

Aan Ministerie van Economische Zaken en
Ministerie van Defensie

Van Jochem de Kok
*Advocaat (Senior Associate) – A&O Shearman
PhD Onderzoeker – Universiteit van Amsterdam*

Datum 31 augustus 2024

Onderwerp **Reactie op internetconsultatie – Wetsvoorstel Weerbaarheid Defensie en Veiligheid
gerelateerde Industrie**

1. INLEIDING

- (1) Hierbij dien ik graag een reactie in op de internetconsultatie voor het Wetsvoorstel Weerbaarheid Defensie en Veiligheid gerelateerde Industrie (het **Wetsvoorstel**). In deze reactie ga ik graag in op een aantal juridisch-technische aspecten die zien op de uitbreiding van de investeringstoets onder het Wetsvoorstel.
- (2) Alvorens in te gaan op deze specifieke punten, bespreek ik op fundamenteeler niveau op de keuze voor een aanvullende sectorspecifieke wet, in aanvulling op de bestaande en bekende Wet Veiligheidstoets Investerings, Fusies en Overnames (**Wet Vifo**). Het lijkt om verschillende redenen verstandiger om de investeringstoets in de Wet Vifo uit te breiden, in plaats van een nieuw stelsel te introduceren.

2. VERHOUDING TOT WET VIFO EN HET STELSEL VOOR INVESTERINGSTOETSING IN HET ALGEMEEN

- (3) Het Nederlandse stelsel voor investeringstoetsing kenmerkt zich reeds door een complex web van wetten, besluiten en regelingen. Het Nederlandse stelsel voor investeringstoetsing bestaat uit de Wet Vifo, de Gaswet, de Elektriciteitswet en de Telecomwet. In aanvulling op deze wetten zijn een aantal besluiten en regelingen van toepassing, zoals het Besluit toepassingsbereik sensitieve technologie, het Besluit ongewenste zeggenschap telecommunicatie, de Regeling veiligheidstoets investeringen, fusies en overnames, de Regeling melding wijziging zeggenschap Elektriciteitswet 1998 en Gaswet, en de Uitvoeringsregeling windenergie op zee.¹ Daarnaast bestaat er het ABDO 2019 regime, op basis waarvan opdrachtnemers verplicht zijn elke voorgenomen wijziging in zeggenschap aan het BIV/MIVD te melden.²
- (4) De Wet Vifo heeft een breed toepassingsbereik en een open structuur die het specifiek mogelijk maakt om aanvullende sensitieve technologieën en vitale aanbieders aan te wijzen. Het spreekt derhalve niet voor zich om wederom een separate wet aan te nemen.
- (5) Bovendien is de Wet Vifo is reeds van toepassing op verwervingsactiviteiten in Nederland gevestigde ondernemingen die actief zijn op het gebied van sensitieve technologie. Sensitieve technologie omvat onder meer:
 - producten voor tweërlei gebruik waarvan de uitvoer vergunningplichtig is op grond van artikel 3, eerste lid, van verordening (EU) nr. 2021/821 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2021 tot instelling van een Unieregeling voor controle op de uitvoer, de tussenhandel, de technische bijstand, de doorvoer en de overbrenging van producten voor tweërlei gebruik (PbEU 2021, L 206); en

¹ Zie ook <https://circabc.europa.eu/rest/download/7e72cdb4-65d4-4eb1-910b-bed119c45d47>

² Zie <https://www.defensie.nl/downloads/beleidsnota-s/2020/02/04/abdo-2019>

- militaire goederen als bedoeld in artikel 2 van de Uitvoeringsregeling strategische goederen 2012.³
- (6) De Wet Vifo voorziet specifiek in de mogelijkheid om per algemene maatregel van bestuur andere technologieën aan te wijzen als sensitieve technologie.⁴ Semiconductor-, fotonica- en kwantumtechnologie, alsmede High Assurance-producten zijn bijvoorbeeld als (zeer) sensitieve technologie aangewezen in het Besluit Toepassingsbereid Sensitieve Technologie.
- (7) De Wet Vifo is voorts van toepassing op een aantal vitale aanbieders. Welke ondernemingen kwalificeren als een vitale aanbieder wordt doorgaans bepaald op basis van een andere wet. Ter illustratie: *“Als vitale aanbieder op het gebied van gasopslag wordt een onderneming aangemerkt die: a. de houder is van een vergunning, bedoeld in artikel 25 van de Mijnbouwwet; b. op grond van artikel 9a van de Gaswet is aangewezen als beheerder van een gasopslaginstallatie.”*⁵
- (8) Naar analogie kunnen aanvullende categorieën van vitale aanbieders op grond van een wet, zoals het Wetsvoorstel worden aangewezen als vitale aanbieder in de zin van de Wet Vifo. De Wet Vifo voorziet ook specifiek in de mogelijkheid om per algemene maatregel van bestuur andere categorieën van vitale aanbieders aan te wijzen. Voor vitale aanbieders dient een dergelijk besluit daarna tot wet te worden verheven.⁶
- (9) Een verdere uitbreiding van het web van verschillende wetten is naar ons oordeel om verschillende redenen onwenselijk.
- Ten eerste resulteert het bestaan van verschillende toetsingsmechanismen in een complex en uiteindelijk inconsistent raamwerk waarin verschillende toetsingsmechanismen gekenmerkt worden door een verschillend toepassingsbereik, verschillende procedurele regels en verschillende screening criteria. In het geval van de ene wet zijn slechts wijzigingen van zeggenschap relevant (Gaswet en Elektriciteitswet), terwijl in het andere geval 30% van de stemrechten voldoende is (Telecomwet), of een verkrijging van zeggenschap of 10% van de stemrechten (Wet Vifo en het Wetsvoorstel). Voorts gelden verschillende procedures, met verschillende tijdslijnen. Vanuit het oogpunt van de consistentie van het wettelijke systeem als geheel, kunnen er vraagtekens worden gezet bij de keuze voor een aanvullend sectorspecifieke regeling, in plaats van een uitbreiding van de bestaande Wet Vifo.
 - Ten tweede resulteert dit steeds complexer wordende web in het risico op onterecht niet gemelde transacties. De Wet Vifo is ondertussen goed bekend bij advocatenkantoren en ondernemingen. De Wet Vifo is bijna synoniem geworden met investeringstoetsing als zodanig. Door verdere uitbreiding van het stelsel voor investeringstoetsing in een *nieuwe* wet, neemt het risico toe dat (binnenlandse en buitenlandse) ondernemingen of (binnenlandse en buitenlandse) advocatenkantoren onterecht concluderen dat geen melding is vereist. Er is een aannemelijk risico dat per abuis wordt geconcludeerd dat een transactie niet onder de Wet Vifo valt, en derhalve niet gemeld hoeft te worden. Hoewel het aan de onderneming en haar adviseurs is om bekend te zijn met ‘de wet’, ontstaat er in de uitvoering groter risico dat bepaalde wetten onbedoeld over het hoofd worden gezien. Kort gezegd, hoe meer wetten en regelingen er zijn, hoe groter het risico dat een onderneming of advocaat een bepaalde wet over het hoofd ziet. Door steeds verdere uitbreiding van het wettelijk kader wordt dit systeem voorts steeds minder toegankelijk voor niet-specialisten. Kortom, door tal van regels en wetten te introduceren, wordt het voor niet-specialisten steeds lastiger om te bepalen wanneer een transactie wel of niet meldingsplichtig is.

³ Artikel 8, lid 1, Wet Vifo.

⁴ Artikel 8, lid 3, Wet Vifo.

⁵ Artikel 7, lid 10, Wet Vifo.

⁶ Artikel 7, lid 11 en 12, Wet Vifo.

- (10) Het Wetsvoorstel heeft een specifiekere focus op de operationele relevantie en inzetbaarheid van de krijgsmacht ten opzichte van de Wet Vifo. Echter, middels een wetsvoorstel zou de toets “nationale veiligheid” in de Wet Vifo eventueel kunnen worden uitgebreid met “*risico’s voor de operationele relevantie en inzetbaarheid van de krijgsmacht*” (zie p.10-11 van de Memorie van Toelichting). Een dergelijke uitbreiding is overigens wellicht niet nodig, omdat de instandhouding van de continuïteit van vitale processen reeds onderdeel is van de “*nationale veiligheid*” in de zin van de Wet Vifo, en “*Inzet defensie*” een vitaal proces is. Daarnaast zouden ook de factoren die relevant zijn bij de risicobeoordeling in de Wet Vifo kunnen worden uitgebreid. Het Wetsvoorstel geeft een aantal aanvullende risicofactoren. Hoe dan ook lijkt een uitbreiding van de Wet Vifo in dat opzicht echter geen verkeerde stap: de risicofactoren in het Wetsvoorstel zijn mogelijk tevens relevant voor toetsingen van investeringen in Nederlandse ondernemingen op het gebied van militaire en dual use technologieën die *niet* onder het Wetsvoorstel zullen vallen.

3. OVERLAP TUSSEN HET WETSVOORSTEL EN DE WET VIFO

3.1 Inleiding

- (11) Naast de meer fundamentele vraag of een aanvullende wet wel voor zich spreekt, in plaats van een uitbreiding van de Wet Vifo, heb ik een aantal technisch-juridische opmerkingen inzake de overlap tussen het Wetsvoorstel en de Wet Vifo.
- (12) De veiligheidstoets in het Wetsvoorstel is van toepassing op de volgende ondernemingen.
- wezenlijke krijgsmachtleverancier: een onderneming die is aangewezen krachtens
 - artikel 1.4 van het Wetsvoorstel; of
 - artikel 1.8 van het Wetsvoorstel;
- en
- militaire goederen- of transportleverancier: een onderneming die:
 - a. in Nederland actief is op het gebied van militaire goederen als bedoeld in artikel 2 van de Uitvoeringsregeling strategische goederen 2012; of
 - b. een overeenkomst met de Staat der Nederlanden heeft gesloten met een looptijd van ten minste drie jaren die nog niet is verstreken om op afroep op korte termijn een overeengekomen vorm van transportcapaciteit ter beschikking te stellen, die geschikt is voor de onmiddellijke inzetbaarheid daarvan door de krijgsmacht.⁷
- (13) Voor deze twee van de vier categorieën is echter reeds een investeringstoets van toepassing op grond van de Wet Vifo. De toegevoegde waarde van het Wetsvoorstel is ten aanzien van deze overlappende activiteiten onvoldoende duidelijk.
- (14) Op grond van artikel 5, eerste lid, onderdeel b, Wet Vifo (en de Memorie van Toelichting (p.26 en p.30)) dient een transactie die onder zowel het sectorspecifieke Wetsvoorstel als de Wet Vifo valt te worden beoordeeld op basis van de sectorspecifieke investeringstoets. Op grond van deze voorrangregel is uitsluitend de toets op grond van het Wetsvoorstel relevant in geval van een samenloop.

⁷ Artikel 2.1 van het Wetsvoorstel.

- (15) Blijkens de Memorie van Toelichting (p.30) zullen transacties op het gebied van militaire of dual use goederen voortaan op grond van het Wetsvoorstel in het bijzonder worden beoordeeld “*vanuit de bescherming van het vitale proces ‘Inzet Defensie’ en niet omdat [de doelonderneming] actief is op het gebied van sensitieve technologie*”. Deze beperkte blik op de nationale veiligheid wijkt af van de Wet Vifo. De Wet Vifo lijkt een breder toetsingskader te hanteren, waarbij niet enkel vitale processen (zoals inzet defensie) centraal staan maar tevens bredere belangen “*op het raakvlak tussen economie en veiligheid*”.⁸
- (16) In dit kader ontstaat er een risico op afwijkende inhoudelijke beoordeling van ondernemingen die qua activiteiten veel op elkaar lijken. Immers, (i) een investeringstoets op grond van de Wet Vifo voor een verwerving van een doelonderneming die *wel* actief is op het gebied van militaire of dual use technologieën maar *niet* aan Defensie levert dient te worden beoordeeld op een breder begrip van nationale veiligheid zoals opgenomen in de Wet Vifo, terwijl (ii) het toetsingskader voor een verwerving van een doelonderneming die *eveneens* actief is op het gebied van militaire of dual use technologieën maar *wel* aan Defensie levert, op grond van het Wetsvoorstel beperkt is tot een traditionele en beperkter begrip van de nationale veiligheid.
- (17) Het Wetsvoorstel lijkt derhalve te resulteren in een paradoxale situatie waarin de centrale toets beperkter van aard is indien de doelonderneming actief is op het gebied van militaire of dual use technologieën *en* aan defensie levert.
- (18) Deze constatering illustreert voorts de twijfels die wij hebben over de keuze voor (nog) een separate, sectorspecifieke wet naast de bestaande Wet Vifo.

3.2 Onderneming aangewezen krachtens artikel 1.4 Wetsvoorstel

- (19) Artikel 1.4 van het Wetsvoorstel bepaalt dat de Minister van Defensie, in overeenstemming met de Minister van Economische Zaken, door middel van een aanwijzing ondernemingen met een dienst van algemeen economisch belang kan aanwijzen:
- a. die actief zijn op het gebied van militaire goederen of op het gebied van producten voor tweërlei gebruik; en
 - b. waaraan een doorslaggevende betekenis voor de operationele relevantie of de inzetbaarheid van de krijgsmacht of voor de wettelijke taakvervulling door de MIVD is toe te kennen, die wordt geschraagd door de analyses opgenomen in het laatstelijk voorafgaand aan de aanwijzing vastgestelde NLDTIB-rapport en de daarin geïdentificeerde behoeftes op defensiegebied.
- (20) Ondernemingen die actief zijn op het gebied van militaire goederen of op het gebied van producten voor tweërlei gebruik zijn reeds actief op het gebied van “sensitieve technologie” in de zin van de Wet Vifo. Wijzigingen van zeggenschap, of voor bepaalde zeer sensitieve technologieën, verkrijgingen van meer dan 10% van de stemrechten, in dergelijke ondernemingen zijn derhalve reeds meldingsplichtig op grond van de Wet Vifo.
- (21) De Memorie van Toelichting bepaalt: “*Het is niet uitgesloten dat een aangewezen onderneming die daardoor als wezenlijke krijgsmachtleverancier kwalificeert actief blijft op het gebied van producten voor tweërlei gebruik, daarbij met die producten tevens de krijgsmacht bedienend.*” De kwalificatie “niet uitsloten” lijkt te zwak uitgedrukt, aangezien een aanwijzing onder Artikel 1.4 van het Wetsvoorstel slechts mogelijk is als de onderneming actief is op het gebied van “*militaire goederen of op het gebied van producten voor tweërlei gebruik*”.

⁸ Definitie nationale veiligheid, artikel 1, Wet Vifo.

- (22) De toevoeging van een investeringstoets voor ondernemingen die krachtens artikel 1.4 van het Wetsvoorstel zijn aangewezen is onduidelijk, aangezien ondernemingen die actief zijn op het gebied van militaire goederen of op het gebied van producten voor tweërlei gebruik reeds onder de Wet Vifo vallen. Voor deze categorie ondernemingen gelden dezelfde overwegingen ten aanzien van het beperktere toetsingskader onder het Wetsvoorstel, zoals hiervoor zijn genoemd.

3.3 Onderneming aangewezen krachtens artikel 1.8 Wetsvoorstel

- (23) Artikel 1.8 van het Wetsvoorstel bepaalt dat de Minister van Economische Zaken, in overeenstemming met de Minister van Defensie, voor de uitvoering van het strategisch bevoorradingsplan een of meer ondernemingen kan aanwijzen.
- (24) Een investeringstoets voor dergelijke ondernemingen overlapt in beginsel niet met de Wet Vifo (tenzij een dergelijke onderneming reeds actief is op het gebied van sensitieve technologie).
- (25) In plaats van een sectorspecifieke wet, is het ook mogelijk om de Wet Vifo te wijzigen zodat ondernemingen die krachtens artikel 1.8 zijn aangewezen voor de uitvoering van een strategisch bevoorradingsplan kwalificeren als vitale aanbieder in de zin van de Wet Vifo.

3.4 Militaire goederenleveranciers

- (26) Artikel 2.2 jo. artikel 2.1 van het Wetsvoorstel omvat een investeringstoets voor militaire goederenleveranciers, namelijk ondernemingen die in Nederland actief zijn op het gebied van militaire goederen als bedoeld in artikel 2 van de Uitvoeringsregeling strategische goederen 2012.
- (27) Voor zover deze ondernemingen in Nederland zijn gevestigd (feitelijk of juridisch) vallen dergelijke ondernemingen echter reeds onder de Wet Vifo. Sensitieve technologie omvat namelijk reeds “militaire goederen als bedoeld in artikel 2 van de Uitvoeringsregeling strategische goederen 2012.”⁹
- (28) Als gevolg van Wetsvoorstel lijkt Artikel 8, lid 1, sub b, Wet Vifo een dode letter te worden. Immers, zowel het Wetsvoorstel en de Wet Vifo zijn van toepassing op ondernemingen die in Nederland actief zijn op het gebied van “*militaire goederen als bedoeld in artikel 2 van de Uitvoeringsregeling strategische goederen 2012.*” Omdat blijkens de Memorie van Toelichting (p.26) het Wetsvoorstel voorrang dient te krijgen op de toepasselijkheid van de Wet Vifo, is het de vraag welk nut artikel 8, lid 1, sub b, Wet Vifo nog dient. Voor deze categorie ondernemingen gelden dezelfde overwegingen ten aanzien van het beperktere toetsingskader onder het Wetsvoorstel, zoals hiervoor zijn genoemd.

3.5 Militaire transportleveranciers

- (29) Het Wetsvoorstel introduceert een investeringstoets voor ondernemingen die een overeenkomst met de Staat der Nederlanden hebben gesloten met een looptijd van ten minste drie jaren (en die nog niet is verstreken) om op afroep op korte termijn een overeengekomen vorm van transportcapaciteit ter beschikking te stellen, die geschikt is voor de onmiddellijke inzetbaarheid daarvan door de krijgsmacht.
- (30) Een investeringstoets voor dergelijke ondernemingen is niet opgenomen in de Wet Vifo. Echter, zoals hiervoor reeds uiteen is gezet, is naar ons oordeel beter om de Wet Vifo te wijzigen zodat ondernemingen die een dergelijke overeenkomst met de Staat hebben gesloten kwalificeren als vitale aanbieder in de zin van de Wet Vifo.

⁹ Artikel 8, lid 1, sub b Wet Vifo.

3.6 Significante invloed

- (31) De drempelwaarde voor een meldingsplichtige investering op grond van de Wet Vifo is (in beginsel) hoger dan het Wetsvoorstel voor ogen heeft. De Wet Vifo is in beginsel slechts van toepassing op wijzigingen van zeggenschap. Voor zeer sensitieve technologieën is de drempelwaarde significante invloed. Het Wetsvoorstel gaat uit van een meldplicht bij het verwerven van significante invloed. Daarbij sluit het Wetsvoorstel aan bij de definitie en systematiek uit de Wet Vifo.
- (32) In het Besluit Toepassingsbereik sensitieve technologie worden ondernemingen die gelet op de aard van hun activiteiten actief zijn op het gebied van een zeer sensitieve technologie aangewezen als doelondernemingen. In deze ondernemingen wordt significante invloed verkregen of vergroot bij een verkrijgingen van minimaal 10% van de stemrechten.¹⁰ In het Besluit zijn slechts een beperkt aantal technologieën als zeer sensitief aangemerkt, en derhalve is de lagere meldingsdrempel van 10% van de stemrechten slechts van toepassing op bepaalde ondernemingen die actief zijn op het gebied van militaire of dual use technologieën.

4. CONCLUSIE

- (33) Al met al, acht ik de keuze voor een separate, sectorspecifieke wet naast de reeds bestaande Wet Vifo onvoldoende duidelijk. Bovendien is er sprake van een belangrijke mate van overlap tussen het Wetsvoorstel en de Wet Vifo. Naar mijn oordeel zou het beter zijn de uitbreiding van de investeringstoets en aanvullende vol van het Ministerie van Defensie in bepaalde transacties op te nemen in de Wet Vifo.

* * *

¹⁰ Artikel 4, lid 1 Besluit Toepassingsbereik Sensitieve Technologie jo. Artikel 4, lid 1, sub a Wet Vifo.