



Handleiding toepassing Hoofdstuk 2 Wet vifo

“actief zijn op”

December 2023

www.bureautoetsinginvesteringen.nl

Deze handleiding wordt gegeven ingevolge art 9 van de Wet veiligheidstoets investeringen, fusies en overnames (Stb 2022, 215) (hierna: **Wet vifo**) en geeft enige nadere informatie over het begrip ‘actief zijn op.’

Deze handleiding kan van tijd tot tijd worden gewijzigd en geactualiseerd door het Bureau Toetsing Investerings (BTI) op basis van veranderende inzichten, ontwikkelingen in de markt of de techniek of als gevolg van gewijzigde wet- of regelgeving. Het BTI is, namens de Minister van Economische Zaken en Klimaat, verantwoordelijk voor de inhoudelijke beoordeling van verwervingsactiviteiten en de voorbereiding van toetsingsbesluiten in het kader van de Wet vifo.

Dit document heeft als doel verduidelijking te bieden met betrekking tot de reikwijdte van de Wet vifo en bij het verloop van beoordelingsprocedures. In geval van discrepantie of interpretatieproblemen tussen deze handleiding en de geldende regelgeving, prevaleert de toepasselijke wet- en regelgeving. Een zin of zinsdeel in deze handleiding staat niet op zichzelf; deze handleiding dient als een integraal document te worden geïnterpreteerd in samenhang met de Wet vifo en het Besluit toepassingsbereik sensitieve technologie (Besluit van 4 mei 2023, Stb 2023, nr. 172 (hierna: het **Besluit**)).

Aanleiding

De Wet vifo is onder andere van toepassing op verwervingsactiviteiten die betrekking hebben op ondernemingen die actief zijn op het gebied van sensitieve technologie. Deze terminologie wordt gebruikt in artikelen 2, 3 en 6 van de Wet vifo. De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Vifo (Kamerstukken II, 2020/21, 35 880, nr 3) spreekt in dit kader ook over ondernemingen die ‘beschikken over sensitieve technologie.’

Deze handleiding gaat nader in op de vraag wanneer een onderneming nu daadwerkelijk actief is op het gebied van de sensitieve technologie. Het gaat dan om technologie, bedoeld in artikel 8 eerste lid (producten voor tweeërlei gebruik en militaire goederen) en in artikel 8 derde lid Wet vifo (de technologieën die aanvullend als sensitief zijn aangewezen). Het Besluit bepaalt de exacte reikwijdte van het toepassingsbereik van de Wet vifo voor sensitieve technologie.

Actief zijn op

Hoofdregels

Een onderneming die onderzoek doet naar of binnen het gebied van de sensitieve technologie als bedoeld in artikel 8, eerste lid, van de Wet Vifo en of genoemd in artikel 3 van het Besluit of dergelijke technologie exploiteert door daarbinnen producten te ontwikkelen, te bewerken, te produceren of te verwerken in halfproducten of in eindproducten met het oog op commerciële exploitatie, beschikt over de voor de Wet vifo relevante expertise, capaciteit en middelen en is daarmee actief op het gebied van de betreffende sensitieve technologie.

Een onderneming die een halffabrikaat produceert dat niet kwalificeert als een product voor tweeërlei gebruik of een militair goed als bedoeld in art 8 lid 1 van de Wet vifo en overigens ook niet actief is op een gebied als bedoeld in artikel 8 lid 3 Wet vifo, is niet actief op het gebied van sensitieve technologie in de zin van de Wet vifo.

De betreffende productie-, onderzoeks- en/of ontwikkelingsactiviteiten dienen in Nederland te worden verricht. Indien de betreffende onderneming een Nederlands filiaal of dochtermaatschappij heeft die zich slechts met de handel bezighoudt, is die onderneming niet actief in de zin van de Wet vifo. Indien de betreffende productie-, onderzoeks- en/of ontwikkelingsactiviteiten door dochtermaatschappijen in het buitenland worden verricht met een Nederlandse houdstermaatschappij die niet meer is dan een zgn. brievenbusmaatschappij, is die onderneming niet actief in de zin van de Wet vifo.

Actief zijn op: bijzonderheden

Toeleveranciers

Een toeleverancier waarvan de producten, know how of diensten niet zelfstandig kwalificeren als technologie in de zin van artikel 8 Wet vifo is niet actief op het gebied van sensitieve technologie.

Zeer sensitieve technologie (artikel 8 lid 3 Wet vifo)

Echter, een onderneming die producten, machines, know how of diensten levert of verleent die qua doel, functie of technische kenmerken specifiek zijn toegesneden op onderzoek naar of ontwikkeling, productie binnen, bewerking of exploitatie van technologieën die zijn opgesomd in bijlage 2 bij het Besluit, wordt – gelet op de ruime omschrijving van Bijlage 2 bij het Besluit – geacht zelfstandig actief te zijn op het gebied van dergelijke technologie (AST 1 t/m 4), ook al zal een dergelijke partij zich mogelijk slechts als toeleverancier beschouwen. Partijen met dergelijke producten, kennis en of diensten zijn in beginsel zo intensief bij het productieproces betrokken dat die vallen binnen het toepassingsbereik van de Wet vifo.

Bijvoorbeeld transport- of verpakkingsdiensten die worden verleend nadat het productieproces is afgerond, vallen hier niet onder. Dergelijke partijen zijn niet actief op zeer sensitieve technologie in de zin van artikel 8 lid 3 Wet vifo. Test- en meetactiviteiten die een optimale productie dienen binnen die technologie en die worden uitgevoerd voordat alle productiewerkzaamheden van de betreffende onderneming zijn afgerond, vallen wel onder de activiteiten die artikel 8 lid 3 Wet vifo bedoelt te beschermen. Test- en certificeringswerkzaamheden die worden uitgevoerd nadat de productie volledig is afgerond, vallen buiten de reikwijdte van de Wet vifo.

Eindgebruiker, groothandel, tussenhandel, detailhandel

Een onderneming als eindgebruiker of als groot- of detailhandelaar zal in beginsel niet actief zijn op het gebied van (zeer) sensitieve technologie omdat deze onderneming meestal niet beschikt over de productiefaciliteiten en expertise, noch over de noodzakelijke juridische rechten zoals licenties om verbeteringen, aanpassingen of wijzigingen te maken in de betreffende (zeer) sensitieve technologie.

Dit is echter anders voor eindgebruikers van High Assurance-producten: die eindgebruikers zullen het product veelal (kunnen) aanpassen om het passend te krijgen in het eigen bedrijfsproces dan wel het product voeden met relevante data waardoor een uniek product ontstaat voor de eindgebruiker. Dergelijke eindgebruikers zullen in beginsel wel actief zijn op het gebied van high assurance producten (AST4).

Een onderneming die actief is in de tussenhandel en/of im- en/of export van producten op het gebied van sensitieve technologie als bedoeld in artikel 8 van de Wet vifo zal in beginsel niet actief zijn op het gebied van sensitieve technologie in de zin van de Wet vifo. In artikel 8 lid 1 sub a, van de Wet vifo wordt voor de aanwijzing van de daarin bedoelde technologieën verwezen naar Verordening (EU) nr. nr 2021/821. In deze verordening komen de begrippen 'tussenhandel' en 'doorvoer' wel voor, maar daarmee is een onderneming die slechts als tussenhandelaar optreedt, niet ook actief in de zin van de Wet vifo, hetgeen onverlet laat de mogelijke toepasselijkheid van de Wet strategische diensten.

Universiteiten, academische ziekenhuizen, instituten voor toegepast onderzoek, kennisinstellingen

Hoger onderwijsinstellingen en academische ziekenhuizen die vallen onder de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek en zijn opgenomen in de bijlage bij die wet, hebben als primaire taak onderwijs en onafhankelijk wetenschappelijk onderzoek te bedrijven. De kennis, octrooien, bedrijfsgeheimen die deze instellingen en academische ziekenhuizen genereren, passen binnen hun wettelijke taak en worden breed beschikbaar gesteld en niet primair vanuit een wintsoogmerk of commerciële exploitatie van de verworven kennis ter beschikking gesteld. De Nederlandse Organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek TNO en de instituten zoals gesubsidieerd vanwege de Subsidieregeling instituten voor toegepast onderzoek (zie in het bijzonder bijlage 2 bij deze regeling) hebben vergelijkbare kenmerken. Andere kennisinstellingen waarvoor in deze handleiding hetzelfde geldt, zijn bijvoorbeeld de reguliere onderzoeksinstituten die onder Subsidieregeling Strategisch Belangrijke Onderzoeksprogramma's onderzoeksprogramma's gefinancierd krijgen.

Al deze organisaties houden zich in hoofdzaak bezig met het onafhankelijk verrichten van fundamenteel onderzoek, industrieel onderzoek of experimentele ontwikkeling, of met het breed verspreiden van de resultaten van die activiteiten door middel van onderwijs, publicaties of kennisoverdracht. Kennis, intellectuele eigendomsrechten (bijvoorbeeld octrooien, kwekersrechten, auteursrechten), bedrijfsgeheimen, laboratoria, proefinstallaties en experimentele productiefaciliteiten die in het kader van deze activiteiten breed en non-discriminatoire ter beschikking worden gesteld (al dan niet via openbaarmaking, openbare toegang, FRAND licenties, etc.) leiden niet tot het "actief zijn op het gebied van sensitieve technologie": het oogmerk van commerciële exploitatie ontbreekt.

Deze notie komt ook overeen met de uitgangspunten die de Europese Commissie hanteert bij staatssteun, zie in het bijzonder randnummers 19 en 20 van de Kaderregeling betreffende staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie. Ook is er geen sprake van een commerciële exploitatie (en dus actief zijn op) indien deze organisaties een vorm van samenwerking met bedrijven ontplooiën die voldoet aan de maatstaven die de Europese Commissie heeft gesteld ter voorkoming van doorvloeien van staatssteun naar bedrijven (zie paragraaf 2.2.2. van voornoemde kaderregeling).

Naar mate er sprake is van hogere Technology Readiness Levels (TRL), neemt de kans toe dat er toch sprake is van commerciële exploitatie en dus 'actief zijn op' het gebied van sensitieve technologie. Bij TRL 9 (opschalen en vermarkten) is er veelal sprake van commerciële exploitatie en bij TRL 1 (fundamenteel onderzoek) is dat in beginsel niet het geval.

Indien dergelijke organisaties kennis, intellectuele eigendomsrechten (bijvoorbeeld octrooien, kwekersrechten, auteursrechten), bedrijfsgeheimen, laboratoria, proefinstallaties en experimentele productiefaciliteiten met betrekking tot de sensitieve technologie in de zin van artikel 8 Wet vifo, worden ondergebracht in aparte dochtermaatschappijen met het oog op commerciële exploitatie, spin off of verzelfstandiging dan wel verkoop aan een onderneming, zijn die dochtermaatschappijen veelal wel actief op het gebied van die zeer sensitieve technologie, zeker indien de technologie zelfstandig kan worden onderzocht, ontwikkeld, bewerkt, geproduceerd of verwerkt in halfproducten of in eindproducten met het oog op commerciële exploitatie.

In deze handleiding wordt onder de termen 'ontwikkeling' en 'productie' verstaan:

'ontwikkeling': alle stadia voorafgaand aan de productie, met inbegrip van ontwerp, ontwerponderzoek, ontwerpanalyses, ontwerpconcepten, assemblage en testen van prototypen, proefproductieschema's, ontwerpgegevens, het proces van het omzetten van ontwerpgegevens in goederen of software, configuratieontwerp, integratieontwerp, indelingen

'productie': alle productiestadia, inclusief productengineering, fabricage, integratie, assemblage (montage), inspectie.