart en beoordeelt en hierover rapport uitbrengt aan de onderneming en de minister.

Als het stellen van eisen of het opleggen van voorschriften geen doeltreffende bescherming voor de nationale veiligheid oplevert, kan een activiteit in het uiterste geval verboden worden. Hier wordt

nogmaals benadrukt dat dit een ultimatum remedium is en dat steeds zal worden getracht om met minder ingrijpende en op de casus toegesneden maatregelen de risico's voor de nationale veiligheid te ondervangen.

2.2.4 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 toeleverancier van het vitale proces 'Inzet Defensie'. Als het nieuwe regime Nederland vijandig gezind is of wezenlijke invloed uitoefent op de eigenaar van de Nederlandse toeleverancier dan zou dit zwaarwegende gevolgen kunnen opleveren voor de continuïteit van het vitale proces 'Inzet Defensie', en daarmee voor de nationale veiligheid. Het is daarom wenselijk om deze casus te kunnen heropenen en de activiteit opnieuw aan toetsing te onderwerpen.

Om dit soort risico's als gevolg van veranderde omstandigheden beheersbaar te houden, is het daarom op grond van het wetsvoorstel mogelijk om een eerder getoetste casus te heropenen en aan een nieuwe toets te onderwerpen (artikel 10). Dit is vanuit het perspectief van de nationale veiligheid noodzakelijk omdat de wereld na een toets niet stilstaat en er in de loop der jaren bij een eerder getoetste en toegestane activiteit alsnog risico's voor de nationale veiligheid kunnen ontstaan. Tegelijkertijd heeft het heropenen van een casus en het nemen van een nieuw toetsingsbesluit behalve effecten op de onderneming zelf, ook effecten op de rechtszekerheid en daarmee de investeringszekerheid van ondernemingen in Nederland. Om de proportionaliteit van deze maatregel te bewaren zijn daarom strenge criteria en waarborgen in het wetsvoorstel vastgelegd.

Zo moet er altijd een duidelijke en directe relatie bestaan tussen de economische activiteit en het risico voor de nationale veiligheid en mogen uitsluitend zwaarwegende risico's voor de nationale veiligheid aanleiding geven voor heropening van een casus. Hier is alleen sprake van als er een potentiële maatschappelijke ontwrichting met economische, sociale of fysieke gevolgen is en/of als er sprake is van een directe toegenomen reële bedreiging van de Nederlandse soevereiniteit. In de uitvoering van het wetsvoorstel wordt er voorafgaand aan heropening van een eerder getoetste casus vanzelfsprekend geprobeerd om in gesprek te treden met de verwerver en/of doelonderneming over mogelijke (afdwingbare) voorschriften en eisen, maar hebben deze gesprekken met de verwerver en de onderneming niets opgeleverd. Ook is er in de uitvoering voorafgaand aan heropening gekeken naar andere overheidsinstrumenten, maar zijn deze niet toepasbaar, buitenproportioneel of inadequaet. Als extra waarborg bij de beoordeling of een eerder getoetste casus heropend wordt, is het een harde eis in dit wetsvoorstel dat een casus uitsluitend na een rechtelijke machtiging heropend kan worden. Hierdoor kan een casus alleen heropend worden als zowel de bestuurlijke als de rechtelijke macht beoordelen dat overheidsingrijpen gerechtvaardigd is. Deze strenge criteria en waarborgen bieden ondernemingen de zekerheid dat alleen in het geval van zwaarwegende risico's voor de nationale veiligheid tot heropening overgegaan wordt.

2.2.5 Failing firm

Artikel 21 biedt de verwerver de mogelijkheid om in afwachting van het toetsingsbesluit de onderneming liquiditeit te verschaffen in geval van dreigend faillissement. Indien de verwerver hiervan gebruik maakt, wordt hij tot het moment van het toetsingsbesluit, de ontheffingsperiode, onder voorwaarden ontheven van het verbod op het doen van een activiteit. De onderneming moet dan wel aantonen dat bij uitstel van de activiteit faillissement redelijkerwijs onontkoombaar is en dat de beoogde activiteit het faillissement redelijkerwijs kan voorkomen. Gedurende de ontheffingsperiode kan de verwerver geen niet-financiële invloed uitoefenen op de onderneming. Dat betekent bijvoorbeeld dat de verwerver nog geen strategische beslissingen kan nemen. Dat zou bij een onbetrouwbare verwerver namelijk tot beslissingen kunnen leiden die een risico vormen voor de nationale veiligheid.

Bij een investering die leidt tot een wijziging van zeggenschap of het verkrijgen van significante invloed (artikel 2, eerste lid, onderdeel a) betekent dat dat de verwerver alleen de financiële transactie, in de vorm van eigen of vreemd vermogen, kan doen die nodig is om faillissement te voorkomen. De aan die transactie verbonden niet-financiële baten, zoals het beïnvloeden van de bedrijfsvoering of strategie door middel van uitoefening van het stemrecht of anderszins, komen gedurende de ontheffingsperiode niet toe aan de verwerker. Tevens dient de verwerver er rekening mee te houden dat bij een negatief toetsingsbesluit de transactie moet worden teruggedraaid of aangepast.

Bij de andere in artikel twee, eerste lid, opgenomen activiteiten gelden dezelfde regels. Het verlenen van ontheffing is alleen mogelijk wanneer het financieel verwerven gescheiden kan worden van zeggenschap over en inzage in de doelonderneming. Hierbij kan worden gedacht aan het gebruik maken van een stichting administratiekantoor (STAK). De stichting administratiekantoor is een stichting die opgericht is om de aandelen te beheren. De STAK koppelt het stemrecht en de zeggenschap los van het winstrecht en daarmee het vruchtgebruik van de investering.

2.2.6 Niet-nakoming van de meldingsverplichting en de schorsing in rechten

Zoals hierboven in paragraaf 2.2.2.1 is beschreven dient ieder voornemen een activiteit uit te voeren die leidt tot zeggenschap of significante invloed bij een onderneming die in de reikwijdte van het stelsel valt, door een van de meldingsplichtigen gemeld te worden aan de Minister van Economische Zaken en Klimaat. De meldingsverplichting is een cruciaal onderdeel voor de borging van de nationale veiligheid in geval van wijzigingen in zeggenschap of het verwerven van significante invloed. Immers door vooraf te toetsen of een dergelijke zeggenschap of significante invloed risico's met zich meebrengt kan zowel door het verbinden van eisen of voorschriften aan een toetsingsbesluit of door een volledig verbod, worden voorkomen of de kans worden beperkt dat deze risico's zich daadwerkelijk voordoen. Juist op het gebied van de bescherming van de nationale veiligheid kunnen onomkeerbare gevolgen optreden waarbij ex post beoordeling of mitigering geen afdoende mogelijkheid bieden om de gevolgen voor de nationale veiligheid terug te draaien. Kennis die onterecht ter beschikking is gekomen van de verwerver of een reeds ontstane verstoring van het vitale proces kunnen niet meer worden teruggedraaid. Het wetsvoorstel voorziet daarom in een aantal effecten in geval deze meldingsverplichting niet of niet tijdig wordt nagekomen. Deze effecten kunnen voor de verwerver en de doelonderneming onder omstandigheden stevige gevolgen hebben, maar dat is noodzakelijk om juist de effectiviteit van de meldplicht te vergroten en de effecten van de schending hiervan zo veel mogelijk te corrigeren. Het wetsvoorstel voorziet in de eerste plaats in een directe schorsing in alle rechten die de verwerver heeft verkregen door de activiteit, 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 17, eerste lid, onderdeel a, van het wetsvoorstel). Door alle vormen van zeggenschap, informatierechten, invloed, et cetera, van rechtswege op te schorten bij schending van de meldplicht wordt geregeld dat deze invloed niet uitgeoefend mag worden en ook geen effect mag hebben. Om deze schorsing ook zelf weer effectief te laten zijn is de doelonderneming verplicht naar beste vermogen gevolg te geven aan de schorsing (zie artikel 18, eerste lid, wetsvoorstel). Dit kan bijvoorbeeld inhouden dat de doelonderneming de deelname van de verwerver aan de algemene vergadering moet verhinderen of geen informatie deelt met de verwerver. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld hoe de doelonderneming gevolg kan geven aan deze schorsing (zie artikel 18, zesde lid, van het wetsvoorstel).

In dit verband zij nog opgemerkt dat de doelonderneming in geval deze beursgenoteerd is, ook steun vindt in de verplichtingen die het wetsvoorstel oplegt aan de professionele partijen in het effectenverkeer zoals een centraal instituut, intermediair, instelling in het buitenland, bewaarder van een beleggingsinstelling etc. Hen wordt opgedragen om medewerking te verlenen aan de beursgenoteerde doelonderneming of effectief gevolg te geven aan de schorsing (zie artikel 18, tweede lid, van het wetsvoorstel). De reden hiervoor is dat bij beursgenoteerde ondernemingen deze professionele partijen ervoor zorgdragen dat een houder van een effectenrekening op zijn verzoek aangemeld wordt voor deelname aan een algemene vergadering en het noodzakelijke registratiebewijs verstrekken. Ook kunnen deze partijen faciliteren dat een houder van effecten een derde machtigt om op de algemene vergadering te spreken en te stemmen. Deze professionele

partijen in het effectenverkeer vervullen bij beursgenoteerde ondernemingen derhalve een spilfunctie bij het feitelijk laten uitoefenen door de verwerver (i.c. de houder van de effectenrekening) van zijn rechten. Om te bevorderen dat deze professionele partijen in het effectenverkeer daadwerkelijk medewerking verstrekken aan de doelonderneming is niet alleen een wettelijke verplichting aan hen opgelegd (zie artikel 18, tweede lid, van het wetsvoorstel), maar ook een mogelijkheid voor de doelonderneming om bij de minister aan te geven wanneer deze medewerking ontbreekt en zo mogelijk door wie (artikel 18, derde lid, van het wetsvoorstel). In zo'n situatie kan de minister vaststellen welke (professionele) partij in het effectenverkeer geen medewerking verleent aan de beursgenoteerde onderneming wiens effecten door deze partij worden beheerd via het effectendepot (zie artikel 18, vierde lid, van het wetsvoorstel). Het gevolg van deze vaststelling is dat de schorsing effect heeft op alle effecten (en daaruit voortvloeiende rechten) die de desbetreffende professionele partij in beheer heeft via het effectendepot. Daarmee is een prikkel ingebouwd voor deze partij om daadwerkelijk zorg te dragen dat alleen die deelgenoot in het depot in de uitoefening van zijn rechten (met uitzondering van financiële rechten) wordt geschorst waar de schending van de meldingsverplichting aan verbonden is. Dat aan deze partijen – ook wanneer zij in een derde land gevestigd zijn – medewerking wordt gevraagd en ook verwacht kan worden dat zij hieraan medewerking verlenen, is onlosmakelijk verbonden aan de omstandigheid dat de effecten die zij in depot hebben uiteindelijk verbonden zijn aan de aandelen van een beursgenoteerde Nederlandse vennootschap die onderworpen is aan de werking van dit wetsvoorstel. De verplichtingen van deze wet worden via de beursgenoteerde Nederlandse vennootschap (de doelonderneming) via de contractuele relaties tussen de professionele partijen in het effectenverkeer doorgeleid. Dat is ook de reden waarom dit wetsvoorstel ook de beursgenoteerde doelonderneming verplicht tot het voor zover mogelijk feitelijk effect geven van de schorsing.

Het wetsvoorstel voorziet in de tweede plaats in de mogelijkheid voor Onze Minister om binnen een termijn van drie maanden nadat de activiteit bij de minister bekend is geworden de meldingsplichtigen te gelasten binnen een door de minister vast te stellen redelijke termijn alsnog een melding te doen overeenkomstig artikel 5 van het wetsvoorstel. Deze bevoegdheid van de minister, neergelegd in artikel 9, eerste lid, van het wetsvoorstel is er op gericht om te voorkomen dat door begrijpelijke omissies, onduidelijkheden, verkeerde adviezen van adviseurs of onbekendheid met de meldplicht een activiteit die in strijd met de meldplicht heeft plaatsgevonden te allen tijde ongedaan wordt gemaakt. Door deze bevoegdheid kan een fundamenteel gebrek worden geheeld door de activiteit alsnog aan een toetsing te onderwerpen. Bij een positief toetsingsbesluit (al dan niet met daaraan verbonden voorschriften) wordt het gebrek van niet-melding geheeld. Dit draagt bij aan de proportionaliteit van de meldplicht en biedt Onze Minister de mogelijkheid om desgewenst een reeds verrichte – doch onrechtmatige transactie – alsnog inhoudelijk te beoordelen. Dit laat evenwel onverlet dat tot het moment van een positief toetsingsbesluit de verwerver krachtens dit wetsvoorstel in zijn rechten is geschorst, met uitzondering van zijn rechten op de opbrengsten, dividenden of uitkeringen uit de reserves. Overigens kan een dergelijke toetsing alsnog leiden tot een verbod waarna de verwerver verplicht is de verworven zeggenschap of invloed af te stoten.

Het wetsvoorstel voorziet in de derde plaats in een tweetal bevoegdheden voor de minister om de effectiviteit van de schorsing te waarborgen in geval er juist bij de doelonderneming risico's zijn dat de schorsing niet effectief ten uitvoer wordt gelegd of wanneer de schorsing tot gevolg heeft dat de doelonderneming niet goed in staat is om een vitaal proces te beheren. De eerste bevoegdheid geeft de minister de bevoegdheid 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 19, eerste en derde lid, van het wetsvoorstel). De doelonderneming, met inbegrip van bestuurders, commissarissen, feitelijk leidinggevend en andere werknemers zijn verplicht alle informatie te verstrekken aan de aangewezen persoon met het doel de schorsing effectief te laten zijn. Ook geldt er een medewerkingsverplichting ten opzichte van de aangewezen persoon (zie artikel 19, tweede lid, van het wetsvoorstel). De mogelijkheid om een aangewezen persoon binnen een doelonderneming te parachuter en daar bepaalde bevoegdheden aan deze persoon te verbinden, is met name gericht op het mitigeren van het risico dat door (feitelijk) handelen van de doelonderneming en diens bestuur en sleutelfunctionarissen het effect van de schorsing teniet wordt gedaan. Deze bevoegdheid zal door Onze Minister niet lichtvaardig worden uitgeoefend en zal met name ingezet kunnen worden indien door de gerealiseerde activiteit een zeer grote

verwevenheid tussen de verwerver en de doelonderneming is ontstaan, waardoor de zelfstandigheid van de doelonderneming niet meer aanwezig is of betwijfeld kan worden dat de doelonderneming zelfstandig kan handelen. De tweede bevoegdheid gaat een stap verder en is toegespitst op ondernemingen die vitale processen exploiteren: in deze gevallen kan de minister een of meer personen aanwijzen die de leiding van de doelonderneming overnemen indien er sprake is van een schorsing en (cumulatief) sprake is van een risico op misbruik of uitval van de doelonderneming (zie artikel 20). Bij deze bevoegdheid wordt – weliswaar tijdelijk – het bestuur van de doelonderneming vervangen. Deze bevoegdheid is toegespitst op doelondernemingen die een vitaal proces beheren, omdat in die gevallen de continuïteit van het vitaal proces doorslaggevend is. 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 het vitaal proces voort te zetten, maar ook niet bereid is om toe te staan dat het ondernemingsbestuur alternatieve oplossingen onderzoekt. Nu bij vitale processen de continuïteit en betrouwbaarheid van het vitaal proces centraal staat, biedt deze bevoegdheid de mogelijkheid om dat te waarborgen zonder afbreuk te doen aan de effectiviteit van de meldingsplicht en de daaraan verbonden schorsing in geval van overtreding van de meldingsplicht. Het wetsvoorstel regelt in de vierde plaats dat bij overtreding van de meldplicht en de daaraan verbonden noodzakelijke voorafgaande toetsing een bestuurlijke boete kan worden opgelegd (zie artikel 29, tweede lid, van het wetsvoorstel). De boete die kan worden opgelegd betreft € 870.000 (geldboete van de zesde categorie) of indien dat meer is 10% van de omzet van de desbetreffende onderneming (artikel 29, derde lid, van het wetsvoorstel).

2.2.7 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 activiteit als bedoeld in dit wetsvoorstel. Ook is het zeer goed voorstelbaar dat onjuiste of onvolledige informatie is verstrekt die de beoordeling en het toetsingsbesluit negatief heeft beïnvloed door een verkeerde of onvolledige voorstelling van zaken. Het gevolg hiervan is dat de toetsing van de voorgenomen activiteit onvolledig is en niet alle relevante aspecten zijn meegewogen. Om dit probleem op te lossen biedt het wetsvoorstel de minister de mogelijkheid om binnen 3 maanden nadat bij de minister bekend is geworden of een redelijk vermoeden is ontstaan dat door een meldingsplichtige onjuiste of onvolledige informatie is verstrekt, de meldingsplichtige of doelonderneming te gelasten binnen een redelijke termijn opnieuw een melding te doen. De minister kan aan de hand hiervan de activiteit opnieuw beoordelen overeenkomstig artikel 6 aan de hand van de beoordelingsfactoren neergelegd in artikel 7 en kan voorschriften verbinden aan een nieuw toetsingsbesluit overeenkomstig artikel 8 of de activiteit alsnog verbieden.

Indien de minister inderdaad in zo'n geval overgaat tot het gelasten van een nieuwe melding en daarmee tot een herbeoordeling van de activiteit overgaat, is vanaf het moment van de last tot het moment van een (positief) toetsingsbesluit de verwerver geschorst in zijn rechten, met uitzondering van zijn financiële rechten (zie artikel 17, eerste lid, aanhef en onderdeel d, van het wetsvoorstel). De werking van de schorsing is hierboven in paragraaf 2.2.6. beschreven en is gelijkelijk van toepassing op een schorsing krachtens deze bevoegdheid.

Naast deze mogelijkheid van herbeoordeling van de activiteit 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 29, derde lid, 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).

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

Als een voorgenomen activiteit na een beoordeling is goedgekeurd via een toetsingsbesluit met daaraan verbonden eisen of voorschriften overeenkomstig artikel 8, dienen de verwerver en de doelonderneming zorg te dragen dat de eisen of voorschriften die zijn opgelegd, worden nagekomen (zie in dit verband artikel 8, zevende lid, van het wetsvoorstel). Deze zijn namelijk van belang om geïdentificeerde risico's voor de nationale veiligheid te mitigeren. Tegelijkertijd zijn zij belangrijk om de toetsing van een voorgenomen activiteit proportioneel in te richten. Niet elk risico

voor de nationale veiligheid kan een volledig verbod van een voorgenomen activiteit rechtvaardigen. Omgekeerd betekent dit niet dat elke voorgenomen activiteit maar onverkort doorgang moet vinden. De mogelijkheid om eisen of voorschriften aan een toetsingsbesluit te verbinden en daarmee de voorgenomen activiteit vanuit het belang van de nationale veiligheid in te kaderen, is naast de meldingsverplichting een cruciaal aspect van het stelsel van investeringstoetsing. Dit rechtvaardigt een aantal maatregelen om de nakoming van deze eisen en voorschriften te waarborgen, waarbij onder andere een koppeling wordt gelegd tussen de voortgezette zeggenschap en invloed en de nakoming van de voorschriften. Het wetsvoorstel voorziet allereerst in de bevoegdheid voor de minister - in geval de verwerver of de doelonderneming niet voldoet aan een of meer van de eisen of voorschriften die bij het toetsingsbesluit aan de activiteit zijn verbonden – de relevante partijen te gelasten binnen een redelijke termijn hier alsnog aan te voldoen (artikel 8, vijfde lid, van het wetsvoorstel). 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. Onze Minister kan in dat geval dan andere eisen of andere voorschriften opleggen die zijn opgesomd in het wetsvoorstel of bij algemene maatregel van bestuur zijn vastgelegd (zie artikel 8, zesde lid, onderdeel a, wetsvoorstel). De minister kan ook de activiteit alsnog verbieden (zie artikel 8, zesde lid, onderdeel b, van het wetsvoorstel). Als deze bevoegdheid wordt uitgeoefend zal de activiteit moeten worden teruggedraaid. Tot het moment dat de activiteit ongedaan is gemaakt, kunnen de verworven rechten niet worden uitgeoefend met uitzondering van het recht op de opbrengst van de onderneming, dividenden en de ontvangst van uitkeringen uit de reserves (zie artikel 17, eerste lid, aanhef en onderdeel c). De werking van deze schorsing van rechten is hierboven in paragraaf 2.2.6. beschreven en is gelijkelijk van toepassing op een schorsing krachtens deze bevoegdheid. Het wetsvoorstel voorziet ten slotte in de mogelijkheid om in geval van het niet-nakoming of handelen in strijd met de eisen en voorschriften verbonden aan het toetsingsbesluit in de mogelijkheid om een bestuurlijke boete op te leggen (zie artikel 28, tweede lid, van het wetsvoorstel). Tevens is een dergelijke niet-nakoming een economisch delict (zie artikel 31 van het wetsvoorstel).

2.2.9 Ongedaan maken van de activiteit

Het in dit wetsvoorstel neergelegde stelsel van investeringstoets heeft als fundament de ex ante toetsing van voorgenomen activiteiten na een verrichte melding en de mogelijkheid deze activiteiten te verbieden of aan eisen of voorschriften te onderwerpen. De schending van een opgelegd verbod of het niet nakomen van een eis of voorschrift kan uiteindelijk en noodzakelijkerwijs leiden tot het ongedaan maken van de onrechtmatig verrichte activiteit. Alleen onder de bijzondere omstandigheid dat een activiteit ongedaan gemaakt moet worden wegens veranderde omstandigheden zoals hierboven in paragraaf 2.2.4 is toegelicht, ligt het anders. Daar heeft de verwerving met toestemming van de minister plaatsgevonden en zijn de verwerver en doelonderneming binnen de randvoorwaarden van het toetsingsbesluit gebleven, maar zijn er factoren buiten de beheersmacht van de verwerver en doelonderneming die tot een herziening van het toetsingsbesluit leiden en een hernieuwd oordeel. Ook voor deze situatie is de procedure voor het ongedaan maken van een activiteit hetzelfde (zie artikel 11, zesde lid, van het wetsvoorstel).

Het wetsvoorstel voorziet in de eerste plaats in de nietigheid van de rechtshandelingen die in strijd met het verbod hebben plaatsgevonden, (zie artikel 11, eerste en tweede lid, van het wetsvoorstel). Het gevolg hiervan is dat overeenkomsten en andere rechtshandelingen bij voorbaat hun rechtsgevolg niet hebben en juridisch nimmer hun gevolg hebben gehad. Een verwerving heeft dan nimmer plaatsgevonden en alle belanghebbenden dienen dan te handelen als ware de verwerving niet gerealiseerd en de verwerving moet ongedaan worden gemaakt. Ook de rechter dient uit te gaan van de nietigheid en dient het afdwingen van de verwerving te verhinderen. Indien nodig kan de minister zelf de nietigheid van de verwerving inroepen om het ongedaan maken hiervan feitelijk te realiseren al dan niet met een procedure voor de civiele rechter. Het heeft echter de voorkeur om ook de mogelijkheid te hebben dat de minister overgaat tot het actief opleggen van een last tot ongedaan maken van de activiteit, omdat daarmee de kenbaarheid wordt verhoogd en de feitelijke effectiviteit van het overheidshandelen op korte termijn wordt bevorderd (zie artikel 11, vierde lid, van het wetsvoorstel).

Op de regel van nietigheid van de verwerving geldt een belangrijke uitzondering voor rechtshandelingen die samenhangen met de activiteit die plaatsvindt via een gereglementeerde

markt of multilaterale handelsfaciliteit of een met een gereguleerde markt of multilaterale handelsfaciliteit vergelijkbaar systeem. Deze uitzondering voor het effectenverkeer hangt samen met de noodzaak de rechtszekerheid en de finaliteit van handelstransacties in effecten niet in gevaar te brengen door het effect van nietigheid.

Voor deze situatie voorziet het wetsvoorstel in de tweede plaats in een andere procedure, namelijk Onze Minister gelast de verwerper om binnen een redelijke termijn de zeggenschap of significante invloed die met de activiteit is verkregen terug te brengen of te beëindigen (zie artikel 11, derde lid, van het wetsvoorstel). Net als bij de hierboven beschreven schorsing kan de (professionele) partij die als laatste in het effectenverkeer is geïdentificeerd als deelgenoot in het depot van effecten van de beursgenoteerde onderneming. Het gevolg van deze vaststelling is dat de verplichting tot ongedaan maken effect heeft op alle effecten (en daaruit voortvloeiende rechten) die de desbetreffende professionele partij in beheer heeft via het effectendepot. Daarmee is een prikkel ingebouwd voor deze partij om daadwerkelijk zorg te dragen dat alleen die deelgenoot in het depot zijn effecten verkoopt waar het verbod op van toepassing is (zie artikel 11, derde lid, zevende en negende lid, van het wetsvoorstel).

Ook voorziet het wetsvoorstel in de derde plaats in een systematiek van ongedaan maken waarbij de minister een last oplegt: de minister kan de verwerper of de doelonderneming gelasten de noodzakelijke handelingen te verrichten om de ongewenste effecten van de activiteit te voorkomen of de activiteit ongedaan te maken (zie artikel 11, vierde lid, van het wetsvoorstel). Ook kunnen dergelijke handelingen door een rechterlijke uitspraak vernietigd worden als vernietigbare handelingen (zie artikel 11, vijfde lid, van het wetsvoorstel).

Het wetsvoorstel houdt in de vierde plaats rekening met de mogelijkheid dat de verwerper (of in bepaalde gevallen de doelonderneming) niet overgaat tot het ongedaan maken van de activiteit. Afhankelijk van de vraag of er sprake is van een beursgenoteerde onderneming voorziet het wetsvoorstel in twee mogelijkheden om het ongedaan maken alsnog te realiseren tegen de wensen van de verwerper in.

In geval van een niet-beursgenoteerde onderneming wordt na afloop van de redelijke termijn die is gesteld, de minister bij uitsluiting onherroepelijk gemachtigd om namens en voor rekening van de verwerper of doelonderneming, diens aandelen overeenkomstig de last te vervreemden of anderszins uitvoering te geven aan de opgelegde last (zie artikel 12, eerste lid, van het wetsvoorstel). De opbrengst van de vervreemding is uiteindelijk voor respectievelijk de oud-verwerper en/of de doelonderneming. Over de termijn waarbinnen uitvoering wordt gegeven 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 artikel 12, tweede lid van het wetsvoorstel).

In geval van een beursgenoteerde onderneming doet zich het probleem voor dat de effecten op depots staan en verhandeld kunnen worden op gereguleerde markten, multilaterale handelsfaciliteiten of een met een gereguleerde markt of multilaterale handelsfaciliteit vergelijkbaar systeem. Dit systeem kan in een derde land gelegen zijn, waardoor er geen sprake is van effecten die rechtstreeks binnen de Nederlandse territoriale jurisdictie vallen. Tegelijkertijd is er een ook belang van de vennootschap om een belangrijke verwerper (immers het betreft een aandeelhouder met zeggenschap of significante invloed) – weliswaar geschorst in de meeste rechten – te verwijderen. De aanwezigheid van zo'n verwerper kan bijvoorbeeld de stemverhoudingen aantasten in de algemene vergadering, de vennootschap kan er niet op rekenen dat deze aandeelhouder vervolginvesteringen kan verrichten bij emissies en het levert reputatieschade op. Voor de minister is het bovendien van belang te voorkomen dat deze verwerper – die willens en wetens zijn belang niet verkoopt of terugbrengt – in staat blijft via zijn belang toch indirect druk te blijven uitoefenen of zijn belang weer doorverkoopt zonder dat dit aan toetsing is onderworpen.

Om hier een oplossing voor te bieden wordt aangegrepen bij de wisselwerking tussen de doelonderneming wiens effecten worden verhandeld en de professionele financiële partijen die dit effectenverkeer ondersteunen en het concept van uitlevering van effecten zoals voorzien in artikel 26 van de Wet giraal effectenverkeer. In het aandeelhoudersregister van de Nederlandse vennootschap zoals voorzien in artikel 2:85 van het Burgerlijk Wetboek zullen voor die aandelen die in het effectenverkeer zijn gebracht, een centraal instituut of een intermediair in het register zijn vermeld als aandeelhouder (dit vloeit voort uit respectievelijk artikel 8 en artikel 8b, van de Wet giraal effectenverkeer). De doelonderneming is een uitgevende instelling in de zin van artikel 49a sub d van de Wet giraal effectenverkeer en heeft dus via het eigen aandeelhoudersregister en

het feit dat het een uitgevende instelling is, een relatie met het startpunt van de bewaarketen van effecten met een aandelenkarakter. Dit startpunt betreft een centraal instituut, intermediair, bewaarder van een beleggingsinstelling als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht of een instelling in het buitenland. Bovendien vervult een centraal instituut een cruciale rol door de International Securities Identification Numbers (ISIN) toe te kennen voor de uitgegeven effecten. Deze partijen in het effectenverkeer hebben zowel via contractuele afspraken als technische middelen een nauwe samenwerking waarbij verplichtingen en acties verbonden aan de uitgevende instelling kunnen worden doorgelegd zoals bijvoorbeeld het uitkeren van dividenden en het laten registreren van de investeerder die een effectenrekening aanhoudt bij een van deze partijen voor deelname aan de algemene vergadering van aandeelhouders.

Op grond van artikel 15, eerste lid, van het wetsvoorstel wordt de doelonderneming onherroepelijk gemachtigd tot het doen van een verzoek aan een centraal instituut, intermediair, aangesloten instelling, instelling in het buitenland of instelling van buiten de Europese Unie met een functie vergelijkbaar met die van centraal instituut, tot uitlevering van het aandelenbelang waarop de last op grond van artikel 11, derde lid, betrekking heeft, uit een verzameldepot, girodepot, depot van een instelling in het buitenland of een depot van de instelling van buiten de Europese Unie met een functie vergelijkbaar met die van centraal instituut. Vervolgens regelt het wetsvoorstel hoe de verschillende partijen in de bewaarketen hier gevolg aan kunnen geven (artikel 15, tweede tot en met derde, vijfde en zesde lid, van het wetsvoorstel). Daarbij leunt het wetsvoorstel op de contractuele verhoudingen en technische samenwerking tussen de verschillende partijen in de bewaarketen om ook buiten Nederland gevolg te geven aan de verplichtingen die in dit wetsvoorstel zijn neergelegd. Het gevolg van het verzoek om uitlevering zoals voorzien in dit wetsvoorstel is dat het effectenbelang van de deelgenoot in een depot waar de last op van toepassing is, tijdelijk onttrokken wordt aan het effectenverkeer en de deelgenoot rechtstreeks als aandeelhouder door de beursgenoteerde doelonderneming in het aandelhoudersregister, bedoeld in artikel 2:85, van het Burgerlijk Wetboek, wordt geregistreerd. Het aandelenbelang wordt op naam van de persoon gesteld tot wie de last is gericht (zie artikel 15, vierde lid, van het wetsvoorstel). Daarmee wordt het mogelijk om het aandelenbelang van de verwerver op wie het verbod en de last van toepassing zijn, te vervreemden overeenkomstig artikel 12 van het wetsvoorstel of (en dat zal in de meeste gevallen gebeuren) zal de beursgenoteerde onderneming hierin zelf voorzien overeenkomstig artikel 13 van het wetsvoorstel.

Ter ondersteuning van die nakoming is ook voorzien in een stevige bestuurlijke boete om deze partijen te prikkelen om hieraan mee te werken (zie artikel 29, vijfde lid, van het wetsvoorstel). Ook deze boete kan uiteindelijk worden uitgewonnen, omdat een belangrijk deel van de professionele partijen in de bewaarketen ook vestigingen in Nederland of de rest van de Europese Unie hebben. Daarnaast voorziet het wetsvoorstel ook een voorziening in geval een partij in de bewaarketen geen medewerking verleent of kan verlenen aan de beursgenoteerde doelonderneming. In zo'n situatie kan de minister – op basis van de informatie die de beursgenoteerde doelonderneming doorgeeft - vaststellen welke (professionele) partij in het effectenverkeer geen medewerking verleent aan de beursgenoteerde onderneming wiens effecten door deze partij worden beheerd via het effectendepot (zie artikel 16, eerste tot en met derde lid, van het wetsvoorstel). Het gevolg van deze vaststelling is dat de uitlevering zoals voorzien in deze procedure effect heeft op alle effecten (en daaruit voortvloeiende rechten) die de desbetreffende professionele partij in beheer heeft via het effectendepot (zie artikel 16, vierde lid van het wetsvoorstel). Daarmee is een prikkel ingebouwd voor deze partij om daadwerkelijk zorg te dragen dat alleen die deelgenoot in het depot getroffen wordt door een verzoek tot uitlevering waar het verbod en de last op van toepassing zijn.

2.2.10 Identificatie en informatievergaring

Een cruciaal onderdeel voor de effectiviteit van het ex ante toetsen van voorgenomen activiteiten op risico's voor de nationale veiligheid is het verkrijgen van de juiste informatie over de verwerver, de doelonderneming, de aard en inhoud van de voorgenomen activiteit, de kenmerken en eventuele sensitieve aspecten verbonden aan de doelonderneming en de relaties die de verwerver en de doelonderneming weer met andere partijen in het economisch verkeer onderhouden. Het wetsvoorstel leunt sterk op de informatie die de verwerver en doelonderneming verstrekken (zie artikel 5 van het wetsvoorstel).

Daarnaast voorziet het wetsvoorstel in informatiebronnen die de minister kan gebruiken om het beeld over de voorgenomen activiteit compleet te krijgen, zoals informatie opgenomen in basisregistraties of informatie die beschikbaar is bij andere overheidsdiensten of partijen met een wettelijke taak (zie artikel 22 van het wetsvoorstel). Een bijzondere voorziening is gericht op de vaststelling van de eigendomsstructuur en -verhoudingen binnen de verwerper, voor zover deze een onderneming is, of binnen de doelonderneming. Ook is een voorziening geregeld ten aanzien van het verduidelijken van de identiteit van een houder van zeggenschap of significante invloed in een beursgenoteerde doelonderneming en de banden die deze houder heeft met derden (zie artikel 23 van het wetsvoorstel). Voor dit laatste wordt wederom gebruik gemaakt van de bewaarketen om zo scherp mogelijk de identiteit te achterhalen (zie artikel 23, tweede tot en met zesde lid, van het wetsvoorstel).

Tot slot voorziet het wetsvoorstel in de uitzonderlijke bevoegdheid tot binnentreden in een woning zonder toestemming van de bewoner om deze te kunnen doorzoeken (artikelen 25 tot en met 28 van het wetsvoorstel). Deze uitzonderlijke bevoegdheid is ingegeven door de ervaringen die bij het mededingings- en concentratietoezicht zijn opgedaan: om bepaalde informatie over onrechtmatige gedragingen te verhullen blijken bestuurders en sleutelfunctionarissen de relevante informatie in de eigen woning te bewaren. Het is zeer goed voorstelbaar dat dit ook het geval zal zijn bij de ex ante toetsing van voorgenomen activiteiten, waarbij de doelonderneming en diens bestuurders en sleutelfunctionarissen onwelgevallige informatie trachten te verhullen over de voorgenomen transactie. Deze zware bevoegdheid zal alleen in uitzonderingsgevallen worden toegepast als er duidelijke aanwijzingen zijn dat de relevante informatie mogelijk aanwezig is in een woning. Alle noodzakelijke waarborgen die nodig zijn voor het betreden doorzoeken van een woning zijn in het wetsvoorstel opgenomen.

2.3 Motivering instrumentkeuze; alternatieven

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

Om nationale veiligheidsbelangen bij wijziging van zeggenschap te waarborgen zijn behalve de in het wetsvoorstel voorziene maatregelen, ook andere maatregelen denkbaar. Deze zijn echter niet altijd wenselijk. Voor de vitale processen zou de overheid meerderheidsdeelnemingen kunnen nemen in alle vitale aanbieders, maar gezien de voorkeur voor privatisering in een aantal vitale sectoren is dit een te zware maatregel. Gezien het private karakter van het bedrijfsleven dat actief is met hoogtechnologische sensitieve technologie is een overheidsdeelneming daar in de praktijk niet mogelijk of wenselijk.

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

Niet alle risico's zijn op deze wijze uit te sluiten. Een partij met verkeerde intenties zal alles in het werk stellen deze constructies te omzeilen. Om die reden zijn de risico's voor de nationale veiligheid die ontstaan als ongewenste partijen zeggenschap verkrijgen over vitale infrastructuur of sensitieve technologie, niet goed tegen te gaan met het bestaande instrumentarium en de huidige wet- en regelgeving. Dit wetsvoorstel is een effectief en noodzakelijk aanvullend middel om te voorkomen dat een dergelijke partij zodanige zeggenschap verwerft dat daar misbruik van kan worden gemaakt ten koste van de nationale veiligheid.

Een aantal uitgangspunten is essentieel om de proportionaliteit van het instrument en de toepassing ervan te waarborgen. Het eerste uitgangspunt is dat de nationale veiligheid het enige aangrijpingspunt vormt voor het inroepen van dit wetsvoorstel. Vervolgens moeten de gevolgen voor het investeringsklimaat zo beperkt mogelijk blijven. Dat betekent zo min mogelijk onzekerheid voor investeerders, een zo beperkt mogelijke reikwijdte, lage administratieve lasten

en korte doorlooptijden. Voor iedere partij moet duidelijk zijn in welke gevallen activiteiten moeten worden gemeld en op welke wijze en op welke criteria de activiteiten worden beoordeeld. Verder zal bij activiteiten die een risico vormen voor de nationale veiligheid altijd worden gezocht naar de minst ingrijpende maatregelen om het risico aanvaardbaar te beperken of te voorkomen. In de uitwerking van het wetsvoorstel is een balans gevonden tussen de baten en kosten van het instrument, respectievelijk de effectiviteit en het verlies van investeringszekerheid. De effectiviteit van de toets is de mate waarin risico's voor de nationale veiligheid worden beheerst, door eisen en voorschriften aan activiteiten te stellen of activiteiten zelfs te verbieden.

3. Verhouding tot internationaal recht

3.1 Europees recht

3.1.1 Algemeen

De totstandkoming van dit wetsvoorstel moet ook worden gezien tegen de achtergrond en in de context van de inwerkingtreding van de FDI-screeningsverordening. De FDI-screeningsverordening bevat geen verplichting tot het instellen of aanpassen van een wettelijk regime ter bescherming van de nationale veiligheid bij verkrijgingen van zeggenschap over of invloed op ondernemingen in EU-lidstaten door investeerders uit een derde land (zie overwegingen 7 en 8 en artikel 1 en artikel 3, eerste lid, van de verordening). Met het wetsvoorstel voor een Uitvoeringswet screeningsverordening buitenlandse directe investeringen (Kamerstukken II, 2019/20, nrs. 1-3) zijn die elementen geregeld die noodzakelijk zijn om de effectieve werking van de verordening te waarborgen en Nederland te laten voldoen aan de verplichtingen uit de verordening. Daarbij is van belang dat met ingang van 11 oktober 2020 het door de verordening voorgeschreven contactpunt ingesteld en operationeel dient te zijn en de gegevensuitwisseling kan plaatsvinden. Weliswaar dwingt de FDI-screeningsverordening niet tot het instellen van een wettelijk regime voor het beoordelen van directe investeringen, maar het biedt de lidstaten wel uitdrukkelijk de mogelijkheid daartoe en geeft ook op hoofdlijnen de parameters waar zo'n stelsel in algemene zin aan moet voldoen (zie bijvoorbeeld artikel 3, tweede tot en met vijfde lid, van de FDI-screeningsverordening). De verordening laat evenwel de toepasselijkheid van de bepalingen inzake het vrij verkeer onverlet (zie overweging 10, laatste zin, van de FDI-screeningsverordening). De verenigbaarheid van het wettelijk regime zoals neergelegd in dit wetsvoorstel met de FDI-screeningsverordening wordt in paragraaf 3.1.3 van deze toelichting nader uitgewerkt.

Het wetsvoorstel bevat een wettelijk regime ter bescherming van de nationale veiligheid bij verkrijgingen van zeggenschap over of invloed op ondernemingen in Nederland die van wezenlijk belang zijn voor vitale processen of die beschikken over sensitieve technologie. Dit regime maakt geen onderscheid naar de nationaliteit of herkomst van de investeerders en bevat elementen die een belemmering kunnen vormen van de vrijheden op de interne markt die in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) zijn verankerd. In het bijzonder gaat het dan om het vrij verkeer van kapitaal (artikel 63 VWEU), het vrij verkeer van goederen (artikel 28 VWEU), het vrij verkeer van diensten (artikel 56 VWEU) en de vrijheid van vestiging (artikel 49 VWEU). Deze mogelijke belemmeringen moeten gerechtvaardigd kunnen worden met een beroep op een rechtvaardigingsgrond, zoals de openbare veiligheid. Daarnaast vergt een rechtvaardiging van een belemmering van de interne markt dat de regeling proportioneel is. Daarbij moet worden gezien of de maatregelen geschikt zijn om het beoogde doel te bereiken, niet verder gaan dan noodzakelijk en moet duidelijk zijn dat er geen andere minder ingrijpende maatregelen zijn waarmee hetzelfde doel kan worden bereikt.

In artikel 1 van het wetsvoorstel is nationale veiligheid gedefinieerd als openbare veiligheid als bedoeld in de artikelen 45, derde lid, 52, eerste lid, en 65, eerste lid, onderdeel b, van het VWEU in Nederland, en wezenlijke belangen van de veiligheid van de staat als bedoeld in artikel 346, eerste lid, onderdeel a, van het VWEU in Nederland. De vrijheid van de minister(s) om in te grijpen is dan ook ingeperkt tot die situaties waarin de veiligheid, zoals daar gedefinieerd, in het geding is. Het bepaalt op welke gronden de minister een besluit kan nemen en geeft richting aan de eisen en voorschriften die de minister aan zijn besluiten kan verbinden.

De in dit kader relevante, in het wetsvoorstel opgenomen maatregelen zijn de meldplicht voor bepaalde activiteiten (artikel 5), het opleggen van bepaalde maatregelen in verband met een activiteit (artikel 8, eerste lid), het mogelijke verbod tot het verrichten van een activiteit (artikel 8, tweede lid) en de maatregelen of verbod die worden opgelegd in een nieuw toetsingsbesluit ingeval van een naderhand voordoend zwaarwegend risico (artikel 10).

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

3.1.2. De verdragsvrijheden en dienstenrichtlijn

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

Voor de in artikel 2 bedoelde activiteiten geldt dat die 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 HvJ 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, overweging 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 VWEU het belang van de openbare veiligheid dat met deze ante toetsing wordt nagestreefd.

Gelet op de aard van de ondernemingen die van wezenlijk belang zijn voor vitale processen of beschikken over sensitieve technologie, kan bij het verkrijgen van zeggenschap of significante invloed op de onderneming de nationale veiligheid in gevaar komen, ingeval enkel ex post ingegrepen kan worden wanneer door de uitoefening van zeggenschap of invloed er een risico voor de openbare veiligheid of openbare orde ontstaat. Indien met de uitoefening van de zeggenschap of invloed de doelonderneming bepaalde informatie deelt, de kwetsbaarheid van bepaalde vitale processen verhoogt of de bedrijfsvoering en marktpositie zodanig inricht dat er een strategische afhankelijkheid van een andere mogendheid ontstaat, zijn er gevolgen die achteraf niet of slechts beperkt herstelbaar zijn. Een ex ante toets op het verrichten van activiteiten zoals gedefinieerd is dan ook *gerechtvaardigd en noodzakelijk om het belang van de openbare veiligheid* te beschermen.

Een ex ante toetsing is bovendien een *geschikt* middel, omdat de minister aan de hand van de geschetste factoren kan nagaan wat de achtergrond is van degene die de activiteit verricht, wat zijn motieven zijn en wat de mogelijke gevolgen zijn van de activiteit voor de ondernemingen en het risico als gevolg daarvan voor de nationale veiligheid. De minister beschikt daarbij over een aanzienlijk arsenaal aan informatiebronnen en kan bovendien bij beursgenoteerde doelondernemingen ook deze ondernemingen inschakelen voor het verkrijgen van informatie. De minister kan bij de beoordeling ook meewegen of en zo ja op welke (potentiële) risico's kunnen worden gemitigeerd door middel van het verbinden van een of meer eisen of voorschriften aan het toetsingsbesluit zoals is voorzien in artikel 8, eerste lid, van het wetsvoorstel.

De ex ante toetsing zoals voorzien in dit wetsvoorstel is ook een *proportioneel* middel omdat de ex ante toetsing zodanig is ingericht dat procedure, beoordeling, termijnen en eventuele voorschriften zo transparant mogelijk zijn en non-discriminatoire. Ook wordt getracht de belastende gevolgen voor de verwerver en doelonderneming zo veel mogelijk te beperken zonder de noodzaak de openbare veiligheid te beschermen aan te tasten. Dit komt op de volgende wijze tot uitdrukking: (1) indien de minister niet binnen de gestelde termijn tot een besluit komt, is de activiteit toegestaan (artikel 6, vierde lid, wetsvoorstel). Daarmee wordt voorkomen dat de verwerver en doelonderneming in onzekerheid blijven verkeren door stilzitten van het bestuursorgaan en hebben verwerver en doelonderneming zekerheid dat als de overheid niet tijdig reageert, de activiteit is toegestaan; (2) De procedure is objectief kenbaar en non-discriminatoire: de processtappen, de termijnen, de beoordelingscriteria en de mogelijke eisen en voorschriften die aan het toetsingsbesluit kunnen worden verbonden, zijn objectief kenbaar en wettelijk vastgelegd en ook toegelicht. Daarmee wordt het risico op willekeur en rechtsonzekerheid beperkt; (3) de minister heeft ook mogelijkheden om zelfstandig informatie op te vragen en te verwerken al dan niet in samenhang met informatie-uitwisseling zoals voorzien in de FDI-screeningsverordening (zie artikel 22 en het wetsvoorstel voor een Uitvoeringswet screeningsverordening buitenlandse directe

investeringen (Kamerstukken II, 2019/20, nrs. 1-3). Hiermee kan een deel van de administratieve lasten voor de verwerver en de doelonderneming worden beperkt, omdat de minister op alternatieve wijze aan de relevante informatie kan komen en de van de verwerver en doelonderneming ontvangen informatie kan verifiëren zonder hen zelf opnieuw te belasten; (4) de beoordeling is toegespitst op de risico's voor de openbare veiligheid die verbonden zijn aan een activiteit en de mogelijke eisen en voorschriften die kunnen worden verbonden aan een toetsingsbesluit zijn ook gericht op het mitigeren van eventuele veiligheidsrisico's. De mogelijkheid van mitigatie via deze eisen en voorschriften zorgt ervoor dat het voor het vrij verkeer belemmerende effect van de ex ante toetsing voor de voorgenomen activiteit zo veel mogelijk wordt teruggebracht.

De bevoegdheden van de minister dienen te worden uitgeoefend in overeenstemming met de beginselen van het Nederlandse bestuursrecht. De besluiten van de minister zijn gemotiveerd en dienen in te gaan op de redenen waarom een bepaalde activiteit niet of slechts onder specifieke voorwaarden wordt toegestaan. Het besluit van de minister om voorwaarden te stellen of om een verbod op te leggen is een voor bezwaar en beroep vatbaar besluit dat voor de Nederlandse bestuursrechter kan worden aangevochten. Daarmee is ook voldaan aan de standaarden die het Hof van Justitie aanlegt voor de inrichting van ex ante toestemmingsprocedures die het vrij verkeer kunnen belemmeren.

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

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

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

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

geschiktheid en proportionaliteit van het voorschrift meegenomen moeten worden bij de beoordeling of een dergelijk voorschrift gerechtvaardigd is.

Bij onderdeel g van artikel 8, eerste lid (verbieden van het aangaan van bepaalde vormen van dienstverlening of de verkoop van bepaalde goederen vanuit de Nederlandse vestiging van de onderneming aan bepaalde andere ondernemingen of bepaalde landen), kan het vrij verkeer van goederen (artikel 29 VWEU) en het vrij verkeer van diensten (artikel 56 VWEU) in het geding zijn evenals onder omstandigheden de Unieregelgeving inzake de gemeenschappelijke handelspolitiek. Hiervoor geldt eveneens dat een beroep op de openbare veiligheid gedaan kan worden (artikel 36 VWEU). Het HvJEU heeft een beroep op de openbare veiligheid in zaken op het gebied van handel in strategische gevoelige goederen en goederen voor tweërlei gebruik als gerechtvaardigd aanvaard aangezien "het risico van een ernstige verstoring van de buitenlandse betrekkingen of van het vreedzaam samenleven der volkeren de externe veiligheid van een lidstaat ongunstig kan beïnvloeden". In deze gevallen oordeelde het HvJEU dat artikel 36 VWEU zowel betrekking heeft op interne veiligheid als op externe veiligheid (zie arrest HvJEU van 4 oktober 1991, zaak C-367/89, Richardt, overwegingen 19-23 en arrest HvJEU van 17 oktober 1995, C-83/94, Leifer e.a., overwegingen 26-30).

Het voorschrift opgenomen in artikel 8, eerste lid, onder h, van het wetsvoorstel, komt in zekere mate overeen met kwesties die aan de orde kwamen in de arresten van het HvJ van 23 oktober 2007, Commissie/Duitsland (Volkswagen), zaak C-112/05, overwegingen 62-66, van 6 december 2007, Federconsumatori, gevoegde zaken C-463/04 en C-464/04, van 10 november 2011, Commissie/Portugal, zaak C-212/09, overwegingen 51-53 en van 4 december 1974, Van Duyn, zaak 41/74, overweging 24. Een aparte raad van commissarissen voor een Nederlandse dochtermaatschappij zou investeerders eventueel kunnen ontmoedigen en in die zin de vrijheid van kapitaalverkeer of de vrijheid van vestiging kunnen hinderen. Als al sprake is van een dergelijke mogelijke belemmering kan deze gerechtvaardigd worden door een dwingende reden van algemeen belang, de openbare veiligheid. Daarbij geldt dat de voorwaarde voldoet aan het vereiste van evenredigheid. Immers, de eis is enkel dat er een aparte raad van commissarissen is voor de Nederlandse dochter. Deze raad van commissarissen zal functioneren volgens het algemene vennootschapsrecht zoals dat in Nederland geldt en daarbij het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming voorop stellen. Daarbij dient hij de in aanmerking komende belangen van de stakeholders, waaronder de aandeelhouders, mee te wegen.

De voorschriften opgenomen in de onderdelen i, j en k, kunnen een belemmering van het vrij verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging betekenen, omdat hiermee beperkingen worden aangebracht in de omvang van de voorgenomen verwerving en de zeggenschap en invloed die hiermee wordt verkregen. In voorkomend geval kan hierdoor ook een voorgenomen fusie, zetelverplaatsing, et cetera, worden verhinderd. Zoals geduid in paragraaf 3.1.1 zullen deze gerechtvaardigd moeten zijn met een beroep op de openbare veiligheid en zullen ze proportioneel moet zijn en geschikt voor het doel. Deze voorschriften dienen tegen dezelfde standaard te worden beoordeeld als het mechanisme van de ex ante toetsing zelf (zoals hierboven heeft plaatsgevonden), met dien verstande dat deze voorschriften als mitigerend zijn bedoeld: zonder deze mogelijkheden zou een toetsing eerder leiden tot een volledig verbod, terwijl met deze voorschriften de verwerving wel kan plaatsvinden maar met aanzienlijke beperkingen. Dit draagt wel bij aan de proportionaliteit van het stelsel als geheel, maar zal bij de toepassing in het individuele geval ook proportioneel moeten zijn.

Dienstenrichtlijn

De dienstenrichtlijn is van toepassing op het voorgestelde toetsingskader. In het bijzonder de artikelen 9, 14, 15 en 16 van de dienstenrichtlijn zijn relevant in combinatie met de eisen die hoofdstuk III van de dienstenrichtlijn stelt aan vergunningstelsels. Het begrip nationale veiligheid zoals gedefinieerd in artikel 1 omvat de dwingende reden van algemeen belang van de openbare veiligheid, hetgeen een het opleggen van eisen en het invoeren van een vergunningstelsel als bedoeld in de artikelen 16, 15 en 9 van de dienstenrichtlijn kan rechtvaardigen. De onderbouwing van de rechtvaardiging voor de bevoegdheden die de minister heeft is hiervoor al opgenomen bij de toetsing aan de vrij verkeer bepalingen en hoeft hier niet te worden herhaald. De ex ante toetsing en de daarmee samenhangende bevoegdheden van activiteiten is gericht op het beschermen van de openbare veiligheid, de ex ante toetsing is noodzakelijk om onomkeerbare gevolgen voor de openbare veiligheid te vermijden en de ex ante toetsing is een geschikt middel om deze doelstelling realiseren. De meldingsprocedure en de daarmee samenhangende eisen zijn non-discriminatoire en maken geen onderscheid naar nationaliteit of vestigingsplaats. Overeenkomstig artikel 15, zevende lid, en artikel 39, vijfde lid, jo. artikel 16 van de

dienstenrichtlijn zullen de eisen en vergunningstelsels die binnen het toepassingsbereik van de dienstenrichtlijn vallen met de vereiste onderbouwing worden genotificeerd bij de Europese Commissie.

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

De eisen aan vergunningstelsels in hoofdstuk III van de dienstenrichtlijn worden gerespecteerd: de Dienstenwet is integraal van toepassing evenals bijbehorende implementatie hiervan in hoofdstuk III van de Dienstenwet. Bezien is of afgeweken moest worden van het principe van de van rechtswege verleende vergunning zoals geregeld in artikel 28 van de Dienstenwet en paragraaf 4.1.3.3 van de Algemene wet bestuursrecht. De conclusie is dat dat niet nodig is. In tegendeel het is expliciet van toepassing ook op die gevallen die buiten de dienstenrichtlijn vallen (zie artikel 6, vierde lid, van het wetsvoorstel).

3.1.3 FDI-screeningsverordening

Zoals in paragraaf 3.1.1. reeds werd aangegeven, dient het onderhavige wetsvoorstel te worden gezien in de context van de FDI-screeningsverordening. De verplichting die op Nederland rust om effectieve uitvoering te geven aan de FDI-screeningsverordening is opgepakt met het wetsvoorstel voor een Uitvoeringswet screeningsverordening buitenlandse directe investeringen (Kamerstukken II, 2019/20, nrs. 1-3). Tegelijkertijd bevat de FDI-screeningsverordening een aantal aanwijzingen waaraan de toetsingsmechanismen van de lidstaten moeten voldoen om passend te zijn in de kaders die de FDI-screeningsverordening stelt. Deze aanwijzingen komen overigens overeen met de eisen die het Hof van Justitie stelt aan voor het vrij verkeer belemmerende maatregelen en de internationale verplichtingen die de EU en de lidstaten zijn aangegaan in handelsverdragen. In deze paragraaf lopen we de aanwijzingen na die de FDI-screeningsverordening stelt en toetsen we of het wetsvoorstel past binnen deze aanwijzingen.

De FDI-screening stelt in artikel 3 enkele specifieke eisen ten aanzien van de screeningsmechanismen van de lidstaten. De eerste eis neergelegd in artikel 3, tweede lid, van de FDI-screeningverordening vergt dat de regels en procedures met betrekking tot de screeningmechanismen, met inbegrip van desbetreffende termijnen, transparant zijn en geen onderscheid maken tussen derde landen. Daarbij geldt ook de verplichting dat de lidstaten met name de omstandigheden vaststellen die de screening in gang zetten, de redenen voor screening en de geldende gedetailleerde procedurevoorschriften. Het voorliggende wetsvoorstel voldoet aan deze verplichtingen: het toepassingsbereik is vastgelegd en kenbaar via artikelen 1 tot en met 3 van het wetsvoorstel en de algemene maatregelen van bestuur die nog nader kunnen worden vastgesteld. De procedure is objectief kenbaar en non-discriminatoire: de processtappen, de termijnen, de beoordelingscriteria en de mogelijke voorschriften die aan het toetsingsbesluit kunnen worden verbonden, zijn objectief kenbaar en wettelijk vastgelegd en ook toegelicht (zie artikelen 6, 7 en 8 van het wetsvoorstel) aangevuld met de algemene kaders die gelden voor besluiten overeenkomstig de Awb. Het wetsvoorstel maakt geen enkel onderscheid naar nationaliteit of vestigingsplaats en is derhalve non-discriminatoire voor alle verwerfers, zowel uit derde landen, EU-lidstaten als Nederland.

De tweede eis neergelegd in artikel 3, derde lid, van de FDI-screeningverordening is dat lidstaten verplicht zijn termijnen toe te passen in het kader van hun screeningmechanismen en daarbij de mogelijkheid moeten inbouwen om rekening te houden met de in de artikelen 6 en 7 van de FDI-screeningverordening bedoelde opmerkingen van andere lidstaten en met de in de artikelen 6, 7 en 8 van de FDI-screeningverordening bedoelde adviezen van de Commissie. Het wetsvoorstel kent een regeling voor beslistermijnen waarbij rekening is gehouden met de mogelijkheid dat er opmerkingen en adviezen van respectievelijk andere lidstaten of de Europese Commissie worden ingediend die meegenomen moeten worden bij de beoordeling van de activiteit

en dus gevolgen kan hebben voor de beslistermijn (zie artikel 6 van het wetsvoorstel). In het bovengenoemde wetsvoorstel voor een Uitvoeringswet screeningsverordening buitenlandse directe investeringen is nader geregeld hoe deze informatie-uitwisseling en samenwerking in Nederland plaatsvindt.

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

De vierde eis neergelegd in artikel 3, vijfde lid, van de FDI-screeningsverordening verplicht rechtsbescherming open te stellen voor buitenlandse investeerders en de betrokken ondernemingen: zij dienen de mogelijkheid om tegen een screeningbesluit van de nationale autoriteiten in beroep te gaan. Het wetsvoorstel voldoet hieraan door tegen de besluiten van de minister bezwaar en vervolgens beroep bij de rechtbank Rotterdam (sector bestuursrecht) open te stellen. Hoger beroep is mogelijk bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (zie in dit verband ook artikel 30 van het wetsvoorstel).

De vijfde eis neergelegd in artikel 3, zesde lid, van de FDI-screeningsverordening eist dat de lidstaten die beschikken over een screeningmechanisme, zorgen voor de handhaving, wijziging of vaststelling van maatregelen die nodig zijn om het omzeilen van screeningmechanismen en screeningbesluiten op te sporen en te voorkomen. Het wetsvoorstel voldoet aan deze verplichting door volstrekt non-discriminatoir te zijn en geen onderscheid aan te brengen tussen directe investeringen uit een derde land, uit een EU-lidstaat of uit Nederland zelf. Daarmee is de inzet van gekunstelde juridische constructies om onder de kwalificatie uit te komen van buitenlandse investeerder als gedefinieerd in de FDI-screeningsverordening weinig zinvol. Ook bevat het wetsvoorstel uitgebreide mogelijkheden om informatie te achterhalen over de identiteit van achterliggende aandeelhouders/investeerders (zie met name artikelen 22 en 23 van het wetsvoorstel) en wordt ook gebruik gemaakt van mogelijkheden om bepaalde partijen te beschouwen als de geïdentificeerde aandeelhouder (zie onder andere artikel 11, negende lid, van het wetsvoorstel).

In tegenstelling tot de meer verplichtende elementen neergelegd in artikel 3, bevat artikel 4 van de FDI-screeningsverordening een aantal suggesties waar de lidstaten gebruik van kunnen maken bij het inrichten of aanpassen van en screeningsmechanismen. In artikel 4, eerste lid, onderdeel a, van de FDI-screeningsverordening geeft de Uniewetgever aan dat lidstaten bij de inrichting van hun screeningsmechanismen bij het bepalen van de gevolgen voor de openbare veiligheid of de openbare orde, rekening kunnen houden met de mogelijke gevolgen ervan voor onder meer kritieke infrastructuur, zowel fysiek als virtueel, waaronder infrastructuur voor energie, vervoer, water, gezondheid, communicatie, media, gegevensverwerking of -opslag, lucht- en ruimtevaart en defensie, verkiezingsinfrastructuur of financiële infrastructuur, en gevoelige installaties, alsmede grond en onroerend goed die van cruciaal belang zijn voor het gebruik van zulke infrastructuur. Zowel uit het toepassingsbereik van het wetsvoorstel neergelegd in artikelen 1 tot en met 3, alsmede de beoordelingsfactoren neergelegd in artikel 7 van het wetsvoorstel alsmede de mogelijke eisen en voorschriften die verbonden kunnen worden aan het toetsingsbesluit ingevolge artikel 8 van het wetsvoorstel blijkt dat de door Nederland gekozen benadering zeer goed aansluit bij de FDI-screeningsverordening. Hetzelfde geldt voor de kritieke technologieën en producten voor tweërlei gebruik als bepaald in artikel 2, punt 1, van Verordening (EG) nr. 428/2009 met inbegrip van artificiële intelligentie, robotica, halfgeleiders, cyberbeveiliging, lucht- en ruimtevaart, defensie, energieopslag, quantum- en nucleaire technologieën alsmede nano- en biotechnologieën die in artikel 4, eerste lid, onderdeel b, van de FDI-screeningsverordening worden genoemd. Het wetsvoorstel bevat voldoende aanknopingspunten en grondslagen om hier rekening mee te houden. Ook de voorziening inzake kritieke inputs, waaronder energie of grondstoffen, alsmede voedselzekerheid zoals genoemd in artikel 4, eerste lid, onderdeel c, van de FDI-screeningsverordening is meegenomen evenals de toegang tot gevoelige informatie, waaronder persoonsgegevens, of de mogelijkheid om zulke informatie te controleren als bedoeld in artikel 4, eerste lid, onderdeel d, van de FDI-screeningsverordening.

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

- of de buitenlandse directe investering direct of indirect onder zeggenschap staat van de overheid, met inbegrip van overheidsinstanties of strijdkrachten in een derde land, onder meer via eigendomsstructuur of aanzienlijke financiering. In het wetsvoorstel is hier uitdrukkelijk rekening mee gehouden (zie artikel 7, eerste lid, en tweede lid, onderdelen b en d, en derde lid, onderdelen b, c, d en e.).
- of de buitenlandse investeerder reeds betrokken is geweest bij activiteiten die gevolgen hebben voor de veiligheid of openbare orde van een lidstaat. In het wetsvoorstel is ook hier rekening mee gehouden (zie artikel 7, eerste lid, onderdeel b en d; tweede lid, onderdeel a, b en d; en derde lid).
- of er een ernstig risico bestaat dat de buitenlandse investeerder zich bezighoudt met illegale of criminele activiteiten. In het wetsvoorstel is dit ook meegenomen (zie artikel 7, eerste lid, onderdeel b en d; tweede lid, onderdelen a en d; en derde lid, onderdeel a, b en d).

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

3.1.4 Mededingingsrecht

Ten aanzien van de verhouding met het Europees mededingingsrecht zij opgemerkt dat de bevoegdheid van de minister om in een bepaald geval een verbod op te leggen of eisen of voorschriften te verbinden aan een activiteit, ter voorkoming van het verkrijgen van zeggenschap of van significatieve 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, L24) (hierna: EG-concentratieverordening).

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

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

In de FDI-screeningsverordening is ook expliciet stilgestaan bij de verhouding tussen het concentratietoezicht dat de Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten verrichten overeenkomstig de EG-concentratieverordening. Uit overweging 36 van de FDI-screeningsverordening valt af te leiden dat beide verordeningen en regimes naast elkaar bestaan. Het concentratietoezicht ingevolge verordening 139/2004 wordt door deze verordening onverlet gelaten. De toepassing van screeningsmechanismen (waartoe dus ook de toetsing op grond van dit wetsvoorstel zal gaan behoren) ingevolge deze verordening staat dus naast het concentratietoezicht ingevolge verordening 139/2004 en kan dus parallel aan dat toezicht plaatsvinden. Overweging 36 benadrukt dat deze mogelijkheid onder het concentratietoezicht om naast het concentratietoezicht andere maatregelen te treffen om andere belangen te waarborgen, in samenhang met de verordening moet worden uitgelegd: de verordening en de screeningsmechanismen die de lidstaten instellen of handhaven, zijn passend in de ruimte die artikel 21, vierde lid, van verordening 139/2004 biedt. Dit wetsvoorstel laat de toepassing van verordening 139/2004 onverlet.

3.1.5. Verhouding tot algemene verordening gegevensbescherming

Bij de toepassing van zijn bevoegdheden en het toetsen van een activiteit zal de minister in verschillende situaties geconfronteerd kunnen worden met persoonsgegevens en deze ook verwerken. Immers onder verwerking wordt op grond van artikel 4, onder 2, van Verordening (EU)

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

In artikel 22, eerste lid, van het wetsvoorstel is expliciet vastgelegd dat Onze Minister persoonsgegevens verwerkt in de zin van artikel 4, eerste lid van de algemene verordening gegevensbescherming voor zover dit noodzakelijk is voor de uitvoering van dit wetsvoorstel. Tevens is in artikel 22, derde lid, van het wetsvoorstel vastgelegd dat geïdentificeerde andere partijen (bestuursorganen, diensten, toezichthouders of andere personen) die gegevens verstrekken aan Onze Minister die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van dit wetsvoorstel. Gegevens worden slechts verwerkt voor zover dat nodig is voor de uitvoering van de wet. Dit wetsvoorstel zelf is gericht op het beschermen van de nationale veiligheid tegen de risico's die voorgenomen activiteiten met zich mee kunnen brengen. Daarmee is de noodzakelijk doelbinding zoals vereist in artikel 5, eerste lid, onderdeel b, van Verordening (EU) 2016/679 wettelijk vastgelegd en transparant.

De voor de uitvoering van dit wetsvoorstel relevante persoonsgegevens zijn rechtstreeks gerelateerd aan de beoordeling van de voorgenomen activiteit, namelijk het aangaan van een transactie waardoor zeggenschap of significante invloed wordt verkregen over een doelonderneming of vermogensbestanddelen van een ondernemingen die van wezenlijk belang zijn voor de continuïteit en weerbaarheid van vitale processen of die actief zijn op het gebied van sensitieve technologie. De voorafgaande melding en de bijbehorende beoordeling van de voorgenomen activiteit op de risico's van de voorgenomen activiteit voor de openbare veiligheid vergt dat de identiteit van de verwerver, de relaties van de verwerver met andere (geïdentificeerde) partijen en voor zover relevant de staat van dienst van de verwerver in relatie tot vitale processen en in relatie tot vertrouwelijkheids- en geheimhoudingsverplichtingen en wettelijke beperkingen inzake handelstransacties en investeringen met specifieke partijen, landen et cetera, transparant gemaakt wordt. Tot op zekere hoogte zal de beoordeling vergen dat deze informatie ook wordt verworven van de doelonderneming.

In veel gevallen zal de verwerver een rechtspersoon zijn. In zulke gevallen zal veel informatie betrekking hebben op de rechtspersoon zelf, zoals naam, registratienummer, aandeelhouderschap van de rechtspersoon en daarmee ook de natuurlijke personen die bepalend zijn voor het beleid van de onderneming, waaronder de leden van de raad van bestuur, de raad van commissarissen (of daarmee vergelijkbare functies) of sleutelfunctionarissen zoals de secretaris van de Raad van Bestuur of een *chief operating officer* van een productiefaciliteit. Ook kunnen de aandeelhouders van de betrokken verwervende onderneming natuurlijke personen zijn wiens identiteit en relaties met derden betrokken worden bij de beoordeling van de risico's voor de nationale veiligheid van de voorgenomen activiteit. Deze te verwerken persoonsgegevens zijn toereikend voor de uitvoering van dit wetsvoorstel en gekoppeld aan de beoordelingsfactoren die worden gebruikt om het risico voor de nationale veiligheid van een voorgenomen transactie te kunnen beoordelen (zie artikel 7 van het wetsvoorstel). Het beginsel van minimale gegevensverwerking zoals vastgelegd in artikel 5, eerste lid, onderdeel c, van de algemene verordening gegevensbescherming is toegepast. De verwerking van de hiervoor geschetste persoonsgegeven is proportioneel, omdat op geen andere wijze de risico's verbonden aan een voorgenomen activiteit kunnen worden beoordeeld, omdat deze risico's onlosmakelijk verbonden zijn aan invloedrelaties tussen natuurlijke personen, rechtspersonen, statelijke en niet-statelijke actoren en juist deze relaties in beeld gebracht dienen te worden. Door de persoonsgegevens gericht af te bakenen en strikt te gebruiken om relaties en beïnvloedingsmogelijkheden of -situaties in beeld te krijgen, is gaat de gegevensverwerking niet verder dan noodzakelijk is. Er is geen sprake van (semi) geautomatiseerde besluitvorming,

profilering of big dataverwerkingen, hetgeen ook de risico's voor disproportionele verwerking van persoonsgegevens beperkt.

De minister en de in artikel 22, derde lid, aangeduide partijen mogen gegevens verwerken op grond van artikel 6, eerste lid, onderdeel c en e, j^o artikel 6, derde lid, van de algemene verordening gegevensbescherming. Als gegevens verwerkt worden, is dit namelijk noodzakelijk om te voldoen aan de wettelijke verplichtingen. De verwerking is ook noodzakelijk voor de vervulling van een taak in het kader van de uitoefening van het openbaar gezag die aan de minister is opgedragen, namelijk het beoordelen van voorgenomen activiteiten op risico's voor de nationale veiligheid in samenspraak en samenwerking met andere instanties. Dat deze taak met dit wetsvoorstel is voorzien en geregeld is in lijn met de eerder behandelde FDI-screeningsverordening. Er is dus met dit wetsvoorstel zowel sprake van een lidstatelijk recht dat deze taak voorziet voor de Minister van Economische Zaken en Klimaat als een Unierechtelijk kader dat de lidstaten uitdrukkelijk machtigt en stimuleert om een dergelijke toetsingsstelsel te introduceren. Met deze kaders is voldaan aan het beginsel van rechtmatigheid van de gegevensverwerking zoals vereist onder artikel 5, eerste lid, onderdeel a, van de algemene verordening gegevensbescherming.

De algemene verordening gegevensbescherming eist dat persoonsgegevens juist zijn en zo nodig worden geactualiseerd en dat alle redelijke maatregelen moeten worden genomen om de persoonsgegevens die, gelet op de doeleinden waarvoor zij worden verwerkt, onjuist zijn, onverwijld te wissen of te rectificeren. Dit is het beginsel van "juistheid" zoals vastgelegd in artikel 5, eerste lid, onderdeel d, van de algemene verordening gegevensbescherming. Het belang van de juistheid van persoonsgegevens vanuit het perspectief van gegevensbescherming overlapt met het belang dat de minister bij het uitvoeren van zijn wettelijke taak om zo veel mogelijk duidelijkheid en zekerheid te verkrijgen over bijvoorbeeld de identiteit van een natuurlijke persoon die relevant of betrokken is bij de voorgenomen verwerving. Het wetsvoorstel gaat uit van een meldingsverplichting waarbij reeds door de verwerker of de doelonderneming de noodzakelijke informatie wordt verstrekt. Dit draagt bij aan het bevorderen van de juistheid van de informatie. Tegelijkertijd kunnen op grond van artikel 22, tweede lid, van het wetsvoorstel gegevens worden betrokken van registers, in het bijzonder basisregistraties zoals het handelsregister. Voor deze informatie geldt dat wettelijk gezien een hoge mate van betrouwbaarheid aan deze gegevens mag worden toegekend. Het wetsvoorstel kent ook in geval van een beursgenoteerde onderneming een mechanisme waarbij met gebruikmaking van procedures en professionele partijen in het effectenverkeer, zo veel mogelijk de correcte identiteit van een houder van zeggenschap of significante invloed kan worden achterhaald (zie artikel 23, tweede tot en met zesde lid, van het wetsvoorstel). Ook verstrekt de onderneming aan Onze Minister op verzoek om niet een uittreksel uit het door de onderneming gehouden register met betrekking tot een recht op een aandeel, als bedoeld in artikel 85 en 194 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek zoals voorzien in artikel 23, eerste lid, van het wetsvoorstel. Ook dit draagt bij aan de juistheid van de informatie. Tot slot geldt op grond van artikel 3:2 van de Awb dat de minister en de verantwoordelijke en bevoegde ambtenaren het zorgvuldigheidsbeginsel toepassen. Dat vergt dat bij geconstateerde fouten - al dan niet op aangeven van de belanghebbende - correcties zullen worden doorgevoerd.

Voor de verwerking van persoonsgegevens geldt ook een opslagbeperking (zie artikel 5, eerste lid, onderdeel e, van de algemene verordening gegevensbescherming). Dit beginsel van opslagbeperking vergt dat persoonsgegevens niet langer worden bewaard dan noodzakelijk is voor de verwerking. De minister bewaart persoonsgegevens niet langer dan noodzakelijk is voor de behandeling van de zaak. Verder is de minister verplicht om zich aan de termijnen uit de Archiefwet te houden. Dat betekent dat de minister in het departementale archief de documenten bewaart tot volgens de Archiefwet de gegevens of documenten moeten worden vernietigd. De gegevens worden 15 jaar na het onherroepelijk worden van het besluit of afsluiten van de zaak vernietigd. Relevante documentatie zal worden overgedragen naar het Nationaal Archief.

De algemene verordening gegevensbescherming vergt dat de persoonsgegevens onder meer beschermd zijn tegen ongeoorloofde of onrechtmatige verwerking en tegen onopzettelijk verlies, vernietiging of beschadiging. Het gaat dan om het beginsel van integriteit en vertrouwelijkheid. De verwerker moet passende maatregelen treffen om hier aan te voldoen, met inbegrip van technische en organisatorische maatregelen (zie artikel 5, eerste lid, onderdeel f, van de algemene verordening gegevensbescherming). Ook hieraan wordt voldaan. De gegevensverwerkingen (van

de in artikel 22 benoemde betrokken partijen vinden plaats in een beveiligde werkomgeving binnen het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat in Den Haag. Op basis van de FDI-screeningsverordening moet vervolgens bepaalde informatie via een beveiligde informatiesysteem naar andere lidstaten en de Europese Commissie worden verstuurd. De ambtenaren die deze verwerkingen verrichten vervullen een vertrouwensfunctie in de zin van de Wet veiligheidsonderzoeken en zijn derhalve getoetst. De ambtelijke organisatie die onder de Minister van Economische Zaken en Klimaat uitvoering geeft aan dit wetsvoorstel werkt met een beveiligd en versleuteld informatiesysteem tussen de instanties die informatie verstrekken en de betrokken minister, en tussen de betrokken minister en de ambtelijke organisatie van het meldpunt. Dit systeem is in staat om gerubriceerde informatie beveiligd langs elektronisch weg te delen. Tot slot zullen besluiten op grond van dit wetsvoorstel enkel bekend worden gemaakt aan belanghebbenden.

In lijn met de verplichting van artikel 5, tweede lid, van de algemene verordening gegevensbescherming is de minister in artikel 22, elfde lid, aangewezen als verwerkingsverantwoordelijke. De minister is echter niet de enige die in het kader van deze wet persoonsgegevens zal verwerken. Er worden afspraken gemaakt over de wijze van verwerking van persoonsgegevens, zodat deze op eenduidige wijze plaatsvindt, zowel door de verschillende verantwoordelijke 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.

In het twaalfde lid is ten slotte een verwerkingsgrondslag opgenomen voor het delen van in het kader van dit wetsvoorstel verkregen gegevens met de andere bij de besluitvorming betrokken bewindspersonen. Deze gegevens kunnen ook persoonsgegevens bevatten. De Minister van Economische Zaken en Klimaat ontvangt in het kader van de melding, bedoeld in artikel 5, en op grond van artikel 22, tweede tot en met zevende lid, de nodige informatie om een bepaalde activiteit te kunnen beoordelen op risico's voor de nationale veiligheid. Deze beoordeling doet hij echter niet alleen. Op grond van artikel 4, tweede lid, neemt de minister het toetsingsbesluit in overeenstemming met de Minister van Justitie en Veiligheid en, indien van toepassing, de beleidsmatig verantwoordelijke minister. Ook is in artikel 4, derde lid, bepaald dat de minister, indien nodig, andere ministers kan raadplegen (zie ook de toelichting bij artikel 4). Deze ministers kunnen alleen maar een beoordeling doen of een advies geven, indien zij ook de benodigde informatie hebben over de specifieke activiteit. Deze informatie kan persoonsgegevens bevatten. Daarom bevat het twaalfde lid een grondslag voor de Minister van Economische Zaken en Klimaat om persoonsgegevens met deze andere ministers te delen, indien dat voor hen nodig is om een bepaalde activiteit te kunnen beoordelen, dan wel de minister te adviseren indien hij hier op grond van artikel 4, derde lid, om vraagt.

Zoals blijkt uit artikel 22, derde lid, onderdeel c, van het wetsvoorstel kunnen strafrechtelijke persoonsgegevens verwerkt worden, zoals justitiële informatie over veroordelingen op basis van de Wet op de economische delicten of het Wetboek van strafrecht. Het doorgeven en verwerken van deze strafrechtelijke persoonsgegevens moet overeenkomstig overweging 19, eerste alinea, van de algemene verordening gegevensbescherming onder de algemene verordeningen worden beoordeeld en niet onder Richtlijn (EU) 2016/680 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door bevoegde autoriteiten met het oog op de voorkoming, het onderzoek, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten of de tenuitvoerlegging van straffen, en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Kaderbesluit 2008/977/JBZ van de Raad.

Bij het gebruik van justitiële gegevens gaat het expliciet niet om alle justitiële informatie, maar uitsluitend die informatie die relevant is voor de beoordeling of er sprake kan zijn van een risico voor de nationale veiligheid. Om die reden is het criminele verleden van een verwerker opgenomen als beoordelingscriterium in artikel 7. Bepaalde delicten kunnen immers relevant zijn voor de beoordeling of een activiteit die betrekking heeft op een doelonderneming die een wezenlijk belang vormt voor de weerbaarheid en continuïteit van een vitaal proces kan leiden tot een risico voor de nationale veiligheid.

Ook kunnen bepaalde delicten relevant zijn voor de beoordeling of een activiteit die betrekking heeft op een doelonderneming die actief is op het gebied van sensitieve technologie kan leiden tot een risico voor de nationale veiligheid. Bijvoorbeeld, als een verwerker is veroordeeld voor het schenden van geheimen of meened, dan kan dit reden zijn om bij een verwerving van sensitieve

technologie risico's voor de nationale veiligheid te vermoeden. Hoewel veel veroordelingen vooral in onderlinge samenhang met andere beoordelingscriteria bezien zullen worden, kunnen ze in specifieke gevallen ook aanleiding geven voor het opleggen van eisen en voorschriften. In het geval van een veroordeling voor het schenden van geheimen kan er bijvoorbeeld reden zijn om een vertrouwenscommissie in te stellen (op grond van artikel 8 onderdeel b van het wetsvoorstel) of om op te leggen dat bepaalde technologie, broncode of kennis bij de staat of een derde partij in Nederland in bewaring wordt gegeven (op grond van artikel 8, eerste lid, onderdeel c, van het wetsvoorstel). Op grond van artikel 7, eerste lid, onderdeel c, kan een veroordeling ook zelfstandig aanleiding geven voor het verbieden van een activiteit. In dit geval moet er een duidelijke relatie bestaan tussen een veroordeling en de activiteit. Denk hierbij bijvoorbeeld aan een veroordeling voor een misdrijf tegen de staat of het financieren van terrorisme en een voorgenomen activiteit in een kerncentrale. Uiteindelijk is iedere risicoafweging en eventuele eisen en voorschriften of verbod natuurlijk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Ook zullen de meldingsplichten bij melding van een activiteit gevraagd worden naar hun crimineel verleden. Deze informatie zal gecontroleerd worden aan de hand van de beschikbare justitiële gegevens. Daarnaast worden ook strafvorderlijke gegevens meegenomen in de beoordeling of een activiteit een risico vormt voor de nationale veiligheid. Het kan immers het geval zijn dat er een onderzoek loopt naar mogelijke criminele zaken waarbij een verwerper betrokken is, die relevante informatie kunnen opleveren voor de beoordeling of een activiteit een risico kan vormen voor de nationale veiligheid. Hierbij is het vanzelfsprekend zo dat bij strafvorderlijke gegevens wordt meegenomen dat een verdachte onschuldig is zolang het tegendeel niet bewezen is. Niettemin kunnen strafvorderlijke gegevens wel relevante feiten bevatten die meegewogen kunnen worden in het toetsingsbesluit. Het uiteindelijke toetsingsbesluit ziet immers niet op de strafrechtelijke vraag of er een strafbaar feit begaan is, maar op de vraag of er een risico bestaat voor de nationale veiligheid. Dezelfde strafvorderlijke feiten kunnen hierbij weliswaar zeer relevant zijn in beide vraagstellingen, maar worden op een andere manier gewogen. Tegen het uiteindelijk toetsingsbesluit zal ook altijd bezwaar en beroep mogelijk zijn.

3.1.6. Handvest grondrechten van de Europese Unie

Het wetsvoorstel bevat een verwijzing in de definitie van nationale veiligheid naar de rechtvaardigingsgronden van de artikelen 346, eerste lid, onderdeel a, 52, eerste lid, en 65, eerste lid, onderdeel b, van het VWEU. Uit artikel 51, eerste lid, van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Handvest van 7 december 2000, PbEG 2000, C 364, zoals laatstelijk gewijzigd op 12 december 2007, PbEU 2007, C 303) (hierna: Handvest) en de jurisprudentie van het HvJ (zie de arresten van het HvJ van 17 juli 1997, zaak C-28/95, Leur-Bloem, overwegingen 28-34 en van 30 april 2014, zaak C-390/12, Pflieger, overwegingen 30-36) volgt dat in zo'n geval het Handvest van toepassing is. Een nationale regeling, die de uitoefening van een of meerdere door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden blijkt te belemmeren, kan slechts in aanmerking komen voor de in het Europees recht neergelegde uitzonderingen om die belemmering te rechtvaardigen voor zover dat in overeenstemming is met de grondrechten waarvan het HvJ de eerbiediging verzekert (zie de hiervoor aangehaalde zaak C-390/12, Pflieger, overweging 36).

In het licht hiervan verdienen enkele grondrechten neergelegd in het Handvest bijzondere aandacht. Artikel 17 van het Handvest beschermt het recht op eigendom. De bescherming die deze bepaling biedt, komt overeen met de bescherming zoals geboden door artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (hierna aangeduid als artikel 1, Eerste protocol, EVRM) (zie in dit verband artikel 52, derde lid, van het Handvest en de toelichting bij artikel 17 opgenomen in de toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten, PbEU 2007, C 303, blz. 17 en verder). In paragraaf 3.2.1 wordt uitgebreid stilgestaan bij de verenigbaarheid met het EVRM, in het bijzonder artikel 1, Eerste Protocol, EVRM. Die analyse is mutatis mutandis ook van toepassing op de verenigbaarheid met artikel 17 van het Handvest.

Naast artikel 17 van het Handvest, verdient ook artikel 16 van het Handvest bijzondere aandacht. Dit grondrecht beschermt de vrijheid van ondernemerschap. Dit recht is niet absoluut: de overheid kan in het algemeen belang op een groot aantal wijzen op deze vrijheid ingrijpen, door het stellen van beperkingen aan de uitoefening van de economische activiteit (zie arrest van het HvJEU van 28 november 2013, zaak C-348/12 P, Kala Naft, overwegingen 121-123). In de hiervoor opgenomen paragrafen 3.1.1. en 3.1.2. is stilgestaan bij de verenigbaarheid van het wetsvoorstel en de daarin neergelegde bevoegdheden en verplichtingen voor verwerpers en ondernemingen. Overeenkomstig de jurisprudentie van het HvJEU geldt een toetsing van de wettelijke voorschriften aan de vrij verkeerbepalingen van het VWEU ook als een toetsing aan de verenigbaarheid met

artikel 16 van het Handvest (zie de hiervoor aangehaalde zaak C-390/12, *Pfleger*, overweging 64). Het wetsvoorstel is derhalve ook verenigbaar met artikel 16 van het Handvest.

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

Ten aanzien van het recht op de bescherming van persoonsgegevens regelt artikel 22 de grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens. Tevens is in het wetsvoorstel voorzien in een wettelijke grondslag en doelbinding voor de verwerking van persoonsgegevens. Zoals hiervoor is uitgelegd, zijn de Europese kaders voor de verwerking en bescherming van persoonsgegevens onverminderd van toepassing. Ten aanzien van de vrijheid van meningsuiting en informatie dat ook het recht op het kennis nemen van informatie omvat, kan worden opgemerkt dat de Eurowob en de Wob integraal van toepassing zijn en dus op deze wijze het verkrijgen van informatie mogelijk is. De Eurowob is in deze context relevant, omdat de Europese Commissie in het kader van de toepassing van de bevoegdheden van dit wetsvoorstel op grond van de FDI-screeningsverordening bevoegd is aanvullende informatie op te vragen en opmerkingen en adviezen in te dienen die de minister kan laten meewegen bij besluiten op grond van dit wetsvoorstel. Een uitgebreidere toelichting hierover is opgenomen in de Memorie van Toelichting bij de Uitvoeringswet screeningsverordening buitenlandse directe investeringen (Kamerstukken II, 2019/20, 35 502, nr. 3). De Wob is onverminderd van toepassing op de handelingen van de Nederlandse overheid op grond van dit wetsvoorstel. Evenmin verhindert dit wetsvoorstel de vrijheid van meningsuiting of legt daar enige beperking aan op. Tot slot laat het wetsvoorstel de bestaande rechtsbescherming onverlet.

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

3.2.1. Algemeen

Het wetsvoorstel bevat een aantal voorschriften en procedures die het functioneren van de verwervers en doelondernemingen inkaderen en de mogelijkheid om in doelondernemingen te investeren of andere vormen van activiteiten te verrichten zoals voorzien in dit wetsvoorstel. De mogelijke risico's met 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 de 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 verwerker en de doelonderneming. Het wetsvoorstel bevat daarnaast bevoegdheden waarbij onder omstandigheden sprake kan zijn van een zodanige aantasting van het ongestoord genot van eigendom van de verwerker of doelonderneming dat dit kan leiden tot een de facto ontneming van eigendom. Vanuit deze benadering verdienen de meest ver gaande bevoegdheden in het wetsvoorstel bijzondere aandacht. Het gaat om het opleggen van (1) een verbod van een bepaalde voorgenomen activiteit, (2) de mogelijkheid een voorgenomen activiteit toe te staan en daaraan bepaalde typen voorschriften te verbinden die in dit wetsvoorstel zijn voorzien, (3) de mogelijkheid om zelfs als een activiteit eerder werd toegestaan, wegens een zwaarwegend risico voor de nationale veiligheid ingegeven door feiten die zich voordoen nadat een toetsingsbesluit is genomen, de activiteiten opnieuw te beoordelen en op basis van deze beoordeling een nieuw toetsingsbesluit te nemen, en (4) de mogelijkheid om voor activiteiten die zijn verricht na 2 juni 2020 en voorafgaand aan de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel te gelasten dat deze gemeld moeten worden en worden beoordeeld en onderworpen aan een besluit overeenkomstig dit wetsvoorstel.

Ook de gevolgen verbonden aan het niet melden van een voorgenomen activiteit overeenkomstig dit wetsvoorstel, aan het melden van een voorgenomen activiteit waarbij onjuiste of vervalste informatie werd verstrekt of aan het niet-nakomen van voorschriften verbonden aan het besluit waarbij de voorgenomen activiteit werd toegestaan, zijn van invloed op het ongestoord genot van eigendom door de verwerver of de doelonderneming.

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

Tegelijkertijd erkent het EHRM dat ter borging van het algemeen belang het reguleren en aan beperkingen onderwerpen van eigendom en het gebruik daarvan, legitiem kan zijn mits een aantal voorwaarden in acht worden genomen. De wetgever komt volgens het EHRM in deze een ruime beoordelingsmarge toe. Een inbreuk op het eigendomsrecht is gerechtvaardigd wanneer er sprake is van regulering van eigendom en deze aan de legaliteitstoets, de legitimiteitstoets en de evenredigheidstoets ("fair balance") voldoet. Op deze voorwaarden wordt in paragraaf 3.2.1.2 nader ingegaan. Voor zover wat bevoegdheden betreft waarbij onder omstandigheden sprake kan zijn van een zodanige aantasting van het ongestoord genot van eigendom van de verwerver of doelonderneming dat dit kan leiden tot een de facto ontneming van eigendom, wordt stilgestaan in paragraaf 3.2.1.3.

3.2.2 Regulering van eigendom

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

In het wetsvoorstel worden beperkingen gesteld aan de mogelijkheid activiteiten te verrichten die leiden tot wijziging in de zeggenschap of tot verkrijging of vergroting van significante invloed in specifieke doelondernemingen of het verwerven van zeggenschap via bezit of significante invloed over vermogensbestanddelen van deze doelondernemingen. Deze activiteiten zullen veelal bestaan uit het vergroten of verkrijgen van een aandeelhouderschap in een doelonderneming. Aandelen (en daarmee ook de rechten die daarmee verband houden) worden gezien als "possession" in de zin van het Eerste Protocol EVRM. Zij vertegenwoordigen namelijk de economische waarde van een onderneming. De bescherming van het eigendomsrecht in het Eerste Protocol heeft immers een breed bereik. Voor aandeelhouders geldt echter dat zij zich slechts in uitzonderlijke gevallen op een schending van artikel 1, Eerste Protocol, EVRM kunnen beroepen (EHRM, Agrotexim v. Griekenland, arrest van 26 september 1995, overwegingen 64-66). Dit is alleen anders voor zover de wettelijke beperkingen specifiek zien op een rechtstreekse aantasting of beperking van de rechten die een aandeelhouder normaliter toekomt (zie EHRM, Agrotexim v. Griekenland, arrest van 26 september 1995, overweging 62).

Voor wat betreft vermogensbestanddelen geldt overeenkomstig vaste jurisprudentie van het EHRM dat een zeer ruime categorie van vermogensbestanddelen onder de bescherming van artikel 1, eerste protocol EVRM valt. Het moet daarbij wel gaan om eigendom dat reeds in het bezit is van de betrokken partij of waarvan in voldoende mate gerechtvaardigd vertrouwen is dat dit eigendom en het genot ervan verkregen zal worden (zie onder andere EHRM, Von Maltzan and Others, arrest van 2 maart 2005, overweging 74). Artikel 1, eerste protocol, EVRM beschermt overigens niet het recht op het verwerven van eigendom (zie EHRM, Van der Mussele v. België, arrest van 23

november 1983, Series A no. 70, overweging 48). Dit in tegenstelling tot de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van kapitaal onder het EU-recht.

Het wetsvoorstel voorziet primair in een ex ante toetsing van het verrichten van activiteiten die kunnen leiden tot een wijziging in de zeggenschap over of de verwerving van een significante invloed in de doelonderneming. Deze ex ante toetsing geldt ook voor het verwerven van zeggenschap via bezit of significante invloed over vermogensbestanddelen van deze doelondernemingen. De verplichting tot het voorleggen van de voorgenomen activiteit en de procedure voor de beoordeling hiervan is geregeld in de artikelen 4 tot en met 8 van het wetsvoorstel. Zoals hierboven reeds is toegelicht, beschermt artikel 1, eerste protocol, EVRM niet het recht op het verwerven van eigendom. Ook geldt dat wetgevende maatregelen die in algemene zin (de waarde van) eigendommen kunnen aantasten in de jurisprudentie van het EHRM in beginsel worden aangemerkt als regulering en niet direct gelijk gesteld kunnen worden aan onteigening (Besluit van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens van 9 maart 1989, zaak Banér v. Zweden, Application Nr. 11763/85, punt 5, derde alinea). Het feit dat de onderdelen verbonden aan het recht van eigendom worden beperkt, maakt deze beperkingen niet tot een vorm van onteigening (EHRM, Sporrang and Lönnroth, arrest van 23 september 1982, Series A no. 52, overwegingen 60-63). Het verbinden van voorschriften aan een (positief) toetsingsbesluit waarmee de verwerven zijn activiteit (alsnog) kan ontplooiën, is derhalve als zodanig geen aantasting van het eigendomsrecht die verder gaat dan een vorm van regulering van eigendom, zelfs als deze voorschriften stevige beperkingen op of aantastingen van de uitoefening van het eigendomsrecht kunnen inhouden (zie o.a. EHRM, Chassagnou, arrest van 29 april 1999, Applications nos. 25088/94, 28331/95 en 28443/95, overwegingen 74, en EHRM, S.A. BIO D'ARDENNES, arrest van 12 november 2019, Application Nr. 44457/11, overwegingen 47-49 en EHR, Malfatto, arrest van 6 oktober 2016, Applications nr. 40886/06 en nr. 51946/07, overwegingen 60-61).

Het wetsvoorstel kent ook diverse bepalingen die voorzien in bepaalde juridische effecten en bevoegdheden in geval de wettelijke verplichting om een voorgenomen activiteit ter toetsing voor te leggen aan de minister niet wordt nagekomen (zie artikel 9, artikel 17, eerste lid, onderdeel a en tweede lid, artikel 18 tot en met 20). Ook kent het wetsvoorstel vergelijkbare juridische effecten en bevoegdheden in geval een activiteit plaatsvindt in strijd met een toetsingsbesluit waarbij de voorgenomen activiteit werd verboden of een instemming verbonden werd aan de naleving van bepaalde opgelegde voorschriften (zie artikel 8, tweede, vijfde tot en met zevende lid, en artikelen 11 tot en met 20). Voor deze juridische effecten en bevoegdheden geldt volgens de jurisprudentie van het EHRM dat dergelijke effecten en bevoegdheden die het genot van het eigendom kunnen aantasten een vorm van regulering van eigendom zijn die een doelstelling van algemeen belang nastreven, namelijk het afdwingen van de naleving van wettelijke verplichtingen die in het algemeen belang zijn opgelegd in het kader van het genot van eigendom (zie o.a. EHRM, Raimondo, arrest van 22 februari 1994, Application Nr. 12954/87, overwegingen 28-30; en EHRM, International Bank of Commerce for Development AD, arrest van 2 juni 2016, Application nr. 7031/05, overweging 123).

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

Een inperking van eigendomsrechten dient daarnaast in overeenstemming te zijn met het "fair balance" vereiste. Bij de afweging of er bij dit wetsvoorstel inderdaad sprake is van een "fair balance" dient de afweging op twee niveaus plaats te vinden. Allereerst op het niveau van de wettelijke regeling: is er een redelijke mate van evenredigheid tussen de gebruikte middelen en

het doel dat ermee wordt nagestreefd, dat wil zeggen een redelijke verhouding ("fair balance") op het wettelijk niveau tussen de bescherming van individuele rechten en het algemeen belang. Ten tweede op individueel niveau: ook al is de wetgever binnen de hem toekomende ruime beoordelingsmarge gebleven en is er op het niveau van de regelgeving derhalve sprake van een "fair balance", dan nog is er geen proportionaliteit als een bepaald individu een buitensporige last draagt ("individual and excessive burdens"). Ten aanzien van de "fair balance" test op wettelijk niveau kan worden verwezen naar paragraaf 2.3 van deze toelichting waar is stilgestaan bij de mogelijkheden om minder zware vormen van regulering toe te passen en de mogelijkheden die ondernemingen zelf hebben om maatregelen te treffen tegen ongewenste activiteiten zoals gedefinieerd in dit wetsvoorstel. Er zijn geen mogelijkheden voor het treffen van minder ingrijpende voorzieningen om bovengenoemde belangen te beschermen. Wat betreft de proportionaliteit op individueel niveau geldt dat alle (toekomstige) aandeelhouders op dezelfde manier worden behandeld, hetgeen niet leidt tot een verboden individuele en buitensporige last. Het EHRM weegt bovendien bij het bepalen of er sprake is van een "fair balance" in hoeverre klagers zich welbewust in een risicovolle positie hebben laten brengen. In dat verband wordt ook wel gesproken over actieve en passieve risico-aanvaarding. In dit wetsvoorstel is op voorhand duidelijk met welke wettelijke beperkingen en criteria de verwervers en doelondernemingen rekening moeten houden en welke bevoegdheden de minister heeft. Op het moment dat de aandeelhouder zich niet aan de wettelijke regeling houdt, aanvaardt hij actief het risico dat de minister hem verbiedt de aan zijn aandelen verbonden rechten uit te oefenen of hem een last tot verkoop van zijn aandelen oplegt. Ieder verwerper of doelonderneming die een activiteit verricht als bedoeld in artikel 2 wordt onderworpen aan dezelfde toets. De verwervers van zeggenschap of significante invloed onderscheiden zich bovendien onvoldoende van andere aandeelhouders, et cetera, om te spreken van een onevenredige, excessieve last.

Meer specifiek ten aanzien van de proportionaliteit kan worden opgemerkt dat verwervers en doelondernemingen weliswaar niet geheel vrij zijn om activiteiten te verrichten, maar de wettelijke regeling zoals voorzien in dit wetsvoorstel handhaaft wel degelijk de vrijheid om te investeren, fusies aan te gaan, et cetera. De verwerper en doelonderneming is gerechtigd om zelf de aandelen of vermogensbestanddelen te vervreemden, of een fusie of gemeenschappelijke onderneming aan te gaan, zelfs als de minister op grond van artikel 8, eerste lid, van het wetsvoorstel voorschriften verbindt aan de activiteit. Ook in het geval het voorschrift inhoudt dat het voorgenomen aandelenbelang van de verwerper gecertificeerd dient te worden (artikel 8, eerste lid, onderdeel j) blijft de verwerper onderscheidenlijk de doelonderneming belangrijke aspecten verbonden aan het eigendomsrecht genieten. Dit is zelfs het geval wanneer de minister op grond van artikel 11 opdraagt de zeggenschap of de significante invloed terug te brengen of te beëindigen binnen een redelijke termijn. Er is dus nog wel de mogelijkheid om over het eigendom van de aandelen, de vermogensbestanddelen of de onderneming te beschikken. De termijn daarvoor moet wel zodanig lang zijn dat de degene die het desbetreffende eigendom, vermogensbestanddeel of onderneming moet afstoten, de mogelijkheid heeft het tegen redelijk normale voorwaarden en prijs te vervreemden. Het eigendom gaat niet verloren. In beide gevallen blijft bovendien het recht op dividend intact zo lang de aandeelhouder de wettelijke verplichtingen respecteert.

Wat betreft de toepassing van artikel 11 wordt nog opgemerkt dat er geen sprake is van onteigening of confiscatie door een overheidslichaam omdat de verwerper de gelegenheid krijgt om de zeggenschap of significante invloed eerst zelf terug te brengen of te beëindigen binnen een redelijke termijn en pas daarna de minister bevoegd is om dat zelf te doen (of de doelonderneming op aanwijzing van de minister). In die laatste gevallen gaat de eigendom niet over op de staat, maar wordt het eigendom verkocht aan een derde en krijgt de voormalige verwerper de opbrengst van de verkoop. Er is ook hier dus sprake van regulering van eigendom. Dit vindt steun in de volgende arresten van het EHRM: EHRM, *Tre Traktor Aktieblog v. Zweden*, arrest van 7 juli 1989, Application 10873/84, overwegingen 54 en 55, EHRM, zaak *Posti en Rahko v. Finland*, arrest van 24 september 2002, Application 27824/95, overwegingen 76 en 77 en EHRM, de zaak *Denimark (Denimark Limited and 11 Others v. the United Kingdom)*, Application 37660/97, arrest van 26 September 2000, blz. 9 en 10).

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

Het wetsvoorstel kent twee bevoegdheden waarbij er onder omstandigheden sprake kan zijn van een zodanige aantasting van het genot van eigendom dat er sprake kan zijn van een vorm van

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

De eerste bevoegdheid ziet op de bevoegdheid van de minister om zelfs als een activiteit eerder werd toegestaan, wegens een zwaarwegend risico voor de nationale veiligheid ingegeven door feiten die zich voordoen nadat een toetsingsbesluit is genomen, de activiteiten opnieuw te beoordelen en op basis van deze beoordeling een nieuw toetsingsbesluit te nemen (artikel 10 van het wetsvoorstel). Dit nieuwe toetsingsbesluit 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 hernieuwde toetsingsbesluit in ultimo met zich meebrengen dat de activiteit moet worden beëindigd (zie artikel 10 en artikel 11, zesde lid, van het wetsvoorstel).

Deze bevoegdheid is met extra waarborgen omkleed ten opzichte van de reguliere (ex ante) toetsing: a) er moet sprake zijn van een zwaarwegend risico voor de nationale veiligheid; b) een zwaarwegend risico voor de nationale veiligheid is alleen aanwezig als een potentiële maatschappelijke ontwrichting kan plaatsvinden met economische, sociale of fysieke gevolgen of er een directe toegenomen reële bedreiging van de Nederlandse soevereiniteit is ontstaan; c) de minister moet handelen binnen zes maanden nadat dit zwaarwegend risico bekend is; d) de bestuursrechtelijke voorzieningenrechter beoordeelt voorafgaand of aan deze voorwaarden is voldaan. Naast deze extra waarborgen blijven de eisen voor een beoordeling en toetsingsbesluit onverminderd van toepassing en zal de minister gehouden zijn rekening te houden met het proportionaliteitsbeginsel en in dit specifiek geval het beginsel van rechtszekerheid in het licht van de veelal onvoorzienbare toepassing van deze bevoegdheid. Dat heeft tot gevolg dat bij een (hernieuwde) toetsing de minister in de meeste gevallen zo veel mogelijk zal trachten door middel van aanvullende voorschriften het risico te mitigeren. Alleen als deze aanvullende voorschriften gelet op hun uitwerking een zodanige aantasting van het eigendomsrecht opleveren in het licht van ook de gerechtvaardigde verwachtingen dat er sprake is van een de facto ontneming van eigendom of als het veiligheidsrisico zodanig is dat de activiteit beëindigd moet worden, dan ontstaat een schadevergoedingsplicht voor de staat.

Deze verplichting is niet absoluut noch ongeclausuleerd: zoals reeds in paragraaf 3.2.1.2. 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 de gedwongen afstoting een prijsdrukkend effect kan optreden. Ook als de minister zelf de beëindiging van de activiteit ter hand neemt, komt de waarde van een verkooptransactie ten goede aan de oorspronkelijke eigenaar of verwerver. Het verschil tussen de gerealiseerde waarde en de marktwaarde die op het moment van het opleggen van besluit gold is de waarde die in ieder geval vergoed moet worden. Daarnaast dienen bijkomende factoren te worden meegenomen in hoeverre de activiteit bijvoorbeeld ook zag op een integratie van ondernemingen waardoor bijkomende kosten voor de desintegratie worden gemaakt.

De tweede bevoegdheid ziet op de mogelijkheid om voor activiteiten die zijn verricht na 2 juni

2020 en voorafgaand aan de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel te gelasten dat deze gemeld moeten worden en worden beoordeeld en onderworpen aan een besluit overeenkomstig dit wetsvoorstel. Dit is geregeld in artikel 32 van dit wetsvoorstel en hangt onlosmakelijk samen met de brief van 2 juni 2020, Kamerstukken II, 2019/20, 30 821, nr. 113, waarin kenbaar is gemaakt dat investeringstoetsing met terugwerkende kracht wordt ingevoerd vanaf de formele peildatum 2 juni 2020. Het opnemen van de peildatum 2 juni 2020 in artikel 32 van dit wetsvoorstel heeft tot gevolg dat activiteiten na inwerkingtreding van de wet, die vanaf 2 juni 2020 zijn gedaan, met terugwerkende kracht getoetst kunnen worden wanneer daar vanuit de bescherming van onze nationale veiligheid aanleiding voor is. Daarmee wordt het tevens mogelijk om strategisch (ontduikings)gedrag van ondernemingen of investeerders te voorkomen.

In tegenstelling tot de bevoegdheid neergelegd in artikel 10 van dit wetsvoorstel speelt het gerechtvaardigd vertrouwen minder zwaar, omdat voornoemde Kamerbrief op hoofdlijnen reeds kenbaar heeft gemaakt dat een dergelijke beoordeling met terugwerkende kracht kan plaatsvinden en er niet reeds eerder een inhoudelijke toetsing van de activiteit heeft plaatsgevonden. Dat rechtvaardigt ook een minder strenge wettelijke inkadering dan bij artikel 10. Voor het overige blijft ook bij de toepassing van artikel 32 een grote mate van terughoudendheid het uitgangspunt, met name op het punt van het verbieden van een activiteit.

Nu het bestaan van de verplichting tot schadevergoeding en de omvang ervan sterk afhankelijk is van de specifieke feiten van het geval, voorziet het wetsvoorstel zelf niet 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.

3.2.4. Artikel 8 EVRM

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

Door de vele waarborgen waarmee de binnentredingsbevoegdheid is omgeven wordt voorts voldaan aan de proportionaliteitseis. Deze waarborgen (met name de voorafgaande machtiging) hebben immers tot doel te verzekeren dat van de bevoegdheid alleen gebruik wordt gemaakt als dat strikt noodzakelijk is en aan vooraf gestelde eisen voldoet. In verband met de subsidiariteitseis wordt erop gewezen, zoals hierboven al aan de orde kwam, dat de bevoegdheid nodig en ook uitsluitend bedoeld is voor gevallen waarin de gegevens, juist omdat ze in een woning worden bewaard, niet op een andere, minder ingrijpende wijze kunnen worden verkregen. Ze zijn dan immers onbereikbaar bij bedrijfsbezoeken en evenmin bereikbaar in de woning zolang de bewoner geen toestemming geeft om binnen te komen. Ten slotte wordt in verband met artikel 8 van het EVRM opgemerkt dat dit wetsvoorstel voorziet in de door dat artikel vereiste wettelijke grondslag.

3.3 Overig internationaal recht

3.3.1. WTO-recht en handelsverdragen

Buitenlandse directe investeringen vallen onder de exclusieve bevoegdheid van de Europese Unie in het kader van de gemeenschappelijke handelspolitiek krachtens artikel 3, eerste lid, onder e, en artikel 207, eerste lid, van het VWEU. Dit omvat de bevoegdheid om met derde landen

zowel afspraken over markttoegang te maken, als afspraken over de bescherming van buitenlandse directe investeringen met uitzondering van indirecte buitenlandse (portfolio-)investeringen en geschilbeslechting (zie Advies HvJEU van 16 mei 2017, 2/15, Vrijhandelsovereenkomst tussen de Europese Unie en de Republiek Singapore).

In het internationale handels-en investeringsrecht valt een onderscheid te maken tussen de behandeling 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 verdragssluitende partij mogelijk is om zich te vestigen, en zo ja, op 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, welke sectoren ze dat toe laat en op basis van welke voorwaarden de buitenlandse investeerder wordt toegelaten.

De EU heeft overeenkomstig haar bevoegdheid met een groot aantal landen internationale verbintenissen gesloten betreffende de markttoegang en behandeling van deze buitenlandse directe investeringen. Daarnaast heeft de EU verdragen gesloten betreffende de markttoegang van goederen, bescherming van intellectueel eigendom en afspraken over kapitaalstromen. De EU en de lidstaten zijn gebonden aan deze afspraken. Deze afspraken zijn multilateraal, regionaal en bilateraal gesloten. Dit roept de vraag op of het wetsvoorstel verenigbaar is met alle internationale verplichtingen die de EU en haar lidstaten zijn aangegaan.

Regels ten aanzien van markttoegang van investeringen vallen onder het raamwerk van de WTO en specifiek onder de General Agreement on Trade in Services (hierna: GATS). Daarnaast moet het wetsvoorstel beoordeeld worden onder de Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (hierna: TRIPS), en daar waar het wetsvoorstel de handel in goederen raakt, vallen deze ook onder General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) en de Agreement on Trade Related Investment Measures. Op bilateraal niveau moet het wetsvoorstel voldoen aan de handelsverdragen die de EU met derde landen heeft.

Daarnaast moet het wetsvoorstel voldoen aan de afspraken die de EU en haar lidstaten in het kader van kapitaalstromen hebben gemaakt, vastgelegd in de OECD Codes of Liberalisation of Capital Movements and Current Invisible Operations.

Naast bovengenoemde akkoorden die zien op het verkrijgen van markttoegang, moet het wetsvoorstel worden getoetst aan de bilaterale investeringsbeschermingsovereenkomsten die de EU en haar lidstaten met derde landen heeft waardoor dergelijke investeringen, als ze eenmaal zijn toegelaten, worden beschermd tegen oneigenlijke overheidsinmenging. Dit zijn verdragen die zien op 'post-establishment' en zijn met name relevant als het als gevolg van veranderde omstandigheden noodzakelijk is om een eerder getoetste casus te heropenen en aan een nieuwe investeringstoets te onderwerpen

Als eerste moet getoetst worden of het wetsvoorstel verenigbaar is met de markttoegangsverplichtingen die de EU op multilateraal, regionaal en bilateraal niveau is aangegaan, te beginnen met de verplichtingen onder de World Trade Organization (hierna: WTO), waarbij de EU en de lidstaten verdragspartij zijn. De EU-lidstaten zijn middels het EU-schema gebonden aan de afspraken die de EU in de WTO namens zichzelf en de lidstaten heeft gemaakt ten aanzien van markttoegang en de behandeling na markttoegang.

Voor een beoordeling onder de GATS geldt het volgende. 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), vallen onder specifieke markttoegangs-aanbiedingen die de grensoverschrijdende vestiging van dienstverleners faciliteren. Onderdeel daarvan zijn zowel greenfield investeringen, als *mergers and acquisitions*. Het gaat hier om investeringen die nodig zijn om zich te kunnen vestigen, bijvoorbeeld door het bouwen van een nieuwe fabriek of het overnemen van een bestaande onderneming. Nu een groot gedeelte van de buitenlandse directe investeringen worden gedaan in de vorm van 'mode 3' investeringen,¹³ moet het wetsvoorstel als eerste beoordeeld worden onder de GATS.

¹³ 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.

Daarbij erkent de GATS expliciet de beleidsruimte die verdragsstaten hebben om de toegang tot en het uitoefenen van diensten te reguleren, maar bevat het regels die er voor zorgen dat de verdragspartijen dit soort wet- en regelgeving op een redelijke, objectieve en onpartijdige manier toepassen. Daarbij bestaat de GATS uit twee onderdelen. Ten eerste bevat het akkoord algemene verplichtingen die van toepassing zijn op alle verdragspartijen en sectoren. Ten tweede bevat het akkoord specifieke verplichtingen ten aanzien van de verdragsstaten. De belangrijkste verplichtingen in het algemene deel zijn als volgt. Artikel II van de GATS ziet op een meestbegunstigde behandeling. Dat betekent dat verdragspartijen verplicht zijn om geen ongunstigere behandeling te geven aan diensten en dienstenaanbieders uit derde landen dan zij aan andere derde landen geven. Daarnaast voorziet artikel III in het gebod tot transparantie en artikel IV in de verplichting om maatregelen van gelijke werking op redelijke, objectieve en onpartijdige manier toe te passen. Ook moet er op grond van artikel VI, tweede lid, van de GATS effectieve rechtsbescherming geboden worden.

Als het gaat om specifieke verplichtingen (het tweede onderdeel van de GATS), bieden artikel XVI en XVII het kader voor markttoegang en nationale behandeling van diensten en dienstenaanbieders op het grondgebied van een verdragspartij. Nationale behandeling houdt in dat de EU en de verdragspartner toezeggen dat zij over en weer, in gelijke situaties, investeerders niet minder gunstig behandelen dan eigen investeerders en dienstverleners. De meest begunstigde behandeling houdt in dat iedere verdragspartij investeerders uit het andere land in gelijke situaties niet minder gunstig behandelt dan investeerders uit andere derde landen. Deze verplichtingen moeten gelezen worden in combinatie met de specifieke verplichtingen die de verdragspartijen in de annex (het schema) van de GATS zijn aangegaan.

Concreet betekent dat dat verdragsstaten in het schema kunnen aangeven of zij markttoegang geven aan buitenlandse diensten en dienstenaanbieders en of zij die conditioneel maken op voorwaarden uit artikel XVI(2). Artikel XVI(2) geeft dus ruimte aan verdragsstaten om eisen te stellen aan de juridische vorm van de dienstenaanbieder of de mogelijkheid om deelname van buitenlands kapitaal te beperken. In het horizontale gedeelte van het schema van de Europese Unie hebben een aantal EU-lidstaten een dergelijk voorbehoud gemaakt op de markttoegang van buitenlandse diensten en hun aanbieders. Zo geeft Frankrijk aan dat alle overnames van meer dan 33,33% van het aandelenkapitaal of stemrechten in een Frans bedrijf, of 20% in een beursgenoteerde onderneming door een buitenlandse investeerder, onderworpen zijn aan een investeringstoets. Ook de andere lidstaten die op moment van schrijven een investeringstoets hanteren, hebben dit opgenomen in het horizontale gedeelte van het schema van markttoegang bij de WTO.¹⁴ Dezelfde systematiek geldt voor de bepalingen over nationale behandeling. Daarbij geldt als belangrijkste criterium dat nationale wet- en regelgeving geen onderscheid mag maken (in rechte en in feite) tussen eisen die gesteld worden aan buitenlandse diensten en dienstenaanbieders en die gesteld worden aan nationale diensten en dienstenaanbieders.

Het niet toepassen van deze verplichtingen kan alleen gerechtvaardigd zijn als er sprake is van een uitzondering op grond van openbare orde of veiligheid zoals vastgelegd in artikel XIV, onder a, en artikel XIV bis van de GATS. Op grond van artikel XIV, onder a, GATS kan het gerechtvaardigd zijn dat WTO-leden maatregelen treffen om de openbare orde te bewaken, mits deze maatregelen niet op een arbitraire of ongerechtvaardigde discriminatoire wijze worden toegepast tussen landen waar dezelfde omstandigheden zich voordoen en niet een verkapte restrictie op de handel in diensten zijn. In voetnoot 5 bij dit artikel van de GATS wordt verduidelijkt dat een uitzondering op grond van openbare orde alleen ingeroepen kan worden als er een daadwerkelijk een voldoende duidelijke bedreiging is voor een van de fundamentele belangen van de maatschappij. Een partij die een dergelijke uitzondering inroept, zal moeten aantonen dat de maatregel ontworpen is om de "openbare orde te bewaken" en dat de maatregel noodzakelijk is.¹⁵ Artikel XIV bis van de GATS stelt dat niets de verdragspartijen bij de GATS in de weg staat om maatregelen te nemen die het noodzakelijk acht ter bescherming van essentiële veiligheidsbelangen, die i) gerelateerd zijn aan of bedoeld zijn voor directe of indirecte militaire doeleinden; ii) gerelateerd zijn aan nucleaire toevoer, of iii) die genomen worden ten tijde van

¹⁴ Het gaat hier om Cyprus, Spanje, Frankrijk, Hongarije, Finland, Iltalie, Malta, Portugal, Polen en Slovenië, via het schema van de EU bij de WTO in te zien via:

<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/SCHD/GATS-SC/SC157.pdf&Open=True>

¹⁵ Panel Report – United States – Measures affecting the cross border supply of betting and gambling services, 10th of November 2004, WT/DS285/R, paragraaf 6.455.

oorlog of andere dreigingen in internationale betrekkingen. Er is geen jurisprudentie over dit artikel, wel over een soortgelijke nationale veiligheidsuitzondering in de GATT, zie beneden.

Het wetsvoorstel doorbreekt niet de verplichtingen die in het algemene deel van de GATS zijn opgenomen. Immers, het wetsvoorstel is in lijn met de meestbegunstigde behandeling (artikel II) en de nationale behandeling (artikel III). Het wetsvoorstel blokkeert als zodanig geen investering uit een ander land en is toegespitst op de borging van de openbare veiligheid. Het wetsvoorstel is ook non-discriminatoire en maakt geen onderscheid naar nationaliteit of vestigingsplaats. Wel zal bijzondere aandacht moeten worden besteed aan de hierboven aangehaalde verplichtingen uit artikel VI, eerste en tweede lid, GATS ten aanzien van een redelijke, objectieve en onpartijdige manier van toepassing van het toetsingsregime met bijbehorende rechtsbescherming. Het wetsvoorstel voldoet hieraan door tegen de besluiten van de minister bezwaar en vervolgens beroep bij de rechtbank Rotterdam (sector bestuursrecht) open te stellen. Hoger beroep is mogelijk bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (zie in dit verband ook artikel 30 van het wetsvoorstel). Daarnaast biedt het Nederlandse bestuursrecht op zelfstandige basis een solide rechtsbescherming met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de bestuursrechtelijke rechtsgang, aangevuld in voorkomend geval met de mogelijkheid om de staat via een onrechtmatige daadactie via civielrechtelijke weg aan te spreken. Als het gaat om specifieke verplichtingen (het tweede onderdeel van de GATS), bieden artikel XVI en XVII in combinatie met de annex met schema's met verplichtingen een specifiek kader waaraan Nederland zal moeten voldoen bij het verlenen van markttoegang en nationale behandeling van diensten en dienstenaanbieders op het grondgebied van een verdragspartij.

Daarnaast kunnen eventuele beperkingen aan de markttoegang die uit het wetsvoorstel voortvloeien gerechtvaardigd worden met een beroep op de uitzonderingen in artikel XIV en artikel XIV bis. Immers de vitale processen die dit wetsvoorstel beoogt te beschermen zijn krachtens artikel 3, eerste lid, van het wetsvoorstel direct gelinkt aan de nationale veiligheid. Ook voor de definitie van sensitieve technologie wordt krachtens artikel 3, tweede lid, aansluiting gevonden binnen het domein van nationale veiligheid en openbare orde. Dat maakt een rechtvaardiging onder het engere artikel XIV bis van de GATS aannemelijk en anders kan terug worden gevallen op de ruimere rechtvaardigingsgronden van artikel XIV GATS, dat de algemene uitzonderingen bevat op basis waarvan eventuele belemmeringen van markttoegang gerechtvaardigd kunnen worden. Op basis van artikel XIV(a) is het gerechtvaardigd voor een partij om maatregelen te nemen als die als doel hebben om de openbare orde en publieke moraal te beschermen *en* als dit noodzakelijk is. Hoewel voetnoot 5 bij artikel XIV (a) aangeeft dat een dergelijke rechtvaardigingsgrond alleen ingeroepen kan worden als er een echte en voldoende dreiging is voor een fundamenteel maatschappelijk belang, heeft de Appellate Body aangegeven in de zaak *US-Gambling* dat verdragsstaten enige beleidsruimte hebben om in te vullen wat zij hier onder verstaan.¹⁶ Zoals aangegeven in het wetsvoorstel zal er indien er sprake is van risico's rondom een activiteit waarbij geoordeeld wordt dat er een risico is voor de nationale veiligheid, rekening gehouden worden met de omstandigheden van het geval bij de beoordeling welke voorwaarde effectief is en zullen deze mitigerende maatregelen bovendien proportioneel zijn in relatie tot de aard en hoogte van het risico.

Het TRIPS-akkoord beschermt het intellectueel eigendom van de eigenaren en is in het kader van het wetsvoorstel vooral relevant wanneer er beperkingen worden gesteld aan de overdracht van activiteiten waarbij sprake is van sensitieve technologie. Immers, het TRIPS-akkoord heeft als doel om juist het intellectueel eigendomsrecht van de eigenaren te beschermen. Daarom bevat het TRIPS-akkoord een aantal randvoorwaarden waar verdragspartijen zich aan moeten houden en verplicht het akkoord onder andere tot het geven van een nationale behandeling en een meestbegunstigde behandeling aan natuurlijke en rechtspersonen uit derde landen. Daarnaast incorporeert het TRIPS-akkoord bepaalde standaarden van bescherming uit andere verdragen op het gebied van copyright, trademarks, geographical indications, industrial designs, octrooien, topografieën, undisclosed information en reguleert het de procedures rondom contractual licensing. 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.¹⁷

¹⁶ Appellate Body Report, *US – Gambling*, para. 298.

¹⁷ Panel Reports, *EC – Trademarks and Geographical Indications (US)*, para. 7.210,

Tegelijkertijd is het uitgangsprincipe volgens artikel 8 TRIPS 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 rest van het TRIPS akkoord. In de zaak *Australia – Tobacco Plain Packaging* heeft het WTO panel een brede interpretatie toegedicht aan dit artikel, door te zeggen dat artikel 8.1 van het TRIPS akkoord de intentie reflecteert van de verdragspartijen om de bepaalde legitieme maatschappelijke belangen na te streven.¹⁸

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 8, eerste lid, onder c, kan een onderneming verplicht worden om bepaalde technologie, broncode of kennis bij de staat of een derde partij in Nederland in bewaring te geven. Deze kunnen beschermd zijn door middel van copyrights. Dit is in lijn met de uitzondering van artikel 13 van het TRIPS akkoord, waardoor verdragsstaten in bepaalde gevallen uitzonderingen mogen maken op het normale genotsrecht van copyrights als dit geen onredelijke last voor de legitieme belangen van de copyrighthouder met zich mee brengt. Daarnaast kan een onderneming op basis van artikel 8, eerste lid, onder e, van het wetsvoorstel gedwongen worden om een licentie op bepaalde kennis, beschermd door octrooien of andere intellectuele eigendomsrechten, aan de staat of een derde partij te verstrekken met het doel om kennis of technologie beschikbaar te houden voor Nederland. Deze rechten zijn in principe beschermd onder artikel 28 van het TRIPS-akkoord, maar daarop zijn twee uitzonderingen mogelijk. Artikel 30 van het TRIPS-akkoord voorziet in een bijzonder enge uitzondering waardoor verdragsstaten 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 deze de legitieme belangen van een eigenaar niet op onredelijke wijze worden aangetast. In de zaak *Canada – Pharmaceutical Patents*, heeft het panel een nauwe interpretatie aan dit artikel gegeven.¹⁹ Artikel 31 TRIPS biedt meer ruimte aan verdragsstaten om onder bepaalde voorwaarden toch inbreuk te maken op het octrooirecht van de houders. Nationale wet- en regelgeving van een verdragsstaat kan in bepaalde gevallen toestaan dat er 'om andere redenen' inbreuk wordt gemaakt op het patentrecht zonder voorafgaande toestemming van de octrooihouder, inclusief het gebruik daarvan door de overheid of derde partijen die daar door de overheid toe zijn aangewezen, als aan de cumulatieve voorwaarden van dat artikel wordt voldaan. Dat betekent onder andere dat een dergelijke inbreuk per geval beoordeeld moet worden, dat er gepoogd moet zijn om toestemming van de octrooihouder te krijgen op basis van redelijke commerciële voorwaarden en dat toestemming niet binnen een redelijke termijn mogelijk bleek. Verder moet het octrooi gebruikt worden voor toepassing op het grondgebied van een lidstaat en wordt de octrooihouder zo spoedig mogelijk geïnformeerd. Zoals hierboven beschreven zullen deze bepalingen uit het wetsvoorstel alleen in zeer uitzonderlijke situaties worden ingezet en kan in die zeer uitzonderlijke gevallen een inbreuk op het de beschermde rechten gerechtvaardigd worden.

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

¹⁸ Panel Reports, *Australia – Tobacco Plain Packaging*, para. 7.2402.

¹⁹ Panel Report, *Canada – Pharmaceutical Patents*, paras. 7.20-7.21.

behandeling van binnenlandse en buitenlandse producten²⁰ Zoals gezegd maakt het wetsvoorstel geen onderscheid in behandeling op basis van nationaliteit maar zal er een objectieve beoordeling plaatsvinden naar het risico voor de nationale veiligheid van een bepaalde activiteit. Bij de mitigerende maatregelen die krachtens artikel 8 van het wetsvoorstel opgelegd kunnen worden, kan wel sprake zijn van een andere behandeling waardoor een negatief effect ontstaat op de verkoop of het gebruik van producten. Ook kan er door het wetsvoorstel strijd ontstaan met de verplichting uit die volgt uit artikel XI GATT om geen kwantitatieve beperkingen te stellen aan de invoer of uitvoer van producten van- en naar derde landen. Echter, uitzonderingen hierop kunnen gerechtvaardigd zijn als wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel XX GATT of artikel XXI GATT. Te beginnen met het laatste, op basis van artikel XXI GATT, kunnen verdragsstaten schending van hun verplichtingen onder de GATT rechtvaardigen als dit noodzakelijk is vanwege een essentieel veiligheidsbelang. Daaronder vallen krachtens artikel XXI onder b (ii) militaire en dual-use goederen, maar kunnen ook krachtens artikel XXI onder b (iii) ook andere maatregelen gerechtvaardigd zijn die te maken hebben met een andere noodzaak in de internationale betrekkingen. Uit de zaak *Russia – transit* blijkt dat het begrip 'essentieel veiligheidsbelang' een breed begrip is, waarbij het gaat om functies die essentieel zijn voor het functioneren van een staat. Wat precies in het veiligheidsbelang is, zal per situatie verschillen en daarom is het aan de verdragspartijen zelf om te bepalen wat zij onder hun essentiële veiligheidsbelang verstaan.²¹ Naast de rechtvaardiging op grond van nationale veiligheidsbelangen, kunnen eventuele schendingen van artikel III of artikel XI gerechtvaardigd worden met een beroep op de algemene uitzonderingen uit artikel XX. Zo kunnen maatregelen die noodzakelijk zijn om bijvoorbeeld de publieke moraal of het leven of gezondheid van mens, dier of plant te beschermen gerechtvaardigd worden met een beroep op dit artikel, mits de maatregelen niet leiden tot arbitraire of ongerechtvaardigde discriminatie of tot een verkapte beperking van de handel. Het doel van het wetsvoorstel is om risico's rondom vitale processen en activiteiten die sensitieve technologie omvatten, te mitigeren. De mitigerende maatregelen die uit hoofde van het wetsvoorstel opgelegd kunnen worden en daarmee een belemmering van de handel in goederen vormen, zullen dus gerechtvaardigd kunnen worden onder artikel XXI GATT en artikel XX GATT.

Het TRIMS-akkoord heeft als doel om investeringen in internationaal verband aan te moedigen en bevat daarom een kader dat van toepassing is indien verdragsstaten maatregelen 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.²² Het is van belang dat dit verdrag alleen van toepassing is ten aanzien van investeringsmaatregelen die betrekking hebben op de handel in goederen en is het akkoord dus niet van toepassing op de handel in diensten. Het akkoord bevat geen afspraken over screening of andere pre-establishment vereisten, maar GATT. 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 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. In ieder geval geldt dat krachtens artikel 3 TRIMS verdragspartijen eventuele schending kunnen rechtvaardigen met een beroep op uitzonderingsgronden van artikel XX en XXI van de GATT. Zie hierboven.

In bilateraal verband heeft de EU met een aantal partners akkoorden afgesloten, die verdergaande afspraken bevatten over wederzijdse markttoegang van buitenlandse directe investeerders dan onder de WTO. Het gaat op moment van schrijven om Canada, Japan, Vietnam en Zuid-Korea. De systematiek van deze akkoorden volgt echter die van de WTO. In deze akkoorden heeft Nederland de markttoegang in de gas- en elektriciteitssector voorwaardelijk gemaakt aan de respectievelijke sectorale investeringstoetsen. Tevens bevatten deze akkoorden ook algemene uitzonderingen en nationale veiligheidsuitzonderingen zoals de hierboven besproken uitzonderingen uit de GATS, TRIPS en GATT. [Nederland zal net zoals de hierboven beschreven

²⁰ Zie voor de drietrapstest, Appellate Body Report, *Korea – Various Measures on Beef*, para. 133

²¹ Panel report, *Russia – Traffic in Transit*, paras. 7.130-7.131).

²² Panel report, *Canada – Administration of the Foreign Investment Review Act*.

verplichtingen onder de WTO, samen met de Europese Commissie onderzoeken hoe zij de bestaande verplichtingen onder deze handelsverdragen kan updaten.

Tot slot hebben de EU en de lidstaten 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. De Codes bevatten algemene bepalingen die de randvoorwaarden scheppen voor overheidsbeleid en in aanvulling daarop kunnen verdragsstaten specifiek verdere liberaliseringsmaatregelen opgeven. Zo bevat artikel 1 de algemene verplichting om een nationale behandeling te geven aan buitenlandse aandeelhouders en om de liquidatie van aandelen van buitenlandse aandeelhouders toe te staan en geen belemmeringen voor het overmaken van kapitaal te introduceren. Artikel 2 geeft aan dat verdragsstaten in principe kapitaalverkeer onverlet laten, maar hier een voorbehoud op kunnen maken. Ook bevat artikel 3 van de code een uitzonderingsgrond voor openbare orde en veiligheid, waardoor verdragsstaten gemachtigd zijn om maatregelen te nemen die zij in dat kader noodzakelijk achten. De tekst komt overeen met de uitzonderingsgronden van de GATS. Op basis van deze Codes moet alle wet- en regelgeving, beleid of andere praktijk die een beperking van de van kapitaalstromen inhoudt, aangemeld worden en door de OESO beoordeeld worden, net zoals dat onder de GATS een verplichting is. Daarbij is een standstill bepaling van toepassing. Screeningsmaatregelen of andere administratieve voorwaarden zijn hiervan uitgezonderd zolang zij niet beletten dat een investering wordt gedaan.²³ Ook is er door het OESO Comité vastgesteld dat bepaalde administratieve eisen, of interne bepalingen die weliswaar een economische impact hebben op de activiteiten van een onderneming, maar niet beletten dat de onderneming effectief gerund kan worden. Zo is geoordeeld dat constructies zoals 'gouden aandelen' geen belemmering zijn van artikel 1 zolang dit op een non-discriminatoire manier gebeurt. Echter, maatregelen die een belemmering kunnen vormen voor het doen van een investering, moeten aangemeld worden.²⁴ Hoewel het wetsvoorstel een algemene werking heeft en er juist op gericht is om een minimale impact op de activiteiten van een onderneming te hebben, kan het in sommige gevallen voorkomen dat de mitigerende maatregelen tot een restrictie van kapitaalstromen leiden. Nederland zal onderzoeken of zij het wetsvoorstel in algemene zin moet notificeren of dat zij in voorkomend geval kan volstaan met een melding van een specifieke casus.

3.3.2. Bilaterale investeringsbeschermingsovereenkomsten

Naast afspraken over markttoegang voor investeringen, in de vorm van buitenlandse directe investeringen onder mode 3, hebben de EU en de lidstaten met een aantal partners bilaterale investeringsbeschermingsovereenkomsten (IBO's) gesloten. In deze overeenkomsten worden de rechten van directe en indirecte investeringen van buitenlandse investeerders die eenmaal zijn toegelaten tot de markt beschermd, zogenaamd de post-establishment vereisten. Deze afspraken zien vooral op een zorgvuldige en eerlijke behandeling van buitenlandse investeerders en verschillen niet van de werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur onder het Nederlands bestuursrecht die gelden bij het nemen van maatregelen in het publiek belang.

In deze overeenkomsten worden afspraken gemaakt over een redelijke en billijke behandeling van investeerders, een non-discriminatieverbod en recht op gelijke behandeling met nationale investeerders en investeerders uit andere derde landen, transparantie, voorwaarden die van toepassing zijn in geval van onteigening en recht op effectieve rechtsbescherming, inclusief een alternatief geschillenbeslechtsmechanisme. Deze IBO's hebben alleen betrekking op investeringen die al zijn toegelaten in de lidstaat of Unie en zijn gerealiseerd en zien niet op de situatie van de vraag of een investering als zodanig wordt toegelaten. Deze verdragen zijn met name relevant als het gaat om gevallen waarin het als gevolg van veranderde omstandigheden noodzakelijk is om een eerder getoetste casus te heropenen en aan een nieuwe investeringstoets te onderwerpen, zoals neergelegd in artikel 11 van het wetsvoorstel. Daar gaat het om al toegelaten investeringen, die naderhand toch een zwaarwegend risico dreigen op te leveren. In zulke gevallen kan net als bij de bescherming onder artikel 1, eerste protocol, EVRM een verplichting tot compensatie ontstaan afhankelijk van de specifieke feiten van het geval (zie hierboven paragraaf 3.2.3). Dat is onder andere het geval als het gaat om directe of indirecte

²³ OECD Codes of Liberalisation, Users's Guide, via <http://www.oecd.org/investment/investment-policy/38072327.pdf>, p. 22

²⁴ Zie bijv. de Duitse notificatie uit 2019 voor screening van investeringen in kritieke infrastructuur: [https://one.oecd.org/document/DAF/INV/RD\(2019\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/INV/RD(2019)1/en/pdf).

onteigening. Echter, een dergelijke verplichting zal niet in alle gevallen ontstaan. In de EU-IBO's is bepaald dat partijen het recht hebben om regelgeving vast te stellen ter bescherming van de veiligheid, hetzelfde recht is vastgelegd in artikel 24 van het Energiehandvest. Bij de toepassing van bilaterale investeringsverdragen wordt dat recht verondersteld. Immers, de bilaterale investeringsverdragen zijn onderdeel van de internationale rechtsorde en worden bij leemtes onder andere ingevuld door het internationale gewoonrecht. Zo volgt o.a. uit de *Gabcikovo-Nagymaros* zaak dat staten zich kunnen beroepen op 'noodzakelijkheid' als rechtvaardigingsgrond voor het schenden van internationaalrechtelijke verplichtingen.²⁵ Dit is verder uitgewerkt in de artikelen 20-25 van de International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility, waarin een aantal situaties worden genoemd waarin een onrechtmatige daad door een staat gerechtvaardigd kan zijn, onder andere in het geval van noodzakelijkheid, wat betekent dat het ingrijpen in het essentiële belang van de staat moet zijn.²⁶ Beperkingen die eventueel achteraf gesteld worden aan een eerder getoetste casus, zouden op deze gronden een rechtvaardiging kunnen vinden.

4. Verhouding tot ander nationaal recht

4.1 Grondwet

Het wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid om – in het bijzondere geval dat dit nodig is – om een woning binnen te treden en te onderzoeken naar informatie die noodzakelijk is voor de tenuitvoerlegging van dit wetsvoorstel. Volgens artikel 12 van de Grondwet is het binnentreden in een woning zonder toestemming van de bewoner alleen geoorloofd in de gevallen bij of krachtens de wet bepaald, door hen die daartoe bij of krachtens de wet zijn aangewezen. In artikel 26 van het wetsvoorstel is voorzien in de bevoegdheid voor de krachtens artikel 25 aangewezen ambtenaren tot onderzoeken 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, 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 onderzoeken is een voorafgaande machtiging van de rechter commissaris vereist en de machtiging wordt ook zo nodig getoond bij de doorzoeking. In de machtiging moet ook het doel van de doorzoeking zijn aangegeven. Verder is de betrokken toezichthouder verplicht een verslag op te maken omtrent de doorzoeking. Dat verslag wordt uiterlijk de vierde dag na de dag van de doorzoeking aan degenen bij wie de doorzoeking is verricht, verstrekt. Daarmee wordt voldaan aan het vereiste van artikel 12, derde lid, van de Grondwet, waarin is bepaald dat de bewoner zo spoedig mogelijk een schriftelijk verslag van het binnentreden krijgt verstrekt.

Verder moet nog kort worden stilgestaan bij artikel 14 van de Grondwet. Deze bepaling beschermt het particuliere eigendom tegen onteigening door de overheid (artikel 14, eerste lid, Grondwet) of tegen het vernietigen, onbruikbaar maken of beperken van de uitoefening van het eigendomsrecht (artikel 14, derde lid, Grondwet). De bescherming die deze bepaling biedt, komt in de kern overeen met de bescherming zoals voorzien in artikel 1, Eerste Protocol, EVRM. Aangezien zoals hierboven toegelicht in paragraaf 3.2.1 tot en met 3.2.3 bij de uitoefening van de bevoegdheden neergelegd in dit wetsvoorstel geen sprake is van ontneming van eigendom is er geen verplichting tot het stellen van regels omtrent schadeloosstelling. Alleen voor twee bevoegdheden neergelegd in het wetsvoorstel kan dit anders liggen.

De eerste bevoegdheid ziet op de bevoegdheid van de minister om zelfs als een activiteit eerder werd toegestaan, wegens een zwaarwegend risico voor de nationale veiligheid ingegeven door feiten die zich voordoen nadat een toetsingsbesluit is genomen, de activiteiten opnieuw te beoordelen en op basis van deze beoordeling een nieuw toetsingsbesluit te nemen (artikel 10 van het wetsvoorstel). Dit nieuwe toetsingsbesluit 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 hernieuwde toetsingsbesluit in ultimo met zich meebrengen dat de activiteit moet worden beëindigd (zie artikel 10 en artikel 11, zesde lid, van het wetsvoorstel).

De tweede bevoegdheid ziet op de mogelijkheid om voor activiteiten die zijn verricht na 2 juni

²⁵ *Gabcikovo-Nagymaros* (Hungary v. the Slovak Republic), 1997 I.C.J. 7, 40 (Sept. 25, 1997).

²⁶ International Law Commission, Draft Articles on State Responsibility, Commentary (2) to Article 25 in http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/English/commentaries/9_6_2001.pdf.

2020 en voorafgaand aan de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel te gelasten dat deze gemeld moeten worden en worden beoordeeld en onderworpen aan een besluit overeenkomstig dit wetsvoorstel. Dit is geregeld in artikel 32 van dit wetsvoorstel en hangt onlosmakelijk samen met de brief van 2 juni 2020, Kamerstukken II, 2019/20, 30 821, nr. 113, waarin kenbaar is gemaakt dat investeringstoetsing met terugwerkende kracht wordt ingevoerd vanaf de formele peildatum 2 juni 2020. Het opnemen van de peildatum 2 juni 2020 in artikel 32 van dit wetsvoorstel heeft tot gevolg dat activiteiten na inwerkingtreding van de wet, die vanaf 2 juni 2020 zijn gedaan, met terugwerkende kracht getoetst kunnen worden wanneer daar vanuit de bescherming van onze nationale veiligheid aanleiding voor is. Daarmee wordt het tevens mogelijk om strategisch (ontduikings)gedrag van ondernemingen of investeerders te voorkomen.

Zoals hierboven in paragraaf 3.2.3. is toegelicht, kan er bij de uitoefening van deze twee bijzondere bevoegdheden onder omstandigheden sprake zijn van een zodanige aantasting van het genot van eigendom dat er sprake kan zijn van een vorm van ontneming, omdat het eigendomsrecht van verwerfer feitelijk te niet wordt gedaan. Of hier sprake van is hangt sterk af van de concrete feiten van het geval, het besluit dat wordt genomen de voorschriften die aan het besluit worden verbonden of de termijn waarop het effect van het verbod ten uitvoer gelegd moet zijn. Een separate wettelijke grondslag voor schadevergoeding sluit hier niet goed op aan. Voor zover noodzakelijk zal bij een toetsingsbesluit op grond van deze bijzondere bevoegdheden dat deze eigendomeffecten heeft, gelijktijdig worden voorzien in een schadevergoeding.

Voor de reguliere bevoegdheden neergelegd in het wetsvoorstel, in het bijzonder de bevoegdheid om voorschriften te verbinden aan de voorgenomen activiteit zoals voorzien in artikel 8 van het wetsvoorstel, is er sprake van regulering van eigendom waarbij de noodzakelijkheid en proportionaliteit van voorschrift gekoppeld wordt aan het risico voor de nationale veiligheid dat daarmee wordt gemitigeerd. Voor zover er al sprake mocht zijn van een onevenredige beperking van de uitoefening van het eigendomsrecht in het specifieke geval, kan worden voorzien in een passende nadeelcompensatie.

4.2 Mededingingswet

Hoofdstuk 5 van de Mededingingswet regelt het nationale concentratietoezicht in geval van een fusie van voorheen twee onafhankelijke ondernemingen of in geval van de verwerving van de zeggenschap over een onderneming door een andere onderneming of natuurlijke persoon die reeds de zeggenschap heeft over een andere onderneming. Het doel van dit nationale concentratietoezicht is het voorkomen of mitigeren van fusies en overnames die de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze zouden kunnen belemmeren, met name als resultaat van het in het leven roepen of het versterken van een economische machtspositie. Het concentratietoezicht van hoofdstuk 5 van de Mededingingswet dient dus een ander doel dan de toets die in dit wetsvoorstel is opgenomen. Het concentratietoezicht op grond van hoofdstuk 5 van de Mededingingswet wordt dus niet geraakt en kan naast de toepassing van Nederlandse screeningsmechanismen, waaronder de in dit wetsvoorstel geregelde toets, worden uitgeoefend. Wel kan in het kader van het Nederlandse concentratietoezicht relevante informatie beschikbaar zijn de Autoriteit Consument en Markt (ACM). Het wetsvoorstel voorziet dan ook in artikel 22, derde lid, onderdeel d, in de mogelijkheid om op verzoek informatie te ontvangen die in het bezit is van de ACM. Tenslotte kan nog worden gewezen op artikel 11 en de toelichting op dat artikel wat betreft het effect van een verbod (nietigheid) op een activiteit als die activiteit ook een concentratie is in de zin van artikel 29 van de Mededingingswet of artikel 1 van de EG-Concentratieverordening.

4.3 Wet openbaarheid van bestuur (Wob)

Op grond van artikel 3, eerste lid, van de Wob kan eenieder een verzoek om informatie, neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid, richten tot een bestuursorgaan. Een bestuurlijke aangelegenheid heeft betrekking op het functioneren van het openbaar bestuur in al zijn facetten.²⁷ Documenten die betrekking hebben op de informatie-uitwisseling over activiteiten zoals geregeld in het wetsvoorstel kunnen – voor zover ze bij een Nederlands bestuursorgaan berusten – voorwerp zijn van een verzoek om informatie. Immers de informatie-uitwisseling zelf en

²⁷ Kamerstukken II 1986/87, 19 859, nr. 3, Memorie van Toelichting, blz. 24-25

de daaruit voortvloeiende beleidsmaatregelen of besluitvorming kwalificeren als een aangelegenheid die betrekking heeft op beleid van een bestuursorgaan, daaronder begrepen de voorbereiding en de uitvoering ervan en daarmee dus als een bestuurlijke aangelegenheid. Op grond van artikel 2, eerste lid, van de Wob, geldt dat de Wob moet wijken voor andere bij wet geregelde openbaarheidsregelingen indien deze regelingen uitputtend zijn. In de andere gevallen kan de Wob worden gebruikt om aanvullende informatie te vragen.²⁸ Een voorbeeld van zo'n uitputtende regeling is de Wiv 2017. De Wiv 2017 bevat een uitputtende regeling voor de kennisneming van informatie die bij de AIVD of de MIVD berust, waardoor de Wob hierop niet van toepassing is.²⁹

Ook wanneer informatie in Nederland wordt gerubriceerd overeenkomstig het Besluit Voorschrift Informatiebeveiliging Rijksdienst Bijzondere Informatie 2013 (hierna: VIRBI 2013), kan de verstrekking van informatie gevraagd op grond van de Wob niet zonder meer worden geweigerd. Van openbaarmaking kan slechts worden afgeweken indien daarvoor een grond aanwezig is als bedoeld in artikel 10 of 11 van de Wob. Bij een verzoek tot openbaarmaking zal de rubricering opnieuw worden beoordeeld en slechts in stand blijven indien de belangen onder de weigeringsgronden van de Wob vallen.³⁰

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

5. Uitvoering

De Minister van Economische Zaken en Klimaat geeft zelf uitvoering aan deze wet. Hij wijst de ambtenaren aan die belast zijn met het toezicht op de naleving van deze wet. Er wordt een Bureau Toetsing Investerings (BTI) ingericht, een meldpunt waar de meldingen van voorgenomen activiteiten in behandeling zullen worden genomen. Om te beoordelen of een activiteit een risico kan vormen voor de nationale veiligheid, zal de minister onderzoek moeten doen naar de partij die zeggenschap of significante invloed verkrijgt. Meestal zal het gaan om een rechtspersoon die vaak op zijn beurt weer deel uitmaakt van een groep. Daarom zal de minister in kaart moeten brengen welke krachten er achter de rechtspersoon zitten en bij wie de uiteindelijke zeggenschap berust. Het team dat in opdracht van de minister de inhoudelijke beoordeling van een gemelde activiteit uitvoert en het toetsingsbesluit voorbereidt, bestaat uit een vaste kern en een flexibele, multidisciplinaire schil van vertegenwoordigers en specialisten uit verschillende ministeries en diensten, alsmede specialisten van het meest nabije vakdepartement in geval van een vitaal proces. Zij dragen vanuit hun eigen expertise en verantwoordelijkheid bij aan de risicoanalyse. In principe voert het kernteam van vaste medewerkers van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat een eerste risicoanalyse uit. Hierbij zullen in principe ook medewerkers van het Ministerie van Justitie en Veiligheid geconsulteerd worden. Als uit deze eerste risicoanalyse blijkt dat er geen of zeer beperkte risico's voor de nationale veiligheid kunnen worden geïdentificeerd, dan wordt er direct een toetsingsbesluit genomen. Omdat naar verwachting de meeste zaken al tijdens dit eerste toetsingsmoment afgedaan kunnen worden, komt dit het investeringsklimaat en bedrijfsleven ten goede. Er wordt hier immers binnen maximaal acht weken zekerheid verschaft of een activiteit doorgang kan vinden en, indien van toepassing, onder welke voorwaarden. Als in de eerste fase echter blijkt dat een zaak te ingewikkeld is om binnen acht weken tot een besluit te komen of als uit de eerste risicoanalyse blijkt dat er redenen zijn om een risico voor de nationale veiligheid te vermoeden, dan is er nader onderzoek nodig. Hiervoor kan de toetsingstermijn verlengd worden met maximaal zes maanden. Indien de casus hiertoe aanleiding geeft kunnen, naast medewerkers van het Ministerie van Justitie en Veiligheid, ook experts van

²⁸ Kamerstukken II 1986/87, 19 859, nr. 3, Memorie van Toelichting, blz. 18-19

²⁹ Kamerstukken II, 2016/17, 34 588, nr. 3, Memorie van Toelichting, blz. 148

³⁰ Zie o.a. toelichting bij artikel 5 van Besluit Voorschrift Informatiebeveiliging Rijksdienst Bijzondere Informatie 2013

andere vakdepartementen geraadpleegd worden. Tijdens zo'n onderzoek zal er zowel doorgevraagd worden bij de betrokken ondernemingen als nadere vragen uitgezet worden en onderzoek of naslag gedaan worden. Dit kan bij onder andere bij de inlichtingen- en veiligheidsdiensten in Nederland, bevriende buitenlandse autoriteiten en het postennetwerk in het land van herkomst. Deze tweede fase van het onderzoek duurt maximaal zes maanden. Indien het onderzoek verlengd wordt, zal in elk geval de partij die de activiteit gemeld heeft hiervan op de hoogte gesteld worden. Ook zal gemotiveerd worden waarom het onderzoek langer zal duren en hoe veel tijd hiervoor uitgetrokken zal worden.

Deze systematiek van twee fases is vergelijkbaar met andere processen zoals de beoordeling van concentraties door de ACM en investeringstoetsing op basis van de Telecommunicatiewet. Voor dit wetsvoorstel is omwille van de conformiteit binnen het stelsel van investeringstoetsing aangesloten bij de termijnen van deze sectorale investeringstoets. Er zijn twee fases: een eerste fase van acht weken en een tweede fase van maximaal zes maanden. Deze verlengingsmogelijkheid van maximaal zes maanden is gebaseerd op de tijd die nodig kan zijn om relevante informatie in een derde land te vergaren, indien met dat land geen inlichtingen worden uitgewisseld. Het streven is daarbij om de termijn in de praktijk zo kort mogelijk te houden. Ook zal er bij de eerste evaluatie van de wet worden bekeken of het mogelijk is de wettelijke (maximum) termijn te verkorten. Om te voorkomen dat de toetsing van een activiteit buiten de gestelde toetsingstermijn loopt, is er als waarborg voor betrokken ondernemingen in de wet opgenomen dat als de er geen toetsingsbesluit wordt genomen binnen de gestelde toetsingstermijn, de activiteit automatisch van rechtswege wordt toegelaten.

De termijn van een eerste fase van acht weken, een tweede fase van maximaal zes maanden en een automatische goedkeuring bij het verstrijken van de gestelde termijnen is de juiste balans tussen enerzijds de beperking in de uitoefening van zeggenschap of significante invloed in de doelonderneming en de noodzaak voor de minister om tot een gewogen risicoanalyse te komen, en anderzijds het belang van de meldingsplichtigen om zo snel mogelijk zekerheid te krijgen over de voorgenomen activiteit

Opgemerkt dient te worden dat als er sprake is van een buitenlandse directe investering die valt binnen de reikwijdte van Europese FDI-screeningsverordening, de termijnen met maximaal drie maanden verlengd kunnen worden (zie de artikelsgewijze toelichting bij artikel 6).

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

Omdat de informatie die verwerkt zal worden in het kader van dit wetsvoorstel persoonsgegevens bevat, staatsgeheim of bedrijfsgevoelig kan zijn, wordt er voor de werkzaamheden van de eenheid die uitvoering geeft aan deze wet, materieel en fysieke ruimte geregeld. De beoogde ruimte binnen het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat wordt momenteel verbouwd zodat deze voldoet aan alle gestelde beveiligingseisen voor de ontvangst, verwerking en verzenden van gevoelige informatie. Hiervoor wordt er verder geïnvesteerd in beveiligde verbindingen, beveiligde werkruimtes, geschikte computers en randapparatuur.

6. Informatievoorziening

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. De informatie die de beoogd verwerfer verstrekt bij de melding vormt hierbij de basis, maar de verstrekte informatie kan door de minister worden gecontroleerd en aangevuld uit eigen onderzoek.

6.1 Melding

Meldingsplichtige partijen verstrekken aan de verantwoordelijke minister alle informatie die noodzakelijk is voor de uitvoering van toets. Om te komen tot een risicoafweging dient de Minister

van Economische Zaken en Klimaat relevante informatie ter beschikking te krijgen die inzicht geeft in de betrouwbaarheid en staat van dienst van de verwerver. Daarnaast dient de minister voor een goede risico-afweging inzicht te krijgen in relevante informatie over het vestigingsland van de verwerver of het land waar de verwerver onder invloed van staat. Het kan bijvoorbeeld relevant zijn wat de staat van dienst van het exportbeleid van dit land is. Deze informatie is noodzakelijk voor het maken van een analyse en afweging bij het beheersen van risico's voor de nationale veiligheid. De informatie die wordt aangeleverd bij de melding van een activiteit vormt het startpunt van de analyse en afweging. Het gaat hierbij om informatie die betrekking heeft op

- de verkrijging van zeggenschap;
- informatie over de partijen en hun vertegenwoordigers, zoals de namen en contactgegevens;
- gegevens betreffende de verkrijging van zeggenschap, 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 activiteit;
- de producten, diensten en ondernemingsactiviteiten van de verwerver en de doelonderneming;
- de staten waarin de verwerver en de doelonderneming relevante ondernemingsactiviteiten uitvoeren;
- de financiering van de activiteit en de bron ervan;
- de datum of de geplande datum van voltooiing van de activiteit; en
- de feiten en omstandigheden die een rol kunnen spelen bij de beoordeling van de risico's voor de nationale veiligheid bij een activiteit. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om informatie van strafrechtelijke aard, op financieel gebied, op het gebied van toezichhouders, fiscaal-bestuursrechtelijk aard en over de uitkomsten van eerdere veiligheidsonderzoeken.

Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur wordt vastgesteld welke informatie een volledige melding minimaal dient te bevatten.

6.2 Onderzoek

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

Voor zijn onderzoek maakt de minister om te beginnen gebruik van openbare bronnen als het handelsregister en het kadaster. Hij gebruikt en verwerkt voorts de informatie van de de Autoriteit Consument en Markt (ACM). Daarnaast verstrekken de partijen die in het derde lid van artikel 22 zijn opgesomd de minister desgevraagd alle informatie die noodzakelijk is voor de uitvoering van deze wet (zie ook de artikelsgewijze toelichting bij artikel 22). Dit betreft de Minister van Justitie en Veiligheid, de Minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking en de Minister van Financiën, voor zover het gegevens betreft die verwerkt worden door de Belastingdienst. Het gaat hierbij altijd om gegevensvragen naar aanleiding van een specifieke casus die bij het Bureau Toetsing Investerings ligt. Het is nadrukkelijk niet de bedoeling om gegevens op te vragen bij andere partijen zonder dat er een casus aan ten grondslag ligt. Er wordt nog samen met de Belastingdienst verder uitgezocht welke specifieke gegevens verstrekt kunnen worden. Daarbij wordt gekeken naar de kwaliteit van de gegevens en daarmee samenhangend de relevantie voor het toetsingsbesluit. In het wetsvoorstel staat gespecificeerd binnen welke gegevenscategorieën gezocht wordt naar relevante informatie.

In artikel 22, derde lid, onderdeel e, 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. Op dit moment wordt bijvoorbeeld onderzocht of de lijst bij algemene maatregel van bestuur kan worden aangevuld met informatie die bij DNB, de AFM, de politie, het OM en de Koninklijke Marechaussee beschikbaar is. Er is verder onderzoek nodig om te kunnen bepalen of het opvragen van deze informatie nodig is voor een goede uitvoering van de wet.

De informatie die in het onderzoek naar voren komt zal vanzelfsprekend beoordeeld worden op kwaliteit en betrouwbaarheid van de bron. Een belastingaangifte voor vennootschapsbelasting kan bijvoorbeeld niet-geverifieerde of verouderde informatie bevatten. Er zal dus altijd gekeken moeten worden welke informatie bruikbaar is. Zo kan bijvoorbeeld verouderde informatie weliswaar niet altijd gebruikt worden, maar zij kan wel nieuwe onderzoeksrichtingen openen. Ook kan informatie

uit verschillende onafhankelijke bronnen elkaar bevestigen. De inhoudelijke beoordeling van een melding is daarom altijd een samenspel van vele factoren, dat uiteindelijk altijd zal leiden tot een feitelijk en goed onderbouwd toetsingsbesluit.

Zie voor een verder toelichting over de verwerking van persoonsgegevens en de verhouding tot de algemene verordening gegevensbescherming paragraaf 3.1.5 en voor de te gebruiken informatiebronnen de artikelsgewijze toelichting bij artikel 22.

De Minister van Economische Zaken en Klimaat zal binnen vijf jaar na de inwerkingtreding van deze wet de doeltreffendheid en de effecten van de informatieverzameling onderzoeken. Dit kan aanleiding geven om de informatiebronnen, opgenomen in artikel 22, aan te passen.

7. Toezicht, handhaving en sanctionering

7.1 Toezicht

De door de Minister van Economische Zaken en Klimaat aangewezen ambtenaren zullen toezicht houden op de naleving en handhaving van deze wet. Dit zullen zij niet alleen doen door het raadplegen van openbare bronnen, maar ook via informatie die hen toekomt via de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Uit artikel 5:20 van de Awb volgt dat een ieder verplicht is aan een toezichthouder binnen de door hem gestelde redelijke termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden. Dit betekent onder andere dat verwervers of doelondernemingen die zich moeten houden aan een activiteit verbonden eisen of voorschriften, ook de noodzakelijke gegevens moeten verstrekken zodat de toezichthouder kan controleren of dit gebeurt.

De minister zal daarnaast veranderingen in zeggenschapsverhoudingen in ondernemingen monitoren om te kunnen beoordelen of een uit het oogpunt van de nationale veiligheid ongewenste partij daarbij zeggenschap verwerft zonder voorafgaande melding. Hij kan hierbij gebruik maken van signalen hierover die op verschillende manieren bij hem terecht komen. Dat kan via reguliere contacten met de sector, via werknemers of bestuurders die in gesprek treden omdat ze twijfels hebben over de intenties van een potentiële verwerfer en via verslaggeving over op handen zijnde activiteiten in de (vak)media. Sommige activiteiten 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 activiteiten, niet-nagekomen eisen en voorschriften of veranderde omstandigheden.

7.2 Handhaving en sanctionering

Een ander deel van de taken van de door de minister aangewezen ambtenaren betreft handhaving van wettelijke voorschriften en het sanctioneren van daarbij geconstateerde overtredingen. De minister beschikt over diverse bevoegdheden en instrumenten voor het uitvoeren van deze handhavingstaken. Deze sluiten zoveel mogelijk aan bij de bevoegdheden en instrumenten van de Awb en de Wet op de economische delicten.

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

De preventieve afschrikwekkende werking wordt mede bepaald door de gevolgen die de handhaving voor een overtreder heeft of kan hebben. Een sanctie moet - zowel financieel als anderszins - voldoende zwaar zijn om afschrikwekkend te kunnen zijn en naleving te stimuleren. Indien de minister bevoegd is tot het opleggen van bestuurlijke sancties aan overtreders omvat die bevoegdheid doorgaans tevens het opleggen van een bestuurlijke boete. Bestuurlijke boetes hebben een bestraffend karakter. Van voldoende hoge boetes gaat, zoals hiervoor al is opgemerkt, tevens een preventieve afschrikwekkende werking uit hetgeen de bereidheid tot naleving van de regels vergroot. Dit geldt echter in mindere mate wanneer de overtreder een statelijke actor is. Deze beschikt immers over zodanige financiële middelen dat een bestuurlijke boete onvoldoende afschrikwekkend kan zijn. Daarom heeft de minister naast de mogelijkheid tot het opleggen van

bestuurlijke sancties ook de mogelijkheid tot het opleggen van strafrechtelijke sancties op grond van de Wet economische delicten.

Voor alle terreinen en sectoren waarop de Minister van Economische Zaken en Klimaat in het kader van deze wet toezicht houdt, geldt dezelfde doelstelling, namelijk dat de hoogte van de sanctie evenredig is met het oog op de gepleegde overtreding en voldoende afschrikwekkend is voor zowel de overtreder (specifieke preventie) als andere potentiële overtreders (generieke preventie). Deze doelstelling wordt weerspiegeld door een aantal algemene uitgangspunten die de minister in acht dient te nemen bij het vaststellen van de 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 en hij zal daarin boeteverhogende (bijvoorbeeld recidive) en -verlagende omstandigheden (financiële draagkracht) meewegen.

8. Financiële gevolgen

8.1 Regeldruk

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

Uitgangspunt is dat bedrijven die van wezenlijk belang zijn voor de vitale processen en bedrijven die producten hebben die onderworpen zijn aan exportcontroleregimes binnen de reikwijdte van het wetsvoorstel komen te vallen. Het is nog niet met zekerheid vast te stellen hoe veel bedrijven dit betreft. Momenteel wordt nog uitgezocht welke vitale processen – en daarbinnen welke aanbieders – exact onder de reikwijdte zullen komen te vallen. Dit wordt bij algemene maatregel van bestuur geregeld. Het is wel bekend dat er momenteel ongeveer 120 bedrijven actief zijn binnen de vitale processen. Verder zullen ook bepaalde toeleveranciers van bedrijven die actief zijn binnen de vitale processen binnen de reikwijdte van de wet worden gebracht. Om hoe veel bedrijven dit gaat is momenteel moeilijk te zeggen. Op dit moment zijn er geen betrouwbare cijfers te geven over het aantal bedrijven dat over sensitieve technologie beschikt of deze produceert. Daarnaast zal ook de exacte reikwijdte voor sensitieve technologie nog nader worden vastgesteld bij algemene maatregel van bestuur. Duidelijk is echter dat zeker niet alle hightech-ontwikkelaars en -producenten werken met sensitieve technologie. De categorie zal daarom naar verwachting een beperkte deelverzameling betreffen van technologiebedrijven.

In de vitale processen zijn relatief weinig mkb'ers actief en relatief veel grote ondernemingen. Hierdoor zullen naar verwachting zeer weinig mkb'ers en/of kleine bedrijven en zzp'ers binnen het toetsingsbereik van het wetsvoorstel vallen. Er zijn naar verwachting meer mkb'ers actief op het gebied van sensitieve technologie. Daarnaast zijn er ook startups die te kwalificeren zijn als microbedrijven die investeringen proberen op te halen. Indien deze startups over sensitieve technologie beschikken of deze produceren, dan worden zij geraakt door dit wetsvoorstel. Niettemin is het de verwachting dat dit in veel gevallen om relatief eenvoudige transacties zal gaan, waardoor er snel een toetsingsbesluit genomen kan worden. De meest complexe transacties zullen waarschijnlijk activiteiten (zoals fusies en overnames) van grotere bedrijven omvatten. In het wetsvoorstel is een regime van toetsing opgenomen dat zorgt voor een meldplicht en risicoanalyse. Activiteiten die binnen de reikwijdte vallen moeten vooraf worden gemeld bij de Minister van Economische Zaken en Klimaat. Hierbij moeten meldingsplichten in eerste instantie alle bij algemene maatregel van bestuur verplichte informatie aanleveren bij de minister. Indien de minister aanvullende verzoeken om informatie heeft, moet de meldingsplichtige hieraan voldoen. Als laatste is het de meldingsplichtige niet toegestaan om in afwachting van het toetsingsbesluit de voorgenomen activiteit uit te voeren.

Een belangrijk uitgangspunt bij de ontwikkeling van het wetsvoorstel is om de administratieve lasten voor het bedrijfsleven zo laag mogelijk te houden. Hier is aan voldaan door het wetsvoorstel duidelijk af te bakenen en de reikwijdte te beperken. Daarbij is er een transparante procedure en

zijn korte doorlooptermijnen. Doordat ook vooraf duidelijk is welke informatie een bedrijf standaard bij een melding aan moet leveren kunnen bedrijven die een activiteit 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 activiteit en partij variëren. Het kan immers gaan om een simpele investering in een mkb'er, maar ook om een complexe fusie tussen multinationals.

Alleen in het geval dat een activiteit gemeld moet worden, zullen er kosten uit de naleving van dit wetsvoorstel voortkomen. Een grove schatting levert op dat bij een simpele overname van een mkb'er waarbij zowel interne als externe experts betrokken zijn, de kosten per geval zo'n 10.000 euro kunnen bedragen. Indien er geen externe experts betrokken worden bedraagt dit zo'n 3000 euro. Eenzelfde schatting voor een complexe fusie van beursgenoteerde multinationals, waarbij ook intern en extern advies wordt ingewonnen, levert een bedrag van zo'n 60.000 euro op.

In het geval dat er om aanvullende informatie wordt verzocht, zal dit naar schatting voor een eenvoudige casus, waarbij zowel intern als extern advies wordt ingewonnen, zo'n 3500 euro extra kosten. Voor een complexe zaak zal dit naar schatting 65.000 euro zijn.

De bovengenoemde lasten betreffen uitsluitend eenmalige lasten. De exacte omvang van het aantal meldingen is onbekend. Niettemin wordt er uitgegaan van 30 zaken per jaar, waarvan ongeveer 5 complexe zaken. Dit levert een totaaleffect van administratieve lasten per jaar op van naar schatting 750.000 euro, waarvan het overgrote deel ten laste komt van complexe activiteiten van grote bedrijven.

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

Daarnaast kan een activiteit onder voorwaarden toegestaan worden. In dat geval worden er voorschriften en eisen opgelegd aan het uitvoeren van de voorgenomen activiteit. Aan de naleving van deze voorschriften en eisen kunnen structurele kosten verbonden zitten. Deze zijn voor rekening van de betrokken partij aan wie ze opgelegd worden. De kosten hiervan hangen sterk af van de omstandigheden van het geval, waardoor het niet mogelijk is om hier een inschatting van te geven.

Verwacht wordt dat de nalevingsbereidheid van dit wetsvoorstel bij deze groep bedrijven groot zal zijn. Doelondernemingen hebben immers belang bij stabiliteit.

PM: uitkomsten mkb-toets

8.2 Apparaatskosten

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

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

De kosten van de toetsingseenheid zullen op de begroting rusten van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, het Ministerie van Justitie en Veiligheid en de betrokken vakministeries wiens vitale processen onder het toetsingsbereik van de wet vallen. Momenteel is dit in elk geval de Minister van Defensie. Naast een structurele bijdrage in de kosten van de

toetsingseenheid zullen alle bij een toetsingsbesluit betrokken ministers ook voor de beoordeling relevante experts ter beschikking van de toetsingseenheid stellen.

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

8.3 Markteffecten en concurrentiepositie

Dit wetsvoorstel is niet zonder gevolgen voor het investeringsklimaat en daarmee het bedrijfsleven. Door voorschriften, eisen en andere restricties op te leggen aan activiteiten zoals fusies en directe investeringen ontstaat een 'rem' die een vergelijkbaar effect kan hebben als traditionele investeringsbelemmeringen zoals bureaucratie. Investeringscreening maakt sommige activiteiten niet alleen onmogelijk, maar doet ook de zogeheten transactiekosten van activiteiten toenemen. Het onderwerpen van een activiteit aan toetsing creëert doorgaans onzekerheid bij zowel de verwerver als de doelonderneming, kan het uitvoeringsproces van de activiteit vertragen en kan leiden tot additionele administratieve lasten. Juist een open economie als Nederland die sterk gebaat is bij zijn openheid en internationale verwevenheid dient daarom bij de invoering van een investeringstoets oog te hebben voor de effecten op het investeringsklimaat en daarmee de proportionaliteit van het instrument.

Ook de OESO constateert dat FDI-screening op nationale veiligheid één van de factoren kan zijn die buitenlandse investeringen belemmert. De OESO heeft daarom een handreiking met een aantal richtlijnen vastgesteld om de transparantie en proportionaliteit van het instrument te bevorderen. Deze aanbevelingen zijn zo veel mogelijk in onderliggend wetsvoorstel verwerkt.

Een aantal uitgangspunten is essentieel om de proportionaliteit van het instrument en de toepassing ervan te waarborgen. Het eerste uitgangspunt is dat de nationale veiligheid het enkele aangrijpingspunt vormt voor het inroepen van het wetsvoorstel. Dit voorkomt protectionistisch misbruik van dit instrument. Ook vraagt een proportionele investeringstoets om beperkte onzekerheid voor zowel verwerwers als doelondernemingen, een zo beperkt mogelijke reikwijdte, lage administratieve lasten en korte doorlooptijden. Voor iedere partij moet duidelijk zijn in welke gevallen activiteiten moeten worden gemeld en op welke wijze en welke beoordelingscriteria van toepassing zijn. De onzekerheid voor bedrijven wordt zo veel mogelijk beperkt door de reikwijdte van het wetsvoorstel zo precies mogelijk af te bakenen bij algemene maatregel van bestuur zodat ondernemingen voorafgaand weten of potentiële activiteiten waarbij ze betrokken worden gemeld moeten worden. Daarnaast is het wetsvoorstel duidelijk en transparant over de beoordelingscriteria, mogelijke voorschriften en eisen die opgelegd kunnen worden en over de toetsingstemijnen waarmee rekening gehouden moet worden. Hiermee wint de uitvoering van het wetsvoorstel aan transparantie, rechtszekerheid en anticiperbaarheid. Ook biedt het wetsvoorstel betrokken partijen zekerheid dat als de toetsingstemijnen overschreden worden, de activiteit van rechtswege goedgekeurd wordt. Verder is bij de risicobeoordeling van een activiteit het uitgangspunt dat de activiteit door kan gaan, maar dat er indien er risico's voor de nationale veiligheid zijn geconstateerd voorschriften en eisen opgelegd worden om risico's te beheersen. Pas

als deze maatregelen niet voldoende worden geacht, wordt in het uiterste geval een verbod overwogen. Daarmee is een verbod echt een *measure of last resort*. Specifieker, aan het genoemde uitgangspunt dat de reikwijdte zo beperkt mogelijk moet blijven zal worden voldaan door bij algemene maatregel van bestuur vooraf te specificeren welke vitale processen, toeleveranciers van vitale processen en sensitieve technologieën onder de reikwijdte van het wetsvoorstel worden gebracht. Een meldplicht wordt alleen opgelegd als bij activiteiten zoals bedoeld in het wetsvoorstel risico's voor de nationale veiligheid kunnen ontstaan. Zo wordt ten aanzien van sensitieve technologie alleen die technologie die raakt aan de nationale veiligheid onder de reikwijdte van de toets gebracht. Aan ondernemingen waarbij vooraf al duidelijk is dat ze niet over sensitieve technologie beschikken of dit produceren wordt dus niet nodeloos een meldplicht opgelegd. Ook is door het vooraf selecteren van technologieën die raken aan nationale veiligheid kennis hierover aanwezig bij het Bureau Toetsing Investerings dat de toets uitvoert. Dit kan een positief effect hebben op de doorlooptijden van het toetsingsproces. Met deze nauwkeurige afbakening onderscheidt het Nederlandse wetsvoorstel zich van veel andere Europese investeringscreeningsmechanismen waarbij veelal een bredere groep ondernemingen onder de reikwijdte worden geplaatst.

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

8.4 Concurrentiepositie

Veel van de ons omringende landen die net als Nederland hun concurrentiepositie proberen te verbeteren door investeringen, technologie, kennis en talent aan te trekken hebben omwille van de nationale veiligheid (en in bepaalde gevallen ook omwille van de openbare orde) al langere tijd investeringscreeningsmechanismen ingesteld.³¹ De laatste jaren is er zelfs een trend om bestaande screeningsmechanismen te verscherpen door bijvoorbeeld de reikwijdte van het mechanisme uit te breiden (Duitsland) of de meldingsdrempel te verlagen (Frankrijk). Deze trend is verder versneld door de COVID-19-crisis.³² Ten opzichte van deze ons omringende landen is Nederland, op de sectorale investeringstoetsen voor energie en telecom na, een van de laatsten die zijn investeringscreeningsmechanisme uitbreidt naar vitale processen en sensitieve technologie. Ook andere nabijgelegen landen die nog geen (uitgebreid) screeningsmechanisme hebben werken hier momenteel aan.

Hoewel er belangrijke verschillen zijn tussen de verschillende screeningsmechanismen van lidstaten, passen de hoofdkenmerken van dit wetsvoorstel wel in het beeld van Europese screeningsmechanismen. Het wetsvoorstel combineert elementen van verschillende lidstaten waardoor er vanuit zowel het oogpunt van de economie als de nationale veiligheid een gebalanceerd en proportioneel wetsvoorstel ligt. Daarbij, doordat het Nederlandse screeningsmechanisme past in de Europese trend en elementen uit screeningsmechanismen van andere landen combineert, zijn de gevolgen voor de Nederlandse concurrentiepositie en het investeringsklimaat relatief beperkt. De meeste landen hebben bijvoorbeeld een verplicht toetsingsregime met drempelwaarden. In dit wetsvoorstel bepaalt de aard van de doelonderneming of een activiteit binnen de reikwijdte van het wetsvoorstel valt. In veel andere landen is dit ook het

³¹ De lidstaten die een screeningsmechanisme hebben moeten dit melden bij de Europese Commissie, die hier een lijst van bijhoudt. De lidstaten die hun screeningsmechanisme op het moment van schrijven hebben aangemeld bij de Europese Commissie zijn Denemarken, Duitsland, Spanje, Frankrijk, Italië, Letland, Litouwen, Hongarije, Nederland, Oostenrijk, Polen, Portugal, Roemenië, Finland en het Verenigd Koninkrijk. Recente onderzoeken naar de toetsingsystemen in onder meer deze landen met daarin uitgebreide beschrijvingen van deze regelingen is uitgevoerd door de OESO.

³² OECD, *Investment screening in times of COVID-19 – and beyond*. Toegankelijk via <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/investment-screening-in-times-of-covid-19-and-beyond-aa60af47/>

geval, maar is ook de herkomst van een activiteit (komt die uit het land zelf of van binnen de EU of buiten de EU?) medebepalend voor de vraag of een activiteit gescreend wordt. In die zin is het Nederlandse voorstel dus strikt landenneutraal. In alle landen valt ook de defensiesector binnen de scope. Daarnaast vallen (net als Nederland) in een aantal landen ook bedrijven die onderdeel zijn van vitale processen of bepaalde technologieën die raken aan de nationale veiligheid binnen de reikwijdte. De exacte afbakening hiervan verschilt echter per land. Duitsland en Frankrijk hebben bijvoorbeeld een vrij breed toepassingsbereik.

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

9. Evaluatie

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

10. Advies en consultatie

PM

11 Peildatum

Op 2 juni 2020 is door de Minister van Economische Zaken en Klimaat het voornemen meegedeeld om een peildatum op te nemen in het wetsvoorstel en daarmee een deel van het wettelijke kader voor het stelsel van investeringstoetsing met terugwerkende kracht in te voeren vanaf de formele peildatum 2 juni 2020.³³ Het opnemen van de peildatum 2 juni 2020 heeft tot gevolg dat na inwerkingtreding van het wetsvoorstel, overnames en investeringen die vanaf 2 juni 2020 zijn gedaan, met terugwerkende kracht getoetst kunnen worden wanneer daar vanuit de bescherming van onze nationale veiligheid aanleiding voor is. Door deze aankondiging van de peildatum werd het tevens mogelijk om strategisch (ontduikings)gedrag van ondernemingen of investeerders te voorkomen. Niet alle activiteiten die plaats hebben gevonden in de periode tussen 2 juni 2020 en de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel moeten alsnog actief gemeld worden en zullen getoetst worden. Alleen indien bij de minister een op redelijke gronden gebaseerd vermoeden is ontstaan dat een activiteit die heeft plaatsgevonden voorafgaand aan de inwerkingtreding van het wetsvoorstel, maar na 2 juni 2020, een risico voor de nationale veiligheid zou kunnen opleveren, worden de betrokken gelast alsnog een melding te doen.

Het aankondigen van het voornemen om de peildatum op te nemen in het wetsvoorstel werd gedaan tegen de achtergrond van de COVID-19-uitbraak. Door de economische omstandigheden als gevolg daarvan nam het risico toe dat ondernemingen (toen en nu) te maken krijgen met ongewenste activiteiten, zoals overnames of investeringen. Dit geldt ook voor activiteiten in

³³ Kamerstuk 30 821 nr. 101

doelonderningen, waardoor er een risico voor de nationale veiligheid kan ontstaan. Dit werd ook gesignaleerd door de Europese Commissie. De Commissie riep haar lidstaten op alert te zijn en waar mogelijk op te treden tegen onwenselijke marktontwikkelingen, zoals het voorkomen van strategische afhankelijkheden of onderbreking van de vitale processen.³⁴

Het opnemen van de peildatum is een proportioneel middel om ongewenste activiteiten zoals overnames en investeringen en strategisch (ontduikings)gedrag te voorkomen tegen de achtergrond van de Covid19-uitbraak, wanneer deze gevolgen hebben voor de nationale veiligheid. Door de peildatum is er weliswaar sprake van enige onzekerheid voor ondernemingen en verwerfers, maar deze is beperkt doordat de terugkijktermijn een afgebakende periode beslaat en het toepassingsbereik consistent is met door het kabinet eerder in de Kamerbrief *Investeringsstoets op risico's voor de nationale veiligheid*³⁵ gecommuniceerde toepassingsbereik. Het met terugwerkende kracht toetsen van activiteiten zoals overnames en investeringen is een krachtig middel, waar naar verwachting een afschrikwekkend effect van uitgaat. Het zal met terughoudendheid worden toegepast, zodat het ingrijpen in private zeggenschaps- en eigendomsverhoudingen proportioneel zal zijn.

ARTIKELEN

Artikel 1

aandeel

Door de verwijzing naar artikel 5:33, eerste lid, onderdeel b, van de Wet op het financieel toezicht is de reikwijdte van het begrip aandeel bepaald. Daaronder wordt niet alleen een aandeel in traditionele zin van artikel 79, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek begrepen, maar ook andere waardebewijzen die een recht op of invloed in een onderneming vertegenwoordigen, ongeacht of dit een beursgenoteerde of niet-beursgenoteerde onderneming betreft. Onder het begrip vallen eveneens een certificaat van een aandeel of een daarmee gelijk te stellen verhandelbaar waardebewijs en een optie of een ander verhandelbaar waardebewijs waarmee een aandeel of een certificaat of daarmee te vergelijken waardebewijs kan worden verworven.

activiteit

In artikel 2 van dit wetsvoorstel is beschreven welke activiteiten er binnen de reikwijdte van de wet zullen vallen. Zie paragraaf 2.2.1 van het algemeen deel van de toelichting voor een uitgebreidere uitleg over de reikwijdte.

beursgenoteerde doelonderneming

Onder beursgenoteerde doelonderneming wordt verstaan een doelonderneming waarvan de aandelen zijn toegelaten op een gereguleerde markt, multilaterale handelsfaciliteit, of een met de gereguleerde markt of multilaterale handelsfaciliteit vergelijkbaar systeem als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht (zie ook de definities van gereguleerde markt en multilaterale handelsfaciliteit).

bewaarder van een beleggingsinstelling

Het begrip bewaarder van een beleggingsinstelling is in het wetsvoorstel gedefinieerd als entiteit met als statutaire doelstelling het houden van de juridische eigendom al dan niet tezamen met het bewaren en administreren van de effecten van een beleggingsfonds of een fonds voor collectieve beleggingen in effecten. Deze definitie sluit aan bij de materiële omschrijving van de bewaarder zoals omschreven in artikel 4:37j en artikel 4:44 van de Wet op het financieel toezicht. Er is niet

³⁴ MEDEDELING VAN DE COMMISSIE - Gecoördineerde economische respons op de uitbraak van Covid-19 – COM(2020) 112, 13/3/2020; paragraaf 2, vierde alinea en de daarin aangekondigde aanwijzingen: COMMUNICATION FROM THE COMMISSION - Guidance to the Member States concerning foreign direct investment and free movement of capital from third countries, and the protection of Europe's strategic assets, ahead of the application of Regulation (EU) 2019/452 (FDI Screening Regulation), C(2020) 1981, 25/3/2020.

³⁵ Kamerbrief *Investeringsstoets op risico's voor de nationale veiligheid*. Kamerstuk 30 821, nr. 97.

gekozen om enkel aan te sluiten bij het begrip bewaarder van een beleggingsinstelling zoals toegepast in artikel 49b, eerste lid, onderdeel d, van de Wet giraal effectenverkeer. De in het wetsvoorstel gebruikte definitie houdt rekening met de rol van de bewaarder bij een icbe zoals gedefinieerd in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht en met de mogelijkheid dat de bewaarder niet ook het juridisch eigendom van de effecten houdt. In tegenstelling tot een centraal instituut, een buitenlandse instelling met een functie vergelijkbaar met die van een centraal instituut, een aangesloten instelling, intermediair, of instelling in het buitenland is de bewaarder van een beleggingsinstelling de juridisch eigenaar van de aandelen van de uitgevende instelling. Bij een onderzoek naar de identiteit van aandeelhouders op grond van artikel 23 van dit wetsvoorstel kan de bewaarder formeel worden geïdentificeerd als aandeelhouder. De bewaarder is echter niet de entiteit die de feitelijke beslissingen neemt over het stemgedrag en de omgang met het aandeelhouderschap in de doelonderneming: dat is de beheerder van de beleggingsinstelling (zie artikel 4:37f en artikel 5:45, zevende lid, van de Wet op het financieel toezicht).

centraal instituut

Het giraal effectenverkeer zoals geregeld in de Wet giraal effectenverkeer en zoals dat plaatsvindt op gereglementeerde markten zoals Euronext Amsterdam, is een vorm van handel in aandelen die niet meer via fysieke levering van aandelen aan toonder of op naam plaatsvindt, maar door het aanhouden en wijzigen van de tenaamstelling van tegoeden op speciaal daarvoor bestemde rekeningen. Het gaat hier om effectenrekeningen. In de Wet giraal effectenverkeer zijn enkele typen effectenrekeningen gedefinieerd gelet op de specifieke functie van enkele van deze rekeningen. In dit wetsvoorstel wordt bij deze definities aangesloten en voor zover noodzakelijk daarop voortgebouwd. Daarnaast worden in de Wet giraal effectenverkeer en daarmee ook in dit wetsvoorstel diverse actoren expliciet benoemd en gedefinieerd die een rol vervullen in het giraal effectenverkeer en specifieke effectenrekeningen beheren. Het giraal effectenverkeer kent als startpunt een centraal instituut. Volgens artikel 1 van de Wet giraal effectenverkeer is een centraal instituut een centrale effectenbewaarinstelling als bedoeld in artikel 2 van Verordening (EU) nr. 909/2014 van het Europees parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende de verbetering van de effectenafwikkeling in de Europese Unie, betreffende centrale effectenbewaarinstellingen en tot wijziging van Richtlijnen 98/26/EG en 2014/65/EU en Verordening (EU) nr. 236/2012 (PbEU 2014, L 257). In Nederland is Euroclear Nederland tot op heden het enige centraal instituut. Een centraal instituut kan volgens artikel 34, eerste lid, van de Wet giraal effectenverkeer girodepots houden en is volgens artikel 36, eerste lid, van de Wet giraal effectenverkeer belast met het beheer van deze girodepots. Een girodepot omvat het totaal van alle effecten van een uitgevende instelling waarvan de aandelen zijn toegelaten op de gereglementeerde markt. Ingeval de aandelen van een doelonderneming zijn toegelaten tot een gereglementeerde markt in Nederland, zal een centraal instituut al deze aandelen in een girodepot beheren. In het aandeelhoudersregister van de beursgenoteerde doelonderneming zal een centraal instituut als aandeelhouder zijn geregistreerd voor de aandelen die worden verhandeld op de gereglementeerde markt via het giraal effectenverkeer. In het effectenverkeer vervult Euroclear Nederland daarmee de rol van centrale effectenbewaarinstelling («Central Securities Depository») zoals ook gedefinieerd in artikel 2 van Verordening (EU) nr. 909/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende de verbetering van de effectenafwikkeling in de Europese Unie, betreffende centrale effectenbewaarinstellingen en tot wijziging van Richtlijnen 98/26/EG en 2014/65/EU en Verordening (EU) nr. 236/2012 (PbEU 2014, L 257). In het wetsvoorstel is rekening gehouden met de mogelijkheid dat een doelonderneming een beursnotering heeft op een gereglementeerde markt in het buitenland, buiten de EU. Dit kan ertoe leiden dat het centraal instituut slechts voor een deel of voor geen van de aandelen een rol vervult zoals voorzien in de Wet giraal effectenverkeer. Voor de effectiviteit van de bepalingen ten aanzien van het aandeelhouderschap in de beursgenoteerde doelonderneming wordt het begrip "instelling buiten de Europese Unie met een functie vergelijkbaar met die van centraal instituut" geïntroduceerd, zodat de verplichtingen die krachtens dit wetsvoorstel gelden voor het centraal instituut ook gelden voor daarmee vergelijkbare instellingen in geval van een beursnotering buiten de Europese Unie.

depot

Het algemene begrip depot is in dit wetsvoorstel opgenomen en gedefinieerd als een rekening met een aandelenbelang of een rekening waarin een aandelenbelang tot uitdrukking komt die beroepsmatig en anders dan als aandeelhouder wordt geadmistreerd of aangehouden. Onder dit begrip valt niet alleen het girodepot en het verzameldepot, het begrip omvat ook de effectenrekeningen van de instelling buiten de Europese Unie met een functie vergelijkbaar met die van centraal instituut en van de instelling in het buitenland. Om rekening te houden met de mogelijkheid dat de effectenrekeningen van een instelling in het buitenland op verschillende wijzen zijn vormgegeven, is in de definitie van depot ook de mogelijkheid opgenomen dat de effectenrekening niet zelf het aandelenbelang bevat, maar het instrument is waardoor een aandelenbelang is geregistreerd en waarin het aandelenbelang tot uitdrukking komt.

doelonderneming

Onder doelonderneming wordt in dit wetsvoorstel verstaan een onderneming als bedoeld in artikel 2, eerste lid, onderdeel a, die bij een bepaalde activiteit betrokken is. Het gaat hierbij om een onderneming die gevestigd is in Nederland en die essentieel is voor de continuïteit en weerbaarheid van vitale processen of die actief is op het gebied van sensitieve technologie. Ook vallen ondernemingen die zeggenschap hebben in, of significante invloed hebben op, een dergelijke onderneming binnen deze definitie. Concreet gaat het hier over de onderneming waarin geïnvesteerd wordt, de vitale of sensitieve technologie onderneming die partner is bij een fusie, de vitale of sensitieve technologie onderneming die partner is bij de oprichting van een joint venture, de vervreemder van vermogensbestanddelen, of de onderneming waarin op andere wijze zeggenschap of significante invloed wordt verworven. De onderneming die is ontstaan na de uitvoering van een activiteit als bedoeld in artikel 2, eerste lid, onderdelen b en c (dus het resultaat van de fusie of oprichting van de joint venture) valt ook binnen deze definitie. Na de uitvoering van de activiteit wordt deze onderneming de (nieuwe) doelonderneming, en is deze onderneming ook verantwoordelijk voor het blijven voldoen aan eisen en voorschriften, of indien in strijd met de bepalingen van de wet is gehandeld, voldoen aan een door de minister opgelegde last of gevolg geven aan een schorsing van rechten.

gereguleerde markt

Voor de definitie van de gereguleerde markt wordt verwezen naar de definitie van een gereguleerde markt in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht. Volgens dat artikel behelst een gereguleerde markt een multilateraal systeem dat volgens vaste regels werkt en waarbinnen koop- en verkoopintenties van derden met betrekking tot financiële instrumenten die tot die markt zijn toegelaten, worden samengebracht zodanig dat transacties tot stand komen. Daarbij werkt het systeem overeenkomstig de voor die markt geldende regels inzake vergunningverlening en het doorlopende toezicht. In de praktijk gaat het hierbij dus om effectenbeurzen. Onder de definitie valt zowel de Nederlandse beurs in Amsterdam, als buitenlandse zoals die in Frankfurt, Londen, Parijs of New York.

girodepot

Het girodepot is de effectenrekening beheerd door een centraal instituut dat alle effecten van dezelfde soort bevat van een uitgevende instelling die zijn toegelaten op de gereguleerde markt. Ingeval de aandelen van een doelonderneming zijn toegelaten tot een gereguleerde markt in Nederland, zal een centraal instituut al deze aandelen in het girodepot beheren.

instelling in het buitenland

In het wetsvoorstel is rekening gehouden met de mogelijkheid dat de aandelen in de beursgenoteerde doelonderneming niet in Nederland ten name van cliënten via effectenrekeningen worden geadmistreerd, maar door partijen in een ander land die een met de intermediair vergelijkbare functie vervullen. Het wetsvoorstel sluit daarom aan bij het begrip instelling in het buitenland zoals dat wordt gehanteerd in artikel 49a, onderdeel b, van de Wet giraal effectenverkeer. Een instelling in het buitenland is een instelling met een zetel in het buitenland

waaraan het op grond van het op die instelling van toepassing zijnde recht is toegestaan ten name van cliënten rekeningen in effecten te administreren of aan te houden.

intermediair

Het begrip intermediair is in artikel 1 van de Wet giraal effectenverkeer gedefinieerd als aangesloten instelling, beleggingsonderneming of bank in de zin van artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht waaraan het op grond van die wet is toegestaan beleggingsdiensten te verlenen respectievelijk het bedrijf van bank uit te oefenen en die in Nederland ten name van cliënten rekeningen in effecten administreert. Een intermediair is dus een partij die in het effectenverkeer voor een ander effecten beheert via een effectenrekening. Het totaal van alle effecten van een uitgevende instelling dat door de desbetreffende intermediair wordt beheerd of geadministreerd, wordt in een verzameldepot gehouden. Het onderscheid tussen het begrip aangesloten instelling en intermediair is daarin gelegen dat een aangesloten instelling rechtstreeks deelgenoot is in een girodepot, terwijl een intermediair dat niet is, tenzij de intermediair zelf een aangesloten instelling is. De intermediair is deelgenoot in het verzameldepot van de aangesloten instelling. Vervolgens is het mogelijk dat een andere intermediair weer deelgenoot is in het verzameldepot van de voornoemde intermediair. Zo kan een gelaagde bewaarketen van effecten tot stand komen waarin diverse intermediairs trapsgewijs deelgenoot worden in een verzameldepot van een andere intermediair. Voor zover een intermediair niet ten name van cliënten een aandelenpakket beheert, maar voor eigen rekening en risico het aandelenpakket aanhoudt, is de intermediair geen intermediair in de zin van de Wet giraal effectenverkeer, maar een aandeelhouder in de beursgenoteerde doelonderneming.

investering

Een van de activiteiten die onder de reikwijdte van dit wetsvoorstel valt is een investering die leidt tot de wijziging van de zeggenschap of verkrijging of vergroting van significante invloed in één of meer ondernemingen die zijn gevestigd in Nederland en die essentieel zijn voor de continuïteit en weerbaarheid van vitale processen of die actief zijn op het gebied van sensitieve technologie, of in een onderneming die zeggenschap heeft in, of significante invloed heeft op een dergelijke onderneming. In deze definitie is bepaald wat allemaal valt onder een investering. Personen kunnen zowel natuurlijke personen als rechtspersonen zijn.

meldingsplichtige

De meldingsplichtigen zijn alle bij de activiteit betrokken partijen. Zowel de verwerver of verwerfers als de doelonderneming. Dit betekent dat al deze partijen verantwoordelijk zijn voor de melding op grond van artikel 5, eerste lid, van dit wetsvoorstel. Dit betekent ook dat zij allemaal kunnen worden aangesproken als een activiteit wordt uitgevoerd zonder voorafgaande melding. Een uitzondering is gelegen in artikel 5, vierde lid, zie hiervoor de artikelsgewijze toelichting bij dit artikel.

multilaterale handelsfaciliteit

Een multilaterale handelsfaciliteit is een multilaterale handelsfaciliteit als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht. Volgens dat artikel gaat het om een door een beleggingsonderneming geëxploiteerd multilateraal systeem dat meerdere koop- en verkoopintenties van derden met betrekking tot financiële instrumenten, binnen dit systeem en volgens de niet-discretionaire regels, samenbrengt op zodanige wijze dat er een overeenkomst uit voortvloeit overeenkomstig de geldende regels inzake de vergunningverlening en het doorlopende toezicht. Het gaat hier in feite om alternatieve beurzen die minder gereguleerd zijn. Voorbeelden van een dergelijke handelsfaciliteit is Alternext en The Order Machine.

nationale veiligheid

In paragraaf 3.1 van het algemeen deel van de toelichting is reeds ingegaan op het begrip nationale veiligheid. Zoals daar ook werd vermeld, wordt in de definitie van dit begrip verwezen naar de omschrijving van het begrip nationale veiligheid in de verschillende artikelen uit het VWEU

om aan te geven met welk doel voorwaarden aan de uitvoering van een activiteit mogen worden verbonden of een verbod mag worden opgelegd. Door deze definitie wordt beoogd te verzekeren dat de beperkingen op het vrij verkeer van kapitaal, goederen en diensten die dit wetsvoorstel met zich meebrengt, uitsluitend worden opgelegd met een volgens het VWEU gerechtvaardigd doel. Wat precies onder openbare veiligheid moet worden verstaan is verder uitgewerkt in de jurisprudentie van het Hof van Justitie, zie met name het Scientology-arrest, zaak C-54/99, overweging 17 en arrest EC/Hongarije, zaak C-78/18, overwegingen 88-96.

onderneming

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

personen met wie in onderling overleg wordt gehandeld

Bij het bepalen of sprake is van de verkrijging van significante invloed, wordt niet alleen gekeken naar het aandeel van de stemmen in een algemene vergadering van aandeelhouders waar de betreffende persoon over beschikt. Alle stemrechten van personen met wie in onderling overleg wordt gehandeld, doordat zij samenwerken op grond van een overeenkomst, worden ook meegeteld. Ook bij de bepaling of er een wijziging van zeggenschap plaatsvindt wordt rekening gehouden met samenwerkingsconstructies, dat is inherent aan het gebruik van het mededingingsrechtelijke zeggenschapsbegrip (zie de definitie van zeggenschap).

stemmen

Bij de definitie van stemmen wordt aangesloten bij hetgeen in artikel 5:33, eerste lid, onderdeel d, van de Wet op het financieel toezicht wordt verstaan onder stemmen, namelijk de stemmen die op aandelen kunnen worden uitgebracht, alsmede de stemmen waarover een persoon beschikt of wordt geacht te beschikken op grond van artikel 5:45, eerste tot en met elfde lid van de Wft. Laatstbedoelde stemmen vloeien niet uit een direct aandeelhouderschap voort, maar uit allerlei constructies waardoor de invloed die kan worden uitgeoefend bij een ander dan de eigenaar van het aandeel berust (zie ook de toelichting bij het begrip aandeel).

sensitieve technologie

Zie paragraaf 2.2.1 van de algemene toelichting.

significante invloed

Zie paragraaf 2.2.1 van de algemene toelichting.

toetsingsbesluit

Een activiteit mag niet plaatsvinden voordat door Onze Minister een toetsingsbesluit is genomen (artikel 4, eerste lid). Het toetsingsbesluit volgt na de beoordeling van de activiteit op risico's voor de nationale veiligheid, op grond van artikel 7. Het toetsingsbesluit kan drie uitkomsten hebben:

1. de activiteit wordt toegelaten,
2. de activiteit wordt onder voorwaarden toegelaten (artikel 8, eerste lid); of
3. de activiteit wordt verboden (artikel 8, tweede lid).

verwerver

De verwerper is of de verwervers zijn de partijen (personen of rechtspersonen) die met gebruik van een bepaalde activiteit in zee willen gaan met de doelonderneming. Op grond van artikel 7 wordt beoordeeld of de verwerper een geschikte partij is om de activiteit mee uit te voeren.

verzameldepot

Het verzameldepot is de effectenrekening die het totaal van alle effecten van een uitgevende instelling omvat dat door de desbetreffende intermediair wordt beheerd of geadministreerd. Onder het begrip intermediair valt ook de aangesloten instelling die dus ook een verzameldepot houdt en beheert.

vitaal proces

Zie paragraaf 2.2.1 van de algemene toelichting.

zeggenschap

Voor de bepaling of er sprake is van de wijziging van zeggenschap wordt aangesloten bij artikel 26 van de Mededingingswet en de jurisprudentie hierover. Zie paragraaf 2.2.1 van de algemene toelichting.

Artikel 2

In artikel 2 wordt de reikwijdte van het wetsvoorstel bepaald. In het eerste lid is aangegeven op welke activiteiten dit wetsvoorstel van toepassing is. Al de in het eerste lid beschreven activiteiten hebben met elkaar gemeen dat een verwerper significante invloed of zeggenschap verkrijgt over een (onderdeel van) een vitaal proces of over een sensitieve technologie.

In het eerste lid, onderdeel a, worden investeringen die leiden tot de wijziging van zeggenschap of verkrijging of vergroting van significante invloed in ondernemingen, gevestigd in Nederland die van wezenlijk belang zijn voor de continuïteit en weerbaarheid van vitale processen of die actief zijn op het gebied van sensitieve technologie ("doelondernemingen") en in ondernemingen die zeggenschap in, of significante invloed op een dergelijke onderneming onder de reikwijdte van het wetsvoorstel gebracht. Dit hoeft niet slechts te gaan om een onderneming die zelf een vitaal proces uitvoert, maar kan ook zien op een bepaalde leverancier of onderneming die de kennis in huis heeft om een bepaalde machine te onderhouden. Dit geldt alleen voor zover zij van wezenlijk belang zijn voor het vitale proces, zonder wie het vitale proces niet kan blijven draaien en in Nederland geen substituut te vinden is.

Bij een aantasting van de weerbaarheid van een vitaal proces blijft een partij zijn prestaties zodanig leveren dat de continuïteit van het proces weliswaar niet direct aangetast wordt, maar er wel kwetsbaarheden in het proces ontstaan.

Met het eerste lid, onderdeel b, worden fusies onder de reikwijdte van het wetsvoorstel gebracht, er ontstaat hierdoor een nieuwe doelonderneming die van wezenlijk belang zal zijn voor de continuïteit en weerbaarheid van vitale processen of die actief zal zijn op het gebied van sensitieve technologie.

Met het eerste lid, onderdeel c, wordt het tot stand brengen van een gemeenschappelijke onderneming die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult (een zogenaamde joint venture) onder de reikwijdte van het wetsvoorstel gebracht. Dit is alleen het geval als het deel van de doelonderneming dat wordt afgesplitst en in de nieuwe onderneming wordt ondergebracht ook daadwerkelijk ziet op het vitale proces of de sensitieve technologie, waardoor er een nieuwe doelonderneming ontstaat.

Met het eerste lid, onderdeel d, wordt de overgang van vermogensbestanddelen onder de reikwijdte van het wetsvoorstel gebracht. Dit geldt alleen voor zover de vermogensbestanddelen die worden verworven ervoor zorgen dat een onderneming als "doelonderneming" kan functioneren. Onderhoudsbusjes zijn bijvoorbeeld niet essentieel voor het functioneren als doelonderneming, dus de aanschaf hiervan hoeft niet gemeld te worden.

In onderdeel e is een restcategorie opgenomen, ook op een andere manieren kan zeggenschap of significante invloed verkregen worden. Dit kan bijvoorbeeld ook in de vorm van een huurovereenkomst, waarbij de verwerper zeggenschap verkrijgt over het beheer en de middelen, terwijl de eigendomsrechten of de aandelen niet worden overgedragen. Met deze restcategorie

wordt voorkomen dat via allerlei omwegen constructies verzonnen kunnen worden om wel zeggenschap of significante invloed te verkrijgen, maar niet onder de reikwijdte van het wetsvoorstel te vallen.

Bij twijfel of een bepaalde activiteit onder de reikwijdte van het wetsvoorstel valt, kan contact opgenomen worden met het Bureau toetsing investeringen. Het kan bijvoorbeeld lastig zijn om te beoordelen of bepaalde vermogensbestanddelen essentieel zijn voor het kunnen functioneren als doelonderneming, zeker als de beoordeling gedaan moet worden door een meldingsplichtige die wat verder van het proces af staat (zoals een curator in faillissement).

In het tweede lid zijn een aantal uitzonderingen op het eerste lid opgenomen. Dit wetsvoorstel is op grond van artikel 2, tweede lid, onderdeel a, niet van toepassing indien het bij een bepaalde activiteit, op grond van een wettelijk voorschrift, slechts mogelijk is voor de Nederlandse staat, provincies, gemeenten of andere openbare lichamen om verwerver te zijn. Dit kan zowel onmiddellijk, als middellijk. In de Drinkwaterwet is bijvoorbeeld bepaald dat de zeggenschap over een drinkwaterbedrijf kan worden verkregen door publiekrechtelijke rechtspersonen (onmiddellijk) of door een naamloze of besloten vennootschap waarvan de aandelen worden gehouden door publiekrechtelijke rechtspersonen (middellijk). Zie artikel 1, definitie van de gekwalificeerde rechtspersoon juncto artikel 15 van de Drinkwaterwet.

Dit wetsvoorstel is op grond van artikel 2, onderdeel b, niet van toepassing als er op een activiteit een sectorspecifieke toets uit hoofde van nationale veiligheid van toepassing is. Een sectorspecifieke toets, zoals bijvoorbeeld opgenomen in de Wet ongewenste zeggenschap telecommunicatie, houdt rekening met de specifieke belangen en gevoeligheden in de sector, en gaat daarom logischerwijs boven dit bredere toetsingskader. Het is ook niet de bedoeling dat bepaalde activiteiten twee keer getoetst worden.

In het tweede lid, onderdeel c, is een uitzondering opgenomen ten behoeve van zogenoemde beschermingsstichtingen, die in het leven zijn geroepen om vijandige overnames te voorkomen. In het tweede lid, onderdeel d, is opgenomen dat het wetsvoorstel niet van toepassing is als de verwerfer de Nederlandse staat, een provincie, een gemeente of een ander openbaar lichaam is. Deze uitzondering ligt in het verlengde van de uitzondering opgenomen in het tweede lid, onderdeel a. Hier ziet het op een feitelijke verwerving door een publiekrechtelijke rechtspersoon. In het derde lid is bepaald wanneer de verkrijging van significante invloed voldoende is om onder de reikwijdte van het voorstel te vallen. Dit is namelijk niet bij alle verkrijgingen van invloed het geval, maar alleen als dit een risico voor de nationale veiligheid zou kunnen opleveren (zie ook paragraaf 2.2.1 van de algemene toelichting). Daarom creëert dit wetsvoorstel de mogelijkheid om voor een specifieke categorie vitale bedrijven, significante invloed, bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen met een percentage van het kapitaal of aantal stemmen waarover verwerfer beschikt, onder de reikwijdte van de meldplicht te brengen. In de toelichting bij de algemene maatregel van bestuur zal voor de specifieke categorieën uitgelegd worden welk percentage van de stemmen een risico voor de nationale veiligheid oplevert en waarom dit het geval is.

In het vierde lid is bepaald dat bij de bepaling van het percentage van de stemmen in de algemene vergadering van een onderneming waarover een verwerfer na de uitvoering van een activiteit zal beschikken, de stemmen van personen met wie in overleg wordt gehandeld worden meegerekend. Er is sprake van het in overleg handelen wanneer natuurlijke personen, rechtspersonen of vennootschappen samenwerken op grond van een overeenkomst met als doel het verwerven van significante invloed. Bij de bepaling of er sprake is van de verkrijging van zeggenschap wordt ook rekening gehouden met dit soort overeenkomsten, omdat aangesloten wordt bij de zeggenschapsdefinitie uit het mededingingsrecht, die hier ook rekening mee houdt.

Artikel 3

Artikel 3 van het wetsvoorstel bepaalt samen met artikel 2 de reikwijdte van toetsing. In het eerste lid is bepaald dat bij algemene maatregel van bestuur de vitale processen worden aangewezen. In paragraaf 2.2.1 van de algemene toelichting, onder "vitale processen" wordt uitgelegd wanneer er sprake is van een vitaal proces en hoe dit bepaald wordt. In het tweede tot en met vierde lid wordt bepaald wanneer er sprake is van sensitieve technologie. In paragraaf 2.2.2 onder "sensitieve technologie" is uitgelegd waarom sensitieve technologie onder de reikwijdte van het voorstel wordt gebracht. Sensitieve technologie omvat in de basis producten voor tweeërlei gebruik waarvan de uitvoer vergunningplichtig is op grond van artikel 3, eerste lid, van verordening (EG) nr. 428/2009

van de Raad van 5 mei 2009 tot instelling van een communautaire regeling voor controle op de uitvoer, de overbrenging, de tussenhandel en de doorvoer van producten voor tweërlei gebruik (PbEU 2009, L 134) en militaire goederen als bedoeld in artikel 2 van de Uitvoeringsregeling strategische goederen 2012. Niet alle goederen die onder deze kwalificatie vallen zijn echter van belang voor het toetsingsstelsel. Dat de uitvoer van sommige producten een groot risico kan opleveren voor de nationale veiligheid betekent niet altijd dat de verkrijging van zeggenschap in een producent van deze producten een risico voor de nationale veiligheid oplevert. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan grondstoffen waarmee (ook) wapens gemaakt kunnen worden waarvoor een kostbare fabriek moeten worden gebouwd om deze te produceren, maar er geen sprake is van hoogwaardig technologisch product waarbij het weglekken van kennis een bedreiging vormt. Daarom is in het derde lid een mogelijkheid opgenomen om producten voor tweërlei gebruik en militaire goederen uit te zonderen als sensitieve technologie.

Aan de andere kant kan het nodig zijn om bepaalde technologieën aan de reikwijdte toe te voegen die (nog) niet gekwalificeerd zijn als producten voor tweërlei gebruik en militaire goederen als bedoeld in het eerste lid. Zoals ook in de algemene toelichting is aangegeven gaat de technologische ontwikkeling zeer snel en is het nodig om daar op in te kunnen spelen. Aan de andere kant moet voldoende kenbaar zijn en onderbouwd zijn waarom de verkrijging van zeggenschap of significante invloed in een onderneming die actief is op het gebied van een bepaalde technologie een risico kan opleveren voor de nationale veiligheid. Daarom is in het vierde lid van dit artikel de mogelijkheid opgenomen om bij algemene maatregel van bestuur de lijst van sensitieve technologieën uit te breiden. Dit kan op grond het vierde lid onderdeel a, bij technologieën die van essentieel belang kunnen zijn voor het functioneren van defensie, opsporings-, inlichtingen- en veiligheidsdiensten bij de uitoefening van hun taken. Dit kan op grond van het vierde lid, onderdeel b, indien de beschikbaarheid en aanwezigheid van deze technologieën binnen Nederland of haar bondgenoten (in EU-, of NAVO-verband en landen waarmee Nederland intensieve relaties heeft zoals vriendschapsverdragen) essentieel is om onaanvaardbare risico's voor de verkrijgbaarheid van bepaalde essentiële producten of voorzieningen te voorkomen. En dit kan, op grond van het vierde lid, onderdeel c, bij technologieën die worden gekenmerkt door een breed toepassingsbereik binnen verschillende vitale processen of processen die raken aan de nationale veiligheid. Dit ziet op zogenaamde "sleuteltechnologieën", die op zeer verschillende gebieden inzetbaar zijn en waar vaak geen goed substituuat voor is, zoals kwantumtechnologie. Per technologie die aan de reikwijdte wordt toegevoegd bij algemene maatregel van bestuur, wordt in de toelichting specifiek stilgestaan bij de noodzaak van deze uitbreiding.

Artikel 4

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

In het derde lid is bepaald dat de minister indien nodig ook andere ministers kan raadplegen dan de Minister van Justitie en Veiligheid en de eventueel betrokken vakminister, voordat hij een toetsingsbesluit neemt. De verwachting is dat de minister in de meeste gevallen de activiteit kan toestaan. Indien er sprake is van een lastig te beoordelen situatie kan het nodig zijn om gebruik te maken van de expertise van andere ministers om tot een goed oordeel te kunnen komen. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de Minister van Financiën bij lastige financiële constructies, de Minister van Buitenlandse Zaken bij de inschatting van risico's van buitenlandse staatsinvloeden en de Minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking als er een link is met exportcontrole.

Artikel 5

In artikel 5 is bepaald dat ieder voornemen om een activiteit uit te voeren, door een van de meldingsplichtigen gemeld moet worden aan de Minister van Economische Zaken en Klimaat. Het artikel laat vrij welke meldingsplichtige de melding doet, als er maar een melding wordt gedaan en de noodzakelijke informatie wordt aangeleverd. In de praktijk zullen de meldingsplichtigen samen moeten werken om alle informatie aan te kunnen leveren. Hoewel het artikel vrij laat welke meldingsplichtige de melding doet, zijn wel alle meldingsplichtigen verantwoordelijk en dus aanspreekbaar als verzuimd wordt een melding te doen. Een uitzondering op deze regel zit in het vierde lid. Indien een geheimhoudingsplicht van een doelonderneming die dienstverlening levert aan de veiligheidsdiensten, defensie, handhaving van de rechtsorde dan wel hulpverlening, ervoor zorgt dat de verwerver niet kan weten dat er sprake is van een meldingsplichtige partij, rust de meldplicht niet op de verwerver. In plaats daarvan is in dat geval de doelonderneming waarvoor deze geheimhoudingsplicht geldt verplicht om, zodra zij daar kennis van heeft, een melding te doen aan de minister.

De informatie die bij de melding moet worden aangeleverd wordt verder uitgewerkt bij algemene maatregel van bestuur. De minister stelt daarvoor een, ook elektronisch beschikbaar, middel ter beschikking, zodat meldingen op uniforme wijze bij het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat worden aangeleverd.

Artikel 6

In artikel 6 zijn de termijnen opgenomen waarbinnen de Minister van Economische Zaken en Klimaat een toetsingsbesluit moet nemen. De termijn gaat in wanneer de melding is ontvangen. Het is de bedoeling de meldingsplichtigen zo snel mogelijk duidelijkheid te geven over de voorgenomen activiteit. Daarom is in artikel 6, eerste lid, bepaald dat de Minister van Economische Zaken en Klimaat in beginsel binnen acht weken na ontvangst van de melding een toetsingsbesluit moet nemen.

Indien het nodig is voor een goede beoordeling, kan hij verwerfer op grond van artikel 22, zesde lid, om aanvullende informatie verzoeken. De beslistermijn wordt dan in afwachting van die aanvullende informatie opgeschort. Indien de minister nader onderzoek nodig acht om een activiteit goed te kunnen beoordelen, kan hij de beslistermijn bovendien verlengen met uiterlijk zes maanden. De maximale duur van deze verlengingsmogelijkheid is gebaseerd op de tijd die nodig kan zijn om relevante informatie in een derde land te vergaren, indien met dat land geen inlichtingen worden uitgewisseld. Het streven is daarbij om de termijn in de praktijk zo kort mogelijk te houden.

Ten slotte is het nog mogelijk de termijn te verlengen als dit noodzakelijk is om te kunnen voldoen aan de FDI-screeningsverordening. Over het algemeen zal de mogelijke verlenging van de termijn met zes maanden voldoende zijn om rekening te kunnen houden met eventuele opmerkingen van andere lidstaten of een advies van de Europese Commissie in het kader van de verordening. Het kan echter voorkomen dat pas in een laat stadium wordt ontdekt dat er sprake is van een buitenlandse directe investering in de zin van de verordening, omdat het in eerste instantie leek te gaan om een investeerder van binnen de Europese Unie. Pas als duidelijk is dat het gaat om een buitenlandse directe investering, wordt de screening op basis van artikel 6, eerste lid, van de verordening via het contactpunt gemeld aan de andere lidstaten en de Europese Commissie. Deze hebben dan 15 werkdagen de tijd om het voornemen tot het indienen van opmerkingen respectievelijk een advies kenbaar te maken (artikel 6, zesde lid, van de verordening) en 35 kalenderdagen de tijd om de opmerkingen of het advies daadwerkelijk in te dienen (zie artikel 6, zevende lid, van de verordening). Het voorgestelde derde lid wordt opgenomen, voor het geval de termijn nog verlengd moet worden om bij het nemen van de beslissing rekening te kunnen houden met eventueel binnen gekomen opmerkingen of een advies.

Ten slotte wordt in het derde lid paragraaf 4.1.3.3 van de Awb van overeenkomstige toepassing verklaard. Wanneer een toetsingsbesluit niet binnen de termijn wordt genomen, dan is de activiteit van rechtswege goedgekeurd. De procedurele voorschriften van paragraaf 4.1.3.3. moeten door de minister worden opgevolgd.

Artikel 7

Zie paragraaf 2.2.2.2 van de algemene toelichting.

Artikel 8

In artikel 8, eerste lid, is bepaald dat de minister eisen of nadere voorschriften kan verbinden aan een activiteit als dit op basis van de beoordeling, bedoeld in artikel 7, nodig is om de aan een bepaalde activiteit verbonden risico's voor de nationale veiligheid te voorkomen of tot een aanvaardbaar niveau te beperken en welke eisen en voorschriften dit kunnen zijn. Niet alle eisen en voorschriften zijn toepasbaar op alle activiteiten. Er moet altijd rekening gehouden worden met de omstandigheden van het geval bij de beoordeling wat effectief is en bovendien proportioneel gezien de aard en hoogte van het risico. De eisen en voorschriften worden gekoppeld aan de activiteit. Dit betekent dat niet slechts de verwerfer zich hieraan moet houden, maar ook de doelonderneming.

Als het niet mogelijk is om met behulp van op te leggen eisen of voorschriften de risico's voor de nationale veiligheid in voldoende mate te beperken, dan kan de minister de activiteit verbieden (zie ook paragraaf 2.2.3 van de algemene toelichting).

In het derde lid is de mogelijkheid opgenomen om bij algemene maatregel van bestuur aanvullende eisen of voorschriften als bedoeld in het eerste lid vast te leggen. Als op een later moment blijkt dat de lijst niet volledig is en dat andere eisen of voorschriften passender zouden zijn om bepaalde activiteiten op een verantwoorde manier door te laten gaan, kan deze lijst bij algemene maatregel van bestuur worden aangevuld.

Een van de voorschriften die de minister aan een activiteit kan verbinden is de certificering van de aandelen van de verwerfer. Het idee achter dit voorschrift is dat de verwerfer, als certificaathouder, wel de vermogensrechten geniet, maar niet de stemrechten in de algemene vergadering van de onderneming. Bij certificering dragen de aandeelhouders hun aandelen, en daarmee de aandeelhoudersrechten namelijk over aan een nieuwe rechtspersoon (meestal een stichting administratiekantoor). In ruil voor deze aandelen krijgt de aandeelhouder certificaten. Dit voorschrift zou niet goed werken als de certificaathouder vervolgens gebruik kan maken van een volmacht op grond van artikel 118a van Boek 2 van het Burgerlijk wetboek, omdat hij dan immers alsnog stemrechten kan uitoefenen. Daarom is in het vierde lid bepaald dat, indien dit voorschrift is opgelegd, geen volmacht wordt gegeven aan de certificaathouder op grond van artikel 118a van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.

In het vijfde lid is opgenomen dat de verwerfer of doelonderneming een redelijke hersteltermijn wordt geboden als blijkt dat niet aan de aan de activiteit verbonden eisen of voorschriften wordt voldaan. Aan wie de last wordt opgelegd op grond van het vijfde lid, hangt af van de partij die ervoor kan zorgen dat wordt voldaan aan de bewuste eis cq het bewuste voorschrift. Wat een redelijke termijn is, hangt af van de omstandigheden van het geval; hoe tijdrovend is het om alsnog te voldoen en wat is mogelijk gezien de hoogte van het veiligheidsrisico en de kans dat dit zich snel verwezenlijkt.

Het zesde lid regelt ten slotte dat, indien niet binnen de hersteltermijn alsnog aan een opgelegde eis of voorschrift wordt voldaan, de minister andere (wellicht zwaardere) eisen of voorschriften aan de activiteit kan verbinden, of in het uiterste geval, de activiteit alsnog kan verbieden.

Artikel 9

In artikel 9 zijn twee situaties opgenomen waarin de activiteit al is uitgevoerd, maar waarin de minister de meldingsplichtigen toch kan vragen een melding te doen, waarna de activiteit wordt beoordeeld en een toetsingsbesluit zal worden genomen.

In het eerste lid is de situatie opgenomen dat de meldingsplichtigen, in strijd met artikel 5, eerste lid, geen melding hebben gedaan en de activiteit is uitgevoerd in strijd met artikel 4, eerste lid.

In het tweede lid is de situatie opgenomen dat wel een melding is gedaan en ook een toetsingsbesluit is genomen, maar dat bij de minister bekend is geworden of een redelijk vermoeden is ontstaan dat door een meldingsplichtige onjuiste of onvolledige informatie is verstrekt.

De minister mag op grond van dit artikel vragen (opnieuw) een melding te doen, uiterlijk binnen drie maanden nadat bij de minister bekend is geworden dat er sprake is van een van de situaties beschreven in het eerste of tweede lid. Zo heeft de minister wat tijd om te beoordelen of het nodig is een melding te doen, maar blijft ook niet onbeperkt onzekerheid bij de betrokken partijen

bestaan of zij nog een melding moeten doen en hierop volgend een toetsingsbesluit kunnen verwachten.

Als de minister op grond van dit artikel een toetsingsbesluit heeft genomen, kan dit met zich meebrengen dat de activiteit niet had mogen plaatsvinden (als het toetsingsbesluit een verbod inhoudt) of slechts wanneer er voldaan wordt aan bepaalde eisen of nadere voorschriften had mogen plaatsvinden. In het wetsvoorstel zijn voorzieningen opgenomen om ervoor te zorgen dat er wordt voldaan aan die eisen of nadere voorschriften (zie artikel 8, vijfde lid) of dat er niet meer in strijd met het verbod wordt gehandeld (zie artikelen 11 tot en met 16).

Artikel 10

In artikel 10 van het wetsvoorstel is bepaald dat de minister, indien er sprake is van een zwaarwegend risico voor de nationale veiligheid, binnen zes maanden nadat dit risico bij hem bekend is geworden een activiteit waarvoor eerder een toetsingsbesluit is genomen, op nieuw kan beoordelen aan de hand van de factoren, bedoeld in artikel 7. Op basis van deze beoordeling kan een nieuw toetsingsbesluit worden genomen. Zie paragraaf 2.2.4 van de algemene toelichting voor uitleg waarom het noodzakelijk kan zijn om gebruik te maken van deze mogelijkheid. In het vierde lid van dit artikel is bepaald dat de termijn wordt opgeschort als de minister verzoekt om informatie op grond van artikel 22, zevende lid, onderdeel b. Als de minister op grond van dit artikel besluit om een eerder goedgekeurde activiteit te beoordelen, hoeft, in tegenstelling tot de situaties opgenomen in artikel 9, geen nieuwe melding te worden gedaan. In eerste instantie zal de minister de inschatting maken met de bij hem bekende en bij de andere instanties, opgenomen in artikel 22, aanwezige informatie, en alleen wanneer nodig de betrokken partijen om extra informatie vragen.

Artikel 11

In artikel 11 is beschreven hoe activiteiten die in strijd met een verbod zijn uitgevoerd ongedaan gemaakt kunnen worden. Zie paragraaf 2.2.10 van de algemene toelichting voor een uitgebreide uitleg over het stelsel. Deze artikelsgewijze toelichting is hier een aanvulling op.

In het eerste lid is bepaald dat investeringen in strijd met een verbod nietig zijn (voor zo ver zij niet via de effectenbeurs verlopen). In het tweede lid is bepaald dat ook een fusie of het tot stand brengen van een gemeenschappelijke onderneming (joint venture) als bedoeld in artikel 2, eerste lid, onderdelen b en c, in strijd met een verbod op grond van artikel 8, tweede lid, nietig is. Maar dit is alleen het geval als de activiteit ook een concentratie inhoudt waarop de Mededingingswet of de EG-concentratieverordening van toepassing is. In het geval van een dergelijk fusie of het aangaan van een joint venture bevinden de betrokken ondernemingen zich in een sterk gejuridificeerd proces, vaak met (externe) juridische ondersteuning en de activiteit in de openbaarheid en in alle lagen van de onderneming bekend. Er mag van deze partijen verwacht worden dat zij begrijpen wat de implicaties zijn van een verbod en dat ze de activiteit niet willens en wetens voortzetten. Dezelfde soort activiteiten die niet onder het concentratietoezicht vallen zijn niet nietig. Dit soort activiteiten vinden vaak minder in de openbaarheid plaats en het kan zijn dat het bestuur van een onderneming de uitvoering hiervan doet, zonder andere onderdelen van de onderneming, zoals een raad van commissarissen hierin mee te nemen. Het is niet zonder meer proportioneel om de gehele onderneming hier de dupe van te laten zijn. Ook het verwerven van een deel van de vermogensbestanddelen (artikel 2, eerste lid, onderdeel d) in strijd met een verbod is niet nietig. Nietigheid is niet goed te verwezenlijken bij de overgang van vermogensbestanddelen wanneer er sprake is van de vestiging van een zakelijk recht.

Ten slotte is het verkrijgen van zeggenschap of significante invloed op een andere wijze dan via een investering (artikel 2, eerste lid, onderdeel e) in strijd met een verbod niet nietig. In dit geval instigeert de verwerfer over het algemeen niet zelf de verwerving van zeggenschap of significante invloed, maar gebeurt dit door een rechtshandeling van een andere partij. Het is dan niet redelijk om gelijk nietigheid aan deze rechtshandeling te koppelen.

In deze gevallen kan de minister, naast de mogelijkheid een last op te leggen op grond van het vierde lid, de rechter verzoeken om vernietiging (vijfde lid). Voor welke route de minister kiest hangt af van de omstandigheden van het geval. Soms is het voor de verwerfer of de doelonderneming het beste als minister snel ingrijpt door middel van het opleggen van een last en

de partijen zo snel duidelijkheid geeft over de te volgen stappen en is de minister ook zeker in staat om deze duidelijkheid snel te bieden. Soms is de situatie zodanig complex dat een onafhankelijke toetsing door de rechter noodzakelijk voor een goede, proportionele afhandeling, bijvoorbeeld wanneer de weging van de verschillende belangen die in een casus spelen complex is. De termijnen voor het instellen van de vordering tot vernietiging zijn geregeld in artikel 52 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek. In het eerste lid, onderdeel d, van dit artikel is bepaald dat verjaringstermijn gaat lopen op het moment dat het beroep aan de betrokkene 'ten dienste is komen te staan'. Met deze woorden heeft de wetgever bedoeld te bewerkstelligen dat de verjaring een aanvang neemt zodra de vernietigingsbevoegde zijn bevoegdheid daadwerkelijk kan uitoefenen. De regel leent zich voor flexibele toepassing; HR 9 augustus 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9951, NJ 2013/557 (Stern/Gulf).

Indien de minister pas op een laat moment erachter komt dat een activiteit in strijd met een verbod is uitgevoerd en er is geen sprake van bedrog, (waarop het eerste lid, onderdeel c, van dit artikel van toepassing is) kan voor de start van de vernietigingstermijn alsnog uitgegaan worden van het moment waarop bij de minister bekend is geworden dat in strijd met een verbod is gehandeld.

Bij het terugbrengen of beëindigen van de zeggenschap of significante invloed bij een activiteit die heeft plaatsgevonden via de gereguleerde markt, multilaterale handelsfaciliteit of een met de gereguleerde markt of multilaterale handelsfaciliteit vergelijkbaar systeem (op grond van het derde lid) kan de verwerver verschillende dingen doen. Ofwel hij biedt de aandelen vrij aan op de effectenbeurs, wat er waarschijnlijk toe leidt dat ze zich zodanig verspreiden over verschillende aandeelhouders dat er geen sprake is van een meldingsplichtige partij, ofwel hij zoekt gericht naar een koper. In dit geval kan het zo zijn dat er weer sprake is van een meldingsplichtige activiteit die getoetst moet worden. In dit artikel is bepaald dat de minister een redelijke termijn moet stellen waarbinnen de verwerver uitvoering moet geven aan het derde lid. Wat een redelijke termijn is hangt af van de omstandigheden van het geval en deze termijn mag in ieder geval niet te kort zijn (zie paragraaf 3.2.1.2 van de algemene toelichting). Als de verwerver ervoor kiest om uitvoering te geven aan het derde lid via een meldingsplichtige activiteit, moet onze minister hier bij het stellen van de termijn rekening mee houden of de termijn eventueel verlengen. De schorsing van rechten blijft dan bestaan tot er niet meer in strijd met het verbod wordt gehandeld (artikel 17).

In het zesde lid worden het derde en vierde lid van overeenkomstige toepassing verklaard op de situaties waarin een verbod op een later moment wordt opgelegd, wanneer de activiteit al heeft plaatsgevonden. In deze gevallen is het sowieso niet proportioneel om te kiezen voor nietigheid, maar moet wel ook een einde gemaakt worden aan de situatie die een risico vormt voor de nationale veiligheid.

Het zesde lid ziet ten eerste op een verbod op grond van artikel 9, eerste lid. In dit geval heeft een activiteit plaatsgevonden zonder een melding. Dit is op zichzelf staand een overtreding van artikel 4, eerste lid. Het is echter niet gezegd dat er sprake is van bewust handelen. Zeker bij kleine technologiebedrijven of start ups is denkbaar dat een meldingsplicht over het hoofd is gezien. Daarom is handelen in strijd met artikel 4, eerste lid, niet nietig, maar wordt de activiteit ook niet nietig als de minister op grond van artikel 9, eerste lid, de activiteit alsnog verbiedt. Dit staat los van de mogelijkheid die de minister heeft om een proportionele straf op te leggen indien artikel 4, eerste lid, is overtreden.

Ten tweede ziet het zesde lid op een verbod dat is opgelegd op grond van artikel 9, tweede lid. In dit geval is er sprake van het aanleveren van onjuiste informatie. Het is echter goed denkbaar dat deze foutieve informatie ofwel per ongeluk is gegeven, ofwel door een bepaalde persoon binnen de onderneming, waarvan anderen binnen de onderneming geen weet hebben. Via het strafrecht is het mogelijk om deze persoon aan te spreken op dit gedrag (bijvoorbeeld via valsheid in geschrifte, artikel 225 van het Wetboek van strafrecht), maar het is onredelijk om de hele onderneming in dit geval met nietigheid van de activiteit te confronteren.

Het zesde lid, onderdeel b, ziet op een verbod dat wordt opgelegd op grond van artikel 10, eerste lid (veranderde omstandigheden). In dit geval heeft de verwerver niet in strijd met de wet gehandeld en is het niet proportioneel om de transactie nietig te verklaren.

In het zevende lid is bepaald dat de doelonderneming ervan op de hoogte wordt gebracht door de minister als aan de verwerver een last wordt opgelegd op grond van dit artikel. Dan weet de doelonderneming wat er speelt.

Het negende lid voorziet in een bevoegdheid voor de situatie dat de identiteit van de houder van het aandelenbelang in een beursgenoteerde aangewezen onderneming niet met zekerheid kan

worden vastgesteld. In zo'n geval kan de minister de verplichting de last opleggen aan de partij die als laatste wel kon worden geïdentificeerd in de bewaarketen. Door de gekozen formulering wordt het mogelijk om de intermediair die een depot administreert en houdt waarin een niet te identificeren persoon deelgenoot is, zelf aan te merken als aandeelhouder. Doorslaggevend voor de toepassing van deze bevoegdheid is dat de minister niet in staat is om met de middelen en bevoegdheden die hem ter beschikking staan de identiteit van deze persoon met voldoende zekerheid vast te stellen.

Het tiende lid legt vast dat als de bevoegdheid zoals voorzien in het negende lid wordt uitgeoefend dit expliciet kenbaar wordt gemaakt in het besluit dat de minister oplegt. Deze bepaling is opgenomen met het oog op de rechtsbescherming voor de betrokken persoon die hierdoor beter kan duiden op welke gronden hij als aandeelhouder een verplichting tot verkoop opgelegd heeft gekregen.

Artikel 12

Het wetsvoorstel houdt er rekening mee dat een verwerfer of doelonderneming, niet voldoet aan een op grond van artikel 11 opgelegde last. In dat geval bepaalt artikel 12, eerste lid, dat de minister bij uitsluiting onherroepelijk gemachtigd is om namens en voor rekening van de verwerfer of doelonderneming, diens aandelen overeenkomstig de last te vervreemden of anderszins uitvoering te geven aan de opgelegde last. De opbrengst van de verkoop komt ten goede aan de (voormalige) verwerfer. De feitelijke uitwerking van de verplichting op grond van het eerste lid kan worden onderworpen aan nadere regels die worden vastgesteld bij of krachtens algemene maatregel van bestuur (tweede lid). In dat kader kan bijvoorbeeld worden geregeld hoe om te gaan met de opbrengst van een verkoop, indien de aandeelhouder niet in staat is het geld te ontvangen of zelf onderworpen is aan sanctie maatregelen die financieel verkeer onmogelijk maken. In deze nadere regels kan dan worden bepaald dat de opbrengst op een derdenrekening of in consignatie wordt geplaatst tot het moment waarop de opbrengst wel ter beschikking kan worden gesteld. Dit artikel ziet op de situatie waarin een activiteit niet is uitgevoerd via een gereguleerde markt, multilaterale handelsfaciliteit of een met de gereguleerde markt of multilaterale handelsfaciliteit vergelijkbaar systeem is verlopen. In dat geval zijn artikel 12 tot en met 16 van toepassing.

Artikel 13

In artikel 13, eerste lid, is bepaald dat de beursgenoteerde doelonderneming bevoegd is en bij uitsluiting onherroepelijk gemachtigd is om, in het geval na verloop van de termijn, bedoeld in artikel 11, derde lid, de zeggenschap of significante invloed in die doelonderneming niet overeenkomstig de last is teruggebracht, over te gaan tot vervreemding.

Het eerste lid legt een wettelijke volmacht neer bij de doelonderneming om namens de verwerfer de aandelen te vervreemden die niet afhankelijk is van de medewerking of bevestiging door de desbetreffende verwerfer. Deze wettelijke volmacht kan ook niet worden ingetrokken en dient in het rechtsverkeer dan ook te worden geaccepteerd. Het zal voor de beursgenoteerde doelonderneming overigens in voorkomend geval noodzakelijk zijn om partijen in de bewaarketen te informeren over deze volmacht wanneer deze wordt ingeroepen en toegepast.

Het tweede lid beoogt vanuit rechtszekerheid buiten twijfel te stellen dat als de minister de bevoegdheid heeft uitgeoefend om een persoon als verwerfer aan te merken omdat de achterliggende partij niet met zekerheid kon worden geïdentificeerd, de beursgenoteerde doelonderneming ook kan uitgaan van deze vaststelling bij de gebruikmaking van de bevoegdheden op grond van het eerste lid.

In het derde lid is een medewerkingsverplichting opgenomen voor de partijen in de bewaarketen. Zij dienen medewerking te verlenen aan de tenuitvoerlegging van de wettelijke taak die op de doelonderneming rust op grond van het eerste lid.

In het vierde lid is voorzien in een grondslag om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen over de termijn waarbinnen vervreemd kan worden door de doelonderneming of de wijze waarop de opbrengst wordt verstrekt of ten bate komt van de verwerfer van het aandeel of een andere rechthebbende. Zo is bijvoorbeeld voorzien dat er regels komen hoe om te gaan met de opbrengst van de verplichte verkoop indien de voormalige verwerfer onderworpen is aan sancties door de Verenigde Naties en zijn tegoeden zijn bevroren.

Ook is voorzien dat er specifieke regels worden vastgesteld over hoe om te gaan met rechthebbenden. Het is bijvoorbeeld voorstelbaar dat de opbrengst niet aan de eigenaar moet worden overdragen, maar aan degene die een pandrecht op de aandelen bezat.

Artikel 14

Op grond van het eerste lid heeft de beursgenoteerde doelonderneming de verplichting de minister te informeren, indien zich moeilijkheden voordoen bij de tenuitvoerlegging van de wettelijke verplichting neergelegd in artikel 13, eerste lid. De situatie kan zich namelijk voordoen dat een financieel intermediair geen medewerking verleent of kan verlenen om de gedwongen verkoop feitelijk en effectief ten uitvoer te leggen. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien de financieel intermediair waar de verwerfer van het aandelenbelang zijn effectenrekening aanhoudt, op grond van de toepasselijke wetgeving van het land waar de intermediair gevestigd is, niet rechtstreeks kan meewerken aan de gedwongen verkoop van het aandelenbelang door de doelonderneming. Mocht de in artikel 13, tweede lid, voorgeschreven medewerking uitblijven, dan kan de minister de beursgenoteerde doelonderneming opdragen een verzoek tot uitlevering te doen overeenkomstig artikel 15, eerste lid. Na ontvangst van de aanwijzing is de beursgenoteerde doelonderneming verplicht de procedure voor de uitlevering van aandelen zoals geregeld in artikel 15 toe te passen.

Artikel 15

Zie paragraaf 2.2.9 van de algemene toelichting. Een doelonderneming is niet alleen verplicht de procedure van artikel 15 te volgen indien toepassing is gegeven aan artikel 14, tweede lid, en zij een aanwijzing heeft ontvangen, maar zij kan dat ook doen zonder dat een aanwijzing is afgegeven. Een doelonderneming zal van deze mogelijkheid bijvoorbeeld gebruik maken als de onderneming inschat dat de toepassing van de procedure van artikel 15 leidt tot een effectievere en snellere wijze van tenuitvoerlegging van de wettelijke opdracht tot gedwongen verkoop. In het eerste lid is gelet hierop bepaald dat de beursgenoteerde doelonderneming onherroepelijk gemachtigd is tot het doen van een verzoek tot uitlevering van het aandelenbelang uit de depots (dat zijn de effectenrekeningen gehouden door financiële partijen) van de financiële intermediairs. Vervolgens is een financieel intermediair verplicht gevolg te geven aan dit verzoek en het desbetreffende aandelenbelang uit zijn depot te leveren aan de beursgenoteerde doelonderneming en het depot te verminderen met de te vervreemden hoeveelheid (tweede lid). Het kan evenwel voorkomen dat de geïdentificeerde aandeelhouder waarvan het aandelenbelang vervreemd of teruggebracht moet worden, niet direct zijn aandelen in het depot houdt van de financieel intermediair tot wie het verzoek tot uitlevering van de beursgenoteerde doelonderneming is gericht, maar dat een andere financiële intermediair dit namens hem doet. In een dergelijke situatie zal de financieel intermediair die het verzoek tot uitlevering van de beursgenoteerde doelonderneming heeft gekregen, deze opdracht tot vermindering aan een of meer andere financiële intermediairs in de bewaarketen van aandelen moeten doorgeven, zodat deze hun depot zullen verminderen ten laste van de geïdentificeerde houder van het aandelenbelang (tweede en derde lid).

Het uiteindelijke doel van deze uitlevering is het aandelenbelang in te schrijven in het aandeelhoudersregister en daarbij het op naam te stellen van de aandeelhouder tot wie de last tot verkoop is gericht (vierde lid). De inschrijving in het aandeelhoudersregister maakt het ten slotte mogelijk om het aandelenbelang met behulp van de procedure van artikel 13 te vervreemden. De inschrijving kan aan een ieder worden tegengeworpen in de bewaarketen en dit zorgt ervoor dat de beursgenoteerde doelonderneming rechtsgeldig de aandelen kan overdragen zonder dat andere (nieuwe) rechthebbenden zich daar tegen kunnen verzetten (vijfde lid). Het vijfde lid voorkomt dat transacties met de relevante aandelen binnen een nauw afgebakend tijdvak, het verzoek tot uitlevering (en de daarop volgende verkoop) kunnen doorkruisen.

Het zesde lid beoogt vanuit rechtszekerheid buiten twijfel te stellen dat als de minister de bevoegdheid heeft uitgeoefend om een persoon als aandeelhouder aan te merken omdat de achterliggende partij niet met zekerheid kon worden geïdentificeerd, de beursgenoteerde aangewezen onderneming ook kan uitgaan van die vaststelling bij het doen van een verzoek om uitlevering.

Gelet op de feitelijke complexiteit van de tenuitvoerlegging van de uitlevering van de aandelen volgens de procedure van artikel 15, is in het zevende lid voorzien in een grondslag om bij of

krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen over de machtiging tot het doen van een verzoek tot uitlevering en over de wijze waarop de verplichtingen, bedoeld in het tweede en derde lid, ten uitvoer moeten worden gelegd.

Artikel 16

Ook bij de toepassing van de procedure beschreven in artikel 15 kan zich de situatie voordoen dat een financieel intermediair in de keten geen medewerking verleent aan de uitlevering van het aandelenbelang. De beursgenoteerde doelonderneming is verplicht dit gebrek aan medewerking te melden aan de minister (eerste lid). De minister kan dan gebruik maken van de bevoegdheid in het tweede lid, en vaststellen welke partij als laatste in de keten meewerkt. Een beursgenoteerde doelonderneming moet deze vaststelling ingevolge het derde lid in acht nemen. Het vierde lid regelt vervolgens wie in een dergelijke situatie kan worden aangemerkt als aandeelhouder, namelijk de persoon die deelgenoot is in het betreffende depot van een financiële intermediair en waarvan de houder van dat depot als laatste medewerking heeft verleend. Vervolgens kan met behulp van de procedure van artikel 13 het aandelenbelang worden vervreemd of terug gebracht namens en voor rekening van deze aandeelhouder. Dit artikel bevordert de medewerking van financiële instellingen in de bewaarketen van de aandelen in de beursgenoteerde doelonderneming aangezien zij er alle belang bij hebben te voorkomen dat zij getroffen worden door deze vaststelling.

Artikel 17

In artikel 17 is bepaald dat door een verwerfer met een bepaalde activiteit verworven rechten niet worden uitgeoefend, met uitzondering van de rechten die betrekking hebben op het verkrijgen van financiële aanspraken (het recht op opbrengsten van een onderneming, dividend en de ontvangst van uitkeringen uit de reserves zolang er sprake is van in het eerste lid opgesomde situaties). Dit geldt ook voor de doelonderneming die met een bepaalde activiteit rechten heeft verworven. Dit is een doelonderneming die na de fusie of totstandbrenging van de joint venture is ontstaan, zie de definitie van doelonderneming in artikel 1, onder b. Het is ter borging van de nationale veiligheid niet nodig om het recht op financiële aanspraken te verbieden nu dat recht geen acute risico's voor de nationale veiligheid kan opleveren.

Ook de verhandelbaarheid van aandelen wordt niet aangetast. Een aandeelhouder kan zijn aandelen nog steeds overdragen. Dit wijkt dus af van de bevrozing van tegoeden zoals voorzien in sanctiewetgeving. Als een aandeelhouder zijn aandelen overdraagt, is het verbod op uitoefening van de rechten verbonden aan de uitoefening van zeggenschap of significante invloed niet meer van toepassing (voor zover uiteraard de regels opgenomen in dit wetsvoorstel en de eventuele meldingsplicht die rust op de overdracht wordt gerespecteerd). Het verbod is immers specifiek verbonden aan de houder van de zeggenschap of significante invloed. Naar zijn aard heeft een verbod tot uitoefening van zeggenschap of significante invloed, een tijdelijk karakter. Een dergelijk verbod verandert immers de stemverhoudingen binnen de algemene vergadering en dit kan de strategie en beleid van de betrokken partij beïnvloeden. Ook is het voor andere aandeelhouders en het bestuur van de betrokken partij onwenselijk in permanente onzekerheid te verkeren of een aandeelhouder – zeker als deze een groot aantal aandelen heeft – al dan niet als strategische partner actief kan blijven in de doelonderneming. Voor een structurele oplossing voorziet het wetsvoorstel in het opleggen van een last tot gedwongen verkoop. Het tweede lid bevat een verplichting voor alle partijen in de bewaarketen om de effectieve tenuitvoerlegging van het verbod op de uitoefening van de rechten verbonden aan het aandeelhouderschap in een beursgenoteerde doelonderneming niet te ondermijnen door handelingen te verrichten waardoor een verwerfer of doelonderneming kan handelen in strijd met het verbod rechten of zeggenschap uit te oefenen. Deze verplichting ontstaat uiteraard alleen wanneer er in het specifieke geval sprake is van partijen in de bewaarketen en wanneer deze ook kennis hebben van het feit dat een verbod is opgelegd krachtens het eerste lid en aan wie. Zonder deze informatie kan hen geen verwijt worden gemaakt dat zij handelingen verrichten die de schorsing kunnen ondermijnen.

Artikel 18

De feitelijke tenuitvoerlegging van de schorsing die krachtens artikel 17 van toepassing is vergt ook inspanningen van de doelonderneming. Dit komt in het wetsvoorstel tot uitdrukking door artikel 18, eerste lid. Weliswaar rust het verbod op de verwerper, maar de aangewezen doelonderneming bezit diverse mogelijkheden om ervoor te zorgen dat de schorsing ook daadwerkelijk effectief is. De doelonderneming is in staat door feitelijk handelen het uitoefenen van rechten verbonden aan de zeggenschap of significante invloed van de verwerper onmogelijk of in ieder geval zeer moeilijk te maken. De doelonderneming registreert bijvoorbeeld voorafgaand aan de algemene vergadering de aandeelhouders die toegelaten zijn tot de algemene vergadering die daar hun stem kunnen uitbrengen. Door deze registratie voor de betrokken aandeelhouder te weigeren, is deze aandeelhouder juridisch niet in staat om te stemmen of zelfs aanwezig te zijn. Komt hij toch opdagen, dan moet de doelonderneming hem de fysieke toegang tot de algemene vergadering weigeren. Ook mag de doelonderneming bepaalde informatie feitelijk niet meer ter beschikking stellen aan de verwerper waarop de schorsing van toepassing is. Tot slot is door de schorsing het bestuur van de doelonderneming ook niet gehouden noch toegestaan om gevolg te geven aan aanwijzingen die de aandeelhouder verstrekt overeenkomstig daartoe strekkende bepalingen opgenomen in de statuten van de doelonderneming (zie in dit verband artikel 194, vierde lid en artikel 239, vierde lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek die deze mogelijkheid van aanwijzingen en instructies inkaderen).

In geval van een beursgenoteerde doelonderneming kan het noodzakelijk zijn dat ook alle partijen in de bewaarketen om de effectieve tenuitvoerlegging van de schorsing van zeggenschap of significante invloed over de doelonderneming mogelijk te maken. Dit wordt geregeld in artikel 18, tweede lid, van het wetsvoorstel. Partijen in de bewaarketen dienen medewerking verlenen aan de beursgenoteerde doelonderneming om de schorsing feitelijk en effectief ten uitvoer te leggen. Deze partijen kunnen bijdragen aan het effectief laten zijn van het verbod opgelegd aan een aandeelhouder, door bijvoorbeeld de registratie van de desbetreffende aandeelhouder voor deelname aan de algemene vergadering niet te faciliteren.

In het derde lid is een meldingsverplichting opgenomen voor de beursgenoteerde doelonderneming, indien deze geen of onvoldoende medewerking krijgt bij de uitvoering van de verplichting op grond van het eerste lid, feitelijk gevolg te geven aan de schorsing van een aandeelhouder. De minister kan in voorkomend geval besluiten medewerking af te dwingen via bestuurlijke boete of overgaan tot toepassing van de bevoegdheid neergelegd in het vierde en vijfde lid. In geval van een boete betreft het specifiek het sanctioneren van het gebrek aan medewerking van de desbetreffende partij in de bewaarketen die alsnog heeft gefaciliteerd dat de desbetreffende (geschorste) aandeelhouder kan deelnemen aan de algemene vergadering.

In het vierde lid is geregeld dat de minister kan vaststellen welke partij als laatste in de bewaarketen medewerking heeft verleend, en welke partij de niet-meewerkende persoon is die deelgenoot is in het depot van degene die als laatste in de keten medewerking heeft verleend. Het vijfde lid bepaalt vervolgens dat de schorsing, bedoeld in artikel 17, eerste lid, dan betrekking heeft op het gehele aandelenbelang van de niet-medewerkende partij – bijvoorbeeld een intermediair of instelling in het buitenland – die deelgenoot is in het depot van de laatste aan de uitvoering van de schorsing meewerkende partij in de bewaarketen. Alle aandelen die worden gehouden door de niet-meewerkende partij zijn dan geschorst. In het zesde lid is voorzien in een delegatiegrondslag om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur een nadere invulling te kunnen geven aan de wijze waarop aan de schorsing op grond van artikel 17, eerste lid, gevolg wordt gegeven. Deze grondslag biedt de mogelijkheid om zowel de doelonderneming als andere van belang zijnde partijen, zoals de partijen in de bewaarketen, verdere praktische voorschriften te geven hoe de schorsing feitelijk ten uitvoer te leggen. Zo kan de beursgenoteerde doelonderneming de verplichting opgelegd krijgen om onder bepaalde voorwaarden de partijen in de bewaarketen te informeren over de schorsing krachtens artikel 17, eerste lid.

Artikel 19

De voorziening die mogelijk wordt gemaakt in artikel 19 bouwt voort op de rol die doelonderneming heeft bij het effectief tenuitvoerleggen van de schorsing, zoals ook is geregeld en toegelicht bij artikel 18. Op grond van artikel 19, eerste lid, kan de minister een persoon aanwijzen die de doelonderneming (in het bijzonder het bestuur, de raad van commissarissen, of sleutelfunctionarissen) opdrachten kan verstrekken die moeten worden opgevolgd. Deze voorziening is noodzakelijk wanneer redelijkerwijs verwacht kan worden dat de doelonderneming niet in staat

is om zich gedurende schorsing feitelijk autonoom op te stellen ten opzichte van de verwerver, gelet op de verwevenheid met de verwerver (bijvoorbeeld door personele unies), of wanneer er aanwijzingen zijn dat de doelonderneming zijn verplichtingen uit hoofde van artikel 18 niet nakomt. Door een dergelijke persoon aan te wijzen kan ook op operationeel vlak worden gewaarborgd dat de schorsing feitelijk effectief is, zonder dat het bestuur van de doelonderneming vervangen hoeft te worden. Het is een model dat – weliswaar in een andere context – ook door de Algemene Rekenkamer wordt aangehaald als “overheidstrustee” die de belangen van de overheid waarborgt, zonder ambtenaren als bestuurder of commissaris te benoemen en zonder dat er enkel sprake is van een waarnemer zonder invloed (zie Kamerbrief van de Algemene Rekenkamer van 26 juni 2020 “Steun aan grote bedrijven – Leren van het Verleden,” les 16).

In beginsel bemoeit deze aangewezen persoon zich niet met de dagelijkse gang van zaken van de doelonderneming en grijpt hij alleen in via gerichte opdrachten, als er rechtshandelingen of feitelijke handelingen worden verricht die de effectiviteit van de schorsing zoals voorzien in artikel 17 van dit wetsvoorstel kan aantasten. De taak en rol van de aangewezen persoon gaat op grond van artikel 19 niet verder dan het waarborgen van de effectiviteit van de schorsing (zie artikel 19, derde lid). Dat betekent dat in beginsel het bestuur, de raad van commissarissen en sleutelfunctionarissen onverminderd hun rol kunnen vervullen zoals in het Nederlandse ondernemingsrecht is voorzien.

In de kern is er sprake van een verscherpt toezicht van overheidswege via de aangewezen persoon op de gedragingen van bestuur, raad van commissarissen en sleutelfunctionarissen zonder hun rol over te nemen. Daar waar de aangewezen persoon opdrachten geeft, dienen deze opdrachten ten uitvoer te worden gelegd (artikel 19, tweede lid). Voor zover er bezwaren bestaan tegen deze opdrachten en het bestuur bijvoorbeeld van oordeel is dat een opdracht niet in het belang van de aangewezen onderneming is, staat tegen opdrachten van een aangewezen persoon administratief beroep open bij de minister. Hiermee komt tot uitdrukking dat de aangewezen persoon een bestuursorgaan is en dat een door deze persoon verstrekte opdracht een beschikking in de zin van de Awb is, waartegen rechtsbescherming open staat.

Er is om meerdere redenen voor gekozen om administratief beroep open te stellen. De minister kan de aangewezen persoon benoemen en vervangen door een andere persoon. Daarmee is de aangewezen persoon niet onafhankelijk van de minister en wordt ook duidelijk gemaakt dat de aangewezen persoon een specifieke en afgebakende publieke taak heeft, namelijk het waarborgen dat de schorsing effectief is (zie ook artikel 19, zevende lid). De taak van de aangewezen persoon vereist echter een beoordeling van de concrete situatie: het gaat met andere woorden niet om in overwegende mate gebonden besluiten. Omdat het hier gaat om de controle op de gang van zaken binnen een privaat bedrijf dat gedurende de schorsing, bedoeld in artikel 17, zijn normale bedrijfsvoering moet kunnen voortzetten, is het nodig dat de aangewezen persoon de vrijheid krijgt om binnen de wettelijk vastgelegde doelstellingen zelf keuzes te maken die niet vooraf aan goedkeuring door de minister worden onderworpen. Gelet op de publieke belangen die de aangewezen persoon dient na te streven, en de verantwoordelijkheid die de minister draagt voor die publieke belangen, moet de minister desalniettemin in staat worden gesteld hier achteraf toezicht op te houden als de betrokken partij meent dat een opdracht van de aangewezen persoon niet rechtmatig is.

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

Artikel 20

Artikel 20 is een specifieke voorziening gegeven voor de vervanging van bestuursleden, die in het verlengde ligt van het waarborgen van de effectiviteit van de schorsing. De redenen die bij artikel 19 zijn toegelicht waarom en onder welke omstandigheden een persoon kan worden aangewezen en hij opdrachten kan geven, zijn ook bij de voorziening van artikel 20 van toepassing. Tegelijkertijd voorziet artikel 20 in een verdergaande bevoegdheid, omdat de minister op grond van dit artikel ook kan besluiten om het bestuur of de leiding van de doelonderneming te laten

vervangen door een aangewezen persoon (of personen). Deze bevoegdheid is uitdrukkelijk verbonden aan de risico's die een schorsing (zie artikel 17) kan opleveren voor een vitaal proces. Het is immers zeer goed denkbaar dat door de schorsing en door de verwevenheid van (het bestuur van) de doelonderneming met de verwerver, er geen inzet meer wordt gepleegd op het waarborgen van de continuïteit van het vitaal proces (door bijvoorbeeld het afknippen van de noodzakelijke financiering, het uitstellen van bepaalde besluiten, et cetera). De bevoegdheden van een ingevolge artikel 19 aangewezen persoon, schieten dan te kort. Zijn taak is immers beperkt tot het geven van opdrachten die tot doel hebben de medewerking van de doelonderneming aan de schorsing te verzekeren. De maatregel van artikel 20 zal worden ingezet als er tijdens de schorsing sprake is van een risico op misbruik of uitval van de doelonderneming. Om te kunnen voorkomen dat dat risico zich realiseert, is het nodig daadwerkelijk onderdeel van het bestuur uit te maken. Het geven van opdrachten zoals de aangewezen persoon van artikel 19 doet, is in die situatie ontoereikend. Bij toepassing van deze bevoegdheid streeft de aangewezen persoon als bestuurder of leidinggevende de continuïteit van de doelonderneming en diens dienstverlening na, en wordt de aangewezen persoon primair bestuurder of leidinggevende met de taken en bevoegdheden die het ondernemingsrecht aan die positie verbindt. Ook hier is er sprake van een tijdelijke maatregel, die eindigt op het moment dat de schorsing eindigt. De bevoegdheden van de artikelen 19 en 20 is geïnspireerd door de soortgelijke bevoegdheden in de artikelen 13a en 14 van de Elektriciteitswet 1998.

Artikel 21

Hoofddregel van het wetsvoorstel is dat een activiteit niet mag worden uitgevoerd zonder dat er een toetsingsbesluit is genomen (artikel 4, eerste lid). Dit kan er echter toe leiden dat de doelonderneming in de periode tussen de melding en het toetsingsbesluit in een toestand zal gaan verkeren waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij met het betalen van haar schulden niet zal kunnen voortgaan. Dit kan er (bij faillissement) toe leiden dat de continuïteit van vitale proces waarin de onderneming actief is in gevaar komt, of dat een sensitieve technologie verloren gaat. Het zou tegen de doelstelling van dit wetsvoorstel ingaan als hiervoor geen voorziening wordt getroffen, aangezien dit op zichzelf een risico voor de nationale veiligheid op zou kunnen leveren. Daarom is in artikel 21, eerste en tweede lid bepaald, dat de minister in dat geval een meldingsplichtige ontheffing kan verlenen van het verbod een activiteit uit te voeren zonder dat een toetsingsbesluit is genomen.

Gedurende de ontheffing geldt een vergelijkbare schorsing van rechten als opgenomen in artikel 17, zie hierover ook paragraaf 2.2.5 van de algemene toelichting.

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

Het vijfde lid bevat de bepalingen die noodzakelijk zijn als na het verlenen van een ontheffing toch blijkt dat aan een activiteit bepaalde eisen of voorschriften moeten worden verbonden. De verwerver en doelonderneming krijgen dan een redelijke termijn om hiervoor te zorgen. Ook kunnen zij ervoor kiezen niet aan de eisen en voorschriften te voldoen, maar dan moeten zij handelen overeenkomstig het zesde lid, alsof er een verbod is opgelegd. Indien de minister alsnog een verbod oplegt, dan kan hij de verwerver of doelonderneming een last opleggen overeenkomstig artikel 11, derde of vierde lid, of de rechter om vernietiging verzoeken overeenkomstig artikel 11, vijfde lid. In dit geval is er nooit sprake van nietigheid van de uitvoering van de activiteit. Omdat de activiteit is uitgevoerd naar aanleiding van een ontheffing is het niet proportioneel om deze bij een besluit dat een verbod inhoudt alsnog nietig te laten zijn. De schorsing van rechten geldt totdat een positief toetsingsbesluit is genomen, waardoor de ontheffingsperiode wordt beëindigd, of tot voldaan is aan de verplichtingen opgenomen in het vijfde of zesde lid.

Artikel 22

In artikel 22 is de informatieverzameling in het kader van deze wet geregeld. In eerste instantie zal de minister uitgaan van de informatie die door de meldingsplichtige bij de melding van de activiteit op grond van artikel 5, eerste lid, wordt gedaan. De meldingsplichtige dient hierbij het meldingsformulier in te vullen waardoor al heel veel relevante informatie bij de minister bekend wordt. Het eerste lid van artikel 22 is opgenomen om te voldoen aan de vereisten van de algemene verordening gegevensbescherming (zie paragraaf 3.1.5 van de algemene toelichting).

Vanaf het tweede lid zijn twee soorten informatieverzameling geregeld, informatieverzameling onafhankelijk van de bij de activiteit betrokken partijen, en het vragen van (extra) informatie bij de betrokken partijen. De eerste vorm van informatieverzameling is noodzakelijk om de informatie die door de meldingsplichtigen is aangeleverd te verifiëren of aan te vullen. Deze vorm van informatieverzameling is essentieel omdat partijen die kwaad in de zin hebben naar verwachting juist onjuiste of onvolledige informatie zullen verstrekken. Het is daarom kwetsbaar om een beslissing te nemen alleen op basis van aangeleverde informatie. Het tweede tot en met vijfde lid zien op deze vorm van informatieverzameling. De tweede vorm van informatieverzameling ziet op het vragen van (extra) informatie bij de betrokken partijen.

De minister maakt bij het verkrijgen van onafhankelijk van de meldingsplichtige aanwezige informatie in eerste instantie gebruik van de informatiebronnen opgenomen in het tweede lid. Een van de informatiebronnen waar de minister gebruik van kan maken op grond van het tweede lid is het handelsregister. De minister zal voor deze wet worden aangewezen in het Handelsregisterbesluit 2008. Dit maakt het mogelijk de gegevens uit het Handelsregister te rangschikken naar natuurlijke personen (zie artikel 28, derde lid, van de Handelsregisterwet 2007 j^o artikel x van het Handelsregisterbesluit 2008), zodat optimaal gebruik gemaakt kan worden van de gegevens uit het Handelsregister.

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

- de voormalige en huidige eigenaar of eigenaren van de onroerende zaak, waarmee ook de identiteit van de verwerver (deels) in beeld komt;
- de waarde van de laatste transactie met betrekking tot de onroerende zaak, waarmee ook een indicatie wordt gegeven van de waarde van activiteit;
- de exacte omvang en begrenzing van de onroerende zaak, hetgeen ook een verdere indicatie geeft van de omvang en het voorwerp van de activiteit;
- de zekerheidsrechten, bijzondere rechten, erfpacht, et cetera, die op de onroerende zaak rusten, waarmee relevante informatie over de waarde, eigenaar, gebruiker en overige partijen die invloed kunnen hebben op de fysieke vestiging kan worden verschaft.

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

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

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

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

Hierin is ook een vangnetbepaling opgenomen. Als op een later moment blijkt dat de lijst niet volledig is kan deze bij algemene maatregel van bestuur worden aangevuld. De minister zal de wet binnen vijf jaar na de inwerkingtreding evalueren (zie artikel 33). Ook de doeltreffendheid en de effecten van de informatieverzameling op grond van artikel 22 zal hierin worden meegenomen. Dit kan aanleiding geven om de lijst aan te passen.

In het vierde lid is bepaald dat de verantwoordelijke minister voorts een schriftelijk verzoek kan doen aan de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD) of de Militaire inlichtingen- en Veiligheidsdienst (MIVD) om mededeling te doen, voor zover dit noodzakelijk is voor de uitvoering van de wet. Aldus is kenbaar dat ook informatie van beide diensten kan worden betrokken bij de uitvoering van deze wet. Het betreft hier een verzoek om naslag en niet een verzoek van de verantwoordelijke minister aan de dienst om een onderzoek te verrichten. De diensten zijn niet verplicht om aan een dergelijk verzoek gehoor te geven. Er kunnen immers redenen van nationale veiligheid zijn die aan een eventuele verstrekking in de weg staan. Met de inwerkingtreding van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017 (Wiv 2017) op 1 mei 2018 is de naslagtaak van de diensten in artikel 8, tweede lid, onder f, en 10, tweede lid, onder g, van die wet geregeld. De gevallen waarin naslag kan worden gedaan, zijn limitatief opgesomd in de daarop gebaseerde Regeling naslag Wiv 2017. Daarin wordt bepaald welke persoon of instantie een verzoek om informatie kan doen en in welke gevallen. Deze regeling zal in verband met de in artikel 22, vierde lid, van het wetsvoorstel voorziene mogelijkheid tot het verzoeken om informatie bij de diensten, worden aangevuld.

In het vijfde lid is bepaald dat de notaris van tot zijn protocol behorende verklaringen van erfrecht, desgevraagd afschriften uitgeeft aan de minister, voor zover dit noodzakelijk is voor de uitvoering van deze wet. In artikel 49b van de Wet op het notarisambt is bepaald dat de notaris desverlangd afschriften uitgeeft van tot zijn protocol behorende verklaringen van erfrecht, aan degenen die daarbij belang hebben in verband met een rechtsverhouding waarin zij tot de erflater stonden. Artikel 22, vijfde lid, is een aanvulling op deze verplichting, in het geval de minister deze informatie nodig heeft voor de uitvoering van deze wet kan hij deze opvragen. Artikel 49b is van overeenkomstige toepassing verklaard omdat de inkadering in dit artikel dat de verplichting alleen dat gedeelte van de akte betreft dat betrekking heeft op feiten als bedoeld in artikel 188 van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek ook op artikel 22, vijfde lid van dit wetsvoorstel van toepassing is. Dat geldt ook voor de in artikel 49b opgenomen van overeenkomstige toepassing verklaring van artikel 49a van de Wet op het notarisambt. Dat de minister deze informatie kan verkrijgen is noodzakelijk omdat er ook via een erfenis een overgang van zeggenschap of significante invloed kan optreden, wat leidt tot een op grond van artikel 2, eerste lid, onderdeel e, meldingsplichtige activiteit. In het negende lid is bepaald, dat de geheimhoudingsplicht die op grond van artikel 22 van de Wet op het notarisambt op de notaris en onder zijn verantwoordelijkheid werkzame personen rust, niet van toepassing bij de naleving van de verplichting, bedoeld in het vijfde lid. Voor zover de bovengenoemde informatie niet de benodigde gegevens oplevert, maakt de bevoegde minister gebruik van de bevoegdheid, bedoeld in het zesde lid. Als de minister op grond van dit lid om aanvullende informatie vraagt, dan wordt op grond van artikel 6, tweede lid, de beslistemijn in afwachting van die aanvullende informatie opgeschort. Dit is een bevoegdheid waarvan alleen gebruik gemaakt wordt als de verantwoordelijke minister de benodigde gegevens niet op een andere wijze heeft kunnen achterhalen, zodat de administratieve lasten zo laag mogelijk gehouden worden.

In het zevende lid zijn andere informatieverplichtingen opgenomen voor de meldingsplichtige of een doelonderneming die na de uitvoering van een activiteit is ontstaan, die losstaan van een melding op grond van artikel 5, eerste lid. Het gaat hierbij om informatie die de minister nodig heeft om te kunnen beoordelen of er een nieuwe melding moet worden gedaan op grond van artikel 9, tweede lid (is door een meldingsplichtige onjuiste of onvolledige informatie verstrekt en moet dit leiden tot een nieuwe melding). Hiernaast gaat het om informatie die de minister nodig heeft om te kunnen beoordelen of er sprake is van een zwaarwegend risico voor de nationale veiligheid als bedoeld in artikel 10.

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

In het tiende lid is opgenomen dat de gegevensverstrekking op basis van dit artikel kosteloos geschiedt. Een uitzondering wordt gemaakt voor de gegevens uit het handelsregister en het

kadaster (artikel 4, tweede lid, onderdelen a en b). Deze partijen mogen op basis van artikel 9, derde lid, van de Wet hergebruik overheidsinformatie jo. artikel 50, tweede lid, van de Handelsregisterwet 2007 en artikel 108, derde lid, van de Kadasterwet, kosten in rekening brengen.

In het elfde lid is bepaald dat de Minister van Economische Zaken en Klimaat verwerkingsverantwoordelijk is. De Minister van Economische Zaken en Klimaat is niet de enige die in het kader van deze wet persoonsgegevens zal verwerken. Er worden afspraken gemaakt over de wijze van verwerking van persoonsgegevens, zodat deze op eenduidige wijze plaatsvindt, zowel door de verschillende bij de uitvoering van de wet betrokken ministers als door de instanties die informatie verstrekken. Deze afspraken zullen worden weergegeven in een privacy impact assessment van de uitvoering.

In het twaalfde lid is ten slotte een verwerkingsgrondslag opgenomen voor het delen van in het kader van dit wetsvoorstel verkregen persoonsgegevens met de andere bij de besluitvorming betrokken bewindspersonen (zie ook de artikelsgewijze toelichting, paragraaf 3.1.5).

Artikel 23

In artikel 23 is bepaald dat de minister, als na een melding als bedoeld in artikel 5, eerste lid, blijkt dat er onduidelijkheid bestaat over de eigendomsstructuur en -verhoudingen binnen een onderneming die verwerfer is of een doelonderneming, hij ofwel kan vragen om een uittreksel uit het door de onderneming gehouden register met betrekking tot een recht op een aandeel (eerste lid, onderdeel a) ofwel, in het geval van een beursgenoteerde doelonderneming, kan vragen een onderzoek in te stellen naar de identiteit van een houder van zeggenschap of significante invloed en de banden die deze heeft met derden (eerste lid, onderdeel b). Bij het doen van een onderzoek geldt als uitgangspunt dat de onderneming die een onderzoek instelt naar de identiteit van een houder van zeggenschap of significante invloed overeenkomstig het eerste lid, onderdeel b, volgens de wettelijke verplichting niet verder hoeft te gaan dan redelijkerwijs van hem verwacht kan worden en met gebruikmaking van de middelen die een onderneming ter beschikking staan. Bij dit onderzoek moeten ook de van belang zijnde partijen (intermediairs, aangewezen instellingen en centraal instituut) en depots in de bewaarketen worden geïdentificeerd (derde lid). Indien de identiteit van de aandeelhouder bij dit onderzoek onverhoopt niet te achterhalen is, zal de onderneming in ieder geval zo veel mogelijk van de keten van het centraal instituut, via de aangewezen instelling en (een of meer) intermediairs naar de aandeelhouder in kaart moeten brengen. Degene die in het onderzoek als laatste persoon in die keten geïdentificeerd kan worden, wordt dan voor de toepassing van het verbod dat op grond van artikel 8 wordt opgelegd, aangemerkt als de houder en eigenaar van het aandelenbelang in een beursgenoteerde doelonderneming. Aangezien de identiteit van de partij of partijen waarvoor deze laatst geïdentificeerde partij aandelen houdt niet bekend is, betreft dit het volledige aandelenbelang dat deze persoon houdt in de doelonderneming. Het verbod wordt vervolgens aan deze laatst geïdentificeerde persoon opgelegd. Op grond van artikel 8 en artikel 23, vijfde lid, juncto artikel 17 worden, indien de zeggenschap al bij deze partij lag, de zeggenschapsrechten die deze laatstgeïdentificeerde partij namens de niet-geïdentificeerde werkelijke aandeelhouder(s) houdt, geschorst. De laatst geïdentificeerde persoon krijgt vervolgens op grond van artikel 23, vijfde lid, juncto 11 ook de last tot gedwongen verkoop opgelegd van het aandelenbelang indien het in strijd met het verbod op grond van artikel 8 wordt gehouden. Het onderzoek en de middelen die de doelonderneming voor het onderzoek kan inzetten, zijn wat betreft een beursgenoteerde doelonderneming afgeleid van de wettelijke regeling zoals neergelegd in hoofdstuk 3a van de Wet giraal effectenverkeer. Niet alle bepalingen van die wet zijn evenwel passend bij het onderzoek dat de beursgenoteerde doelonderneming op grond van artikel 23, eerste lid, onder b, moet instellen. Daarom zijn in het tweede lid expliciet de bepalingen van de Wet giraal effectenverkeer van overeenkomstige toepassing verklaard die de beursgenoteerde doelonderneming nodig heeft voor het onderzoek. Het tweede en derde lid van artikel 49b zijn niet van overeenkomstige toepassing verklaard, omdat deze de beursgenoteerde doelonderneming zouden hinderen in het uitvoeren van het op verzoek van de minister te verrichten onderzoek. Het vijfde lid is niet van overeenkomstige toepassing verklaard omdat het niet relevant is voor het onderzoek op grond van artikel 23, en het zevende lid is niet van overeenkomstige toepassing verklaard omdat publicatie van het feit dat een onderzoek is ingesteld in dit geval het onderzoek zou kunnen schaden. Tot slot is er voor gekozen om in afwijking van de geheimhoudingsverplichting in artikel 49d, de resultaten van het onderzoek

wel aan de minister kenbaar te laten maken (artikel 23, tweede lid, onderdeel c). Artikel 23, tweede lid, onderdeel a, bepaalt dat een uitgevende instelling in de zin van artikel 49a van de Wet op het giraal effectenverkeer ook een beursgenoteerde doelonderneming is. Hiermee wordt de bestaande definitie in de Wet op het giraal effectenverkeer die ziet op uitgevende instellingen waarvan de aandelen zijn toegelaten op een tot de Nederlandse markt toegelaten beurs of multilaterale handelsfaciliteit, uitgebreid en ziet deze definitie ook specifiek op de beursgenoteerde doelonderneming. Deze beursgenoteerde doelonderneming is ook een uitgevende instelling in de zin van de Wet op het giraal effectenverkeer, ook als aandelen zijn toegelaten op een gereguleerde markt of multilaterale handelsfaciliteit in een ander land dan in Nederland. Een beursgenoteerde doelonderneming kan hierdoor ook de aandelen genoteerd hebben op een gereguleerde markt in het buitenland, maar toch gebruik maken van de onderzoeksbevoegdheden die krachtens artikel 23, tweede lid, van overeenkomstige toepassing zijn verklaard. Het is dus niet vereist dat de aandelen op een Nederlands handelsplatform worden verhandeld om als beursgenoteerde doelonderneming toch een onderzoek te kunnen instellen. Artikel 23, tweede lid, onderdeel b, bepaalt dat een uitgevende instelling ook een bewaarder van een beleggingsinstelling kan vragen om informatie over een beheerder van een beleggingsfonds of een fonds voor collectieve beleggingen. Hiermee wordt het begrip bewaarder van een beleggingsinstelling zoals toegepast in artikel 49b, eerste lid, onderdeel d, van de Wet giraal effectenverkeer aangevuld en kan ook informatie worden verkregen over een beheerder van een fonds voor collectieve beleggingen. Tot slot wordt in artikel 23, tweede lid, onderdeel d, bepaald dat via de rechter op vordering van de uitgevende instelling of een derde aan wie de uitgevende instelling een volmacht heeft verleend, ook een instelling in het buitenland die beroepsmatig effecten in de doelonderneming administreert of aanhoudt, tot medewerking aan een onderzoek kan worden bevolen.

Medewerkingsverplichting

Bij het verrichten van het onderzoek op grond van artikel 23, eerste lid, onder b, beschikt de beursgenoteerde doelonderneming over de bevoegdheden die de Wet giraal effectenverkeer kent, aangevuld met de kaders neergelegd in artikel 23, tweede lid. In artikel 23, derde lid, is een algemene medewerkingsverplichting neergelegd voor alle partijen in de bewaarketen van effecten die een rol kunnen hebben bij het identificeren van een aandeelhouder in een beursgenoteerde doelonderneming. Het gaat daarbij onder andere om het centraal instituut of een daarmee vergelijkbare buitenlandse instelling. Deze partijen vormen het startpunt van de bewaarketen en zijn formeel in het aandeelhoudersregister van de beursgenoteerde doelonderneming geregistreerd als aandeelhouder. Vervolgens worden bij deze instellingen de effecten geadmistreerd die verdeeld zijn over de bij dit centraal instituut aangesloten instellingen. Het gaat bijvoorbeeld om grote zakenbanken die grote effectenrekeningen beheren. Ook deze partijen worden gedwongen medewerking te verlenen aan een onderzoek als bedoeld in het eerste lid. Bij deze aangesloten instellingen worden weer effectenrekeningen aangehouden door intermediairs zoals banken of effectenmakelaars. Ook kunnen instellingen in het buitenland een effectenrekening bij de aangesloten instelling aanhouden. Het gaat dan bijvoorbeeld om een in een derde land gevestigde vermogensbeheerder die ten behoeve van zijn cliënten effecten in de beursgenoteerde doelonderneming beheert. De medewerkingsverplichting strekt zich ook tot deze partijen uit, evenals tot de bewaarders van beleggingsinstellingen die verantwoordelijk zijn voor het bewaren van en toezien op de activa in een beleggingsfonds of een fonds voor collectieve beleggingen in effecten. Bij een onderzoek naar de identiteit van aandeelhouders op grond van artikel 23, eerste lid, onder b, van dit wetsvoorstel zal de bewaarder formeel worden geïdentificeerd als aandeelhouder. De bewaarder is echter niet de entiteit die de feitelijke beslissingen neemt over het stemgedrag en de omgang met het aandeelhouderschap in de doelonderneming: dat is de beheerder van de beleggingsinstelling (zie de artikelen 4:37f en 5:45, zevende lid, van de Wet op het financieel toezicht). Het is daarom van belang, zoals de wetgever reeds met het vaststellen van artikel 49b, eerste lid, onderdeel d, van de Wet giraal effectenverkeer heeft onderkend, dat niet alleen de bewaarder, maar ook de beheerder van de beleggingsinstelling wordt geïdentificeerd. Dat is de reden waarom het wetsvoorstel in artikel 23, derde lid, ook de bewaarder de verplichting oplegt om medewerking te verlenen aan het onderzoek, bedoeld in het eerste lid, onder b, zodat de beheerder ook bekend wordt. Het vierde lid van artikel 23 biedt de minister de mogelijkheid om bij ministeriële regeling regels te stellen met betrekking tot de wijze waarop een verzoek op grond van artikel 49b, eerste lid, van de Wet giraal effectenverkeer gelezen in samenhang met artikel 23,

tweede lid, van dit wetsvoorstel wordt gedaan en de wijze waarop deze wordt beantwoord. Deze delegatiegrondslag is vergelijkbaar met de delegatiegrondslag opgenomen in artikel 49b, zevende lid, van de Wet giraal effectenverkeer. Nu het onderzoek zoals geregeld in eerste lid, onder b, en tweede lid van artikel 23 op enkele fundamentele punten afwijkt van het onderzoek geregeld in artikel 49b van de Wet giraal effectenverkeer is gekozen voor een eigen delegatiegrondslag.

Artikelen 24 tot en met 28

Het toezicht op de naleving van deze wet wordt uitgeoefend door de ambtenaren die de minister op grond artikel 24 heeft aangewezen als toezichthouders. Op grond van Titel 5.2 van de Awb beschikken deze ambtenaren over een aantal toezichtsbevoegdheden. Een van deze bevoegdheden is het betreden van plaatsen met uitzondering van woningen zonder toestemming van de bewoner (artikel 5:15 van de Awb). Een andere bevoegdheid die de toezichthouder heeft is het inzage vorderen in, kopiëren van en meenemen van zakelijke gegevens en bescheiden (artikel 5:17). In aanvulling op artikel 5:15 van de Awb geeft het voorgestelde artikel 25 aan toezichthoudende ambtenaren de bevoegdheid om een woning te doorzoeken zonder toestemming van de bewoner, voor zover dat redelijkerwijs noodzakelijk is voor de uitoefening van de in artikel 5:17 van de Awb bedoelde bevoegdheden. Deze bevoegdheid is nodig omdat zonder die bevoegdheid gegevens en bescheiden niet kunnen worden verkregen, indien deze bewust in een woonhuis worden bewaard. Ze zijn dan immers onbereikbaar bij bedrijfsbezoeken en evenmin bereikbaar in de woning zolang de bewoner geen toestemming geeft om binnen te komen. De bevoegdheid een woning binnen te treden strekt zich niet uit tot alle medewerkers van een onderneming, maar tot de woning van de verwerfer (als natuurlijke persoon) of de woning van een bestuurder, leidinggevende of sleutelfunctionaris van de verwerfer of de doelonderneming. Ten slotte kan een woning binnengetreden worden indien deze op dezelfde locatie is gevestigd als de verwerfer of de doelonderneming. In de artikelen 26 tot en met 28 zijn waarborgen opgenomen ter bescherming van degene wiens woning de toezichthouder wil betreden. Er is voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris van de Rechtbank Rotterdam vereist, die machtiging dient aan een aantal eisen te voldoen en naderhand dient een verslag te worden gemaakt omtrent de binnentreding. Zie ook paragraaf 3.2.1.3 van de algemene toelichting over artikel 8 EVRM in relatie tot binnentreden van een woning.

Artikel 29

Artikel 29 geeft de minister de mogelijkheid om bestuursrechtelijk te handhaven door middel van de inzet van de bestuurlijke boete en de last onder bestuursdwang.

In het eerste lid zijn de artikelen opgesomd waarbij de minister bij overtreding zowel een bestuurlijke boete als een last onder bestuursdwang kan opleggen. Het betreft hier artikelen waarbij een last onder dwangsom echt een toevoeging kan zijn om een overtreder te bewegen een bepaalde handeling alsnog te verrichten (zoals het doen van een melding op grond van artikel 9, eerste lid) en waarbij het wetsvoorstel zelf niet voorziet in verdergaande maatregelen als deze wordt overtreden. Zo is het bijvoorbeeld niet mogelijk een verwerfer een last onder bestuursdwang op te leggen als deze geen gevolg geeft aan een opgelegde last op grond van artikel 11, vierde lid, omdat de minister vervolgens zelf hierin kan voorzien op grond van artikel 12, eerste lid.

Naar aanleiding van overtreding van de in het tweede lid genoemde artikelen kan de minister alleen een bestuurlijke boete opleggen.

In het derde lid is bepaald dat de minister degene die onjuiste informatie heeft verstrekt in het kader van een melding ook een bestuurlijke boete op kan leggen.

In het vierde lid is bepaald dat de bestuurlijke boete ten hoogste een geldboete van de zesde categorie of, indien dat meer is, ten hoogste 10% van de omzet van de desbetreffende onderneming kan bedragen. Uiteraard zal er altijd sprake moeten zijn van een proportionele boete, afhankelijk van de soort overtreding en de omstandigheden waaronder deze is begaan. Zie in dit kader ook hoofdstuk 8 van de algemene toelichting.

Het vierde lid geeft een afwijkend regime voor overtredingen die zien op het niet naleven van de medewerkingsverplichtingen die in de desbetreffende artikelen zijn neergelegd voor de partijen in de bewaarketen van effecten in geval van een beursgenoteerde doelonderneming. De bestuurlijke

boete kan in dit geval tot ten hoogste 10% van de omzet zijn van de groep waartoe de overtreder behoort.

Artikel 30

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

Artikel 31

Artikel 31 bevat een wijziging van de Wet op de economische delicten. Door deze wijziging zijn overtredingen van de in dit onderdeel genoemde artikelen een economisch delict als bedoeld in artikel 1, onder 1^o, van de Wet op de economische delicten. Artikel 2, eerste lid, van de Wet op economische delicten regelt dat deze economische delicten misdrijven zijn voor zover zij opzettelijk zijn begaan. Voor zover deze economische delicten geen misdrijven zijn, zijn zij overtredingen. Uit artikel 6, eerste lid, onder 1^o, van de Wet op economische delicten volgt dat de straf in geval van een misdrijf een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren, een taakstraf of een geldboete van de vijfde categorie is. Bij een overtreding bedraagt ingevolge artikel 6, eerste lid, onder 4^o, van de Wet op economische delicten de sanctie hechtenis van ten hoogste een jaar, een taakstraf of een geldboete van de vierde categorie.

Artikel 32

Zie paragraaf 11 van de algemene toelichting.

Artikel 33

Zie paragraaf 10 van de algemene toelichting.

De Minister van Economische Zaken en Klimaat,