

Koninklijke Vereeniging 'Handelsrecht'
Preadviezen 2024

Koninklijke Vereeniging 'Handelsrecht' Preadviezen 2024

Onderneming en oorlogsdreiging

Mr. drs. P.R. van den Berghe
Prof. mr. C.D.J. Bulten
Prof. mr. C.J.H. Jansen
Mr. drs. T.J.C. Klein Bronsvoot
Prof. mr. H.J. de Kluiver (red.)
Mr. C.R. Nagtegaal
Prof. mr. M. van Olffen
Mr. P.N. Ploeger
Prof. mr. V.P.G. de Serière
Mr. J.J. Strijder
Prof. mr. A.F. Verdam
Mr. dr. P.T.J. Wolters

Zutphen 2024



UITGEVERIJ *Paris*

ISBN 978-94-6251-366-2
NUR 827

© 2024 Uitgeverij Paris bv, Zutphen

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl).

Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting Pro (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/stichtingen/stichting-pro).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs, redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Inhoudsopgave

Ten geleide – Si vis pacem, para bellum – Prof. mr. H.J. de Kluiver / 11

Inleiding / 11

De grijze zone tussen oorlog en vrede / 11

Over noodrecht en lessen uit het verleden / 12

Bescherming van (dochter)ondernemingen: over trusts en
zetelverplaatsing / 13

De impact van economische sancties / 14

De juridische status van ‘frozen assets’ / 15

Ontregeling van de samenleving in de grijze zone: cyber
centraal / 16

Afronding / 17

Onderneming, oorlog en oorlogsdreiging – Prof. mr. C.D.J. Bulten en prof. mr. C.J.H. Jansen / 19

1 Inleiding / 19

2 Nederlandse ondernemingen in de Eerste Wereldoorlog / 20

2.1 Oorlogsdreiging: bedreigingen voor het bedrijfsleven / 20

2.2 Oorlogsdreiging en bedrijfsvoering / 21

2.3 De invoering van de Beurswet 1914 / 23

2.4 Prijsbeperkingen door de overheid / 24

3 Nederlandse ondernemingen in de Tweede Wereldoorlog / 26

3.1 Besluiten van de Nederlandse regering in Londen ten aanzien van
ondernemingen / 27

3.2 Wettelijke maatregelen in bezet Nederland ten aanzien van
ondernemingen / 28

3.2.1 Ondernemingen, bezetting en exploitatie / 28

3.2.2 Liquidatie van Joodse ondernemingen / 30

3.2.3 Prijsbeperkingen in bezet Nederland / 31

4 Nederlandse ondernemingen in de wederopbouwperiode / 32

5 Conclusie / 34

Oorlogsbescherming; ondernemingsperspectief en corporate governance – Prof. mr. A.F. Verdam / 37

1 Inleiding / 37

1.1 Afbakening / 37

1.2 Opzet / 38

2 Wat wordt beoogd met bescherming? / 38

2.2 De beschermingsmaatregelen bestaan veelal uit twee typen / 39

3	Type oorlogsvoering van belang / 39
4	Sanctierecht / 41
4.1	Sanctierecht VS / 41
4.2	Juridische grondslag / 41
4.3	Toepassing / 42
5	Zetelverplaatsing / 44
6	De Trust / 45
7	Opstellen van een beschermingsplan / 46
7.1	Identificatie landen en vennootschappen / 46
7.2	Zetelverplaatsing en/of trust / 46
7.3	Techniek van de zetelverplaatsing; verschillende procedures / 47
7.4	De Trust / 48
7.5	Wat/wie? / 49
7.6	Tijdstip van zetelverplaatsing of overgang naar 'emergency period' bij trust / 49
7.7	Situatie na effectuering / 50
7.8	Terugkeer naar oude situatie / 52
7.9	Documentatie / 52
8	Governance / 52
8.1	Inleiding / 52
8.2	Bevoegdheid / 53
8.3	De rol van de raad van commissarissen / 53
8.4	Vragen naar rol van ava en van OR / 54
8.5	Artikel 2:107a BW / 54
8.6	Interpretatie van bestuursautonomiebepaling / 55
8.7	Informatierecht aandeelhoudersvergadering / 56
8.8	Gelijkheidsbeginsel en besmette aandeelhouders / 56
8.9	Ondernemingsraad / 57
9	Bezwaren tegen toepassing rechten aandeelhoudersvergadering of ondernemingsraad / 57
9.1	Snel en zelfstandig handelen van bestuur geboden / 58
9.2	Vertrouwelijkheid: bekendheid met oorlogsbeschermingsmaatregelen kan de effectiviteit aantasten / 58
9.3	Onzekerheid van effectuering en onbestemdheid van duur van bescherming en van concrete oorlogsomstandigheden / 59
9.4	Veronderstelde tijdelijkheid van de maatregelen / 59
9.5	Karakter van noodwetgeving / 60
9.6	Aanvullende noodwetgeving op dit punt gewenst / 61
9.7	Wijziging vennootschappelijk statuut na zetelverplaatsing; overdracht aan trust onder ander regime / 62
10	Afronding / 62

Zetelverplaatsing en oorlogsdreiging – Mr. drs. T.J.C. Klein Bronsvort, mr. C.R. Nagtegaal, prof. mr. M. van Olffen / 65

1	Inleiding / 65
2	Een korte geschiedenis / 66
2.1	Rijkswet 1940 / 66
2.2	Rijkswet vrijwillige zetelverplaatsing van rechtspersonen / 67

2.3	Wet zetelverplaatsing derde landen / 68
3	De Rijkswet / 69
3.1	Toepassingsbereik / 69
3.2	Procedure / 69
3.3	Machtiging / 71
3.4	Terugplaatsing / 72
4	De Wet ZDL / 73
4.1	Toepassingsbereik / 73
4.2	Procedure / 73
4.3	Machtiging / 74
4.4	Terugplaatsing / 74
5	Bescherming belanghebbenden / 75
5.1	Positie aandeelhouders / 76
5.1.1	Zetelverplaatsing door de algemene vergadering; positie minderheidsaandeelhouders / 77
5.1.2	Zetelverplaatsing door een ander dan de algemene vergadering; positie aandeelhouders / 79
5.2	Bescherming van werknemers / 83
5.3	Bescherming van crediteuren / 84
5.4	Aantasting van de zetelverplaatsing / 85
6	Noodzaak tot modernisering / 86
6.1	Toepassingsbereik / 86
6.2	Flexibiliteit, rechtszekerheid en bescherming / 88
6.3	Samenloop met regelgeving van latere datum / 89
6.4	Gevolgen van oorlogssituaties die andere regelingen vereisen / 90

Hybride conflicten, cybersecurity en ondernemingen –

Mr. dr. P.T.J. Wolters / 93

1	Inleiding / 93
2	Het begrip cybersecurity / 95
2.1	Digitale middelen / 95
2.2	Bescherming / 96
2.3	Uiteenlopende dreigingen / 97
2.4	Een grote verscheidenheid aan beveiligingsmaatregelen / 97
2.5	Tussenconclusie: een veelomvattend begrip / 98
3	Cybersecurity in hybride conflicten / 98
3.1	Het verkrijgen van informatie / 98
3.2	Het ontregelen van de maatschappij / 99
3.3	Andere cybersecurityrisico's / 100
3.4	Ketenafhankelijkheid / 100
3.5	De rol van ondernemingen / 102
4	Algemene cybersecurityverplichtingen / 102
4.1	AVG / 104
4.1.1	Toepassingsgebied AVG / 104
4.1.2	De cybersecurityverplichting van artikel 32 AVG / 104
4.2	NIS2 / 105
4.2.1	Toepassingsgebied NIS2 / 106
4.2.2	De cybersecurityverplichting van artikel 21 NIS2 / 107

5	Enkele bijzondere aspecten van het Europese juridische kader / 108
5.1	Doorgiften van data / 108
5.1.1	De definitie van een 'doorgifte' / 109
5.1.2	Restricties op doorgiften van persoonsgegevens / 110
5.1.3	Restricties op doorgiften van andere data / 111
5.1.4	Andere landen / 112
5.1.5	Tussenconclusie / 113
5.2	De omgang met ketenafhankelijkheid / 113
5.2.1	Ketenafhankelijkheid en de AVG / 113
5.2.2	Ketenafhankelijkheid en de NIS2 / 114
5.2.3	Ketenafhankelijkheid en de DORA / 115
5.2.4	Tussenconclusie / 116
5.3	De rol van de overheid / 117
5.3.1	NIS2 en Cyber Solidarity Act / 117
5.3.2	Goedgekeurde standaarden, certificeringsmechanismen en gedragscodes / 119
6	Conclusie / 121

Geopolitiek, oorlogsdreiging, internationale handel en economische sancties – Mr. P.N. Ploeger en mr. J.J. Strijder / 125

1	Inleiding / 125
2	Terminologie: sancties en exportcontroles / 126
3	Huidig wettelijk kader sancties en exportcontroles / 127
3.1	Historische context / 127
3.2	Sancties: wettelijk kader / 129
3.3	Exportcontroles: achtergrond en wettelijk kader / 131
4	Relevante aspecten van (EU-)sancties / 132
4.1	Toepassingsgebied EU-sancties / 132
4.2	Typen sanctiemaatregelen / 136
4.3	Tegenmaatregelen derde landen (en bescherming daartegen) / 138
5	Geopolitieke ontwikkelingen / 139
5.1	Periode na de Koude Oorlog / 139
5.2	De opkomst van China / 140
5.3	Protectionisme van de Verenigde Staten en elders / 141
5.4	Inval van Oekraïne door Rusland / 142
5.5	COVID-19-pandemie en andere problemen in toeleveringsketens / 144
6	Beleids- en wetgevingsrespons EU en Nederland op geopolitieke ontwikkelingen / 144
6.1	De <i>European Economic Security Strategy</i> als basis in de EU / 144
6.2	Ontwikkelingen in Nederland / 148
7	Conclusie en gevolgen voor internationaal opererende ondernemingen / 150

Frozen assets: a plethora of questions and uncertain answers – Prof. mr. V.P.G. de Serière / 155

1	Introduction / 155
2	Issues that arise / 156

3	The legal status of frozen assets deposited with Euroclear Bank and their revenues / 158
4	A special windfall tax? / 160
5	Varying other structures / 161
6	The use of set off mechanisms / 164
6.1	Mutuality / 164
6.2	Transferability of claims for the purposes of set off / 165
6.3	Governing law questions on set off possibilities / 165
6.4	Set off conditionality: comparability of claims / 166
6.5	Set off conditionality: certainty of claims / 166
6.6	Set off conditionality: maturity of claims / 167
7	Immunity issues / 168
7.1	Introduction / 168
7.2	Maximum protection? / 169
8	Third-country countermeasures / 171
9	The REPO Act / 172
10	Should Europe follow the US legislative approach? / 174
11	Oligarch assets / 175
12	Expropriation in accordance with the ECHR provisions? / 175
13	Incomplete European freeze measures / 177
14	Applicable law / 177
15	Extent of rights and duties / 178
16	Questions arising / 179
17	Specific actions and remedies for custodians to consider / 181
18	The converse situation / 186
19	Concluding comments / 189

Nood breekt wet – Mr. drs. P.R. van den Berghe / 191

1	Inleiding / 191
2	Bron van de bevoegdheden bij nood en oorlog / 193
3	Bevoegdheden bij nood en oorlog in internationale en EU-context / 194
3.1	Inkadering / 194
3.2	Internationaal en Europees optreden / 197
4	Staatsnoodrecht in Nederland / 201
4.1	Algemeen kader / 201
4.2	Oorlogswet voor Nederland en de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag / 203
4.3	‘Amateurs bespreken tactiek, professionals bespreken logistiek’ / 207
4.4	Vorbereiding voor oorlog / 211
5.	Si vis pacem, para bellum / 212

Ten geleide

Si vis pacem, para bellum*

Prof. mr. H.J. de Kluiver**

Inleiding

Het is een open deur om vast te stellen dat de geopolitieke spanningen de laatste jaren sterk zijn toegenomen. Voor het eerst sinds 1945 woedt er in Europa weer een oorlog op ongekeerde schaal, die gepaard gaat met een bezetting van een groot deel van het territoire van een soevereine staat, Oekraïne, en met een groot verlies aan mensenlevens. Deze oorlog staat niet op zichzelf; ook andere internationale conflicten vormen even zovele bedreigingen en hebben ook daadwerkelijk gevolgen voor landen, zoals Nederland, die in formele zin niet direct bij die conflicten betrokken zijn. Die gevolgen roepen ook weer veel vragen van juridische aard op. Veel van het ‘normale’ leven wordt immers mede bepaald door de juridische infrastructuur, die waarborgt dat goederen en diensten worden geproduceerd, gedistribueerd, geleverd en betaald. Dat maakt dat we per trein of auto naar ons werk kunnen, in de fysieke of webwinkel kunnen aanschaffen wat ons aanstaat, dat alles kunnen betalen met onze betaalpas of smartphone en thuis kunnen vertoeven terwijl de verwarming en de verlichting met een druk op de knop kunnen worden ingeschakeld. Die goederen en diensten worden geproduceerd door ondernemingen die een daarvoor geëigende rechtsvorm hebben, in een bepaalde jurisdictie gevestigd zijn en erop kunnen vertrouwen dat hun activiteiten, uiteraard binnen het kader van wet- en regelgeving, gewaarborgd zijn.

De grijze zone tussen oorlog en vrede

Dit alles is, anders dan het soms lijkt, in het geheel niet vanzelfsprekend. Integendeel, de hoogste militaire chef van de NAVO, admiraal Rob Bauer, onderstreept dat inmiddels de samenleving als geheel er goed aan doet het onverwachte te gaan verwachten en zich daarop in te stellen en de EU publiceerde op 30 oktober 2024 vanuit dezelfde overtuiging het rapport ‘Safer Together. Strengthening Europe’s Civilian and Military Preparedness and Readiness’.¹ Conflicten zowel in

* ‘Wie vrede wil, bereidt zich voor op oorlog’. Zie ook het preadvies van Van den Berghe, die met dit adagium ook zijn conclusies op het terrein van wetgeving op sprekende wijze samenvat.

** Harm-Jan de Kluiver was hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam, is verbonden aan de Radboud Universiteit Nijmegen en voorzitter van de Koninklijke Vereniging Handelsrecht.

1. Zie over de uitspraken van admiraal Bauer de berichtgeving in diverse media, waaronder de NOS (nos.nl) op 17 januari 2024 en voor het EU-rapport commission.europa.eu/topics/defence/safer-together-path-towards-fully-prepared-union_en.

onze nabijheid als veraf kunnen vergaande invloed hebben op het economisch leven. In de afgelopen twee jaar heeft de door Rusland begonnen oorlog tegen Oekraïne bijvoorbeeld grote gevolgen gehad voor de energievoorziening van West-Europa. Mede door de uitgevaardigde sancties is de import van Russisch gas aanzienlijk beperkt waardoor Europa zich er elders van moest voorzien en werd een algemene heroverweging van de energiebeleidspolitiek noodzaak. Een aspect daarvan is onder meer de aangescherpte EU-regelgeving met betrekking tot het voorradig hebben van olie- en gasreserves in West-Europa (zie *Van den Bergh*, preadvies, par. 3.2). Oorlogshandelingen in het Midden-Oosten hadden onder-tussen grote effecten op het mondiale vervoer van goederen over zee hetgeen zorgde voor grote logistieke (en daarmee ook juridische) problemen. Ondertussen wordt de bestaande juridische orde onder druk gezet door acties die niet gelden als oorlogshandelingen, maar wel een dreiging daarvan in zich dragen; zo ver-wees de Nederlandse minister van Defensie² naar Russische schepen die steeds vaker op de Noordzee worden gesignaleerd en waarvan wordt vermoed dat zij in kaart brengen waar onderzeese kabels lopen en hoe die mogelijk onklaar kun-nen worden gemaakt. Dat past in het patroon van versterking van productie- en distributieketens, cyberaanvallen en sancties die kenmerkend zijn voor de grijze zone tussen oorlog en vrede.

Over noodrecht en lessen uit het verleden

Al hetgeen in die geschetste grijze zone tussen oorlog en vrede plaatsvindt kan een bedreiging van vrede in zich dragen en heeft veelal, ook buiten een oorlogssituatie, al grote gevolgen die ook een sterke juridische component kunnen hebben. Dat leidt tot even zo vele juridische vragen.

Een aantal van die vragen wordt reeds bestreken door bestaande wetgeving. Te-gelijkertijd roept juist bestaande wetgeving ook weer vragen op waar die wet-geving nu juist geen rekening houdt met uitzonderlijke omstandigheden of activiteiten in het vermelde grijze gebied. Zo gaf de Nederlandse minister van Defensie³ onlangs het voorbeeld dat de regulering van drones sterk is geïnspi-reerd door privacywetgeving, waar Defensie nu juist steeds meer behoefte heeft aan drones en aan oefeningen daarmee die zeer nauwkeurig in staat zijn om personen te identificeren en te volgen. Dit is maar één willekeurig voorbeeld dat illustreert dat er naast ‘gewone’ wetgeving ook behoefte bestaat aan ‘staatsnood-en crisisrecht’.

De afgelopen jaren is onderkend dat er behoefte is aan een evaluatie en aanpassing van die wetgeving. Nadat al in 2018 het kabinet⁴ de wens uitsprak om te komen tot een modernisering van het ‘(staats)nood- en crisisrecht’ is in 2022, na de inval van Rusland in Oekraïne, uitdrukkelijk bevestigd dat het kabinet daarvan werk wil maken.⁵ Bij brief van 10 oktober 2023⁶ is een update van het werk daaraan gegeven met inbegrip van de bespreking van lacunes en knelpunten. Een aantal van deze

2. Zie onder meer *Het Financieele Dagblad* (fd.nl) van 3 oktober 2024.

3. Zie weer *Het Financieele Dagblad* (fd.nl) van 3 oktober 2024.

4. *Kamerstukken II* 2017/18, 29668 en 26956, nr. 48.

5. Vgl. *Kamerstukken II* 2022/23, 29668 en 26956, nr. 69.

6. *Kamerstukken I* 2023/24, 29668, E1.

wetsvoorstellen tot aanpassing van het noodrecht zal ook publiekelijk ter consultatie worden gepubliceerd.

Tot dat noodrecht behoren bijvoorbeeld wetten die de verdeling van goederen in geval van schaarste regelen zoals de Distributiewet, de Vorderingswet, de Hamsterwet en de Noodwet voedselvoorziening. De Vorderingswet geeft in aanvulling daarop de mogelijkheid voor de overheid om het eigendomsrecht of andere gebruiksrechten te doorkruisen en terzijde te stellen. Vervoersnoodwetgeving voorziet er voorts in dat de overheid ook over de inzet van vervoermiddelen kan beschikken. De Telecommunicatiewet waarborgt dat de overheid desnodig ook de controle kan uitoefenen over de communicatienetwerken. Ingrijpend is ook de wetgeving die voorziet in het 'verplaatsen' van delen van de bevolking (de Wet verplaatsing bevolking), die eveneens zal worden geactualiseerd. Voorts wordt ook op EU-niveau aan regelgeving gewerkt, met name om de productie en beschikbaarheid van defensiematerieel te waarborgen. *Patrick van den Berghe* bespreekt in zijn boeiende en veelomvattende preadvies een en ander nader en illustreert dat een gevolg van de inzet van noodrecht kan zijn dat de gehele economie wordt geraakt en dat de overheid bepaalt welke productiemiddelen waarvoor worden ingezet met inbegrip van waaraan arbeid wordt besteed.

Hoe ver de ingrepen in de economie en ten opzichte van ondernemingen kunnen gaan, in zekere zin ongeacht of de macht nog in handen is van het wettig gezag of een bezetter, is wel gebleken gedurende de Eerste en Tweede Wereldoorlog. Er is veel lering te trekken uit wat zich in die omstandigheden heeft voorgedaan. Vanuit het perspectief van waarmee ondernemingen geconfronteerd zijn, geven *Claartje Bulten* en *Corjo Jansen* een zeer interessant en leerzaam overzicht van de belangrijkste ontwikkelingen en lessen die daaraan te ontleen zijn. In beide oorlogen, zo stellen zij vast, is op ruime schaal gebruikgemaakt van dwingend privaatrecht om de vrijheid van ondernemingen aan banden te leggen en bijvoorbeeld de contracteervrijheid te beperken of bepaalde contracten met nietigheid te bedreigen. Dat ging gepaard met onder meer uitvoerverboden en controle van de overheid over de beurzen en wetgeving ter regulering van de distributie van goederen, alsmede wetgeving op grond waarvan een prijsbeleid kon worden opgelegd.

Bescherming van (dochter)ondernemingen: over trusts en zetelverplaatsing

Rond beide wereldoorlogen was er ook een grote bezorgdheid dat Nederlandse bedrijven in buitenlandse handen zouden kunnen vallen of daardoor zouden worden gecontroleerd (hetgeen in de Tweede Wereldoorlog ook op grote schaal is gebeurd, zoals *Claartje Bulten* en *Corjo Jansen* in hun mooie preadvies beschrijven). Dat leidde tot een reeks van beschermingsmaatregelen en wetgeving die het mogelijk zou moeten maken om hoofdkantoren en de juridische zetel van ondernemingen naar andere landen te verplaatsen. Bij deze problematiek is het goed zich te realiseren dat de bedreiging voor ondernemingen van twee kanten kan komen. Enerzijds kan de controle over ondernemingen in handen komen van een vreemde mogendheid die Nederland onder haar gezag zou brengen, maar anderzijds komt het gevaar evenzeer van nu nog bevriende naties die bij een machtsovername de vreemde mogendheid als onvriendelijk zouden

zien en om die reden de controle over Nederlandse ondernemingen en/of hun dochtervennootschappen zouden kunnen overnemen. Aldus wordt een prangende vraag hoe het een en het ander kan worden voorkomen. Aan het begin van de Tweede Wereldoorlog is daarvoor de mogelijkheid gebruikt om Nederlandse ondernemingen proactief onder te brengen in buitenlandse rechtsfiguren, met name US-trusts.

Albert Verdam analyseert in zijn boeiende en brede preadvies of, en zo ja, hoe, dat ook heden ten dage nog steeds een begaanbare weg is en welke andere opties daartoe in aanmerking komen. Hij zet uiteen hoe een onderneming een beschermingsplan kan opstellen dat rekening houdt met de diverse mogelijke bedreigingen. Dat roept ook de vraag op hoe de onderneming in het licht van de bevoegdheden van haar onderscheiden organen tot geldige besluitvoering en uitvoering van het beoogde beschermingsplan kan komen. Daartoe analyseert Verdam de rol en bevoegdheden van bestuur, raad van commissarissen, de algemene vergadering en de ondernemingsraad.

Een andere weg die in dit verband uitkomst kan bieden is de zetelverplaatsing van ondernemingen. Het Nederlandse recht biedt daarvoor twee wettelijke kaders. Een zetelverplaatsing kan worden gegrond op de Rijkswet vrijwillige zetelverplaatsing van rechtspersonen of de Wet zetelverplaatsing derde landen. Ook deze wetgeving is mede tot stand gekomen op basis van de ervaringen in de Tweede Wereldoorlog. *Tijmen Klein Bronsvort, Caspar Nagtegaal en Martin van Olffen* analyseren deze wetgeving en de, niet altijd eenvoudig te doorgronden, verhouding tussen deze beide wetten in een doorwrochte beschouwing. Tegelijkertijd vragen zij zich kritisch af of deze wetgeving nog wel helemaal voldoet in het huidige tijdsgewricht. Zij volstaan daaromtrent overigens niet slechts met kritische opmerkingen, maar stellen ook een aantal mogelijke verbeteringen voor. Eén suggestie die in ieder geval navolging zou verdienen is om deze beide wetten samen te voegen of tenminste de onderlinge consistentie te verbeteren.

De impact van economische sancties

De zeggenschap en controle over ondernemingen komt niet slechts op de tocht te staan in het geval van daadwerkelijke militaire bedreigingen, maar ook in het steeds vaker voorkomende geval dat vergaande economische sancties worden uitgevaardigd. Ook hier weer illustreert de oorlog in Oekraïne de gevolgen van het een en ander. Wat begon als sancties van de EU (en de VS) tegen Rusland heeft in het westen geleid tot de facto controle over een aantal Russische ondernemingen die alhier gevestigd zijn. Tegelijkertijd geldt echter dat, spiegelbeeldig, in Rusland vergeldingsmaatregelen hebben geleid tot het overnemen van de controle (soms uitlopend op de facto nationalisatie) van aldaar gevestigde dochterondernemingen van westerse bedrijven.

Een voorbeeld biedt de recente gang van zaken bij Megapolis Distributie B.V.⁷ Dat is een zeer groot handelsconglomeraat van Russische (dochter)vennoot-

7. Daarover is onder meer bericht door de NOS (nos.nl) op 30 september 2024.

schappen (met onder andere een sigarettendistributietak) waarvan de aandelen worden gehouden door een Nederlandse Holding BV, gevestigd in Den Haag. 40% van de aandelen in de Holding BV behoorde aan een Russische oligarch, de overige aandelen aan westerse aandeelhouders (waaronder Philip Morris). Nadat Megapolis door Rusland op een lijst met beweerdelijk (voor Rusland) 'significante activiteiten' was geplaatst, werden de rechten van de Holding BV in de Russische (dochter)vennootschappen door een Russische rechter opgeschort en de aandelen in de Russische (dochter)vennootschappen toegewezen aan de Russische oligarch. De overige aandeelhouders in de Holding BV werden daarvan uitgesloten omdat zij met jegens Rusland 'onvriendelijke' landen verbonden zijn. Zie meer algemeen over deze en andere 'tegenmaatregelen' die een staat kan nemen ook Ploeger en Strijder in paragraaf 4.3 en 5.4 van hun mooie en veelomvattende preadvies.

Het gegeven voorbeeld illustreert dat in het internationale spanningsveld een grote rol speelt dat staten elkaar over en weer kunnen bestoken met sancties van allerlei soort en aard en dat ook doen. Die sancties, en daar vaak aan gekoppelde 'export controls', kunnen een breed palet van economische maatregelen omvatten. *Patrick Ploeger* en *Jasper Strijder* geven een mooi, gedegen en breed overzicht van wat zich op dit terrein allemaal afspeelt, met inbegrip van de historie van sancties (waarin zelfs de oude Perikles nog een rol speelt) en de internationaalrechtelijke, EU- en nationaalrechtelijke kaders. In de praktijk is de EU steeds meer leidend als het om sancties gaat mede in het licht van de door Ploeger en Strijder ook nader besproken, in 2023 vastgestelde, European Economic Security Policy. Nationaalrechtelijk is met name de Sanctiewet 1977 van belang. Bij de invoering daarvan bestonden overigens al wel zorgen over de mogelijk averechtse effecten van sancties op het 'eigen' bedrijfsleven. Inmiddels wordt, zo lichten Ploeger en Strijder toe, gewerkt aan de vervanging van de Sanctiewet door een nieuwe Wet internationale sanctiemaatregelen. Zij belichten ook dat daarbij, impliciet of expliciet, steeds meer sprake is van extra-territoriale werking.

De juridische status van 'frozen assets'

Als sancties worden ingesteld zal het gevolg daarvan niet slechts kunnen zijn dat ondernemingen en staten de controle over assets van allerlei aard verliezen, maar omgekeerd kunnen de sancties er ook toe leiden dat ondernemingen en staten assets verkrijgen waarover de controle of waarvan het gebruik niet meer aan buitenlandse staten of buitenlandse ondernemingen is ontnomen. Dat roept een groot aantal ook civielrechtelijke vragen op naar de status van die assets, hoe die moeten worden beheerd en wat daarmee moet gebeuren. Ter illustratie kan ook hier weer de Russische inval in Oekraïne worden vermeld. Uit hoofde van ingestelde sancties zijn er grote bedragen aan tegoeden van de Russische Staat en met Rusland of Russen verbonden ondernemingen 'bevroren'. De vraag is wat daarmee en met de opbrengsten die die gelden (aan rente) genereren, moet gebeuren. Inmiddels heeft de EU ermee ingestemd dat de rente-inkomsten gaan dienen als zekerheid

voor miljardenleningen van de EU aan Oekraïne.⁸ *Victor de Serière* bespreekt in zijn diepgravende, interessante preadvies de internationale juridische context waarbinnen de vele vragen die hier rijzen al zoekend en tastend van antwoorden kunnen worden voorzien.

Ontregeling van de samenleving in de grijze zone: cyber centraal

In het algemeen geldt dat de hedendaagse, moderne samenleving betrekkelijk gemakkelijk is te ontregelen. Bedreigingen voor de normale gang van zaken zijn er vele en kunnen gemakkelijk werkelijkheid worden. Dat geldt zeker ook op vlakken waar cyber en cybersecurity een belangrijke rol spelen. Zo werd op 2 oktober 2024 bekend dat een buitenlandse mogendheid (in de voice-over is duidelijk hoorbaar dat het om Rusland gaat) een grote hack heeft uitgevoerd in de politiesystemen en de persoonsgegevens en andere informatie betreffende de werking van de Nederlandse politie heeft buitgemaakt. Met regelmaat worden ook andere spectaculaire hacks met potentieel vergaande gevolgen voor de (nationale) veiligheid bekend. Een ander voorbeeld is dat op 23 september 2024 bekend werd⁹ dat de US-overheid een verbod wil op Chinese en Russische IT-systemen in auto's omdat er grote zorg bestaat dat deze het mogelijk maken om op een desgewenst moment de controle over die auto's over te nemen, dan wel deze geheel buiten werking te stellen. Ook bestaat de vrees dat de camera's die daarmee worden aangestuurd voor minder vreedzame doelen worden gebruikt.

In het kader van de potentiële ontregeling van de samenleving is ook een teken aan de wand dat De Nederlandsche Bank onlangs¹⁰ publiekelijk uitsprak dat burgers en bedrijven er niet van uit moeten gaan dat steeds op het elektronische betalingsverkeer kan worden vertrouwd. Daaraan koppelde de verantwoordelijke DNB-directeur de aanbeveling dat het een goed idee is om in ieder geval voor een aantal dagen cashgeld in huis te hebben. De implicaties voor ondernemingen zijn nog aanzienlijk groter nu het betalingsverkeer voor hen meervoudiger en complexer is. Hoe kan bijvoorbeeld worden gewaarborgd dat betalingen wereldwijd kunnen worden gedaan? Waar DNB overigens cashbetalingen juist als inherent verdacht beschouwt, zal wel niet bedoeld zijn om met koffertjes constant geld de wereld rond te reizen. Brengt dat wellicht mee dat ondernemingen parallelle betalingssystemen in andere landen moeten opzetten, bijvoorbeeld in de Verenigde Staten, en een stapel dollars in de kluis moeten leggen? Een en ander zou dan een periode kunnen overbruggen totdat de overheid bijvoorbeeld 'noodgeld' in omloop brengt op grond van de, uit 1978 stammende, Noodwet financieel verkeer.

Al deze ontwikkelingen maken dat 'cybersecurity' zowel voor de overheid als voor ondernemingen nog meer een prioriteit is geworden dan het altijd al was. *Pieter Wolters* belicht in zijn mooie preadvies hoe inmiddels cyberaanvallen worden ingezet om informatie te vergaren of een samenleving te ontregelen. Hij

8. Zie de berichtgeving van de NOS (nos.nl) op 22 oktober 2024.

9. Zie aldus op die datum de berichtgeving van CNN ter zake, overgenomen door onder andere de NOS.

10. Zie NRC (nrc.nl) van 21 oktober 2024.

bespreekt de mogelijkheden om de bescherming tegen cyberaanvallen te verbeteren. Dat kan mede omvatten dat data niet in landen worden opgeslagen waar ernstig rekening moet worden gehouden dat de overheid zich daartoe toegang zou willen verschaffen. Overigens wijst hij erop dat ook in 'bevriende' landen daarmee rekening moet worden gehouden (zo heeft bijvoorbeeld de VS een ruime mogelijkheid toegekend aan haar inlichtingendiensten om data op te vragen). Aan de orde komen onder meer de cybersecurity-bepalingen in de AVG en met name de EU Network and Information Security Directive (NIS1 en NIS2), die een aantal kritieke sectoren identificeren waar extra verplichtingen gelden om de beveiliging van cybersystemen te vergroten. Dit is ook tot een expliciete aansprakelijkheid gemaakt van het bestuur van in aanmerking komende ondernemingen.

Afronding

Het bestuur van de Koninklijke Vereeniging Handelsrecht meent dat met de mooie en interessante preadviezen dit jaar een onderwerp aan de orde wordt gesteld dat zowel maatschappelijk als juridisch van groot en toenemend belang is. Dat maakt het overigens nog geen vrolijk onderwerp. Maar voorbereiding op mogelijke negatieve en zorgwekkende ontwikkelingen zal er hopelijk aan bijdragen dat deze zich juist niet of niet in ernstige mate zullen manifesteren en zo veel mogelijk kunnen worden afgewend. Het bekende adagium: 'si vis pacem, para bellum' (wie vrede wil, bereidt zich voor op oorlog) doet ook hier opgeld. Met het onder ogen zien van de bedreigingen en het binnen de mogelijkheden die het recht biedt minimaliseren van de gevolgen daarvan, kan een wezenlijke bijdrage aan maatschappelijk welzijn worden geleverd. Juist de onderhavige preadviezen bieden waardevolle handvatten daarvoor. Het bestuur is de preadviseurs dan ook bijzonder erkentelijk voor hun bijdragen. Alle preadviseurs stonden voor de uitdaging om een relatief onontgonnen terrein nader in kaart te brengen. Dat hebben zij op indrukwekkende wijze gedaan en daarvoor zijn wij hun als bestuur, ongetwijfeld ook namens u als onze leden en lezers, bijzonder erkentelijk. Het is nu aan de wetgever en aan individuele ondernemingen om het gebodene en de gedane suggesties in overweging te nemen en verder te ontwikkelen. Allereerst zullen echter onze leden de gelegenheid hebben om in de jaarvergadering van onze vereniging op 4 december a.s. met de preadviseurs nader van gedachten te wisselen. Als bestuur zien wij ernaar uit u dan te mogen verwelkomen.

Harm-Jan de Kluiver
Voorzitter

Onderneming, oorlog en oorlogsdreiging

Het verleden met een oog op het heden

Prof. mr. C.D.J. Bulten en prof. mr. C.J.H. Jansen*

1 Inleiding

Twee wereldoorlogen domineerden de eerste helft van de twintigste eeuw. Op 28 juli 1914 verklaarde Oostenrijk-Hongarije aan Servië de oorlog. De dubbelmonarchie had zich verzekerd van de steun van het Duitse keizerrijk, Servië wist zich gesteund door Rusland. Frankrijk, Italië en Groot-Britannië schaarden zich aan hun zijde.¹ De verklaring van Oostenrijk-Hongarije was de start van een oorlog, die in veel Europese landen bekend is komen te staan als de ‘Grote Oorlog’, bij ons als de Eerste Wereldoorlog. Nederland is buiten deze oorlog gebleven. De oorlogvoerende landen respecteerden de Nederlandse neutraliteit. In 1918 begroeven zij na het verlies van miljoenen mensenlevens de strijdbijl. Voor het westelijk deel van Europa werden de voorwaarden voor de vrede neergelegd in het Verdrag van Versailles van 28 juni 1919. Dit verdrag wekte vanaf het moment van ondertekening de woede van de overwonnen landen op, vooral vanwege de hoogte van de herstelbetalingen, die zij aan de overwinnaars moesten betalen. Volgens de Utrechtse hoogleraar in het Volkenrecht, J. de Louter (1847-1932), getuigde het verdrag van een redeloze en meedogenloze hardvochtigheid, bittere haat en diep wantrouwen jegens de verslagen vijand. Een rechtvaardige vrede lag volgens hem niet in het verschiet.² Hij heeft sneller dan hij zelf dacht gelijk gekregen. Op 1 september 1939 brak met de inval van nazi-Duitsland in Polen de Tweede Wereldoorlog uit. Centrale Europese spelers in deze oorlog waren Duitsland, Oostenrijk en Italië aan de ene kant en Frankrijk, Rusland en Groot-Britannië aan de andere kant. Nederland hoopte opnieuw neutraal te blijven, maar bleef dit keer niet gespaard. Duitse troepen bezetten op 10 mei 1940 ons land. In 1945 eindigde de tweede grote oorlog – de Tweede Wereldoorlog –, die het Europese continent in de 20^e eeuw heeft geteisterd. De vraag rijst welke gevolgen de oorlogsdreiging van de Eerste Wereldoorlog en de bezetting in de Tweede Wereldoorlog hebben gehad voor de Nederlandse ondernemingen. Het overzicht van de gevolgen en daarbij horende overheidsmaatregelen

* Claartje Bulten is hoogleraar Ondernemingsrecht (tevens counsel bij Clifford Chance Amsterdam). Corjo Jansen is hoogleraar Rechtsgeschiedenis en Burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Dit preadvies gaat deels terug op enkele eerdere publicaties van de tweede auteur: ‘De impact van de Eerste Wereldoorlog op het Nederlandse privaatrecht’, *NJB* 2014/1094, p. 1187 e.v.; ‘De ontwikkeling van het arbeidsrecht na de bevrijding (1945-1950)’, in: F.G. Laagland (red.), *Verburg: Geciteerd en besproken. Liber Amicorum Prof. mr. L.G. Verburg*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 229 e.v. en ‘Contractsvrijheid en prijzen 1914-1964’, in: R. Leuyerink e.a. (red.), *Prijzen en privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 123 e.v.

1. Zie C. Clark, *Slaapwandelaars. Hoe Europa in 1914 ten oorlog trok*, Antwerpen: De Bezige Bij 2013.
2. J. de Louter, *Rechtsontsparing. Een protest*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1923, p. 13 en p. 25 e.v.

is in deze bijdrage niet uitputtend, maar illustratief voor het soort maatregelen dat de overheid in beide periodes heeft genomen ten aanzien van ondernemingen.

Vooraf merken wij nog het volgende op. De overheidsmaatregelen als gevolg van de oorlogsdreiging in de jaren 1914-1918 en de bezetting in de jaren 1940-1945 kenmerkten zich door het gebruik van dwingend privaatrecht en van publiekrecht (in het bijzonder strafrecht). Zij legden via verboden en vergunningen de vrijheid van ondernemingen aan banden om de inhoud van hun overeenkomsten naar eigen inzicht te bepalen en om contracten te sluiten met wie zij wilden. Vaak was in genoemde perioden een vergunning noodzakelijk om een bedrijf te starten. Op overtreding van de strafrechtelijke verboden stond straf. Vergunningen en verboden beknotten de vrijheid van ondernemingen sterk. De reden waarom de overheid ingreep in deze vrijheden, had te maken met allerlei publieke belangen (zoals de bescherming van sociaaleconomisch zwakken, maar ook de centrale aansturing van het economische leven in Nederland, een verstandig gebruik van schaarse grondstoffen en de inzet van Nederlandse grondstoffen in de oorlogseconomie). Zowel in de Eerste als de Tweede Wereldoorlog was sprake van een ingrijpende doorwerking van het publiekrecht in en toenemende overheidsbemoeienis met het privaatrecht.³

2 Nederlandse ondernemingen in de Eerste Wereldoorlog

2.1 Oorlogsdreiging: bedreigingen voor het bedrijfsleven

De uitbraak van de Eerste Wereldoorlog kwam als een schok voor de bestuurders van veel Nederlandse ondernemingen. Het bedrijfsleven had vanaf het einde van de 19^e eeuw een snelle industrialisatie ondergaan en stond er goed voor. Nederland kende twee sterke sectoren: de landbouw en de internationale handel. Ons land profiteerde van zijn gunstige ligging en zijn betrekkelijk goede infrastructuur (met bijvoorbeeld een behoorlijk functionerend spoorwegnetwerk). Succesvolle initiatieven op landbouwgebied hadden in de regio's voor sterke industrieën gezorgd, zoals de suiker-, aardappelmeel-, melk- en strokartonfabrieken in Groningen en West-Brabant. Daarnaast ontwikkelden zich allerlei andere industrieën in de provincie, die dankzij een combinatie van een groot arbeidspotentieel en lage lonen tot bloei konden komen (denk aan fabrieken op het gebied van textiel, leer en gloeilampen). Daarnaast waren er de havens in Amsterdam en Rotterdam, die voor de bevoorrading van het Duitse achterland zorgden. In deze steden ontstonden specifieke 'havengebonden' bedrijven, die het goed deden (zoals de scheeps- en machinebouw), maar zij kenden ook veel 'luxebedrijven' (zoals de diamantindustrie en grafische nijverheid). Kapitaalintensieve bedrijven domineerden de Randstad, de arbeidsintensieve industrie bloeide in het 'buitengebied'.⁴ De Nederlandse grote

3. Zie voor het contractenrecht: W.H. van Boom, 'The Great War and Dutch contract law – resistance, responsiveness and neutrality', *Comparative Legal History* (2) 2014, afl. 2, p. 303 e.v.; C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in de lange 19^e eeuw*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 284 e.v.; G. de Almeida Ribeiro, *The Decline of Private Law. A philosophical History of Liberal Legalism*, Oxford: Hart 2019, p. 191 e.v. en p. 230 e.v.

4. J.L. van Zanden, *Een klein land in de 20^e eeuw. Economische geschiedenis van Nederland 1914-1995*, Utrecht: Het Spectrum 1997 (hierna: Van Zanden 1997), p. 21-25.

industrieën zaten daarom bijna allemaal in de provincie: margarine (de Margarine Unie van de families Van den Bergh en Jurgens, in 1927 opgegaan in Unilever), olie (de ‘Koninklijke’, in 1920 omgedoopt tot Koninklijke/Shell), gloeilampen (Philips) en kunstvezels (Enka, later Algemene Kunstzijde Unie). In 1918 werd in Noord-Holland Hoogovens opgericht.⁵

In Nederland groeide voor en in de Eerste Wereldoorlog de angst dat de economisch ‘gezonde’ bedrijven in ‘vreemde’ handen zouden vallen. Teeuw en De Jongh constateerden dat de 19^e-eeuwse tijden van globalisering en vrijhandel voorbij waren. Uit hun onderzoek komt naar voren dat mogelijkheden, zoals Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk, wetgeving introduceerden om buitenlandse invloed via zeggenschap over nationale ondernemingen te voorkomen. Ook M.W.F. Treub (1858-1931), de Nederlandse Minister van Landbouw, Handel en Nijverheid,⁶ moedigde vennootschappen aan tot het treffen van beschermingsmaatregelen. De ‘Koninklijke’ introduceerde al aan het einde van de 19^e eeuw een oligarchische clause. Zij bepaalde dat de houders van sommige preferente aandelen uitsluitend Nederlanders, ingezetenen van Nederland en Nederlands-Indië of in Nederland gevestigde vennootschappen wier bestuur en raad van commissarissen in meerderheid uit Nederlanders bestonden, konden zijn. Alleen deze aandeelhouders kregen het recht een bindende voordracht voor benoeming van bestuurders, commissarissen en vertegenwoordigers in Nederlands-Indië te doen. De clause stuitte in Nederlandse handelskringen op bezwaren, maar zij werd desondanks onderdeel van de Statuten van de ‘Koninklijke’. Volgens Teeuw en De Jongh maakte de oligarchische regeling in Nederland in het begin van de 20^e eeuw een sterke opkomst door. Bij deze groei speelde de vrees dat het publieke belang in het geding zou komen bij buitenlandse controle op Nederlandse ondernemingen een belangrijke rol.⁷

2.2 Oorlogsdreiging en bedrijfsvoering

De uitbraak van de Eerste Wereldoorlog leidde tot paniek in Nederland. De bedrijfsvoering van veel Nederlandse bedrijven raakte in de problemen. Zo zeer zelfs dat de bekende hoogleraren in het Burgerlijk recht, E.M. Meijers (1880-1954) uit Leiden en P. Scholten (1875-1946) uit Amsterdam, op 22 augustus 1914 in een gemeenschappelijk artikel in het *WPNR* schreven dat de wet ieder gezag verloren scheen te hebben bij debiteuren. ‘Met het tooverwoord “force majeure” meent men van al zijn verplichtingen bevrijd te zijn.’ Zij spraken zelfs over ‘de heerschende anarchie’. Leveringscontracten werden zonder enige motivering eenzijdig verbroken. Toegezegde kredieten werden geweigerd met de mededeling dat de tijdsomstandigheden de nakoming niet veroorloofden. Rechteloosheid verdrong de naleving van de wet. ‘Te vergeefs tracht men de kwaadwilligen wederom in het gareel van het recht te brengen door voortdurend in de dagbladen op hun plicht te wijzen hun

5. Van Zanden 1997, p. 49 e.v. en p. 128 e.v.

6. Zie over zijn rol als minister: J. den Hertog, *Cort van der Linden (1846-1935): minister-president in oorlogstijd. Een politieke biografie*, Amsterdam: Boom 2007, p. 548-549.

7. A. Teeuw & M. de Jongh, ‘Geopolitieke spanningen en bescherming: lessen uit het verleden?’, *Ondernemingsrecht* 2024/16, p. 79 e.v. (p. 82 e.v., p. 84 e.v. en p. 89). Het Ministerie van Justitie achtte zelfs een autocratische clause toelaatbaar. Deze clause hield in dat de RvC een bindende voordracht voor bestuurders en commissarissen mocht opstellen.

schulden te betalen.⁸ De hoofdredacteur van het *Weekblad van het Recht* (W.), David Simons (1860-1930), vroeg een ieder die kon betalen, zijn betalingsplicht na te komen. Anders sleepte 'hij anderen met zich mede', vergrootte hij 'het aantal van hen, die hunne verbintenissen niet nakomen' en 'verscherpte hij de maatschappelijke en economische crisis'.⁹

De reacties van Meijers, Scholten en Simons waren in de juridische tijdschriften verschenen na een oproep van de Minister van Justitie, B. Ort (1854-1927). Hij had de Hoge Raad, lagere rechters, de leden van het Openbaar Ministerie, de notarissen, de advocaten en procureurs verzocht te voorkomen dat de buitengewone tijdsomstandigheden de mensen, die tijdelijk niet in staat waren hun schulden te betalen, geheel ten gronde zouden richten. Zij moesten de gelegenheid krijgen hun vermogenstoestand te herstellen. De minister dacht aan het voorkomen van een gerechtelijke of buitengerechtelijke uitwinning van goederen, het afwenden van een faillietverklaring of het beproeven van een schikking.¹⁰ Hij liet op 14 augustus 1914 een tweede oproep uitgaan. Hij merkte dat zijn eerste circulaire tot de misvatting had geleid dat een ieder zijn betalingsverplichting mocht opschorten. Dat was nooit zijn bedoeling geweest. Een wanbetaler handelde in strijd met het landsbelang door niet te betalen en hij verergerde nodeloos de crisis. Op hem moest de rechter de wet in al zijn strengheid toepassen. Wie kon betalen, moest niet dralen maar dat direct doen.¹¹

De Nederlandse industrie werd niet alleen geconfronteerd met wanbetalers, maar ook met talloze uitvoerverboden. Zij raakten vanaf augustus 1914 bijna alle sectoren van de Nederlandse handel, industrie en landbouw. Te denken valt aan het verbod van uitvoer van chirurgische instrumenten, rogge, tarwe, mijnhout, vloeibare brandstoffen, gouden munten, peulvruchten, paarden, prikkeldraad, gasolie, etc. Die laatste verboden troffen de belangrijkste economische sector in Nederland, de landbouw, in het hart. De Nederlandse wetgever had al op 3 augustus 1914 bepaald dat de Minister van Justitie in geval van oorlog of oorlogsgevaar bij algemene maatregel van bestuur de uitvoer van bepaalde goederen, geheel of gedeeltelijk, zowel voor het gehele grondgebied als voor een bepaald gedeelte van dit gebied, tijdelijk kon verbieden.¹² In de loop van de oorlog versoepelde de Nederlandse regering het exportbeleid, zodat Nederlandse bedrijven uiteindelijk flink hebben verdiend aan de nood aan goederen in de oorlogvoerende landen. Het internationale goederenvervoer raakte tegen het einde van de Eerste Wereldoorlog (weer) ernstig verstoord. Vooral de onbeperkte duikbootoorlog door Duitsland was rampzalig voor de Nederlandse import en export. Daarnaast eisten de Amerikanen dat de Nederlandse export van voedsel eerst naar de geallieerden ging (en dan pas of niet naar Duitsland of neutrale landen). In 1917 richtte de Nederlandse regering de Nederlandsche Uitvoer Maatschappij op, die de export en import van goederen onder

8. E.M. Meijers & P. Scholten, 'Het recht tegenover de huidige crisis', *WPNR* 1914/2330, p. 389-390.

9. [D. Simons], 'De ministerieele circulaire', *W.* 1914/9656, p. 1.

10. 'Circulaire van den Minister van Justitie', 's-Gravenhage, 5 augustus 1914, *WPNR* 1914/2329, p. 387; *W.* 1914/9654, p. 8.

11. 'Circulaire van den Minister van Justitie', 's-Gravenhage, 14 augustus 1914, *WPNR* 1914/2330, p. 399.

12. Wet van 3 Augustus 1914, houdende verbod tot uit- en vervoer van sommige artikelen (*Stb.* 344).

toezicht van de overheid bracht.¹³ Daarmee verloren Nederlandse ondernemingen in belangrijke mate hun vrijheid om naar eigen keuze goederen te importeren en te exporteren.

2.3 De invoering van de Beurswet 1914¹⁴

De stemming op de financiële markten was volledig omgeslagen na de publicatie van de oorlogsverklaring van Oostenrijk-Hongarije aan Servië. Er ontstond grote consternatie in de financiële wereld. Alle beurzen raakten op die dag in een paniekstemming. Spoedig volgde de sluiting van de beurzen in Wenen, Brussel, Berlijn, Frankfurt, Londen en New York, nadat daar de handel ernstig ontwricht was geraakt. Op woensdag 29 juli 1914 ging de Amsterdamse beurs dicht. Een ooggetuige, de in zijn tijd bekende jurist H.A. Hartogh (1850-1938), die nauw was betrokken bij het ontwerp van de Nederlandse Beurswet, bracht – terugkijkend in 1931 – de angstgevoelens van 1914 als volgt onder woorden.

‘Er dreigt een wereldoorlog, waarop publiek en beurs niet waren voorbereid. Groote kans, dat Nederland daarbij onder den voet zou worden geloopt; dat Nederlandsche misschien, dat zeker enkele uitheemsche, hier genoteerde, publiekrechtelijke obligatiën hare waarde totaal zouden inboeten; dat industriele ondernemingen platgeschoten, dat schepen en ladingen vernietigd, dat koloniën met hare culturen, geroofd zouden worden.’¹⁵

Bedrijven en mensen wilden ‘cash’. Er ontstond een ‘bankrun’. Om te voorzien in de dringende behoefte aan betaalmiddelen brachten sommige bedrijven en winkels zelf ‘geschapen’ circulatiepapier in omloop. De staat ging over tot de uitgifte van ‘noodgeld’, zogeheten ‘zilverbons’ (op 7 augustus 1914 al voor ongeveer 1,7 miljoen gulden). Door de sluiting van de beurs werden alle leningen tegen ‘onderpand’ (een waarde vertegenwoordigend van vermoedelijk zo’n 325 miljoen gulden) geblokkeerd.¹⁶ De Nederlandsche Bank en de Vereniging voor den Geldhandel sloegen de handen ineen. Zij hebben in de eerste crisisdagen getracht het kredietverkeer op gang te houden en te voorzien in de kredietbehoeften van bedrijven. De Nederlandsche Bank richtte samen met de Vereniging voor den Geldhandel in september 1914 de Algemeene Nederlandsche Centrale Middenstandscredietbank op. De export trok in 1915 na een diepe val aan door de vraag van de oorlogvoerende landen. Tegen deze achtergrond begonnen de werkzaamheden aan de Beurswet. Zij was uitdrukkelijk als tijdelijke maatregel bedoeld.¹⁷

13. P. Moeyes, *Buiten schot. Nederland tijdens de Eerste Wereldoorlog 1914-1918*, derde (herziene) druk, Utrecht/Amsterdam/Antwerpen: De Arbeiderspers 2014 (hierna: Moeyes 2014), p. 339 e.v. en p. 342 e.v.

14. Wet van 4 september 1914, houdende bepalingen betreffende den geld- en fondsenhandel in de tegenwoordige buitengewone omstandigheden (*Stb.* 445). Zie uitvoerig Moeyes 2014, p. 184 e.v.

15. H.A. Hartogh, ‘De beurssluitingen van 1931 en 1914. Punten van verschil tusschen beide gevallen’, *Algemeen Handelsblad* 24 september 1931, voorpagina.

16. Zie E.M. Meijers, ‘Het recht tegenover de huidige crisis. IV. De prolongatierente tijdens het gesloten zijn der Amsterdamsche beurs’, *WPNR* 1914/2333, p. 425 e.v.

17. Moeyes 2014, p. 180 e.v.

Gelet op de financiële noodtoestand in augustus 1914 is het te begrijpen dat Treub haast had met de invoering van de Beurswet. De instorting van de Nederlandse geldmarkt leek een voldongen feit, de bancaire chaos was groot, armoede dreigde door het stilvallen van (vooral kleine) ondernemingen. Treub moest compromissen sluiten met de bankiers. Zij gingen akkoord met de vergaande bevoegdheden van de minister om de financiële crisis te bezweren. Zo kwamen op grond van artikel 2 van de nieuwe wet de beurzen onder toezicht te staan van de Minister van Landbouw, Nijverheid en Handel, totdat de buitengewone omstandigheden zich niet meer voordeden. Hij mocht voorschriften geven omtrent de opening en de sluiting van de beurzen en omtrent de noteringen en 'de wijze waarop zaken werden gedaan'. Op grond van artikel 3 was de minister bevoegd te bepalen welke fondsen een notering kregen en welke niet. Als tegemoetkoming voor hun welwillendheid eisten de bankiers een wettelijke regeling van de veelvuldig in de bankpraktijk voorkomende, maar niet wettelijk geregelde rechtsfiguur van de herverpanding, de verpanding door de pandhouder van hem in pand gegeven zaken (zoals effecten). Deze rechtsfiguur was omstreden,¹⁸ maar onontbeerlijk voor vooral kleine banken om aan voldoende vermogen te komen. Ondanks het feit dat de Beurswet op 4 september 1914 in werking trad, ging de Amsterdamse beurs pas een half jaar later weer open, in februari 1915.¹⁹

2.4 Prijsbeperkingen door de overheid

De paniekstemming naar aanleiding van het uitbreken van de Eerste Wereldoorlog bracht in Nederland in de augustusdagen van 1914 niet alleen een bestorming van de banken, maar zij raakte eveneens kleine ondernemingen en winkels. De Nederlandse wetgever bracht in het recordtempo van twee dagen de Levensmiddelenwet van 1914 (*Stb.* 351) tot stand, opgenomen als artikel 76a tot en met 76f in de Onteigeningswet van 1851 (*Stb.* 125). De uitvoering van de wet kwam in handen van het Ministerie van Landbouw, Nijverheid en Handel. De minister van dit departement kreeg de bevoegdheid maximumprijzen vast te stellen voor bijvoorbeeld het voedsel van mens en dier, brandstoffen en huishoudelijke artikelen (zie art. 76a Onteigeningswet). Hij maakte een dag na de inwerkingtreding van de wet, dat wil zeggen op 4 augustus 1914, al van deze bevoegdheid gebruik om prijsopdrijving tegen te gaan en stelde maximumprijzen voor brood, rogge en tarwe vast. In de loop van de oorlog nam echter de schaarste aan steeds meer goederen toe. Dit leidde tot de inwerkingtreding van de Distributiewet van 1916 (*Stb.* 416).²⁰ Deze nieuwe wettelijke maatregelen raakten het Nederlandse bedrijfsleven fors.

Een van de doelen van de Distributiewet was in het licht van 'de tegenwoordige buitengewone omstandigheden' het veilig stellen van de beschikbaarheid van voedsel. Artikel 2 Distributiewet bepaalde daartoe dat de Minister van Landbouw, Nijverheid en Handel de prijzen vaststelde van levensmiddelen, grondstoffen

18. De pandgever droeg het risico van de betalingsonmacht van de pandhouder. Als die niet in staat was zijn schulden af te lossen, kreeg de pandgever zijn pandobject niet terug, terwijl hij wel zijn schulden had afgelost.

19. Zie K.J. Krzeminski, *Heroverpanding*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013, p. 47-52.

20. D.H. Peereboom Voller, *Distributiewetgeving in Nederland* (diss. Groningen), 1945 (hierna: Peereboom Voller 1945), p. 19-27.

voor levensmiddelen, brandstoffen en huishoudelijke artikelen, tegen welke deze goederen 'ten hoogste aan den verbruiker mogen worden te koop aangeboden of verkocht'. Op grond van artikel 8 lid 3 Distributiewet was het eveneens aan de Minister van Landbouw om prijzen vast te stellen, 'waartegen goederen in den groothandel, in den tussenhandel en in het klein ten hoogste mogen worden te koop aangeboden of verkocht'. De Distributiewet bevatte zes nieuwe, tamelijk zware straffen. Zij bedreigde bijvoorbeeld overtreding van artikel 8 met een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaar of een geldboete van ten hoogste tienduizend gulden. Spoedig circuleerden ministeriële lijsten met maximumprijzen voor tal van levensmiddelen in de groot-, tussen- en kleinhandel. Het verkopen boven de maximumprijs was strafbaar.²¹

Op het overheidsingrijpen in het private domein met behulp van het strafrecht kwam aanvankelijk kritiek, maar zij ging vanwege de oorlogstoestand over in berusting. Wij citeren een hoofdredactioneel commentaar uit het *Weekblad* van 1916:

'In de vreemde toestanden, die wij beleven, treedt nu eenmaal die Minister als een soort van dictator op, beschikkende over het wel en wee van duizenden. Het zal wel niet anders kunnen en tegenspartelen zal niet veel geven. De wereld staat op zijn kop; gewone beginselen van regeringsbeleid zijn al lang op zij gezet. De harde noodzakelijkheid dwingt.'²²

Hoofdredacteur Simons kenschetste in het *Weekblad* de distributie als een mislukking. De Nederlandse regering dacht er ook zo over. Zij wilde daarom de bevoegdheden van de Minister van Landbouw uitbreiden. 'Elk zweempje van vrijheid, dat nog aan het economische leven gelaten was, moet verdwijnen. Eerst dan schijnt het naar het oordeel der regeering, voor haar doenlijk aan ons volk zooveel voedsel te verzekeren als onder de omstandigheden, waaronder wij leven, slechts eenigszins mogelijk is', aldus Simons. Het gevolg was een uitbreiding van de strafrechtelijke sancties. Daartegen wilde hij vooral waarschuwen: een behoorlijke behandeling van al die strafzaken was onmogelijk en de gevangenen zaten overvol. Niet alleen het verkopen boven een maximumprijs was strafbaar, ook het kopen (hetzij opzettelijk, hetzij door schuld) werd dat. Daarnaast wenste de regering minimumstraffen in te voeren. Wie bijvoorbeeld een ei had verkocht voor 15 cent in plaats van 14, moest een boete krijgen van ten minste 100 gulden, de koper van dat ei kon rekenen op een boete van ten minste 50 gulden. De rechter werd zo gedwongen zwaarder te straffen dan hij billijk achtte. Er werd daarmee – aldus Simons – een noodtoestand geschapen van hoogst bedenkelijke aard.²³ De regering trok uiteindelijk na kritiek uit de Tweede Kamer het wetsvoorstel in.

In november 1918 kwam de Eerste Wereldoorlog ten einde. Dit betekende niet het einde van de crisiswetgeving, die de Nederlandse bedrijven zo hard had geraakt. Productie- en aanvoerproblemen bleven. Nederlandse bedrijven hadden het lastig.

21. D. Hoek, *De Distributiewet 1916 (...) met begeleidend commentaar*, Alphen: Samsom 1917, p. XVIII e.v., p. 105 e.v. en p. 113 e.v.; zie ook Peereboom Voller 1945, p. 30 e.v.

22. 'Ontwerp betreffende de volksvoeding en distributie van goederen', *W.* 1916/9958, p. 1.

23. D. Simons, 'Crisis-Strafrecht', *W.* 1918/10.245, p. 1. Zie ook G. Kits, 'De Distributiewet in theorie en praktijk', *W.* 1917/10.063, p. 3.

Dit veranderde vanaf 1920, toen de normale economische verhoudingen terugkeerden. Pas bij Wet van 30 juli 1926 (*Stb.* 248) kwam een einde aan de crisiswetgeving en aan de laatste nog bestaande prijsbeperking. De contractsvrijheid van de ondernemer was hersteld, zij het slechts voor korte tijd. De economische crisis van de jaren dertig en de Tweede Wereldoorlog kwamen eraan.

3 Nederlandse ondernemingen in de Tweede Wereldoorlog

Hoewel er allerlei voortekenen eind jaren dertig van de vorige eeuw waren, kwam de aanval van de Duitse troepen voor de Nederlandse regering als een verrassing. Slechts luttele dagen na de inval van de Duitse troepen in Nederland, op 14 mei 1940, zag de opperbevelhebber van de Nederlandse land- en zeestrijdkrachten, generaal H.G. Winkelman (1876-1952), zich genoodzaakt de Duitsers capitulatie aan te bieden (met uitzondering voor Zeeland). De Nederlandse regering was een dag eerder, op 13 mei 1940, in ballingschap gegaan in Londen. Adolf Hitler (1889-1945) bepaalde op 18 mei 1940 via een decreet dat het bezette Nederland onder een rijkscommissaris kwam te staan. Hij zou het opperste regeringsgezag uitoefenen. Volgens lid 1 van § 5 van Hitlers decreet bleef 'het tot nu toe geldende recht' van kracht, voor zover het met de bezetting te verenigen was.²⁴ Hij benoemde de (voormalige) Oostenrijker en Rijksminister Arthur Seyss-Inquart (1892-1946) tot rijkscommissaris voor de bezette Nederlandse gebieden. Seyss-Inquart trad aan op 29 mei 1940. Ook hij bevestigde, in de verordening die ten grondslag lag aan de uitoefening van zijn regeringsbevoegdheden, dat het Nederlandse recht van kracht bleef, voor zover het verenigbaar was met de bezetting en met het decreet van de Führer over de uitoefening van de regeringsbevoegdheden in Nederland.²⁵

Staatsrechtelijk was na het vertrek van de Nederlandse regering uit Nederland een bijzondere situatie ingetreden. In de Grondwet was niets geregeld over de bevoegdheden van een Nederlandse regering in ballingschap. De juridische grondslag voor het nemen van wettelijke besluiten werd gezocht in het zogenaamde subjectieve staatsnoodrecht. Dit recht heette 'subjectief', omdat een positiefrechtelijke grondslag ontbrak voor 'wetgeving'. De regering in ballingschap heeft tijdens de oorlog talloze 'wets-besluiten' of 'besluit-wetten' (vaak kortweg aangeduid als 'besluiten') genomen, waaronder ook besluiten die betrekking hadden op ondernemingen (zie hieronder par. 3.1).²⁶ In bezet gebied was eveneens een wetgever. Lid 2 van § 5 van Verordening (Vo) 1/1940 bepaalde namelijk dat de Rijkscommissaris verordeningen kon uitvaardigen. Lid 2 van § 1 van Vo 3/1940 stelde vast dat deze verordeningen kracht van wet hadden. Krachtens Vo 23/1940 kon de Rijkscommissaris de wetgevende bevoegdheden zelf uitoefenen of delegeren aan de Nederlandse secretarissen-generaal. Zij vertegenwoordigden het hoogste Nederlandse regeringsgezag in

24. Verordening (Vo) 1/1940 (Decreet van den Führer over de uitoefening van de regeringsbevoegdheden in Nederland van 18 mei 1940).

25. Vo 3/1940.

26. Zie F.J.H. Snijders, 'De bevoegdheid van de Regeering op het gebied van uitvoering en wetgeving', in: J. Eggens e.a. (red.), *Nederlandsch recht in oorlogstijd in Engeland ontstaan en toegepast*, Londen: The Netherlands Publishing Company 1945, p. 9 e.v. De Engelse rechter heeft erkend dat de Nederlandse regering in ballingschap bevoegd was tot het nemen van 'wets-besluiten'. Zie M. Verburg, *Geschiedenis van het Ministerie van Justitie 1940-1945. Een departement in oorlogstijd*, Amsterdam: Boom 2016 (hierna: Verburg 2016), p. 36 e.v.

ons land. Krachtens genoemde verordening waren zij gemachtigd voorschriften met strafrechtelijke sanctionering uit te vaardigen binnen de grenzen van hun bevoegdheden. Tevens mochten zij bestaande wetten wijzigen.²⁷

3.1 Besluiten van de Nederlandse regering in Londen ten aanzien van ondernemingen

De Nederlandse regering in Londen heeft in het begin van haar verblijf een aantal besluiten genomen, die diep ingrepen in het functioneren van Nederlandse bedrijven. Wij behandelen er slechts enkele. Het belangrijkste onderwerp van gesprek op maandag 15 mei 1940 – twee dagen na de vlucht uit Nederland – tussen de Ministers van Justitie en Economische Zaken was de zetelverplaatsing van Nederlandse N.V.'s. Zij kon verhinderen dat het kapitaal van Nederlandse ondernemingen dat zich buiten Nederland bevond in Duitse handen zou vallen of als vijandelijk vermogen door andere landen zou worden geconfisqueerd of geblokkeerd. De Nederlandse regering ontwierp twee besluiten. Het Besluit van 24 mei 1940 (*Stb.* A 1) bepaalde dat alle vorderingen en aanspraken van in Nederland gevestigde rechtspersonen en natuurlijke personen, voor zover zij buiten Nederland te gelde konden worden gemaakt, overgingen op de Staat der Nederlanden (vertegenwoordigd door de Nederlandse regering in Londen). De opsteller van dit besluit, de in Londen aanwezige secretaris-generaal van Justitie, J.R.M. van Angeren (1894-1959), beschouwde de overdracht aan de staat als een fiduciaire eigendomsoverdracht. Volgens zijn ambtenaren was een discussie over de vraag of de maatregel publiek- of privaatrechtelijk van aard was, zinloos. De regering beschouwde de maatregel als een regeling *sui generis*, omdat de door het besluit ontstane rechtsverhoudingen nauwelijks vergelijkbaar waren met die tijdens 'het normale recht' in vredestand.²⁸

Het tweede belangrijke besluit in Londen was het Besluit van 7 juni 1940 (*Stb.* A 6). Dat verbood alle rechtsverkeer (het onderhouden van ieder zakelijk contact) aan Nederlanders of Nederlandse bedrijven buiten bezet gebied met vijandelijk gebied (waaronder ook bezet gebied viel), tenzij een bijzondere commissie (de Commissie Rechtsverkeer in Oorlogstijd te Londen, afgekort als Corvo) daarvoor toestemming gaf. Dit verbod van het drijven van handel met de vijand omvatte ook het drijven van handel met bedrijven in neutrale landen, die met de vijand handelden. Nederlanders of Nederlandse bedrijven in neutrale en in geallieerde landen mochten hun zakelijke belangen in vijandelijk gebied niet behartigen (tenzij met toestemming van Corvo). Laatstgenoemde ging naarmate de oorlog vorderde wat soepeler om met de verboden en ging letten op de aard van de handel. Corvo stond bijvoorbeeld de export van gasgeneratoren naar Nederland niet toe, maar die van sinaasappelen wel. Het was daarnaast niet de bedoeling dat Duitsland door de handel met Nederlandse bedrijven werd geholpen aan buitenlandse betaalmiddelen. Er kwam een

27. Vgl. J.H.P. Bellefroid, *Beknopt overzicht der staatsinrichting van Nederland tijdens de bezetting*, Nijmegen-Utrecht: Dekker & Van de Vegt 1941, p. 3 e.v. en p. 17-18.

28. Zie W. de Jager, 'Bescherming van het Nederlandsche vermogen buiten vijandelijk gebied', in: J. Eggers e.a. (red.), *Nederlandsch recht in oorlogstijd in Engeland ontstaan en toegepast*, Londen: The Netherland Publishing Company 1945, p. 44 e.v. (p. 52); P.H.J. Körver, *De Besluitwetgeving van de Nederlandse regering in Londen in internationaal en staatsrechtelijk perspectief*, Deventer: Kluwer/Sanders Instituut 2004, p. 16 e.v.

zwarte lijst tot stand waarop de namen van bedrijven stonden waarmee het verboden was handel te drijven. De ratio achter Besluit A 6 was enerzijds het voorkomen dat de vijand voordeel zou behalen uit de handel met Nederlandse ondernemingen en anderzijds het dienen van de naoorlogse economie van Nederland (bijvoorbeeld door het trachten te behouden van het bestaande afzetgebied in Duitsland).²⁹

3.2 Wettelijke maatregelen in bezet Nederland ten aanzien van ondernemingen

3.2.1 Ondernemingen, bezetting en exploitatie

Niet alleen in de landbouw en de grondstoffenhandel ging het in de jaren dertig slecht, maar eigenlijk in de gehele Nederlandse industrie. Zij was in zwaar weer geraakt door protectionistische maatregelen van enkele buurlanden en de krimp van de wereldhandel en -economie. De industriële productie nam in Nederland af met 30%. Het gevolg was een massale werkloosheid. Bijna 17 tot 20% van de beroepsbevolking had in de jaren dertig geen baan. Als gevolg van deze crisis had de Nederlandse overheid ingegrepen in nogal wat sectoren met behulp van crisiswetgeving, denk aan de Crisisinvoerwet van 1931, de Crisisuitvoerwet van 1931, de Crispachtwet van 1932, de Landbouwcrisiswet van 1933, de Clearingwet van 1934, de Uitverkopenwet van 1935 en de Crisishypotheekaflossingswet van 1936. De tijdens de bezetting steeds groter wordende greep van de Duitse bezetter op de Nederlandse landbouw en industrie sloot naadloos aan bij dit Nederlandse, vooroorlogse beleid van overheidsinmenging. Het gevolg van het Duitse beleid was dat in 1941 ongeveer 30% van de Nederlandse productie naar Duitsland ging, in 1944 was dat percentage opgelopen tot de helft. In het begin van de oorlog profiteerden de Nederlandse metaalnijverheid, de scheepsbouw en de elektrotechnische industrie nog van Duitse orders. De winsten van de bedrijven in deze sectoren stegen zelfs spectaculair. Vanaf 1942/1943 zette de bezetter de Nederlandse bedrijven echter bijna volledig in voor het draaiende houden van de Duitse oorlogseconomie. Bovendien raakte de grondstoffenvoorraad in Nederland uitgeput. Het Nederlandse bedrijfsleven kwam aan het einde van de oorlog knarsend tot stilstand.³⁰

De belangrijkste persoon op economisch gebied tijdens de bezetting was de secretaris-generaal voor Handel, Nijverheid en Scheepvaart en van Landbouw en Visserij, H.M. Hirschfeld (1897-1961).³¹ Hij gaf de Nederlandse industriëlen een vrijbrief om te collaboreren. Dat is dan ook op grote schaal gebeurd.³² Hirschfeld werkte nauw samen met een Duitser, Richard Fiebig (1899-1983). Fiebig gaf vanaf juni

29. W.G. Belinfante, 'Rechtsverkeer', in: J. Eggens e.a. (red.), *Nederlandsch recht in oorlogstijd in Engeland ontstaan en toegepast*, Londen: The Netherland Publishing Company 1945, p. 54 e.v.; Verburg 2016, p. 50-53, p. 61 e.v.

30. Van Zanden 1997, p. 163 e.v.; H. de Jong, *De crisis van de jaren dertig: verloren jaren of een grote sprong voorwaarts?*, oratie Groningen 2012 (online raadpleegbaar); G.J. van Setten, *Oorlogswinst. Totstandkoming en voortleven van maatregelen uit de bezettingstijd*, Amsterdam: Boom 2023 (hierna: Van Setten 2023), p. 389-390.

31. Over hem bijvoorbeeld: M. Fennema & J. Rhijnsburger, *Dr. Hans Max Hirschfeld. Man van het grote geld*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2007.

32. Over de aanpak van de Nederlandse collaboratie na afloop van de oorlog: J. Meihuizen, *Noodzakelijk kwaad. De bestraffing van de economische collaboratie in Nederland na de Tweede Wereldoorlog*, Amsterdam: Boom 2003.

1940 vanuit Den Haag leiding aan de exploitatie van de Nederlandse industrie ten behoeve van de oorlogsvoering door Nazi-Duitsland. Zijn werk in bezet Nederland werd 'voorbereid' door Oberstleutnant der Luftwaffe Robert Freiherr von Schrötter (1879-1962). Deze Schrötter had op 4 juni 1940 de directeurs van de Nederlandse metaalindustrie een dictaat (in de vorm van een overeenkomst) opgelegd om te werken voor het Duitse leger. Dit dictaat staat bekend als het Protokoll von Schrötter. In juni 1940 verklaarden vertegenwoordigers van andere bedrijfstakken, zoals de textiel-, de wapenindustrie en de bouwnijverheid, zich eveneens akkoord om te werken ten behoeve van de Duitse oorlogsindustrie. Fiebig had van zijn superior, Fritz Todt (1891-1942), de Duitse Rijksminister voor Bewapening en Munitie, een duidelijke opdracht meegekregen: 'Mobilisieren Sie mir die niederländische Industrie für die deutsche Kriegswirtschaft!' Die taak heeft Fiebig uitgevoerd. Een 'gunstig' bijeffect van Fiebig's optreden was overigens dat hij zorgde voor de modernisering van de Nederlandse bedrijven, die onder zijn leiding een forse efficiëncyslag maakten. Zij waren in de eerste oorlogsjaren – zoals gezegd – beduidend winstgevender dan in de jaren daarvoor.³³

In september 1940 werd Hirschfeld (mede) verantwoordelijk voor de creatie van de 'Organisatie-Woltersom', genaamd naar de Rotterdamse bankier H.L. Woltersom (1892-1960), waarin de overheid, de bezetter en het bedrijfsleven samenwerkten. Deze organisatie had eufemistisch gezegd tot doel 'de ontwikkeling van het Nederlandse bedrijfsleven', maar beoogde de Nederlandse industrie 'centraal' aan te sturen. Zij riep 'bedrijfsorganisaties' in het leven als de uitsluitende vertegenwoordigers van de belangrijkste bedrijfstakken in Nederland. Alle in de desbetreffende tak werkzame ondernemingen en ondernemers waren verplicht lid van zo'n bedrijfsorganisatie. Onder de bedrijfsorganisatie vielen zes hoofdgroepen (industrie, handel, verkeer, banken, verzekeringen en ambacht), die weer bestonden uit bedrijfsgroepen. Binnen de bedrijfsorganisaties en de hoofdgroepen gold het leidersbeginsel, het nationaalsocialistische uitgangspunt van het eenhoofdige leiderschap. De bedrijfsorganisaties hadden conform het toenmalige artikel 153 Grondwet verordenende bevoegdheid (zij waren met andere woorden publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties). De hoofd- en bedrijfsgroepen vaardigden – in de woorden van Van Setten – duizenden bindende voorschriften voor ondernemingen uit, die 'juridisch nogal eens rammelden'.³⁴ Vanaf het midden van de oorlog was de centrale aansturing van de bedrijven een feit geworden.

Voor het uitbreken van de Tweede Wereldoorlog had de Nederlandse overheid vanwege de economische crisis een vestigingsbeleid gecreëerd om deze crisis het hoofd te bieden. Dit beleid kon leiden tot beperking van de productie en het weren van concurrentie in een bepaalde bedrijfstak. Voor de vestiging van nieuwe bedrijven of de uitbreiding van bestaande ondernemingen kon de overheid een vergunning vereisen. Zij was hiermee in staat de concurrentie in belangrijke mate te beperken. De grondslag van dit beleid was te vinden in de Bedrijfsvergunningenwet van 20 mei 1938.³⁵ In de oorlog wenste de bezetter 'nutteloze' bedrijvigheid te beëin-

33. Zie J. Meihuizen, *Richard Fiebig en de uitbuiting van de Nederlandse industrie 1940-1945*, Amsterdam: Boom 2018, p. 27 e.v.

34. Van Setten 2023, p. 396 e.v.

35. *Ibid.* 1938, 619.

digen. Hierdoor kwamen menskracht en productiepotentieel vrij voor de Duitse oorlogsindustrie. De vrijheid van ondernemen verdween door al deze ontwikkelingen uit Nederland. De bezetter stelde de Bedrijfsvergunningenwet van 1938 buiten werking bij Vo 119/1941. Deze nieuwe verordening bracht een algemeen verbod om zonder vergunning van de secretaris-generaal van Handel, Nijverheid en Scheepvaart een onderneming te vestigen of uit te breiden of in een onderneming nieuwe producten te gaan vervaardigen.³⁶

3.2.2 Liquidatie van Joodse ondernemingen

Vanaf het najaar van 1940 liet de bezetter zijn masker in bezet Nederland vallen. Hij startte een grootscheepse ontrecting van de Joodse Nederlanders. Op 1 maart 1941 kregen alle Joodse ambtenaren hun ontslag. Vanaf begin 1941 verdwenen bijvoorbeeld eveneens de advocaten door een beroepsverbod uit het rechtsleven.³⁷ Joden mochten niet meer in parken lopen, schouwburgen bezoeken, eigen vermogen hebben, in niet-joodse winkels kopen, een onderneming leiden, etc. Zoals de oud-president van de Hoge Raad, L.E. Visser (1871-1942), medio 1941 als voorzitter van de Joodsche Coördinatiecommissie in een conceptbrief voor de Rijkscommissaris schreef:

‘Geleidelijk – in den laatsten tijd met versneld tempo – zijn een aantal maatregelen door of namens U genomen, welke tot een ver gaande ontrecting van het Nederlandsche volksdeel, dat volgens Uw verordeningen als Joodsch wordt beschouwd, hebben geleid.’ (...) Dit alles leidt tot de conclusie, dat gestreefd wordt het Joodsche bevolkingsdeel te ontrecten, te pauperiseeren, te isoleeren.’³⁸

Uiteindelijk vermoordden de nazi's ongeveer 102.000 Joodse Nederlanders in kampen als Auschwitz, Sobibor en andere vernietigingsoorden. Wij geven in deze bijdrage slechts kort de stappen in de ontmanteling van het Joodse bedrijfsleven weer.

Op 22 oktober 1940 beval de bezetter de registratie van Joodse ondernemingen voor 30 november van dat jaar bij een Duitse ambtelijke organisatie, de *Wirtschaftsprüfstelle* (WPS) te Den Haag. Hij deed dat met oog op de verwijdering van Joodse ondernemers uit het economische leven.³⁹ Deze maatregel is te beschouwen als de eerste stap op weg naar de ‘arisering’ van het Nederlandse bedrijfsleven. De volgende stap in de ontrecting vond plaats op 12 maart 1941. Toen kondigde de bezetter de Verordening tot verwijdering van de Joden uit het bedrijfsleven af.⁴⁰ Zij bepaalde dat de WPS een bedrijf in Joodse handen onder beheer van een ‘zaak-waarnemer’ moest stellen. Die kon twee functies hebben. Of hij was een *Verwalter* (voluit een *Verwaltungstreuhänder*). Een *Verwalter* moest het in de ogen van de bezet-

36. Van Setten 2023, p. 418 e.v.

37. J. Meihuizen, *Smalle marges. De Nederlandse advocatuur in de Tweede Wereldoorlog*, Amsterdam: Boom 2010, p. 159 e.v. en p. 167 e.v.

38. Joods Historisch Museum Amsterdam, inv. nr. D 11461; ‘Concept van een missive aan den Rijkscommissaris voor het bezette Nederlandsche gebied’ (opgesteld door L.E. Visser).

39. Vo 189/1940.

40. Vo 48/1941.

ter ‘nuttige’ Joodse bedrijf voortzetten. Dat betekende meestal een verkoop van het bedrijf aan een ‘ariër’, tegen slechts een fractie van de oorspronkelijke waarde van de onderneming. Of de ‘zaakwaarnemer’ was een *Liquidationstreuhänder*. Vaak was deze Treuhänder de *Omnia Treuhandgesellschaft*. Deze firma had tot taak het Joodse bedrijf te liquideren. De opbrengst van de liquidatie kwam niet terecht bij de voormalige Joodse eigenaar, maar bij roofinstanties als Bank voor Nederlandschen Arbeid (opgericht in 1941). Met de illegale ‘onteigening’ van Joodse ondernemingen was de financiële ontrecting van Joodse ondernemers en particulieren nog niet compleet. Op grond van de Eerste Liro-verordening waren zij verplicht al het geldelijke vermogen en hun waardepapieren (zoals aandelen in bedrijven) over te dragen aan de (door de bezetter tot roofbank ‘omgekatte’, voormalige Joodse) Bank Lippmann, Rosenthal & Co (de Liro-bank) in Amsterdam. Op grond van de Tweede Liro-verordening moesten zij ook al hun overige waardevolle voorwerpen (zoals kunstobjecten, voorwerpen van goud, zilver en platina, edelstenen, etc.) aan de Liro-bank overdragen. Joodse ondernemers en particulieren hebben – als zij het concentratiekamp of de oorlog al hadden overleefd – niets meer terug gezien van hun voormalige vermogen.⁴¹

3.2.3 Prijsbeperkingen in bezet Nederland

Evenals in de Eerste Wereldoorlog golden in de Tweede Wereldoorlog prijsbeperkingen. Zij beknotten (opnieuw) ondernemingen in hun handelingsvrijheid. Handelen in strijd met de maatregelen kon leiden tot nietigheid van de (koop)overeenkomst en tot strafrechtelijke vervolging. Bij Prijsbeschikking nr. 1 van 11 juli 1940 (Vo 64/1940) verving Hirschfeld een noodmaatregel van 9 mei 1940 van de Nederlandse opperbevelhebber, generaal Winkelman, ten aanzien van prijzen. De Prijsbeschikking gold voor de koop en verkoop van roerende en onroerende zaken (met uitzonderingen voor bepaalde zaken), voor huur en verhuur en het verrichten van diensten. De ‘grondtoon’ van de Prijsbeschikking was een verbod om goederen of diensten tegen een hogere prijs te verkopen of te verhuren dan gebruikelijk was op 9 mei 1940, de dag van inwerkingtreding van de noodmaatregel van generaal Winkelman en de daarmee laatste dag van ‘normale’ prijsvorming in Nederland. Hirschfeld kon ook zelf prijzen vaststellen. Al in de zomer van 1940 trad een verslechtering van de economische situatie in Nederland op. Seyss-Inquart centraliseerde daarop de bevoegdheden ten aanzien van de prijsbeheersing en hij stelde een Gemachtigde voor de Prijzen in, de jurist H.C. Schokker (1901-1975).⁴² Die kreeg bemoeienis met de prijzen van alle goederen die van belang waren voor de dagelijkse behoeftevoorziening, de prijzen van roerende zaken, huren en pachten van onroerende goederen, de vervoerstarieven, gas- en elektriciteitstarieven en rentes.⁴³ Kartelvorming was overigens voor en tijdens de bezetting in Nederland toegestaan. Daarmee werd concurrentie tussen bedrijven (bijvoorbeeld op prijs) uitgesloten.⁴⁴

41. Vo 148/1941 van 8 augustus 1941 resp. Vo 58/1942 van 21 mei 1942. Zie G. Aalders, *Roof. De ontvreemding van joods bezit tijdens de Tweede Wereldoorlog*, Den Haag: Sdu uitgevers 1999.

42. Ingesteld op 11 november 1940, bij Vo 218/1940.

43. Inventaris van het archief van het Ministerie van Economische Zaken: Directoraat-Generaal voor de Prijzen en voorgangers (1939), 1940-1956, p. 10-11. Peereboom Voller 1945, p. 61 e.v.

44. Zie het Kartelbesluit van 5 november 1941, Vo 208/1941.

In 1941 volgden nog drie besluiten. Zij gaven Hirschfeld en Schokker een bijna volledige controle op de prijzen en distributie van goederen in bezet Nederland, inclusief de strafrechtelijke middelen om die besluiten met harde hand te kunnen handhaven: het Prijsbeheersingsbesluit, het Prijsaanduidingsbesluit en het Prijsvormingsbesluit.⁴⁵ Het Prijsbeheersingsbesluit strekte zich uit over het gehele gebied van de prijsvoorschriften, dus over prijzen van levensmiddelen, voortbrengselen van landbouw en industrie, koopprijzen van onroerende goederen, prijzen van bouwmaterialen, etc. Overtreding van deze voorschriften kon een gevangenisstraf opleveren van ten hoogste tien jaar en een geldboete tot een onbeperkt bedrag.⁴⁶ In het kader van het Prijsbeheersingsbesluit volgde twee weken later de Organisatiebeschikking Prijsbeheersing. Zij stelde vijf over het land verspreide inspecties in, met aan het hoofd een inspecteur. Zij waren verantwoordelijk voor de beheersing van de prijzen in het gebied van hun inspectie. Artikel 1 Prijsvormingsbesluit vervolgens verplichtte een ieder om prijzen of vergoedingen voor goederen en diensten van elke aard zo te vormen, dat deze zouden beantwoorden aan de eisen die het algemeen belang – in het licht van de oorlogsomstandigheden – stelde. De prijzen van voor 10 mei 1940 golden als uitgangspunt voor de prijsbepaling door partijen. Overeenkomsten van verkoop met een hogere prijs dan toegestaan hadden een ongeoorloofde oorzaak en waren dus krachteloos.⁴⁷

4 Nederlandse ondernemingen in de wederopbouwperiode

Zuid-Nederland werd in de loop van 1944 grotendeels bevrijd, maar de rest van het land moest tot mei 1945 wachten op haar vrijheid. Namens de regering in Londen bestuurde het Militair Gezag de bevrijde delen van Nederland. Na het vertrek van het Militair Gezag nam de regering het initiatief bij het economische herstel. Deze op herstel gerichte politiek staat bekend als de 'geleide economie'. E. Bloembergen (1918-2007) onderstreepte in 1947 dat een 'geleide economie' praktische noodzaak was.⁴⁸ Het grote verschil van mening was dan ook niet of iemand voor of tegen een geleide economie was – iedereen onderkende de noodzaak van overheidssturing –, maar de mate waarin de overheid moest optreden.⁴⁹ Ondanks het feit dat de getroffen maatregelen van ingrijpender aard waren dan ooit tevoren, werden zij vaak gezien als 'natuurlijk en vanzelfsprekend'.⁵⁰ Dat er privaatrechtelijke gevolgen aan de geleide economie waren verbonden, blijkt uit de juridische literatuur van die tijd. C.H.F. Polak (1909-1981) vroeg in zijn intreerede uit 1947 bij de aanvaarding van het hoogleraarsambt in Wageningen aandacht voor de weerslag van het overheidsingrijpen op het privaatrecht. Hij balde zijn bevindingen samen in één zin: 'De geleide economie vereist een geleid contract.' Polak voorzag een ontwikkeling van autonome naar heteronome, van vrije naar door de overheid geregeerde

45. Vo 11/1941 resp. Vo 81/1941 en Vo 167/1941. Uitvoerig: B. Pruyt, *De prijsbeheersingspolitiek tijdens de bezetting 1940-1945*, Leiden: Stenfert Kroese 1948; Van Setten 2023, p. 424 e.v.

46. 'Prijsbeheersingsbesluit', *De Volkskrant* 14 januari 1941, p. 1-2.

47. Stct. 20 januari 1941, nr. 13. Zie 'Organisatiebeschikking op prijsbeheersing is afgekondigd', *Utrechts Volksblad* 21 januari 1941, p. 3. Rb. Rotterdam 13 maart 1942, *NJ* 1942/448 en Hof Amsterdam 28 februari 1946, *NJ* 1946/244.

48. E. Bloembergen, 'Het zwakke punt der geleide economie, I', *De NV* 1946, p. 68.

49. W.C.L. van der Grinten, '[Bespr. van:] A.A. van Rhijn, Geleide economie (1946)', *De NV* 1947, p. 38.

50. W.L. Snijders, 'De invloed van de uitbreiding der staatstaak op de rechtsbetrekking tusschen staat en individu', *RMThemis* 1945/1946, p. 682-683.

contracten. De contractsvrijheid verdween zijns inziens.⁵¹ In een preadvies voor de NJV schreef Bloembergen dat 'met de geleide economie het publiekrecht in de privaatrechtelijke sfeer is doorgedrongen en een dusdanige vermenging te weeg brengt, dat een dienovereenkomstige heroriëntering van juridische begrippen geboden is, willen zij niet alle betekenis voor de werkelijkheid verliezen'.⁵²

De wetgeving op het gebied van de geleide economie was onoverzichtelijk en onsystematisch. Er waren regelingen, die elkaar doorkruisten en soms met elkaar in strijd waren. De vergaande overheidsbemoeienis had een verstikkend effect op de ondernemerszin in Nederland. Zij was een voortzetting van het Duitse beleid uit de bezettingstijd (bijvoorbeeld op het gebied van vergunningen). Een nieuw bedrijf kon zich niet vestigen of uitbreiden zonder vergunning.⁵³ De bekende Nijmeegse hoogleraar W.C.L. van der Grinten (1913-1994) achtte het een onhoudbare toestand dat het ambtelijke apparaat voortdurend uitdijde en dat doorlopend nieuwe ambtelijke organen werden gecreëerd, waarvan het ene het andere orgaan overlapte en waardoor ondernemingen 'niet van de grond kwamen'.

'Het is een onhoudbare toestand, dat de meest tijdroovende bezigheid voor een ondernemer is, het invullen van formulieren en het bezoeken van ambtelijke en semi-ambtelijke instanties.

Ons economische leven wordt geringelood. Enorm veel kostbare energie moet door het bedrijfsleven besteed worden voor volkomen improductieve doeleinden. Tal van instanties moeten worden afgeloopen, tal van vergunningen moeten worden gevraagd en verkregen voor op zichzelf eenvoudige transacties.

(...) De ambtenaar is koning geworden. Hij weet zich omringd met vrijwel dictatoriale bevoegdheden. Onze ondernemers zien zich overgeleverd aan den ambtenaar, die hen kan maken en breken.'⁵⁴

Ook Bloembergen vond dat er te veel ongecoördineerde ambtelijke diensten waren, 'wier gebrek aan samenhang een heirleger van ambtenaren noodzakelijk maakt'. Hij gaf slechts één aansprekend voorbeeld van het nodeloos ingewikkelde ambtelijke 'mechanisme':

'Wie in het gelukkige bezit van een auto is, moet daarvoor een portefeuille met papieren met zich voeren, die in dikte bij velen de portefeuille met bankbiljetten zal overtreffen. Voor rij- en nummerbewijs, rijvergunning, registratiebewijs en belastingkaart zijn talloze diensten ingeschakeld (en allen hebben een eigen controle-apparaat ...).'⁵⁵

51. C.H.F. Polak, *Het geleide contract*, Wageningen: Veenman 1947, p. 11-12 (citaat), p. 14. Zie J.M. Polak, 'Iets over de ontwikkeling van het privaatrecht in de laatste halve eeuw', *WPNR* 1961/4701, p. 565-566.

52. E. Bloembergen, 'Met welke straffen en maatregelen, door welke rechterlijke en bestuursorganen, naar welke regelen van proces behooren overtredingen van overheidsregelingen van het economisch leven te worden beteugeld?', *HJNV* 1947-I, p. 97.

53. Zie de Bedrijfsvergunningenwet van 7 juli 1954, *Stb.* 339. Deze wet heeft 40 jaar standgehouden.

54. W.C.L. van der Grinten, 'Organisatie van het bedrijfsleven', *De NV* 1946, p. 113.

55. E. Bloembergen, 'Het zwakke punt der geleide economie, II', *De NV* 1946, p. 88.

Deze ambtelijke rompslomp speelde ook op economisch gebied:

‘Men mag in het algemeen geen bedrijf vestigen, geen grondstoffen koo-
pen, geen prijzen vaststellen, geen producten verkopen, in- of uitvoeren,
zonder een overheidsvergunning in den een of anderen vorm.’⁵⁶

Van der Grinten sprak zijn grote zorg uit over het beperkte aantal naamloze ven-
nootschappen, dat in 1946 was opgericht. Het aantal nieuwe vennootschappen
bedroeg slechts 264, terwijl dit aantal in 1939 nog 762 was. Er was dus een groot
gebrek aan economische activiteit in Nederland. Hij vond deze stilstand een angst-
aanjagend verschijnsel. Deze hield ernstige gevaren in voor de werkgelegenheid.
Wat was de oorzaak van deze inactiviteit? Die liet zich raden. Dat was de overheid
met haar vergunningen. Er waren slechts drie vennootschappen opgericht met een
kapitaal van meer dan 1 miljoen gulden. Alle andere opgerichte N.V.’s waren klein.
Meer dan de helft van hen had een kapitaal van beneden de 25.000 gulden. En
maar liefst 83 N.V.’s hadden een kapitaal van 10.000 gulden of minder. Van der
Grinten was bang dat dergelijke ‘lilliput-N.V.’s’ onmaatschappelijk gedrag uitlok-
ten, ‘om onder dekmantel van de onpersoonlijkheid en de uitgesloten aansprake-
lijkheid gedragingen te kunnen verrichten die men in zijn eigen zaak zou nalaten’.
Zij waren een aanfluiting van een gezond vennootschapsrecht.⁵⁷

5 Conclusie

Deze bijdrage laat zien dat de private sector niet functioneerde en functioneert in
‘splendid isolation’, maar binnen een economie en op een economische markt.⁵⁸
Privaatrecht en economie waren en zijn vervlochten en reageren op elkaar. Als
een oorlog de markt verstoort of dreigt te verstoren, dan vergroot dat de kans op
ingrijpen door de overheid. In de Eerste Wereldoorlog (door de oorlogsdreiging) en
in de Tweede Wereldoorlog (vanwege de bezetting) heeft zij de vrijheid van de on-
dernemer en onderneming in veel opzichten beperkt. Soms was een contractspart-
ner (bijvoorbeeld afkomstig uit nazi-Duitsland) onaanvaardbaar of de inhoud van
een overeenkomst (bijvoorbeeld de hoogte van prijs) verboden, dan weer was het
niet mogelijk een bedrijf te beginnen of een nieuw product op de markt te brengen
zonder een vergunning van de overheid of was het niet toegestaan te handelen
in een bepaald product. Het tijdperk van ondernemingsrechtelijke vrijheid – voor
zover die ooit heeft bestaan in de 19^e eeuw – was in de 20^e eeuw definitief voorbij.
De overheid zag zich op grond van de bijzondere tijdsomstandigheden gedwongen
diep in te grijpen in de private sector. Dit betekende de intrede van het publiek-
recht (bestuurs- en strafrecht) in de wereld van de ondernemingen. Het overheids-
optreden werkte soms zo belemmerend dat bijvoorbeeld het economische herstel
slechts aarzelend inzette, zoals na afloop van de Tweede Wereldoorlog. De zwartste
bladzijde in de 20^e eeuw was de ‘arisering’ van het Nederlandse bedrijfsleven tij-

56. H.A. Foyer, ‘Economisch recht. Een nieuw onderdeel der rechtswetenschap’, *RMThemis* 1945/1946, p. 422-423.

57. W.C.L. van der Grinten, ‘De naamloze vennootschap in 1946’, *De NV* 1946, p. 202-203.

58. Zie W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt. Hoe het vermogensrecht onze marktsamenleving faciliteert en geleidt*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 298.

dens de bezetting van 1940-1945. Joodse ondernemers mochten geen bedrijf meer hebben. Velen van hen hebben de oorlog niet overleefd.

Wij leven opnieuw in een tijd van oorlogsdreiging en dreiging van ongewenste invloed van vreemde overheden. Deze dreiging raakt ook Nederlandse ondernemingen. Leveren de wettelijke maatregelen als gevolg van de oorlogsdreiging uit de Eerste Wereldoorlog en de bezetting tijdens de Tweede Wereldoorlog aanknopingspunten op voor eventuele overheidsmaatregelen met betrekking tot ondernemingen nu? Enkele maatregelen in het heden zijn soms specifiek gericht op oorlog en oorlogsdreiging. Ook is het mogelijk om al bestaande invloed van overheidswege in ‘rustige tijden’ aan te wenden of te intensiveren in ‘onrustige tijden’.

Zo kan de overheid in sectoren die van vitaal belang zijn, gebruikmaken van de in specifiek in wetten neergelegde bevoegdheden. Denk aan de meldingsvoorschriften bij wijziging in de zeggenschapsverhoudingen in de gas- of energiesector; neergelegd in onder meer de Gaswet en de Elektriciteitswet.⁵⁹ Het verlenen van vergunningen met het verbinden van voorwaarden aan zo’n vergunning komt eveneens in talloze wetten voor. Iets minder in het zicht maar net zo effectief als de in paragraaf 2.1 beschreven oligarchische clausules, is de bijzondere zeggenschap die de overheid in bedrijven houdt. Niet zelden heeft de overheid van oudsher een prioriteitsaandeel (eventueel via een door haar gecontroleerde stichting) die de overheid ‘zeggenschap op maat’ biedt. Die zeggenschap komt goed van pas in tijden van oorlog en oorlogsdreiging. De Wet veiligheidstoets investeringen, fusies en overnames (Wet Vifo) kent de Minister van Economische Zaken diverse bevoegdheden toe wanneer verwervingsactiviteiten een risico kunnen vormen voor de nationale veiligheid.⁶⁰ Zij ziet op vitale aanbieders, beheerders van een bedrijfscampus of een onderneming die actief is op het gebied van sensitieve technologie. Indien vreemde overheden of andere eventueel Nederland-niet-welgevallige ‘sujetten’ investeren in een Nederlandse doelonderneming en daarmee zeggenschap verkrijgen, bestaat de kans dat de nationale veiligheid in geding is. De minister toetst daarom via het Bureau Toetsing Investerings of een verwervingsactiviteit kan leiden tot een risico voor de nationale veiligheid.⁶¹ De Wet Vifo geeft de minister haast ongebreidelde bevoegdheden om in te grijpen in de betreffende onderneming teneinde de nationale veiligheid te beschermen. Hij kan bijvoorbeeld bevelen bepaalde bedrijfsonderdelen in een aparte dochtermaatschappij onder te brengen. Ook het verbieden of zelfs ‘ongedaanmaken’ van de verwerving en het vervangen van het bestuur behoren tot zijn gereedschapskist. Wij verwijzen voor een meer uitgebreid overzicht naar het preadvies van Van den Berghe achterin deze bundel. In Europees verband kwam op soortgelijk terrein al in 2019 de Verordening Screening FDI tot stand.⁶² In paragraaf 3.1 schreven wij over Besluit A 6 en een zwarte lijst met ‘verboden bedrijven’. De vergelijking met internationale sanctielijsten – denk aan

59. Zie hierover uitgebreid: C.D.J. Bulten & B.J. de Jong, *Vitale vennootschappen in veilige handen* (Serie VHI deel 142), Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 4.2, i.h.b. p. 95 e.v.

60. Wet van 18 mei 2022, *Stb.* 2022, 215.

61. Zie bureautoetsinginvesteringen.nl.

62. Verordening (EU) 2019/452 van het Europees Parlement en de Raad van 19 maart 2019 tot vaststelling van een kader voor de screening van buitenlandse directe investeringen in de Unie, *PbEU* 2019, L 791, p. 1-14.

de EU-sanctielijst of de sanctielijst van de VN – is eenvoudig gemaakt. Sinds de inval van Rusland in Oekraïne staan bijvoorbeeld veel Russische (rechts)personen op een of meer sanctielijsten. Zakendoen met een persoon op een (inter)nationale sanctielijst is verboden en strafbaar. Zo blijven strafrecht en sanctielijst de contractsvrijheid en in het verlengde daarvan, de vrijheid van ondernemen inperken. Het andere besluit (Besluit A 1) zag op de zetelverplaatsing van Nederlandse N.V.'s. Voor een nadere bespreking van die maatregel verwijzen wij graag naar het preadvies van Klein Bronsvoot, Nagtegaal en Van Olffen verderop in deze bundel.

Het moge duidelijk zijn: elementen van de maatregelen die de overheid in de door ons besproken periodes trof, keren vandaag de dag terug. Vergunningen, sancties, verboden, strafrechtelijke maatregelen en ingrijpen door de overheid in de structuur van de rechtspersoon of de onderneming zelf: de (publiekrechtelijke) inmening in tijden van oorlog en oorlogsdreiging is een gegeven voor bedrijven en ondernemingen.

Oorlogsbescherming; ondernemingsperspectief en corporate governance

Prof. mr. A.F. Verdam*

1 Inleiding

1.1 Afbakening

Dit preadvies heeft als onderwerp oorlogsbescherming van ondernemingen. In dit kader doel ik daarmee op de bescherming tegen enerzijds invloeden van vijandelijke mogelijkheden op Nederlandse vennootschappen en hun ondernemingsactiviteiten, en anderzijds de bescherming tegen sanctiemaatregelen van bevriende mogelijkheden, zoals 'freeze of assets' of onteigeningsmaatregelen van belangrijke vermogensbestanddelen van Nederlandse vennootschappen die zich op hun grondgebied bevinden.

Niet wordt ingegaan op onderwerpen zoals mogelijke disrupties in de operationele activiteiten van de onderneming,¹ haar aanvoer- of afzetkanalen of IT-systemen. Dat geldt ook voor maatregelen die zien op het veiligstellen van fysieke bedrijfsmiddelen zoals door verplaatsing daarvan uit bezette gebieden.²

Ik richt me op maatregelen die zien op een wisseling van 'kleur' of identiteit van de vennootschap zelf – als aanstuurder van de ondernemingsactiviteiten, of als houder van belangrijke vermogensbestanddelen –, of een wisseling van het eige-

* Albert Verdam is als hoogleraar ondernemingsrecht verbonden aan het Zuidas Instituut voor Financieel en Ondernemingsrecht van de Vrije Universiteit en was voorheen bedrijfsjurist bij een grote onderneming.

1. Die niet beperkt zijn tot oorlogsomstandigheden; denk aan corona en andere pandemieën.
2. Ik noem als voorbeeld de (beveiligings)maatregelen door Philips voorbereid (reeds in 1934) in aanloop naar en onder dreiging van WO II, die zagen op het overbrengen van personeel en materieel van Eindhoven naar de Vesting Holland (het strategische kerngebied van de Nederlandse landsverdediging tussen 1922 en 1940, zeer grofweg aangeduid als het gebied ten noord/westen van de lijn Moerdijkbrug-Utrecht-Amsterdam), en een evacuatieplan ter overbrenging van een deel van het personeel, productiemachines, voorraden gereed product en grondstoffen alsmede archieven van o.a. de octrooiafdeling) en later om een deel van de Eindhovense productie naar Groot-Brittannië over te brengen (zie I.J. Blanken, *Onder Duits beheer, Geschiedenis van Philips Electronics N.V.*, Zaltbommel: Europese Bibliotheek 1977 (hierna: Blanken 1997), p. 111 e.v. en p. 122 e.v.). De tot in de kleinste details voorbereide evacuatie uit Eindhoven naar de Vesting Holland werd in de nacht van 9 op 10 mei 1940 daadwerkelijk in gang gezet. Mede doordat het transport door Duitse bommenwerpers werd bestookt en de Moerdijkbrug door Duitse parachutisten werd geblokkeerd, vond het merendeel der colonnes zijn weg versperd en keerde naar Eindhoven terug (Blanken 1997, p. 139 e.v.). Bij Shell werden onder meer alle aandelen in werkmaatschappijen (ik neem aan dat het dan ging om toonderaandelen, AFV) vanuit Nederland overgebracht naar banken in Londen en New York; zie S. Howarth & J. Jonker, *Stuwmotor van de koolwaterstofrevolutie, 1939-1973: geschiedenis van Koninklijke Shell deel 2*, Amsterdam: Boom 2007 (hierna: Howarth & Jonker 2007), p. 1-28.

naarschap van belangrijke vermogensbestanddelen door een – in beginsel als tijdelijk bedoelde – overdracht aan een nieuwe eigenaar met een andere nationaliteit.

Ik behandel daarbij vragen zoals: wat beogen en behelzen die maatregelen doorgaans,³ welke vragen komen bij het ontwerpen van een beschermingsplan naar voren, wat zijn relevante governance regels voor het effectueren van zulke maatregelen, en welke invloed hebben aspecten van hedendaagse oorlogsvoering op de voorbereiding van zulke maatregelen.

1.2 Opzet

Eerst ga ik met enige inleidende opmerkingen in op het doel van oorlogsbeschermingsmaatregelen, zetelverplaatsing en de trustconstructie, en belicht ik enige aspecten van moderne vormen van oorlogsvoering respectievelijk van het sanctierecht van de Verenigde Staten (VS). Vervolgens belicht ik relevante punten bij het opstellen van een beschermingsplan qua inhoud en qua governance. In paragraaf 8 noem ik verschillende argumenten die pleiten tegen een onverkorte toepassing van in het gemene recht geldende rechten van de algemene vergadering en de ondernemingsraad in het besluitvormingstraject rond oorlogsbeschermingsmaatregelen. Het geheel wordt afgesloten met enige afrondende opmerkingen.

Ik heb in dit preadvies de situatie van een internationaal concern met als moedermaatschappij een Nederlandse vennootschap met een wijdverbreid aandelenbestand voor ogen.

2 Wat wordt beoogd met bescherming?

Met oorlogsbeschermingsmaatregelen van een onderneming wordt allereerst beoogd de invloed te vermijden van een vijandelijke mogendheid – waarbij in het bijzonder gedacht wordt aan een mogendheid die fysiek het land heeft bezet – op het (hoofd)bestuur van de onderneming door dit buiten diens directe geografische invloedssfeer te brengen. Immers vermeden moet worden dat de vijand het bestuur tot bepaalde handelingen kan dwingen (door druk, dwang of door regelgeving), zoals de overdracht van vermogensbestanddelen, rechten, en aandelen in dochtermaatschappijen, en de facto de bestuursmacht – en in concernverband: de centrale bestuursmacht – naar zich toe kan trekken.⁴ Ten tweede is het van belang dat in geval van oorlogsomstandigheden in Nederland, de eigendom van vermogensbestanddelen in de vrije wereld niet langer berust bij een Nederlandse vennootschap. Dit geldt omdat vermogensbestanddelen die toebehoren aan (of banden hebben met) een persoon/rechtspersoon in vijandelijk gebied, in de meeste landen in de vrije wereld onder beheer worden gesteld van een ‘enemy property custodian’ of

3. Over met name de meer pragmatische aspecten, zoals vragen behandeld in par. 7, is niet veel literatuur verschenen; het betreft aspecten die veelal in de boezem van de moedermaatschappij van een concern zeer vertrouwelijk worden behandeld; zie ook hierna par. 9.2. Dat is mede reden dat ik me veelal baseer op constructies die in WO II gebruikelijk waren (zoals kenbaar uit historische publicaties) en naar mijn indruk – gebaseerd op gesprekken met personen die daarover adviseren – nadien conceptueel weinig structurele wijzigingen hebben ondergaan.

4. Hetzelfde geldt voor hier te lande gevestigde dochtervennootschappen met belangrijke vermogensbestanddelen, zoals aandelen in andere (al dan niet buitenlandse) dochtermaatschappijen en industriële eigendomsrechten.

een soortgelijke buitenlandse overheidsinstantie. Vermogensbestanddelen die zich in het land dat is bezet bevinden of daar zijn geregistreerd, zijn waarschijnlijk moeilijk te beschermen – anders dan door tijdige ‘verplaatsing’ – tegen confiscatie door de vijand. Maar het is de vraag of de waarde van de in het buitenland gelegen vermogensbestanddelen, zoals aandelen in dochtermaatschappijen, octrooi- en merkrechten en andere exclusieve (al dan niet contractuele) rechten, alsook goodwill, tezamen genomen niet een meer wezenlijk deel vormen van het groepsvermogen. Van groot belang is derhalve dat die goed beschermd worden.

2.2 De beschermingsmaatregelen bestaan veelal uit twee typen

Ten eerste een zetelverplaatsing van de relevante vennootschap: zij verhuist naar het buitenland en transformeert⁵ in een buitenlandse vennootschap die wordt beheerst door het recht van het immigratieland.⁶ Aldus wordt de bestuurszetel buiten de invloedssfeer van de vijand gebracht en wordt de vennootschap niet langer geregeerd door het recht van het onder invloed van de vijand staande moederland.

Op zich bezien levert het aldus doorsnijden van de banden met het moederland reeds een belangrijke stap op in de bescherming tegen een mogelijke kwalificatie als ‘enemy property’ onder sanctiemaatregelen in derde (bevriende) landen.

Men ziet echter wel dat daartoe nog een tweede beschermingslinie wordt opgeworpen, die erin bestaat dat er een overdracht plaatsvindt van de te beschermen bezittingen aan een buitenlandse entiteit die niet als vijandig – of voormalig vijandig – wordt aangemerkt en niet binnen de scope valt van sanctiemaatregelen gericht tegen vijandige bezittingen;⁷ het betreft veelal een overdracht aan een door Anglo-Amerikaans recht beheerste trust, die het beheer over de bezittingen krijgt opgedragen.⁸

Ik ga hierna op beide categorieën in, na eerst kort te hebben stilgestaan bij moderne wijzen van oorlogsvoering (die diffuser zijn geworden dan de fysieke bezetting van een land) en aspecten van sanctierecht om een indruk te krijgen van regels waarvan men de toepassing tracht te vermijden.

3 Type oorlogsvoering van belang

Vanouds wordt bij het begrip oorlog met name gedacht aan een fysieke bezetting van het grondgebied van een andere staat. Vandaag de dag heeft oorlogsvoering allerlei nieuwe en tussenvormen aangenomen. Dit wordt geïllustreerd door ter-

5. Voor een mogelijke uitzondering hierop zie hierna par. 5.

6. Uiteraard is het van belang dat een identiteitswisseling door de verhuizing wordt erkend door zowel het emigratieland als het immigratieland.

7. Een niche categorie vormen zeeschepen: de Shell-geschiedenis leert dat vanaf 1936 door de Shell-groep zoveel mogelijk van haar tankers onder Britse vlag werden gebracht; Howarth & Jonker 2007, p. 1-28.

8. Goed denkbaar is ook een situatie dat overdracht van activa aan een trust eerder dan zetelverplaatsing aan de orde is door het verschil in regelgeving, en verschil in perceptie van de relevante omstandigheden van de personen die ter zake bevoegd zijn; zie hierna par. 7.6.

men als ‘lange afstandsoorlogen’,⁹ ‘hybrid war’, en ‘cyberwar’.¹⁰ Bij cyberwar is te denken aan het verspreiden van desinformatie, online beïnvloeding en cyberaanvallen, alsook digitale spionage.¹¹ Bij cyberaanvallen gelden als voorbeelden het hacken van vitale infrastructuur, zoals watervoorzieningen, sluizen en rioolzuiveringsinstallatie.¹² Daaronder valt ook het verstoren van gps-signalen (‘jamming’) met verstoring van navigatie en positiebepalingen als gevolg, maar die ook invloed heeft op systemen in de energiesector, de financiële wereld en telecommunicatienetwerken. Uitgebreide ‘jamming’ kan potentieel het functioneren van de economie, burgers en overheidsbeleid verstoren.¹³

Afhankelijk van deze aanvallen, en de hoeveelheid en schaalgrootte van de gevolgen daarvan, komt de vraag naar voren wanneer er sprake is van oorlogsomstandigheden; men spreekt in dit verband van de grijze zone tussen oorlog en vrede. De Minister van Buitenlandse Zaken heeft het parlement alweer enige jaren geleden over het kabinetsstandpunt geïnformeerd dat het afhankelijk zal zijn van de omvang en effecten van cyberaanvallen of deze gekwalificeerd worden als een schending van het geweldsverbod.¹⁴

Voorts kan de vraag naar voren komen welke staten of organisaties precies als vijand moeten worden beschouwd. Te wijzen is op een waar te nemen trend van een zogenaamde ‘kill chain’ waarbij de organisatie van bijvoorbeeld een luchtaanval in steeds meer kleine gespecialiseerde stukjes is opgeknipt, en de betrokkenen ieder verantwoordelijk zijn voor slechts een fractie van het geheel.^{15, 16}

Deze grijze zone tussen oorlog en vrede maakt het moeilijk te bepalen wanneer er sprake is van omstandigheden die aanleiding kunnen zijn tot een zetelverplaatsing; zo is denkbaar dat een langdurige ontwrichting van de samenleving door ICT-storingen, emigratie naar een ander land voor de vennootschap noodzakelijk maken.¹⁷ Bepaalde omstandigheden kunnen voor andere mogelijkheden aanleiding zijn om sanctiemaatregelen te treffen met mogelijke effecten voor bijvoorbeeld op hun grondgebied gevestigde dochtermaatschappijen van een Nederlandse groep.

9. L. Hofman, ‘Oorlog wordt steeds onzichtbaarder’, *De Correspondent* 8 maart 2021 (hierna: Hofman 2021).

10. Vergelijk ook uitspraken als: ‘Het is oorlog maar niemand die het ziet’ (titel van een boek van de journalist Modderkolk, genoemd in C. Prins, ‘Consequenties van een nieuw type oorlogsvoering’, *NJB* 2019/1854, afl. 30 (hierna: Prins 2019)), ‘De grijze zone tussen oorlog en vrede wordt een strijdtoneel’ (aldus AIVD-hoofd Erik Akerboom bij presentatie van het AIVD jaarverslag; *De Volkskrant* 23 april 2024), alsook ‘De legerkistjes gaan de kast in, de soldaten van de toekomst zitten achter een laptop’ (Hofman 2021).

11. Zie over cybersecurity het preadvies van P.T.J. Wolters verderop in deze bundel.

12. H. Modderkolk, ‘Voor Rusland is de strijd tegen Europa al begonnen’, *De Volkskrant* 24 april 2024.

13. H. Modderkolk, ‘Met grootschalige gps-jamming bereikt elektronische oorlogsvoering ook de Navo-landen’, *De Volkskrant* 14 maart 2024.

14. Zie Prins 2019.

15. Zie Hofman 2021.

16. Illustratief is ook de helpende hand die Nederland heeft geboden bij de in 2010 bekend geworden hack op het Iraanse nucleaire programma; zie Prins 2019.

17. Zie M. van Olffen & E.J. Breukink, ‘Ondernemingsrecht in oorlogstijd’, *Ondernemingsrecht* 2022/50 (hierna: Van Olffen & Breukink 2022), nr. 4.2.

4 Sanctierecht

4.1 Sanctierecht VS

Om beter zicht te krijgen op eventuele buitenlandse maatregelen waartegen de onderneming zich wil beschermen, belicht ik enige aspecten van het sanctierecht van de Verenigde Staten. Voor deze keuze gelden twee redenen. De eerste is de sterk ontwikkelde en uitgebreide regelgeving en toepassing in dit land; de VS wordt wel ‘the world’s leading user of sanctions’ genoemd.¹⁸ De nauwe banden op het gebied van defensiepolitiek met dat land in combinatie met de dominante economische alsook politieke invloed van de VS, gelden als tweede reden.

Vooraf meld ik in dit verband onder sancties te verstaan: niet-militaire maatregelen die door een staat of internationale organisatie worden getroffen naar aanleiding van voorafgaande ‘illegal’ acties van een staat of organisatie die erop gericht zijn het gedrag te beïnvloeden van een andere staat, of niet-statelijke entiteiten of personen.¹⁹ In dit verband is te denken aan financiële sancties, sancties op het gebied van ‘trade’ (commerciële transacties) en ‘freeze of assets’.

4.2 Juridische grondslag

Het sanctierecht van de VS is vanouds gebaseerd op de Trading with the Enemy Act (TWEA) van 1917 die een basis bood om economische sancties te treffen in geval van oorlog en ‘national emergency’. Gelet op de mogelijk brede reikwijdte van dit laatste begrip is in 1977 het toepassingsgebied van de TWEA beperkt tot situaties van oorlog, en zijn de zogenoemde ‘emergency powers’ van de president gestoeld op separate wetgeving, te weten de International Economic Emergency Powers Act van 1977 (IEEPA);²⁰ de laatste geeft de president de bevoegdheid om ‘commerce’ te reguleren na het uitroepen van een ‘national emergency’ in antwoord op ‘any unusual and extraordinary threat, which has its source in whole or substantial part outside the United States, to the national security, foreign policy, or economy of the United States, if the President declares a national emergency with respect to such threat’ (section 202.(a)).²¹

In de praktijk blijkt hier sprake te zijn van een ruime discretionaire bevoegdheid van de president, of preciezer gezegd: een op ruime schaal gebruikte discretionaire

18. Zie R. Gordon, M. Smyth & T. Cornell, *Sanctions Law*, Oxford: Hart Publishing 2019 (hierna: Gordon e.a. 2019), p. 153, die vervolgen met de woorden ‘...imposing them – often unilaterally – against nations and individuals that have expropriated the property of U.S. nationals, violated human rights norms, or challenged American visions of proper conduct in other ways’.

19. Vgl. Gordon e.a. 2019, p. 3. De regelgeving – zo schrijft hij – is in de loop van de tijd uitgegroeid tot ‘a broad writ of executive authority to wage economic warfare against loosely defined enemies virtually anywhere and at any time’, p. 151.

20. Zie: govinfo.gov/app/details/STATUTE-91/STATUTE-91-Pg1625/context, alsook en.wikipedia.org/wiki/International_Emergency_Economic_Powers_Act. Zie voorts over de IEEPA law.cornell.edu/uscode/text/50/1702#fn002015.

21. L. Yudkin & R.V. Caro, ‘New Concepts of “Enemy” in the “Trading with the Enemy Act”’, *St. John’s Law Review* (18) 1943, afl. 1 (hierna: Yudkin & Caro 1943) p. 56 e.v., en Gordon e.a. 2019, p. 111.

bevoegdheid van de president;²² Coates spreekt in dit verband van een ‘aggressive use of national emergencies’ in de 20^e eeuw.^{23, 24}

4.3 Toepassing

Te onderscheiden zijn enerzijds handelsbeperkingen en anderzijds de ‘freeze of assets’.

De handelsbeperkingen onder de vandaag de dag geldende sanctieprogramma’s zijn van toepassing (in de zin van: worden opgelegd en moeten derhalve worden nageleefd) op ‘US persons’ die in het algemeen worden omschreven als ‘any United States citizen, permanent resident alien, entity organized under the laws of the United States or any jurisdiction within the United States (including foreign branches), or any person in the United States’.²⁵ Deze omschrijving dekt de volgende categorieën van rechtspersonen:

- rechtspersonen opgericht in de VS, met inbegrip van buitenlandse filialen (‘overseas’ dochtermaatschappijen vallen hier niet onder tenzij zij expliciet in het toepassingsgebied zijn genoemd): denk hierbij aan de dochtermaatschappijen in de VS van een Nederlands concern;
- buitenlandse rechtspersonen ‘acting inside US territory’: daaronder vallen bijvoorbeeld buitenlandse banken die gelden verplaatsen via het financiële systeem in de VS.²⁶

Ook hier blijken de autoriteiten van de VS evenwel niet altijd even strakke regels te hanteren; Gordon c.s. schrijven: ‘non-US banks and companies should be aware that US enforcement agencies will use any credible connection to US persons, corporations, territory or the US financial system in order to assert jurisdiction over them when it comes to sanctions violations’; als voorbeeld wordt genoemd het gebruik van het Amerikaans financiële systeem voor banktransfers van geld.^{27, 28}

22. Als voorbeeld noem ik de door president Trump in september 2020 uitgevaardigde visarestricties voor twee ‘officials’ van het International Criminal Court (ICC) naar aanleiding van het aangekondigde onderzoek van het ICC naar oorlogsmisdaden van de VS en Afghanistan; zie *International Emergency Economic Powers Act*, par. ‘Since 9/11’, en [wikipedia.org/wiki/International_Emergency_Economic_Powers_Act#Since_9/11](https://en.wikipedia.org/wiki/International_Emergency_Economic_Powers_Act#Since_9/11).

23. B.A. Coates, ‘The Secret Life of Statutes: A Century of the Trading with the Enemy Act’, *Modern American History* (1) 2018 (hierna: Coates 2018), p. 151-154.

24. Momenteel zijn een kleine 40 sanctieprogramma’s in werking in de VS; zie treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Pages/Programs.aspx (geconsulteerd op 3 mei 2024). Een van de meest recente is van 25 april 2024. Een voorbeeld van een maatregel is die van 18 april 2024 ‘Treasury Targets Iranian UAV Program, Steel Industry, and Automobile Companies in Response to Unprecedented Attack on Israel’ (zie: home.treasury.gov/news/press-releases/jy2270). De meeste in werking zijnde sanctieprogramma’s zijn gebaseerd op de IEEPA veelal in combinatie met andere bronnen van ‘congressional authority’; Zie Gordon e.a. 2019, p. 111.

25. Zie Gordon e.a. 2019, p. 113, met verwijzing naar de sanctieprogramma’s met betrekking tot Soedan, Syrië en Noord-Korea.

26. Gordon e.a. 2019, p. 113.

27. Idem. Denk in dit kader aan bijvoorbeeld het ‘central cash management’ binnen een Nederlandse groep dat mogelijk via een bank in de VS loopt.

28. Ook is het niet uitgesloten dat bepaalde sanctieprogramma’s extraterritoriale werking hebben. Zo is het sanctieprogramma met betrekking tot Iran ook van toepassing op buitenlandse dochtermaatschappijen van Amerikaanse rechtspersonen. Gordon e.a. 2019, p. 114 met verwijzing naar de specifieke bepalingen.

Ik richt me in dit bestek met name op de bescherming van een rechtspersoon tegen een op een sanctieprogramma gebaseerde ‘freeze of assets’.²⁹

De bevoegdheden met betrekking tot ‘seized property’ hebben zich in de loop van de vorige eeuw ontwikkeld tot permanente confiscatie, liquidatie en verkoop van de activa. Als voorbeeld noem ik de toepassing van de TWEA in WO I ‘to prevent Germany from mobilizing American resources and to “conscript” German property for the benefit of U.S. war effort’.³⁰

Coates schrijft over de wijde toepassing waartoe die in 1945 was uitgegroeid: ‘there was little that U.S. president *could not* do (...) They could not only seize and hold foreign-owned property but dispose of it as they saw fit’.³¹

Zie ik het goed dan had de toepassing betrekking op elk goed dat gevestigd of geregistreerd was in de VS, zoals vennootschappen en andere vermogensbestanddelen, met inbegrip van octrooirechten.³²

De ‘freeze of assets’ die onder de jurisdictie van de VS valt kan betrekking hebben op activa van een vijandelijke entiteit; het gaat daarbij om assets waarin de overheid of ingezetenen van een ‘target country’ een belang hebben.³³

Mijn indruk is dat de reikwijdte van een en ander per sanctieprogramma heel verschillend kan zijn, en in de praktijk substantieel kan worden opgerekt. Zo werd in 1943 al geschreven over het begrip ‘enemy’ in de sanctieregelgeving:

‘(...) the meaning of the word “enemy” (...) has been so enlarged as to apply now not only to those persons who are enemies or in the enemy jurisdictions, but may be extended to include as well any person that the “national interest” requires to be included. A citizen of the United States could be declared to be a national of a designated enemy where it is found (...) that he acted for a designated enemy country or national thereof or that the national interest of the United States requires him to be so declared, whereupon the Alien Property Custodian may seize his properties (...)’³⁴

In het huidige tijdsbestek is er rekening mee te houden dat de moderne vormen van oorlog tot een nog verdere flexibilisering – en daarmee verruiming – van de toepassing van sanctieregels die zien op ‘freeze of assets’ zullen leiden.

29. Meer precies uitgedrukt doel ik op sekwestratie, mogelijk uitmondend in confiscatie.

30. TWEA, p. 156, waarbij ‘enemy’ betrekking had op ‘anyone living in the territory of the Central Powers’.

31. Coates 2018, p. 163, cursivering van Coates.

32. Coates 2018, p. 156.

33. De sanctieprogramma’s worden uitgevoerd door de Office of Foreign Assets Control of the US Department of the Treasury (‘OFAC’); zie ofac.treasury.gov.

34. Yudkin & Caro 1943, p. 60.

5 Zetelverplaatsing

Met zetelverplaatsing in tijden van oorlog wordt in het algemeen beoogd dat de rechtspersoon door verhuizing van de zetel zich onttrekt aan de greep van de nieuwe machthebber in Nederland, die zou kunnen trachten aanspraak te maken op de activa – met inbegrip van aandelen in dochtermaatschappijen – van de rechtspersoon.³⁵ Door zetelverplaatsing verhuist de bestuurszetel en raakt de nieuwe rechtspersoon verbonden met het rechtsstelsel van het immigratieland. Voorts wordt met zetelverplaatsing beoogd dat buitenlandse activa van de rechtspersoon niet krachtens de wetgeving van het land van ligging van die activa worden aangemerkt als toe te behoren aan een vijandelijke onderdaan.³⁶ Het gaat hier om zetelverplaatsing in oorlogsomstandigheden, die in haar regelgeving daarin verschilt met grensoverschrijdende omzetting in de zin van artikel 2:335 BW e.v., dat die als noodmaatregel in de (nood)situatie van oorlog met een snel en zelfstandig optreden van het bestuur kan worden gerealiseerd.³⁷

Te onderscheiden is tussen een zetelverplaatsing binnen het Koninkrijk, vanuit Nederland naar bijvoorbeeld Sint Maarten op de Nederlandse Antillen, en een zetelverplaatsing naar een derde land buiten het Koninkrijk.

De wet die voorziet in het eerste is de Rijkswet vrijwillige zetelverplaatsing van rechtspersonen (1967) (Rijkswet); in het tweede voorziet de Wet vrijwillige zetelverplaatsing derde landen van 1994 (Wet ZDL).³⁸

Zoals gezegd geldt de Rijkswet binnen het Koninkrijk en derhalve ook in het immigratieland waarnaar de zetel binnen het Koninkrijk verhuist. De Wet zetelverplaatsing derde landen is in het leven geroepen in het licht van een inreisregeling voor buitenlandse rechtspersonen die bepaalde landen bieden; te denken is aan Delaware (VS), New Brunswick (Canada) en New South Wales (Australië). In het kader van zo'n inreisregeling van het immigratieland voor buitenlandse rechtspersonen – zonder welke een verhuizing niet mogelijk is – kan een Nederlandse rechtspersoon in oorlogsomstandigheden naar dat land verhuizen.³⁹ Ook zetelver-

35. Zie ook memorie van toelichting Wet ZDL, *Kamerstukken II* 1992/93, 23316, nr. 3, p. 2.

36. De memorie van toelichting bij de Wet ZDL spreekt van tweeërlei doeleinden: ' enerzijds de handhaving van een zowel voor de uiteindelijke gerechtigden als voor de overheid in het geallieerde land aanvaardbare zeggensmacht opdat de bezittingen niet, na een geslaagde overal op Nederland, als vijandelijk vermogen worden behandeld, en anderzijds het behoud van bezittingen in neutrale landen' (*Kamerstukken II* 1992/93, 23316, nr. 3, p. 2).

37. Terwijl de grensoverschrijdende omzetting in de regeling van het BW procedures kent als het voorleggen van een voorstel met wachttermijn, een verzetregeling voor crediteuren, tussenkomst van de algemene vergadering en een uittreedrecht van minderheidsaandeelhouders; zie over de grensoverschrijdende omzetting W.J.M. van Veen, commentaar op art. 2:335 BW e.v., in: W.J.M. van Veen (red.), *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

38. Uitgebreid hierover Van Olffen & Breukink 2022. Zie voorts P. Vlas, *Rechtspersonen* (Praktijkreeks IPR nr. 9), Deventer: Kluwer 2015, nr. 22. Ik laat hier buiten beschouwing de Rijkswet zetelverplaatsing door de overheid van rechtspersonen en instellingen van 1967, aangezien onder deze regeling de overheid de actor is en niet de onderneming/rechtspersoon.

39. P. Vlas, *GS Rechtspersonen*, art. 1 Wet vrijwillige zetelverplaatsing derde landen, aant. 2. Ik vermeld hier terzijde – zonder daar verder op in te gaan – de mogelijkheid om vanuit de Antillen door te reizen naar een derde land (dat dan wel een inreisregeling dient te hebben) onder de Landsverordening zetelverplaatsing derde landen; zie P. Vlas, *GS Rechtspersonen*, art. 1 Wet vrijwillige zetelverplaatsing derde landen, aant. 3 en de daar genoemde literatuur.

plaatsing onder de Wet ZDL leidt – in beginsel – tot een wisseling van het vennootschappelijk statuut. De Wet ZDL is een emigratieregeling; de gevolgen van zetelverplaatsing voor het op de vennootschap toepasselijk recht worden geregeerd door het recht van het immigratieland.⁴⁰ Denkbaar is evenwel dat dat recht bepaalt dat de rechtspersoon na zetelverplaatsing onderworpen blijft aan het recht van het emigratieland.⁴¹

6 De Trust

Een constructie die in aanmerking komt om vermogensbestanddelen van een Nederlandse rechtspersoon die als vijandig aangemerkt zou worden, over te doen gaan naar een ‘neutrale’ entiteit, is die van de overdracht aan een trust. Deze figuur is in WO II door verschillende Nederlandse beursvennootschappen gehanteerd,⁴² en komt men ook nu nog tegen. De constructie heeft de volgende kenmerken, waarbij ik uitga van een trust in de VS. Door middel van een trustakte wordt een trust naar bijvoorbeeld ‘Delaware law’ opgericht. Reeds vóór er sprake is van een actuele oorlogssituatie kunnen buitenlandse vermogensbestanddelen aan de trust worden overgedragen. In de trustakte wordt dan onderscheiden tussen een in vredetijd geldende ‘non-emergency period’ enerzijds, en anderzijds de in oorlogsomstandigheden van kracht wordende ‘emergency period’.

Gedurende de eerste periode wordt het beheer over de trustgoederen ‘managed and controlled’ door de persoon die de trust heeft ingesteld (lees: de Nederlandse vennootschap die daaraan vermogensbestanddelen heeft overgedragen). Wanneer de ‘emergency period’ in werking treedt, wisselt het regime zodanig dat het beheer volledig overgaat naar de trustee, eventueel bestaand uit, of in samenspraak met een Advisory Board die is samengesteld uit Amerikaanse vertrouwenspersonen van de onderneming, bijvoorbeeld de manager van de Amerikaanse operaties en één van de Amerikaanse huisadvocaten van de onderneming.

40. J.W. Bellingwout, *Zetelverplaatsing van rechtspersonen: privaatrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Deventer: Kluwer 1996 (hierna: Bellingwout 1996), p. 79 e.v.

41. Vlas verwijst naar een daartoe strekkende regeling onder Delaware law; *GS Rechtspersonen*, art. 2 Wet vrijwillige zetelverplaatsing derde landen, aant. 2. Door Steinvooft wordt dit een ‘zonderlinge constructie’ genoemd; a.w., onder nr. 6. Instemmend hiermee Vlas, t.a.p.

42. Zo is door Philips in het licht van de Britse Trading with the Enemy Act de figuur van de Britse trust gehanteerd; zie Blanken 1997, p. 128 e.v. Ook bij Unilever was sprake van een overdracht aan een buitenlandse trust van de eigendom van buitenlandse activa; zie Shell, p. 01/29. Zie over mogelijke redenen waarom Shell niet evenzeer voor een trustconstructie koos: p. 1/31. Metzke (in: M. Metzke, *Hoog spel. De politieke biografie van Shell*, Amsterdam: Balans 2023, p. 131) wijst erop – met verwijzing naar Blanken 1997, p. 131 en p. 135-138 – dat Shell een reservemaatregel in petto had, erin bestaande dat haar Britse werkmaatschappij Anglo-Saxon een optie was verleend op vrijwel alle bezittingen van de Bataafse (met uitzondering van bezittingen in Nederland en Nederlands-Indië) waardoor een overdracht met een pennenstreek kon worden uitgevoerd. Een soortgelijke trust is in WO II voor Philips operationeel geweest in de VS en breder; de Amerikaanse trust was in 1939 opgericht om de Philips concernbezittingen in de VS en in Zuid-Amerika te beschermen tegen de gevolgen van de oorlog; zie I.J. Blanken, *Een industriële wereldfederatie, Geschiedenis van Philips Electronics N.V.*, deel V, Zaltbommel: Europese Bibliotheek 2002, p. 320 e.v. Daarmee werden de banden tussen de vestigingen in deze landen en het hoofdkantoor in Eindhoven doorgesneden. Tijdens de betrokkenheid van de VS met de oorlog waren voortdurend inspanningen nodig van de concernleiding om Amerikaanse critici van de onafhankelijkheid van de trust te overtuigen.

Tijdens de ‘non-emergency period’ komen de winsten krachtens de trustakte ten goede van de Nederlandse vennootschap die de vermogensbestanddelen heeft overgedragen. In de ‘emergency period’ geldt dat de winsten aan het trustvermogen worden toegevoegd of worden uitgekeerd aan aandeelhouders die als ‘Admissible Shareholders’ gelden; aandeelhouders in vijandelijk gebied of onder invloed van de vijand, zijn in de trustakte derhalve van deze kwalificatie uitgesloten en zijn van uitkeringsrechten verstoken.

7 Opstellen van een beschermingsplan

7.1 Identificatie landen en vennootschappen

Bij het ontwerpen van een beschermingsplan is het allereerst van belang om te identificeren in welke landen zich belangrijke vermogensbestanddelen van de groep bevinden, en welke vennootschap als eigenaar daarvan geldt. Ten tweede is van belang te identificeren – afhankelijk van het conflict dat men voor ogen heeft – welke landen als bevriende mogendheden bij een conflict kunnen worden aangemerkt die mogelijk sanctiemaatregelen treffen tegen ‘enemy property’ gelegen op hun grondgebied. Vervolgens past een analyse van welke maatregelen in dat kader bescherming tegen die sancties kunnen bieden. In het kader van dit preadvies beperk ik me tot het sanctierecht van de VS, en tot vermogensbestanddelen die door een Nederlandse entiteit als eigenaar worden gehouden.⁴³

7.2 Zetelverplaatsing en/of trust

Bij het ontwerpen van een beschermingsplan zal de onderneming zich moeten afvragen of alleen verplaatsing van de zetel van bepaalde vennootschappen – zoals de ‘ultimate parent’ van de groep en belangrijke Nederlandse dochtermaatschappijen – nodig is om te bereiken dat belangrijke vermogensbestanddelen van de groep in de vrije wereld niet als vijandig vermogen worden aangemerkt. Zoals we hebben gezien in paragraaf 4 is voor de toepassing van het VS-sanctierecht niet alleen de nationaliteit van de (verhuisde) rechtspersoon van belang. Andere relevante factoren zijn bijvoorbeeld of de aandeelhouders voor een groot deel (bijv. meer dan 25%) ingezetene zijn, of de nationaliteit hebben van een land dat ‘target’ is van het sanctieprogramma.⁴⁴

43. Afhankelijk van de omstandigheden zal binnen een concern mogelijk ook naar de risico’s van sanctiemaatregelen in andere landen waar belangrijke vermogensbestanddelen zijn gelokaliseerd, worden gekeken. Heeft bijvoorbeeld een concern een dochtermaatschappij in China die op haar beurt de aandelen houdt in een Australische dochtermaatschappij met belangrijke vermogensbestanddelen, dan kan bij een dreigend conflict tussen China en Taiwan worden overwogen om de aandelen in de Australische dochter over te dragen aan een niet-Chinese entiteit. Ook breder is te denken aan sanctiemaatregelen door een derde land tegen vermogensbestanddelen in land X van een dochteronderneming gevestigd in land Y.

44. Zie bijvoorbeeld het World War II ‘asset control regime’ van Executive Order no 8389 van 10 april 1940.

Om deze reden ziet men wel dat naast een verplaatsing van de zetel een tweede beschermingslinie wordt opgezet die erin bestaat dat vermogensbestanddelen in bijvoorbeeld een Amerikaanse of Canadese trust worden ondergebracht.^{45, 46}

7.3 **Techniek van de zetelverplaatsing; verschillende procedures⁴⁷**

Er zijn verschillende soorten procedures tot zetelverplaatsing in oorlogstijd onder de Rijkswet; ik beperk me hierbij merendeels tot de zetelverplaatsing onder de Rijkswet, ook omdat de Wet zetelverplaatsing derde landen hierop is geënt.⁴⁸ Ik noem er hier twee.

Allereerst de automatische procedure tot zetelverplaatsing naar bijvoorbeeld Sint Maarten.

In een daartoe strekkende notariële akte wordt het besluit genomen tot zetelverplaatsing onder de opschortende voorwaarde van het uitbreken van oorlog, oorlogsgevaar of daarmee vergelijkbare omstandigheden.⁴⁹ De akte bewerkstelligt daarmee een automatische verplaatsing van de zetel bij het plotseling uitbreken van een oorlog of bij een zeer snelle escalatie van een internationaal conflict waarbij Nederland direct is betrokken.

Bij een oplopende internationale spanning, maar zeker ook in het huidige tijdsbestek met de nieuwe verschijningsvormen van oorlogssituaties, kan de automatische procedure tot onzekerheid leiden of de zetelverplaatsing effectief is geworden. Die onzekerheid geldt veel minder bij de niet-automatische procedure. Daartoe wordt in een notariële akte een aantal (rechts)personen aangewezen die bevoegd worden verklaard de zetel te verplaatsen. Dat kunnen ook in het buitenland verblijvende (rechts)personen zijn. Daartoe wordt een voorlopig besluit tot statutenwijziging genomen, waarin de verplaatsing van de zetel voorlopig wordt geregeld, de statuten waar nodig worden aangepast aan het recht van het ontvangende landsdeel en eventueel nieuwe bestuurders worden benoemd.⁵⁰ Het definitieve besluit tot zetelverplaatsing wordt genomen door het bestuur of de algemene vergadering, dan wel door personen die daartoe zijn gemachtigd in het voorlopige besluit; dit laatste is een 'druk op de knop' constructie. Veelal worden daartoe mede benoemd enige personen die zich gebruikelijk buiten Nederland bevinden. Nodig is⁵¹ dat de

45. Een andere reden voor het opwerpen van een tweede beschermingswal is wel de vrees dat – in geval van een zetelverplaatsing naar de Nederlandse Antillen – dit gebied zelf niet vrij zou blijven van oorlogsomstandigheden, met inbegrip van een revolutie.

46. Van een andere orde is de terechte zorg van Steinvoot en Van Olffen en Breukink in geval van een zetelverplaatsing naar een derde land en de rechtspersoon onderworpen blijft aan het Nederlandse vennootschapsrecht, of de bezetter door nationalisatie alsnog aanspraak zou kunnen maken op de buitenlandse activa van de verhuisde rechtspersoon die onderworpen is gebleven aan Nederlands recht; zie H.J. Steinvoot, 'Vrijwillige zetelverplaatsing derde landen', NV 1994, afl. 3 p. 69, en Van Olffen & Breukink 2022, nummer 4.1.

47. Ik beperk me hier tot het regime van de Rijkswet.

48. Zie hierover het preadvies van Klein Bronsvoot, Nagtegaal en Van Olffen verderop in deze bundel.

49. Alsook de wettelijk voorgeschreven voorwaarden dat de zetelverplaatsing in het belang van de vennootschap is.

50. De statutenwijziging tot zetelverplaatsing behoeft ofwel toestemming van het voorlopig besluit tot statutenwijziging door de Nederlandse Minister van Justitie (de toestemmingsprocedure vooraf) ofwel bekrachtiging achteraf van de Minister van Justitie van het ontvangende landsdeel (art. 3 Rijkswet); zie hierover Van Olffen & Breukink 2022, par. 3.2 en 3.3, alsook het preadvies van Klein Bronsvoot, Nagtegaal en Van Olffen verderop in deze bundel.

51. Anders wordt de in voetnoot 50 genoemde toestemming of bekrachtiging geweigerd.

zetelverplaatsing in het belang van de vennootschap is geboden⁵² op grond van oorlog, onmiddellijk oorlogsgevaar, revolutie of daarmee vergelijkbare buitengewone omstandigheden (hierna: oorlogsomstandigheden). Door het gebruik van de ‘druk op de knop’ constructie wordt bereikt dat door de aangewezen bevoegde persoon de regie wordt gehouden over wanneer precies de zetelverplaatsing in werking treedt, en men niet is aangewezen op de in de akte opgenomen voorwaarde die aansluit bij de wettelijke eis van de aanwezigheid van oorlogsomstandigheden.⁵³

Goed denkbaar is ook een combinatie van de automatische en niet-automatische procedure. Dat dient er dan toe dat onder omstandigheden – zoals bij een oplopende internationale spanning – onzekerheid kan bestaan over de vraag of wel voldaan is aan de voorwaarden van automatische zetelverplaatsing, derhalve of de zetel inmiddels is verplaatst. Door dan alsnog de niet-automatische procedure uit te voeren wordt – als ware het een soort ‘voor zover vereist’ besluit – alsnog die onzekerheid over de verplaatsing van de zetel weggenomen.

7.4 De Trust

Nodig voor de trust-constructie is de oprichting van een overzeese trust in bijvoorbeeld de VS of Canada, en het in vreedstijd – tijdig voor het intreden van een oorlogssituatie – overdragen van bezittingen aan de trust. Het zal dan allereerst gaan om activa gelegen in het land volgens welk recht de desbetreffende trust wordt geregeerd, maar het is daartoe niet noodzakelijkerwijs beperkt. Een dochteronderneming in Zuid-Amerika kan bijvoorbeeld in geval van bezetting van Nederland beter beschermd zijn indien haar aandelen gehouden worden door een Amerikaanse trust dan door een verhuisde Nederlandse vennootschap.⁵⁴

Een vroegtijdig overdragen van de bezittingen aan de trust is niet bezwaarlijk, gezien de trust zo wordt ingericht dat voor zolang de oorlogssituatie niet is ingetreden, de trust de instructies volgt van de oorspronkelijke overdrager van de activa of een groepsmaatschappij. Dat regime verandert indien er kort gezegd sprake is een oorlogssituatie. In deze laatste periode komt het beheer over het trustvermogen toe aan de trustee, uit te oefenen op eigen gezag en naar eigen inzicht, eventueel in samenspraak met een Advisory Board samengesteld uit vertrouwenspersonen van de vennootschap.⁵⁵ Daarbij kan ervoor gekozen worden om in de trustakte instructies op te nemen die bij het beheer door de trustee moeten worden nageleefd. De zo belangrijke wisseling van het regime naar de ‘emergency period’ vindt plaats op het moment dat zich een in de trustakte omschreven ‘specified event’ voordoet.⁵⁶

Van belang is dat de hele trustconstructie zo wordt ingericht dat de enkele overdracht van vermogensbestanddelen aan de trust, voor zolang de trustee zijn on-

52. In het geval van de toestemmingsprocedure: ‘zal worden geboden’; bij de bekrachtigingsprocedure: ‘werd geboden’; art. 6 lid 1 Rijkswet.

53. Zie Van Olffen & Breukink 2022, par. 3.2.

54. Zie bijvoorbeeld Blanken 1997, p. 135 over de overdracht aan een VS trust in WO II van de meeste activa van Philips in Midden- en Zuid-Amerika.

55. Zie hiervoor par. 6.

56. Zie hierna par. 7.6.

derworpen aan de instructies van de centrale leiding van de groep die de goederen heeft ingebracht, geen wijziging brengt in de consolidatie van de vermogensbestanddelen in de jaarrekening van de groep.⁵⁷ Bijzondere aandacht verdient daarbij een mogelijke bepaling dat tot een overgang naar de ‘emergency period’, waarmee aan die centrale leiding een einde komt, ook kan worden besloten buiten de centrale concernleiding om, bijvoorbeeld in geval contact daarmee in oorlogsomstandigheden niet meer mogelijk is.⁵⁸

7.5 Wat/wie?

Bij zetelverplaatsing van vennootschappen komt de vraag aan de orde van welke Nederlandse vennootschappen de zetel in oorlogsomstandigheden zou moeten worden verplaatst. In eerste instantie is te denken aan de Nederlandse topvennootschap van een groep, vanwege de aandelen in groepsmaatschappijen die zij houdt; hetzelfde geldt voor Nederlandse sub-holdings. Voorts komen in aanmerking Nederlandse dochters die belangrijke vorderingen hebben in het buitenland (bijvoorbeeld verkoopkantoren) of bezittingen, waaronder industriële eigendomsrechten.

Wat betreft de overdracht van vermogensbestanddelen aan een trust, zag men in WO II wel dat aandelen in Latijns-Amerikaanse dochters, alsook dochtermaatschappijen gevestigd in Commonwealth landen aan één of meerdere trustmaatschappijen in de VS of Canada werden overgedragen.

7.6 Tijdstip van zetelverplaatsing of overgang naar ‘emergency period’ bij trust

Ingeval bij de zetelverplaatsing de automatische procedure wordt gevolgd, zal de zetelverplaatsing effectief worden bij het intreden van oorlogsomstandigheden.

Zoals gezegd is het ook mogelijk een ‘druk op de knop’ constructie te volgen. Alereerst dienen dan de personen aangewezen te worden die tot effectuering van de zetelverplaatsing bevoegd zijn. Naast personen in het moederland, gaat het om personen of rechtspersonen die gebruikelijk overzee verblijven die worden gemachtigd om de akte tot zetelverplaatsing in het buitenland conform de wettelijke bepalingen te doen verlijden. Die personen kunnen dan bevoegd worden gemaakt om te handelen op instructie vanuit het moederland, of – bijvoorbeeld indien contact met het moederland niet mogelijk is – wanneer zij zelf de omstandigheden aanwezig achten om tot zetelverplaatsing over te gaan. Uiteraard dienen zulke personen vooraf goed te worden geïnstrueerd.

In trustakten ziet men wel als moment gedefinieerd waarop de zeggenschap wordt overgedragen aan de trustees, enerzijds een koppeling aan het effectief worden van de zetelverplaatsing van bepaalde vennootschappen (zoals de moedervennootschap), en anderzijds de koppeling aan het intreden van een ‘specified event’. Dat laatste

57. Zie B.F. Assink/W.J. Slagter, *Compendium van het Ondernemingsrecht* (deel 2), Deventer: Kluwer 2013 (hierna: B.F. Assink/W.J. Slagter 2013), par. 133, nr. 2. Zie over deconsolidatie bij overgang naar de ‘emergency period’ hierna par. 7.7.

58. Zie over zo’n benadering hierna par. 7.6.

kan in de trustakte worden gedefinieerd als de belemmering van een vrij en effectief bestuur over de moeder vennootschap in het moederland, of – zoals men in WO II zag – de bezetting van het hoofdkantoor of gevangenneming van bepaalde bestuursleden. Ook ziet men dat aan een kleine groep aangewezen een ruimere volmacht wordt gegeven: zij kunnen gezamenlijk het besluit nemen dat er een andere reden is die in het belang van de vennootschap een overgang naar de trustperiode rechtvaardigt. Daarbij dient dan door die groep van personen de afweging te worden gemaakt van het voordeel van een (verdere) beveiliging, met het nadeel dat de invloed vanuit de moeder ophoudt en verschuift naar de trustees die onafhankelijk opereren.

Genoemd kan ook zijn dat de ‘emergency period’ een aanvang neemt om de reden dat de beveiligingsfunctie in gevaar dreigt te komen – in het bijzonder indien nog geen zetelverplaatsing heeft plaatsgevonden – wanneer de trust door de overheid ‘besmet’ wordt geacht vanwege banden met een niet voldoende ‘onvijandig’ geachte onderneming. Aldus kan worden bepaald dat onder een ‘specified event’ ook valt de omstandigheid van een dreiging van het effectief worden van regelgeving in het land van de trust waardoor met Nederlandse verbonden personen en entiteiten door sanctiemaatregelen kunnen worden getroffen. Daarmee wordt een duidelijk verband gelegd met de sanctiewetgeving die aanhaakt bij het perspectief van de overheid in het betrokken land op de situatie in Nederland. Men bedenke dat dat perspectief kan verschillen van dat van de Nederlandse overheid. Dit kan met name naar voren komen bij hybride oorlogsvoering en bij afwezigheid van een fysieke bezetting van het land. Immers, verschillende instanties en overheden kunnen verschillende criteria en momenten hanteren voor wat betreft het intreden van een ‘vijandige’ situatie. Dat verschil kan niet alleen bestaan vanwege verschil in perspectief en visie op de situatie, maar ook vanwege het verschil in toepassingscriteria van de sanctiemaatregelen; zie hiervoor paragraaf 4.2 en 4.3.

7.7 Situatie na effectuering

Effectuering van de zetelverplaatsing zal doorgaans resulteren in een aanpassing van de statuten aan het recht van het immigratieland. Voorts zullen de nieuwe statuten mogelijk bepalingen bevatten die zijn toegespitst op de situatie die reden was tot de zetelverplaatsing, zoals de aanwijzing van ‘besmette’ personen wier rechten worden beknot.

Allereerst is nodig dat van de zetelverplaatsing mededeling aan de buitenwereld wordt gedaan, alsook binnen de onderneming die door de groep in stand wordt gehouden. Voorts is van belang dat personen zijn aangewezen die bevoegd zijn om op te treden namens de verhuisde vennootschap en die in het immigratieland beschikbaar zijn. Zij dienen uiteraard goede inzage te hebben in de nieuwe situatie, zoals welke vennootschappen zijn verhuisd, wie bevoegd is namens de vennootschap op te treden, en de redenen van verhuizing. Wat betreft de bevoegdheid van functionarissen, kunnen de nieuwe statuten voorzien in een uitgebreide ontstentenisregeling voor bestuurders en commissarissen, met terugvalposities.

Voor de overdracht aan een trust spelen een aantal van deze punten ook, met dien verstande dat die in grote lijnen reeds in de trustakte zullen zijn geregeld.

In beide situaties geldt dat ook instructies in vredetijd kunnen zijn voorbereid – en in geval van een trust in de trustakte zijn opgenomen – voor de nieuwe bevoegde personen wat betreft de hoofdlijnen van het beleid waaraan men zich te houden heeft.

Overgang van de trust naar de ‘emergency period’ betekent dat de trust niet langer is onderworpen aan de centrale leiding van de groep. Dit heeft direct consequenties voor de concernjaarrekening: de aan de trust overgedragen vermogensbestanddelen dienen te worden gedeconsolideerd. Dit kan een enorme ‘hit’ voor de groepsbalans betekenen.

Ook in dat kader is tijdige en goede informatieverstrekking aan de buitenwereld van groot belang.



Aankondiging van de zetelverplaatsing van Shell naar Curacao op 10 mei 1940, met o.a. de zin: ‘Shareholders will be glad that the Company is conducting its business free from all control by the enemy and that all its resources are on the side for the battle for freedom.’; bron: Howarth & Jonker 2007, p. 01/30.

7.8 Terugkeer naar oude situatie

De terugplaatsing van Nederlandse vennootschappen naar Nederland wordt geregeld in de Rijkswet (art. 9 e.v.) en in de Wet ZDL (art. 4 e.v.). Zie nader hierover het preadvies van Klein Bronsvoort, Nagtegaal en Van Olffen verderop in deze bundel, par. 3.4.

Wat betreft de trust zal in de trustakte worden opgenomen wat er precies nodig is voor een overgang van de ‘emergency period’ naar de oorspronkelijk geldende ‘non-emergency period’ met volledige aansturing van de trust door de oorspronkelijke moedermaatschappij.

Met het oog op de sanctiemaatregelen, met het oog waarop alle banden met het moederland zijn doorgesneden, zal de beslissing daartoe niet liggen bij personen die een nauwe band – qua nationaliteit of woonplaats – met Nederland hebben.

Gebruikelijk is de bepaling dat voor terugkeer naar de oorspronkelijke situatie nodig is een verklaring van een orgaan zoals de voornoemde Advisory Board van de trust (bemenst met vertrouwenslieden) dat het ‘specified event’ niet langer van toepassing is. Men ziet daarbij wel de bepaling dat bij zo’n besluit alleen die leden van de Advisory Board stem hebben die ‘resident and citizen’ zijn van de VS. Van belang is immers dat zo’n besluit zoveel mogelijk gevrijwaard is van potentiële invloeden van de ‘enemy’. Daarnaast wordt ook wel bepaald dat zo’n besluit ook genomen kan worden door ‘a responsible official in the Executive Branch of the U.S. Government’.

7.9 Documentatie

Bij documentatie met betrekking tot zetelverplaatsing is te denken aan draaiboeken die beschikbaar zijn voor diegenen aan wie een rol is toebedacht ten aanzien van de effectuering van de zetelverplaatsing, of voor de na effectuering bevoegde personen. Te denken is aan een kopie van de conceptakte tot zetelverplaatsing voor de verschillende scenario’s, de tekst van de statuten na zetelverplaatsing, autorisaties, instructies aan de geautoriseerden, een draaiboek voor hun handelen, adressen van geautoriseerde personen en van het consulaat in het buitenland, en relevante trustakten.

8 Governance

8.1 Inleiding

In de volgende paragrafen wil ik ingaan op de governance met betrekking tot het treffen van oorlogsbeschermingsmaatregelen. Ik richt me daarbij op de besluitvorming rond de zetelverplaatsing en die rond de overdracht van activa aan een buitenlandse trust. Ik zal hieronder nagaan wat de rol is van de verschillende bij de vennootschap betrokken organen, met inbegrip van de ondernemingsraad.

8.2 Bevoegdheid

Voor de zetelverplaatsing onder de Rijkswet en de Wet ZDL geldt dat bevoegd zijn tot wijziging van de statuten tot zetelverplaatsing, het bestuur van de vennootschap en de algemene vergadering van aandeelhouders, ieder afzonderlijk (art. 1 lid 2 Rijkswet, en art. 2.1 Wet ZDL). Daarbij dienen de geldende wettelijke en statutaire bepalingen met betrekking tot de totstandkoming van ‘bestuursbesluiten, onderscheidenlijk van besluiten van de algemene vergadering tot wijziging van de akte van oprichting’ te worden nageleefd (art. 1 lid 4 Rijkswet).

In de Rijkswet is opgenomen de belangrijke toevoeging met betrekking tot bestuursbesluiten: ‘met dien verstande dat het bestuur geen toestemming of medewerking van de algemene vergadering, van een ander orgaan der vennootschap of van derden behoeft’; ik noem dit hierna de bestuursautonomiebepaling.

In de literatuur is wel betoogd dat deze bepaling slechts ziet op een toestemming of medewerking die statutair is voorgeschreven, en niet op wettelijke voorschriften; zie hierna paragraaf 8.6 voor enige kanttekeningen bij dit standpunt.

Voor wat betreft de overdracht van belangrijke activa van de vennootschap aan een buitenlandse trust, ligt de primaire bevoegdheid bij het bestuur. Hier komt de centrale rol die het bestuur speelt in de open vennootschap, naar voren.

Afhankelijk van de geopolitieke omstandigheden, waaronder de bedreiging van het vrijelijk opereren en beschikken over activa van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming, met inbegrip van de concernonderdelen, zal het bestuur zich genooddaakt voelen om voorbereidingen te treffen voor het nemen van oorlogsbeschermingsmaatregelen. Dit kan gezien worden als onderdeel van het risicomanagement van de vennootschap.

8.3 De rol van de raad van commissarissen

Bij een besluit tot zetelverplaatsing, of overdracht van belangrijke activa aan een buitenlandse trust, gaat het om maatregelen die de vennootschap in haar kern raken. Immers het gaat om haar vennootschappelijke identiteit, haar statutaire vestigingsplaats, om een wijziging van het recht dat de vennootschap beheerst in geval van een zetelverplaatsing, en in geval van overdracht van belangrijke activa aan een trust, wellicht om het vervreemden van voor de vennootschap en haar activiteiten wezenlijke vermogensbestanddelen. Het betreft dus besluiten van grote importantie voor de vennootschap. Uit dien hoofde zal er steeds reden zijn voor betrokkenheid van de raad van commissarissen bij bestuursbesluiten daaromtrent. Dit geldt ook voor de voorbereiding van bestuursbesluiten, in het bijzonder als die worden gezien in het kader van risicomanagement.

Afhankelijk van de geopolitieke omstandigheden en de daarvan uitgaande dreiging voor de vennootschap en haar onderneming, zal de toezichthoudende rol van de raad van commissarissen ertoe leiden dat de raad zich op de hoogte stelt van de voorbereidingsmaatregelen die het bestuur neemt.

Behoeft een besluit tot zetelverplaatsing van het bestuur de goedkeuring van de raad van commissarissen? De eerdergenoemde bestuursautonomiebepaling is hierin duidelijk: zo'n toestemming of medewerking is niet vereist. Waar dit voor het meerdere geldt, zal dit ook voor het mindere in de zin van een voorbereiding van, of voorwaardelijk besluit tot, zetelverplaatsing gelden. Hier geldt echter onverminderd dat de toezichthoudende en adviserende rol van de raad van commissarissen een sturende werking op het bestuur in dezen kan hebben.

Genoemde in de Rijkswet opgenomen bestuursautonomiebepaling, is tot zetelverplaatsing beperkt. Zij strekt zich dus niet uit tot de overdracht van activa aan een trust.

Op vragen naar een mogelijke – al dan niet analoge – toepassing op zetelverplaatsing naar een derde land of op besluiten tot de overdracht van activa aan een trust, kom ik hierna terug.

8.4 Vragen naar rol van ava en van OR

In de navolgende paragrafen ga ik in op de wettelijke regels die meebrengen dat de vraag naar de betrokkenheid van de algemene vergadering van aandeelhouders respectievelijk van de ondernemingsraad, naar voren komt bij het treffen van ologsbeschermingsmaatregelen door het bestuur van de vennootschap, of de voorbereiding daarvan. Tevens wordt gezien of de bestuursautonomiebepaling bij de beantwoording daarvan een rol kan spelen. Voor de situatie dat tot de voorlopige conclusie wordt gekomen dat aan een tussenkomst van de algemene vergadering of de ondernemingsraad niet zonder meer voorbij kan worden gegaan, worden vervolgens in paragraaf 9 een aantal bezwaren genoemd tegen onverminderde toepassing van de regels die strekken tot een tussenkomst van de algemene vergadering of de ondernemingsraad.

8.5 Artikel 2:107a BW

Er is terdege rekening mee te houden dat de overdracht van belangrijke activa door de vennootschap aan een buitenlandse trust, leidt tot vervulling van de toepasselijkheidsbepalingen van artikel 2:107a BW. Dit geldt bijvoorbeeld indien de waarde van de over te dragen aandelen in dochtermaatschappijen of andere vermogensbestanddelen, de getalswaarde als genoemd in artikel 2:107a lid 1 sub c BW overschrijdt. Van belang is of het geheel van de overdracht van activa aan een trust leidt tot de in lid 1 genoemde belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de onderneming. In geval van min of meer gelijktijdige overdracht aan verschillende buitenlandse trustmaatschappijen, zal de vraag zijn of die gezamenlijk genomen aan voornoemde criteria voldoen.

Kan genoemd goedkeuringsrecht van de algemene vergadering ex artikel 2:107a BW nog een rol spelen bij een besluit van het bestuur tot zetelverplaatsing, bijvoorbeeld op grond van de redenering dat door verplaatsing van de zetel en de daarmee gepaard gaande wijziging van het vennootschappelijk statuut, sprake is van een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de onderneming? De bestuursautonomiebepaling van de Rijkswet sluit mijns inziens

toepasselijkheid van deze bepaling uit voor een zetelverplaatsing binnen het Rijk. Ik ga hierop in de volgende paragraaf nader in.

8.6 Interpretatie van bestuursautonomiebepaling

De bestuursautonomiebepaling in artikel 1 lid 4 Rijkswet brengt enige interpretatievragen met zich. Ik doel op het feit dat de bepaling zelf in het algemeen is gesteld ('het bestuur behoeft geen medewerking van enig ander persoon of enig ander orgaan'), terwijl de memorie van toelichting de noodzaak van de bepaling toelicht door te stellen dat statutaire voorzieningen 'een snel en zelfstandig optreden' van het bestuur in de weg kunnen staan. In de literatuur is wel het standpunt ingenomen dat uit de verwijzing naar statutaire voorzieningen in de memorie van toelichting af te leiden is dat de bepaling zelf slechts ziet op 'statutair (niet wettelijk) voorgeschreven toestemmingen of medewerking'.⁵⁹ Gevolgd door: 'Dit laat zich ook verklaren aangezien in 1967 bepalingen als art. 207/107a BW (2004), art. 164/274 BW (1976), en bijvoorbeeld ook art. 25 en 26 WOR (1971) nog niet bestonden.'

De afwezigheid toentertijd van de genoemde huidige wettelijke bepalingen kan echter evenzeer worden gehanteerd als argument om de bestuursautonomiebepaling niet slechts te laten zien op statutaire voorgeschreven toestemmingen of medewerkingen; bij afwezigheid van de wettelijke bepalingen behoefde daarvan in de toelichting geen melding te worden gemaakt. De absoluut gestelde bepaling van artikel 1 lid 4 Rijkswet, alsook de ratio die de toelichting ervoor geeft, ondersteunen een algemene en niet tot statutaire voorschriften beperkte uitleg hiervan. De in de memorie van toelichting bij de Rijkswet genoemde behoefte om snel en zelfstandig te handelen, laat zich immers niet alleen ten aanzien van statutaire beperkingen voelen, maar evenzeer in geval van wettelijke belemmeringen.^{60, 61} Men bedenke dat het bij zetelverplaatsing in oorlogsomstandigheden gaat om een noodmaatregel die van wezenlijke betekenis is voor de toekomst van de onderneming, die veelal 'overnight' tot stand gebracht moet worden; dat is een zelfstandige verantwoordelijkheid van het bestuur bij uitstek.

59. Van Olffen & Breukink 2022, par. 5.

60. Een soortgelijke gedachte wordt tot uitdrukking gebracht in de memorie van toelichting bij de Wet ZDL (*Kamerstukken II* 1992/93, 23316, nr. 3, p. 4) ten aanzien van de aanwijzing van de aandeelhoudersvergadering als bevoegd orgaan tot het besluit tot zetelverplaatsing – met dien verstande dat die bevoegdheid 'allereerst' aan het bestuur wordt toegekend – waar wordt gesteld dat door statutaire bepalingen geen verdergaande eisen kunnen worden gesteld dan een algemene meerderheid van stemmen, met als argument dat de bepaling tot aanwijzing van het bevoegde orgaan 'wordt gegeven voor een "noodsituatie" waardoor het orgaan niet in zijn bevoegdheden moet worden beknut'.

61. De in de toelichting genoemde behoefte om snel en zelfstandig te kunnen handelen, wordt door Van Olffen & Breukink zo geïnterpreteerd dat 'die behoefte zich algemeen slechts laat gevoelen als een zetelverplaatsing voor tijden van nood niet (goed) is voorbereid en plotseling geworden buitengewone omstandigheden zich voordoen'. In het verlengde daarvan zouden zij dan ook willen aannemen dat 'alleen dan wettelijke toestemmings- of medewerkingsbepalingen (op grond van art. 2:8 lid 2 BW) toepassing missen. Wordt het besluit tijdig voorbereid en de zetelverplaatsing dus zo geconstrueerd dat, als het moment daar is, slechts nog "een druk op de knop nodig is", dan moet ook bij zetelverplaatsing naar elders in het Koninkrijk worden nagegaan of bepalingen als art. 2:107a BW (...) en art. 25 en 26 WOR toepassing hebben' (Van Olffen en Breukink 2022, nr. 5). Begrijp ik hen goed, dan geldt dit in hun redenering alleen ten aanzien van wettelijke relevante bepalingen, en niet ten aanzien van statutaire bepalingen.

Opvallend blijft dat in de Wet ZDL geen overeenkomstige bepaling inzake de absolute bevoegdheid van het bestuur voorkomt. Een toelichting of opmerkingen hierover heb ik in de parlementaire geschiedenis, noch in het advies van de Raad van State aangetroffen. De parlementaire geschiedenis, en hetzelfde geldt voor het advies van de Raad van State, is overigens zeer beperkt. Dat komt wellicht doordat de Wet vrijwillige zetelverplaatsing derde landen in sterke mate is geënt op de Rijkswet; Bellingwout schrijft zelfs: ‘De wet is een aanvulling op de Rijkswet vrijwillige zetelverplaatsing.’⁶² Dit geeft enige grond voor de veronderstelling dat het een omissie van de wetgever betreft, nu niet valt in te zien waarom de ratio voor de bestuursautonomiebepaling wel zou gelden bij de Rijkswet en niet in de situatie van een zetelverplaatsing naar een derde land.

Intussen wordt in het preadvies van Klein Bronsvort, Nagtegaal en Van Olffen elders in deze bundel het standpunt gehuldigd dat – in ieder geval onder de Rijkswet – een besluit tot zetelverplaatsing niet valt binnen het toepassingsgebied van artikel 2:107a BW.⁶³

8.7 Informatierecht aandeelhoudersvergadering

Wat betreft de rol van de aandeelhoudersvergadering, is in het kader van oorlogsbeschermingsmaatregelen voorts relevant de in artikel 2:107 BW opgenomen verplichting van bestuur en raad van commissarissen om aan de algemene vergadering van aandeelhouders alle door haar gewenste inlichtingen te verschaffen. Als het gaat om inlichtingen over oorlogsbeschermingsmaatregelen of de voorbereiding daarvan, zal al snel de in het wetsartikel genoemde uitzondering ‘tenzij een zwaarwichtig belang der vennootschap zich hiertegen verzet’ naar voren komen. Zie in dit verband ook paragraaf 9.2 hierna.

8.8 Gelijkheidsbeginsel en besmette aandeelhouders

Bij overdracht van aandelen van een dochtermaatschappij aan een buitenlandse trust worden besmette aandeelhouders in hun rechten gekort; zie hiervoor paragraaf 6. Een daartoe strekkende bepaling komt veelal ook voor in de nieuwe statuten van een vennootschap waarvan de zetel is verplaatst. Hoe verhoudt zich dit tot het gelijkheidsbeginsel van artikel 2:92 lid 2 BW en – breder – de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW? Met Assink ben ik van mening dat van schending van het gelijkheidsbeginsel geen sprake is – en hetzelfde geldt voor de norm van redelijkheid en billijkheid – indien daarvoor een redelijke en objectieve

Relevant in dit verband kan zijn de uitspraak in de memorie van toelichting (*Kamerstukken II* 1992/93, 23316, nr. 3, p. 11), dat de wettelijke regeling de totstandkoming van het voorlopige besluit, op grond waarvan de stukken in ontwerp gereed worden gemaakt, niet regelt en dit beschouwt als een interne aangelegenheid van de vennootschap, waardoor het vierde lid niet betrekking heeft op de voorbereidende besluiten doch op het uiteindelijke besluit tot zetelverplaatsing, eventueel onder voorwaarden wat betreft haar inwerkingtreding. De Rijkswet ziet dus niet op, en laat buiten beschouwing, voorbereidende maatregelen. Daarmee lijkt in zekere mate op gespannen voet te staan voornoemde redenering dat de aan- of afwezigheid van een (goede) voorbereiding van een besluit tot zetelverplaatsing, van invloed is op de vraag naar de onverminderde toepasselijkheid van relevante wettelijke bepalingen bij (de totstandkoming van) het besluit tot zetelverplaatsing.

62. Bellingwout 1996, p. 75.

63. Zie daarvan nr. 5.1.1.

rechtvaardiging bestaat, die in de kern herleid kan worden tot het belang van de vennootschap.⁶⁴ Deze rechtvaardiging wordt gevormd door de aanwezigheid van een noodsituatie in combinatie met de bescherming tegen sanctiemaatregelen, met het oog waarop banden met de vijand of vijandelijke grondgebieden zoveel mogelijk worden doorsneden.

8.9 Ondernemingsraad

Bij oorlogsbeschermingsmaatregelen zal de vraag naar de rol van de ondernemingsraad ex artikel 25 lid 1 WOR naar voren komen. Het daar genoemde adviesrecht van de ondernemingsraad kan spelen bij een overdracht van activa, met inbegrip van aandelen in een dochtervennootschap. Het adviesrecht kan spelen zowel bij de vervreemdende vennootschap, als bij de vennootschap wier aandelen aan een trust worden overgedragen.⁶⁵

Bij de zetelverplaatsing kan het adviesrecht van de ondernemingsraad naar voren komen, afhankelijk van of die resulteert in een belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming, dan wel in de verdeling van de bevoegdheden daarin (art. 25 lid 1 sub e WOR), of een wijziging van de plaats waar de onderneming haar activiteiten uitoefent (art. 25 lid 1 sub f WOR).

Ook hier is weer relevant de reikwijdte die aan de bestuursautonomiebepaling wordt toegekend.

9 Bezwaren tegen toepassing rechten aandeelhoudersvergadering of ondernemingsraad

We hebben gezien dat er – in ieder geval – argumenten zijn om te betogen dat bij een besluit tot zetelverplaatsing artikel 2:107a BW niet van toepassing is. Zie voor een gedifferentieerde benadering – naar de regelgeving die de zetelverplaatsing beheerst (Rijkswet of Wet ZDL), en naar de persoon die/het orgaan dat het besluit neemt – het preadvies van Klein Bronsvoot, Nagtegaal en Van Olffen elders in deze bundel, par 5.1.

Denkbaar zijn evenwel andere opvattingen, of opvattingen die strekken tot een analoge toepassing⁶⁶ van de wettelijke bepaling. Hetzelfde zal gelden voor de vraag naar toepasselijkheid van het adviesrecht van de ondernemingsraad onder de WOR.

Van een andere orde, onder andere vanwege het ontbreken van een bestuursautonomiebepaling in die situatie, is weer de besluitvorming rond de overdracht van vermogensbestanddelen aan een trust.

Met het oog hierop wil ik in deze paragraaf kort belichten wat mogelijke bezwaren zijn tegen een toepassing – direct of analoog – van de hiervoor genoemde rechten

64. B.F. Assink/W.J. Slagter 2013, par. 31.

65. Zie J.W. Winter, J.B. Wezeman & J.D.M. Schoonbrood, *Van de BV en de NV*, Deventer: Wolters Kluwer 2022 (hierna: Winter, Wezeman & Schoonbrood 2022), nr. 79.

66. Het standpunt van Klein Bronsvoot, Nagtegaal & Van Olffen dat er in sommige gevallen van zetelverplaatsing niet sprake is van een bestuursbesluit, zou aanleiding kunnen zijn voor het standpunt dat er in die situaties reden is voor een analoge toepassing van de wettelijke bepaling.

van de aandeelhoudersvergadering en de ondernemingsraad bij de besluitvorming rond beschermingsmaatregelen in oorlogsomstandigheden, of de eerdere voorbereiding ervan in een tijd dat oorlogsomstandigheden nog niet direct aan de orde zijn.

9.1 Snel en zelfstandig handelen van bestuur geboden

De in de memorie van toelichting bij de Rijkswet genoemde noodzaak voor het bestuur om snel en zelfstandig te kunnen handelen geldt niet alleen voor een zetelverplaatsing onder de Rijkswet, maar evenzo voor andere oorlogsbeschermingsmaatregelen, zoals een zetelverplaatsing onder de Wet ZDL en overdracht van vermogensbestanddelen aan een trust als bescherming tegen sanctiemaatregelen in de vrije wereld. Een dreigende oorlogssituatie kan snel escaleren. Oorlogsbeschermingsmaatregelen kunnen dan alleen met de nodige spoed worden getroffen, willen zij niet door de actuele situatie worden ingehaald. Dat is niet verenigbaar met een toepasselijkheid van de anders geldende betrokkenheid van aandeelhoudersvergadering en ondernemingsraad bij besluitvorming binnen de vennootschap.

9.2 Vertrouwelijkheid: bekendheid met oorlogsbeschermingsmaatregelen kan de effectiviteit aantasten

Uitgangspunt bij een verdediging tegen vijandelijk ingrijpen, is dat de vijand niet precies weet of, en welke, verdedigingsmechanismen in stelling kunnen worden gebracht. Dat geldt evenzo bij een bescherming van vermogensbestanddelen. Hierover moet geen openheid van zaken worden gegeven, net zomin als ten aanzien van (het of, hoe, wanneer en waarheen in) de plannen tot fysieke verplaatsing van productiematerieel van de onderneming.

In geval van betrokkenheid bij, of bekendheid met, oorlogsbeschermingsmaatregelen van de aandeelhoudersvergadering, is deze vertrouwelijkheid direct in het geding.

Voor wat betreft een bekendheid van de ondernemingsraad daarmee zal direct worden tegengeworpen dat artikel 20 WOR voorziet in een geheimhoudingsplicht die zich uitstrekt tot alle zaken- en bedrijfsgeheimen die de leden van de ondernemingsraad in hun hoedanigheid vernemen, alsmede tot alle aangelegenheden ten aanzien waarvan de ondernemer geheimhouding heeft opgelegd, of waarvan zij het vertrouwelijk karakter moeten begrijpen.⁶⁷

De vraag die evenwel opkomt is of gezien de hoegrootheid van belangen die in het geding zijn, en de situatie van oorlogsomstandigheden die toch buitengewoon is, met de mogelijkheid van infiltratie en spionageactiviteiten vanwege vijandelijke mogelijkheden, die geheimhoudingsbepaling voldoende bescherming biedt.

67. Winter, Wezeman & Schoonbrood 2022, nr. 75.

9.3 Onzekerheid van effectuering en onbestemdheid van duur van bescherming en van concrete oorlogsomstandigheden

In het algemeen zal bij de toepassing van artikel 2:107a BW, aan de aandeelhoudersvergadering tot in detail informatie moeten worden verschaft over welke activiteiten en welke ondernemingsonderdelen worden overgedragen, alsook wat de gevolgen van de beoogde transactie voor de overdragende vennootschap zullen zijn. Daarbij geldt dat de voorgelegde transactie veelal een uitwerking zal zijn van een al eerder aangekondigd voornemen tot afstoting van een belangrijk deel van de ondernemingsactiviteiten; bij beursvennootschappen zullen de gevolgen van de aankondiging op de aandelenkoers al een indicatie zijn van het gevoel van de kapitaalmarkt.

Dit is zoveel anders bij een plan, of een voorwaardelijk genomen besluit, tot zetelverplaatsing. De effectuering daarvan – zo daar al ooit sprake van is – vindt plaats onder omstandigheden die zich daardoor kenmerken dat ze in grote mate nog onbekend zijn. De onzekerheid betreft niet alleen de externe omstandigheden die tot een effectuering zullen leiden, maar ook de interne aspecten van het exacte onderwerp van te vervreemden activa; dit speelt ook bij voorbereidende plannen tot een overdracht aan een trust. Daarna plaatsvindende vennootschappelijke reorganisaties, acquisities of afstotingen van relevante ondernemingen en activa, vennootschappelijke reorganisaties van concernonderdelen, brengen mee dat de voorbereidingsmaatregelen rond de oorlogsbescherming met regelmaat zullen moeten worden geactualiseerd.⁶⁸ Leidt zo'n actualisering ertoe dat het geactualiseerde besluit opnieuw langs de aandeelhoudersvergadering c.q. de ondernemingsraad moet worden geleid, met alle bezwaren ook ten aanzien van vertrouwelijkheid die daaraan kleven? Of dient een eerste gang langs de aandeelhoudersvergadering of ondernemingsraad een mogelijkheid tot actualisering in de toekomst te bevatten, wat de onbestemdheid van het (voorgenomen) besluit alleen maar vergroot?

9.4 Veronderstelde tijdelijkheid van de maatregelen

Een wezenlijk kenmerk van de in dit preadvies behandelde maatregelen is dat ze bedoeld zijn als tijdelijke maatregel. Dit ligt besloten in de aard ervan: een bescherming bieden tegen invloed en usurpatie door vijandelijke mogendheden, en tegen behandeling als vijandelijk vermogen door bevriende mogendheden. Dit komt ook tot uiting in de terugkeerbepalingen van de Rijkswet en de Wet ZDL.⁶⁹ Zo ook in de terugkeerbepalingen die gebruikelijk zijn in een trustakte als hiervoor genoemd.

Hierbij past de kanttekening dat de tijdelijkheid van de beschermingsmaatregelen er niet aan afdoet dat bij de overdracht aan een trust volgens de daarbij gebruikelijke bepaling 'besmette' aandeelhouders van hun dividendrechten verstoken blijven.

68. Vergelijk de noodzaak tot periodiek onderhoud van staatsnoodrecht die Vink noemt: A.F. Vink, 'Nood vraagt om zijn eigen recht', *RMThemis* 2022, afl. 4.

69. Art. 9 e.v. Rijkswet resp. art. 4 e.v. Wet ZDL.

Voorts kan de tijdelijkheid van de beschermingsmaatregelen een uitgangspunt zijn, dat evenwel niet bewaarheid wordt in de loop der tijd, doordat aan de situatie van oorlogsomstandigheden vooralsnog geen einde komt.

Echter, de zetelverplaatsingswetten gaan uit van een tijdelijkheid van de maatregelen. Die tijdelijkheid vormt ook het uitgangspunt bij een overdracht van activa aan een trust als oorlogsbeschermingsmaatregel. Ik denk dat daarmee consistent is dat dit uitgangspunt ook wordt gehanteerd bij de vragen naar de rol van de aandeelhoudersvergadering en de ondernemingsraad bij besluiten tot zulke maatregelen.

Wat betreft de positie van de beknotting van rechten van ‘besmette’ aandeelhouders, stel ik ten slotte de retorische vraag of hun rechtspositie hier veel gewicht in de schaal zal moeten leggen.⁷⁰ Oogmerk van de hier behandelde maatregelen is juist om de rechten en invloeden van vijandelijke personen en entiteiten, of zij die onder invloed daarvan staan, te beperken.

9.5 Karakter van noodwetgeving

Wat betreft het instrument van zetelverplaatsing wijs ik op het volgende. In de parlementaire geschiedenis van de Wet ZDL, wordt de regeling gekwalificeerd als ‘noodwetgeving’. Deze kwalificatie zal in gelijke mate hebben te gelden voor de Rijkswet. Door deze kwalificatie wordt aangesloten bij het begrip noodwetgeving zoals dat de laatste tijd – mede door de recente toepassing van zulke wetgeving in de coronacrisis – weer in de belangstelling staat.

De literatuur over toepassing hiervan op het gebied van vennootschapsrecht, betreft met name de noodregels ter zake van afwijking van de wettelijke regels voor fysieke vergaderingen van organen van rechtspersonen.⁷¹ Zie meer algemeen over de toepassing van noodwetgeving in het heden en verleden de artikelen van Jansen en Vink.⁷²

Uit met name die laatste publicaties komt een aantal punten naar voren die dienstig kunnen zijn voor de identificatie van aspecten verbonden aan noodwetgeving. Daarbij dient direct aangetekend te worden dat het hier vooral gaat om wat men noemt ‘staatsnoodrecht’, dat bevoegdheden schept voor de regering om zonder voorafgaande betrokkenheid van de Staten-Generaal, provinciale of gemeentelijke overheden of van openbare lichamen, maatregelen te treffen om de noodsituatie

70. Een gerechtvaardigde vraag is hoe men zich de besluitvorming van een aandeelhoudersvergadering zou voorstellen als daar veel potentieel ‘besmette’ aandeelhouders van deel uitmaken die om die reden mogelijk niet meegaan in een voorgestelde beschermingsmaatregel.

71. Zoals de vergadering van aandeelhouders bij de N.V. Zie S. Rietveld & L.E. Stroeve, ‘De Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid’, *Maandblad voor Ondernemingsrecht* 2020, afl. 3/4, alsook M. van Olffen & C.R. Nagtegaal, ‘Tijdelijke wet COVID-19 – vergaderen rondom het coronavirus’, *Ondernemingsrecht* 2020/60.

72. C.J.H. Jansen, ‘Noodwetgeving en privaatrecht’, *NJB* 2020/1316, en van dezelfde auteur ‘De crisis van de jaren dertig van de vorige eeuw en het Nederlandse privaatrecht’, *RMThemis* 2022, afl. 2 (hierna: Jansen 2022), A.F. Vink, ‘Nood vraagt om zijn eigen recht’, *RMThemis* 2022, afl. 4.

het hoofd te bieden. Dit kan ook maatregelen betreffen die ingrijpen in privaatrechtelijke verhoudingen.⁷³

Ik betrek hierbij ook het ‘Ongevraagd advies, “van noodwet tot crisisrecht”’ van de Raad van State van 15 december 2021.⁷⁴ Rode draad in dit advies is om zo goed mogelijk een balans te vinden tussen effectiviteit en democratisch-rechtsstatelijke waarborgen.

Ook gelet op de constatering van de Raad van State dat materieel de grens tussen het staatsnoodrecht en het ‘gewone’ crisis- en noodrecht vervaagt,⁷⁵ denk ik dat genoemde balans voor noodwetgeving in vennootschapsrechtelijke verhoudingen kan worden vertaald in een balans tussen effectiviteit en democratisch-*vennootschapsrechtelijke* waarborgen, waarbij ik wat betreft dit laatste denk aan de waarborgen rond de bevoegdheidsverdeling in vennootschapsrechtelijk verband.

Belangwekkend is de constatering van de Raad van State dat het staatsnoodrecht potentieel een veel ruimer toepassingsgebied heeft dan situaties van een heel extreme noodtoestand, zoals een oorlog of een bezetting, en dat begrippen ‘uit- of inwendige veiligheid’ en ‘buitengewone omstandigheden’ in het staatsnoodrecht ruim worden uitgelegd.⁷⁶ Ik lees hierin de visie dat oorlogsomstandigheden een noodtoestand van de uiterste orde vormen.

Waar dat karakter van noodrecht wordt gehanteerd als argument om vraagtekens te zetten bij een onverkorte toepassing van de rechten van de algemene vergadering en van de ondernemingsraad in geval van besluiten rond oorlogsbeschermingsmaatregelen, strekt dat tot een korten van de rechten van voornoemde organen; ik vrees dat zo’n korten van rechten van bepaalde personen of instanties inherent is aan noodwetgeving. Zie Janssen waar hij schrijft dat crisiswetgeving voor slachtoffers zorgt.⁷⁷ Dit wordt gevegd door het algemeen belang, dat verder gaat dan het individuele vennootschapsbelang; de oorlogsbeschermingsmaatregelen strekken er immers ook vanuit nationaal belang toe dat bezittingen van Nederlandse ondernemingen worden beschermd tegen invloed en usurpatie door de vijand, en tegen sanctiemaatregelen van bevriende mogendheden.

9.6 Aanvullende noodwetgeving op dit punt gewenst

In voorgaande paragrafen zijn een aantal aspecten en argumenten genoemd die, met name in gezamenlijkheid bezien, een pleidooi vormen om bij de besluitvorming van een vennootschap rond zetelverplaatsing of overdracht van activa aan een buitenlandse trust als oorlogsbeschermingsmaatregel, de regeling van artikel 2:107a BW en het adviesrecht onder de WOR, niet van toepassing te laten zijn.

73. Zie Jansen 2022.

74. Uitgebracht naar aanleiding van de aankondiging van de regering na de coronacrisis om met een standpunt te komen over herziening van het staatsnoodrecht (bijlage bij *Kamerstukken II 2021/22*, 29668, nr. 65).

75. Advies Raad van State 2021, p. 2.

76. Advies Raad van State 2021, par. 2.5.

77. Jansen 2022, p. 61.

Of dat reeds van rechtswege zo is, is niet boven twijfel verheven. Een wettelijke basis hiervoor zou wenselijk zijn.⁷⁸

9.7 Wijziging vennootschappelijk statuut na zetelverplaatsing; overdracht aan trust onder ander regime

Ten slotte wil ik in dit verband er nog op wijzen dat zodra een zetelverplaatsing naar bijvoorbeeld de Nederlandse Antillen effectief is geworden, Nederlands recht niet langer op de organisatie van de vennootschap van toepassing is; de governance van de vennootschap wordt dan beheerst door het toepasselijke Antilliaanse recht. Voor zover mij bekend komt daar niet een met ons artikel 2:107a BW vergelijkbare regeling voor; evenmin kent men daar een uitgebreid adviesrecht voor een ondernemingsraad.⁷⁹

Dit betekent dat indien een beschermingsplan zo wordt opgetuigd dat eerst de zetelverplaatsing effectief wordt, en pas daarna sprake is van een bestuursbesluit tot overdracht van activa aan een buitenlandse trust, men niet toekomt aan voornoemde bepalingen van Nederlands recht.

Bij zo'n opzet dient men zich wel te bedenken dat onder omstandigheden de overdracht van activa aan een trust eerder geboden kan zijn dan dat er sprake is (of wettelijk kan zijn) van een zetelverplaatsing, omdat bevriende mogendheden het standpunt innemen dat er reeds sprake is van omstandigheden die nopen tot de toepasselijkheid van sanctiebepalingen.

10 Afronding

Zetelverplaatsing en overdracht van belangrijke vermogensbestanddelen aan een buitenlandse trust – als bedoeld in dit preadvies – zijn in wezen noodmaatregelen bestemd voor noodsituaties van oorlog en vergelijkbare omstandigheden. Zij strekken ertoe Nederlandse vennootschappen en in het buitenland gelegen vermogensbestanddelen van Nederlandse vennootschappen, buiten de greep van de vijand te houden, als ook buiten de reikwijdte van sanctiemaatregelen (zoals sekwestratie en confiscatie) van bevriende mogendheden.

In dit preadvies zijn enige contouren geschetst van beide categorieën beschermingsmaatregelen. Een blik op het sanctierecht van de VS over een langere periode bezien, leert dat in de praktijk hier ruime discretionaire bevoegdheden toekomen aan – en worden genomen door – de president van de Verenigde Staten. Ook gezien het politieke karakter van de maatregelen, is niet goed aan te geven waar in de praktijk de grenzen daarvan zullen liggen. Een beeld van de exacte vormgeving en 'timing' van effectuering van oorlogsbeschermingsmaatregelen wordt verder bemoeilijkt door nieuwe vormen van oorlogsvoering waarmee de wereld wordt

78. Zie ook preadvies Klein Bronsvooort, Nagtegaal en Van Olffen elders in deze bundel, nr. 6.3.

79. Zie over Antilliaans vennootschapsrecht o.a. W.J.M. van Veen, *De NV en VBA naar Arubaans recht* (Serie Recht en Praktijk – Ondernemingsrecht, nr. 1), Deventer: Wolters Kluwer 2020, en van dezelfde auteur: 'Een kijkje over grenzen. Flexibilisering van het vennootschapsrecht in de "Dutch Caribbean"', *WPNR* 2022/7390, p. 826 e.v.

geconfronteerd. In dit preadvies heb ik een aantal voorzetten voor aspecten van vormgeving van beide categorieën beschermingsmaatregelen gedaan en in dat kader naar voren komende vragen benoemd.

Op zich is het beeld van mogelijk relevante Nederlandse regelgeving helder, maar daar speelt ons parten dat de gebruikelijke regelgeving die ziet op de belangen van stakeholders bij besluitvorming door het bestuur, niet goed past bij de voorbereiding en effectuering van beschermingsmaatregelen, en niet goed aansluit bij het karakter daarvan van noodmaatregel bestemd voor een noodsituatie. Een aantal van deze regels zijn hier belicht, gevolgd door argumenten waarom die niet onverminderd van toepassing kunnen en zouden moeten zijn.

Zetelverplaatsing en oorlogsdreiging

Mr. drs. T.J.C. Klein Bronsvort, mr. C.R. Nagtegaal, prof. mr. M. van Olffen*

1 Inleiding

Rechtspersonen ontleen hun bestaan aan het recht dat hen beheerst. Dat rechtspersonen bij wetsfictie bestaan, maakt hen kwetsbaar in geval van grote politieke instabiliteit. In geval van oorlog of vergelijkbare situaties bestaat immers het risico dat een vijandige mogendheid invloed verkrijgt over de Nederlandse jurisdictie en daarmee, via wetgevende macht of invloed op andere instituties, op Nederlandse rechtspersonen en hun ondernemingen. Vriendelijke jurisdicties, op hun beurt, kunnen op die situatie reageren door Nederlandse rechtspersonen, omdat zij in geval van bezetting mogelijk (gedwongen) dienstig kunnen zijn aan de vijandige mogendheid, als ‘vijandig’ aan te merken en aan sancties te onderwerpen. Het vennootschappelijk belang kan in geval van oorlog of dreiging daarvan daarom gediend zijn met het verlaten van de Nederlandse jurisdictie en een vestiging in een veilige jurisdictie. Doordat Nederland het incorporatiestelsel toepast is het mogelijk een dergelijke verplaatsing tot stand te brengen door een zetelverplaatsing.¹ Een dergelijke zetelverplaatsing zal in de regel ook het Nederlands belang dienen door ervoor te zorgen dat Nederlandse ondernemingen niet ter beschikking komen te staan van de bezetter en zoveel mogelijk gespaard blijven met het oog op eventuele terugkeer naar Nederland in veiligere tijden.

In dit preadvies bespreken wij de mogelijkheden die Nederlandse rechtspersonen hebben om de Nederlandse jurisdictie te ontvluchten door een andere nationaliteit aan te nemen in geval van oorlogsdreiging of vergelijkbare omstandigheden onder de Rijkswet vrijwillige zetelverplaatsing van rechtspersonen (de ‘Rijkswet’) – welke zetelverplaatsing binnen het Koninkrijk mogelijk maakt – en de Wet zetelverplaatsing derde landen (de ‘Wet ZDL’) – welke zetelverplaatsing naar ieder derde land mogelijk maakt. Deze bestaande regelingen zijn in verschillende tijdspannen tot stand gekomen met de ervaringen van de Tweede Wereldoorlog, en de dreiging van de Koude Oorlog, in gedachten. De regelingen verschillen derhalve op verschillende onderdelen van elkaar. Wij bespreken enkele belangrijke verschillen. Omdat

* Tijmen Klein Bronsvort is kandidaat-notaris en partner bij De Brauw Blackstone Westbroek N.V. Casper Nagtegaal is kandidaat-notaris en partner bij De Brauw Blackstone Westbroek N.V. en als gastonderzoeker verbonden aan het Van der Heijden Instituut. Martin van Olffen is oud-notaris te Amsterdam en hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Radboud Universiteit.

1. We gebruiken in dit preadvies de term zetelverplaatsing zoals dat begrip ook wordt gebruikt in de regelingen die wij bespreken. Tegenwoordig wordt een wisseling van het op de vennootschap toepasselijke recht doorgaans aangeduid als een grensoverschrijdende omzetting.

dreigingen van vandaag en mogelijke dreigingen in de toekomst een ander karakter kunnen hebben dan de dreigingen van weleer, staan wij tevens stil bij enkele knelpunten en mogelijkheden tot verbetering.

2 Een korte geschiedenis

2.1 Rijkswet 1940

Minder dan drie maanden na de Duitse inval in Polen in 1939, publiceerden de Ministers van Financiën en Koloniën een voorstel voor een wettelijke regeling die het voor in het Koninkrijk gevestigde vennootschappen mogelijk zou maken hun plaats van vestiging naar een ander gebiedsdeel van het Koninkrijk² te verplaatsen.³ Vlak voor de Duitse inval in Nederland trad deze wet (de 'Rijkswet 1940') in werking.⁴

Hoewel in de considerans van het wetsonderwerp werd geconstateerd dat *'met het oog op de huidige omstandigheden bijzondere voorzieningen wenschelijk zijn'*, schreef de voorgestelde regeling niet voor dat de zetelverplaatsing ingegeven moest zijn door de oorlogsdreiging. Dit omdat er door de ministers *'reeds sedert geruimen tijd een drang, voortgekomen uit het bedrijfsleven'* gevoeld werd om, ongeacht eventuele oorlogsdreiging, de wijziging van de plaats van vestiging naar een ander deel van het Koninkrijk mogelijk te maken. Ook voerden de ministers aan dat een dergelijk voorschrift tot rechtsonzekerheid zou leiden.⁵ De Tweede Kamer bracht echter naar voren dat de voorgestelde regeling die het bestuur de bevoegdheid gaf de plaats van vestiging te wijzigen en in dat verband de statuten te wijzigen onder de bijzondere omstandigheden van dat moment weliswaar gerechtvaardigd kon zijn, maar daarbuiten te zeer afbreuk zou doen aan de rechten van aandeelhouders. Deze discussie resulteerde in het compromis dat de door de wet voorgeschreven goedkeuring of bekrachtiging van overheidswege zou moeten worden onthouden respectievelijk worden ingetrokken *'indien niet aannemelijk is, dat de wijziging (...), beschouwd in verband met de huidige omstandigheden, door het belang der naamloze vennootschap geboden wordt'*.⁶ Daarnaast werd bepaald dat vóór 1 januari 1943 een nieuw wetsvoorstel aan de Staten-Generaal zou worden voorgelegd met een evenwichtiger regeling, en dat Rijkswet 1940 per 1 januari 1944 zou vervallen.⁷ Waarschijnlijk omdat de oorlog langer duurde dan men in 1940 had willen voorzien, werd de duur van de wet eind 1943 voor onbepaalde tijd verlengd door de Nederlandse regering in ballingschap.⁸

2. De regeling voorzag op verzoek van de Gouverneur-Generaal van Nederlands-Indië ook in een vereenvoudigde verplaatsing van de plaats van vestiging binnen een gebiedsdeel (*Kamerstukken II 1939/40, 175, nr. 3, p. 1*).

3. *Kamerstukken II 1939/40, 175, nr. 2*.

4. De wet is op 26 april 1940 in het Staatsblad gepubliceerd (*Stb. 1940, 200*) om vervolgens bij Koninklijk Besluit van 7 mei 1940 (*Stb. 1940, 282*) per 8 mei 1940 in werking te treden.

5. *Kamerstukken II 1939/40, 175, nr. 7, p. 3*.

6. Art. 5 Rijkswet 1940.

7. Art. 23 Rijkswet 1940.

8. Besluit van 23 december 1943 (*Stb. D 57*).

Dat de Rijkswet 1940 sprak van de wijziging van de plaats van vestiging illustreert dat de wetgever hierbij van het werkelijke zetelstelsel uitging.⁹ De memorie van toelichting benoemt dan ook dat de oorlogsdreiging het wenselijk kan maken ‘het bestuurscentrum’ over te brengen, waarbij ‘allereerst aan de vele gevallen [word gedacht], waarin het bedrijf, dat door een N.V. wordt uitgeoefend, ligt in een ander gebiedsdeel dan dat, waarin die zetel en de hoofdleiding der vennootschap zijn gevestigd’.¹⁰ De wetgever had dus primair het oog op het zekerstellen van de continuïteit van de bedrijfsvoering in de koloniën, maar ook andere Nederlandse N.V.’s hebben van de regeling gebruik gemaakt. Philips N.V., die haar plaats van vestiging op 9 mei 1940 naar Willemstad verplaatste, is daarbij een vaak genoemd voorbeeld.¹¹

De Rijkswet 1940 is vervallen met de inwerkingtreding van de hierna te bespreken Rijkswet. De memorie van toelichting bij die Rijkswet benoemt eufemistisch dat de Rijkswet 1940 in de ‘moeilijke jaren’ na afloop van de Tweede Wereldoorlog, behalve voor rechtspersonen die wilden terugkeren naar Nederland, ook van belang is gebleken voor in Nederlands-Indië opgerichte rechtspersonen die vanwege ‘politieke beroering’ hun bestuurscentrum naar het ‘moederland’ wilden verplaatsen.¹² Na afloop van de Tweede Wereldoorlog was de overheid, bij het goedkeuren of bekrachtigen van de wijziging van vestigingsplaats, bereid gebleken een ruime interpretatie aan het in de Rijkswet 1940 opgenomen begrip ‘de huidige omstandigheden’ te geven door daar ook de Indonesische Onafhankelijkheidsoorlog onder te scharen.¹³

2.2 Rijkswet vrijwillige zetelverplaatsing van rechtspersonen

In 1964 werd een voorstel voor een nieuwe Rijkswet gepubliceerd die de Rijkswet 1940 zou vervangen en nog steeds geldt.¹⁴ De systematiek van de Rijkswet 1940 werd daarbij grotendeels gehandhaafd.¹⁵ Dit komt ook tot uitdrukking in de gebruikte terminologie. Zo spreekt de Rijkswet nog over de ‘overbrenging van de plaats van vestiging’, waarmee inmiddels (enkel) de statutaire zetel werd bedoeld. Het valt op dat bij de parlementaire behandeling geen aandacht is besteed aan het feit dat Nederland inmiddels de incorporatieleer volgde. Het primaire doel van de Rijkswet 1940 was te faciliteren dat het bestuurscentrum, de feitelijke zetel, kon

9. Er heeft lange tijd onduidelijkheid bestaan over de vraag of Nederland het werkelijke zetelstelsel of het incorporatiestelsel volgde. Zie hierover E.C. Henriquez die concludeert dat deze discussie in 1959 werd beslist door de ‘Wet van 25 juli 1959 houdende uitvoering van het op 1 juni 1956 te ’s-Gravenhage gesloten Verdrag nopens de erkenning van de rechtspersoonlijkheid van vreemde vennootschappen, verenigingen en stichtingen’ (Stb. 1959, 256). E.C. Henriquez, *Het vennootschapsstatuut* (diss. Amsterdam UvA), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1961, p. 64.

10. *Kamerstukken II* 1939/40, 175, nr. 3, p. 1.

11. De bezetter legde zich overigens niet neer bij deze verhuizing. Het online-archief van NRC Handelsblad bevat een bericht van 6 januari 1942 met als titel ‘Philips’ gloeilampenfabrieken – zetelverplaatsing naar Curaçao nietig verklaard’ met de zakelijke mededeling dat op 8 december 1941 de Secretaris-Generaal van het Departement van Handel, Nijverheid en Scheepvaart de zetelverplaatsing, en alle op de zetelverplaatsing berustende maatregelen en daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen nietig heeft verklaard.

12. *Kamerstukken II* 1964/65, 8022, nr. 3, p. 1.

13. Een ruime interpretatie was ook nodig omdat de regeling niet voorzag in een terugkeerregeling in vredetijd, dit terwijl rechtspersonen natuurlijk juist wilden terugkeren nadat de omstandigheden die het vertrek hadden gerechtvaardigd zich niet meer voordeden.

14. Met beperkte wijzigingen met name vanwege de staatskundige veranderingen binnen het Koninkrijk.

15. *Kamerstukken II* 1964/65, 8022, nr. 3, p. 6.

worden verplaatst. Onder het incorporatiestelsel is daar geen wijziging van het op de vennootschap toepasselijke recht voor nodig.¹⁶ De Rijkswet bevat ook nog een regeling op grond waarvan rechtspersonen hun plaats van vestiging binnen eenzelfde deel van het Koninkrijk kunnen verplaatsen.^{17, 18} Op grond van deze regeling kan een Nederlandse N.V. bijvoorbeeld haar statutaire zetel van Rotterdam naar Amsterdam verplaatsen.^{19, 20} De regeling in de Rijkswet 1940 die toestond de plaats waar algemene vergaderingen gehouden kunnen worden te wijzigen, is echter niet behouden.²¹ Een dergelijke regeling zou juist nog wel betekenis kunnen hebben binnen het incorporatiestelsel, met name indien zo'n regeling ook voor de N.V. de mogelijkheid zou introduceren aandeelhoudersvergaderingen buiten Nederland te houden.²² In paragraaf 3 beschrijven wij de Rijkswet in meer detail.

2.3 Wet zetelverplaatsing derde landen

In 1992 werd een voorstel voor de Wet ZDL gepubliceerd. In de memorie van toelichting werd geconstateerd dat veel vennootschappen de noodmaatregel van de Rijkswet op prijs stellen, maar dat het niet ondenkbaar is dat *'als het ene deel van het Koninkrijk moet worden ontvlucht, ook een ander deel van het Koninkrijk geen veilig toevluchtsoord biedt'* en dat een ruimere uitwijkmogelijkheid daarom gewenst zou zijn. Daarbij speelde een rol dat Antilliaanse rechtspersonen al sinds 1986 hun zetel naar derde landen konden verplaatsen, zodat Nederlandse rechtspersonen op ba-

16. Bijzondere gevallen daargelaten, zo bevat de Wet op het financieel toezicht (Wft) voor diverse financiële ondernemingen het voorschrift dat een statutair in Nederland gevestigde onderneming zijn hoofdkantoor in Nederland moet hebben. Een ander voorbeeld betreft de SE, SCE en EESV met statutaire zetel in Nederland, die ieder hun hoofdbestuur in Nederland dienen te hebben.

17. Art. 12 Rijkswet.

18. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat Van der Grinten de vraag had opgeworpen of een zetelverplaatsing binnen een land wel bij Rijkswet geregeld moet worden. De minister antwoordde dat dit vereist is nu art. 38 lid 4 Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden bepaalt dat in het onderwerp van de zetelverplaatsing van rechtspersonen bij Rijkswet wordt voorzien (*Kamerstukken II 1964/65, 8022, nr. 7, p. 1 en nr. 8*). Een kennelijke vergissing, nu dit zou betekenen dat vennootschappen niet anders dan overeenkomstig de Rijkswet hun statutaire zetel binnen een land zouden kunnen verplaatsen.

19. De regeling doet denken aan de exodus van statutair in Catalonië gevestigde bedrijven onder de dreiging van een mogelijk aanstaande Catalaanse onafhankelijkheidsverklaring in 2017. Bij wijze van noodverordening faciliteerde de Spaanse overheid dat het bestuur tot zo'n zetelverplaatsing kon besluiten (*Real Decreto-ley 15/2017, de 6 de octubre, de medidas urgentes en materia de movilidad de operadores económicos dentro del territorio nacional*).

20. Naar de letter maakt deze bepaling het sinds 10 oktober 2010 mogelijk dat een vennootschap met statutaire zetel in het Europese deel van Nederland haar zetel naar een van de BES-eilanden verplaatst. Op grond van art. 18 Rijkswet zou daarbij *a contrario* kunnen worden geconcludeerd dat een dergelijke wijziging *niet* leidt tot een wijziging van het toepasselijk recht, daarvan is immers alleen sprake als de zetel naar een ander deel van het Koninkrijk wordt verplaatst. Deze lezing verhoudt zich echter niet met de historie van de bepaling. Overigens lijkt de wetgever ook niet voorzien te hebben dat sinds de staatskundige hervormingen in 2010, zetelverplaatsing *met* rechtsvormwijziging tussen het Europese deel en de Caribische delen van Nederland niet langer mogelijk is.

21. Art. 11 Rijkswet 1940.

22. De vraag of de wet verplicht tot het houden van fysieke vergadering op bezet gebied, roept herinneringen op aan vergelijkbare vragen die tijdens de corona-epidemie speelden voor inwerkingtreding van de Spoedwet COVID-19. Net als toen, zouden wij concluderen dat de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 lid 2 BW) de mogelijkheid, en onder omstandigheden de opdracht, meebrengt om de algemene vergadering zodanig te organiseren dat de continuïteit van de vennootschap en de veiligheid van de vergadergerechtigden niet in gevaar worden gebracht. Zie hierover C.R. Nagtegaal, 'Het coronavirus en de algemene vergadering', *Ondernemingsrecht* 2020/61.

sis van de Rijkswet via de Antillen ook naar die derde landen konden verhuizen. Vanzelfsprekend moesten die derde landen dan wel bereid zijn de vennootschap te ontvangen.²³ Van de Antilliaanse regeling kon ook buiten oorlogstijd gebruik worden gemaakt. In de memorie van toelichting werd aandacht besteed aan de vraag of de Nederlandse regeling ook buiten de bijzondere omstandigheden zou moeten worden gefaciliteerd. Volgens de minister bestond er geen behoefte aan zo'n regeling, die bovendien meer antisimisbruikbepalingen zou moeten bevatten.²⁴

De Tweede Kamer vroeg ook of er niet meer behoefte bestond aan een regeling op grond waarvan niet-Nederlandse vennootschappen naar Nederland konden verhuizen, nu anderen '*vermoedelijk Nederland als een van de veiligste landen van vestiging [beschouwen]*'.²⁵ De minister antwoordde dat niet was gebleken dat het Nederlandse bedrijfsleven hier behoefte aan zou hebben en dat een dergelijke regeling onder meer als nadeel zou hebben dat allerlei '*malafide ondernemers*' naar Nederland zouden kunnen komen.²⁶

3 De Rijkswet

3.1 Toepassingsbereik

De Rijkswet staat open voor alle Nederlandse rechtspersonen.²⁷ Zetelverplaatsing is mogelijk wanneer het aannemelijk is dat de zetelverplaatsing in het belang van de vennootschap is vanwege '*oorlog, onmiddellijk oorlogsgevaar, revolutie of daarmee vergelijkbare buitengewone omstandigheden*'.²⁸ We spreken hierna verkort over een 'oorlogssituatie'. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de wetgever voor een open norm heeft gekozen omdat hij het niet mogelijk achtte alle situaties waarvoor de wet bedoeld is exact te omschrijven.²⁹

3.2 Procedure

Lid 2 van de inleidende algemene bepaling vormt de kern van de Rijkswet: indien de plaats van vestiging (statutaire zetel) van een rechtspersoon wijzigt overeenkomstig de Rijkswet, dan verkrijgt die rechtspersoon 'de staat' van een naar het recht

23. In de memorie van toelichting wordt aandacht besteed aan de vraag of een zetelverplaatsing naar derde landen ook buiten de bijzondere omstandigheden zou moeten worden gefaciliteerd. Volgens de minister bestond er geen behoefte aan zo'n regeling, die bovendien meer antisimisbruikbepalingen zou moeten bevatten (*Kamerstukken II 1964/65, 8022, nr. 3, p. 2*).

24. Vanwege de implementatie van de Mobiliteitsrichtlijn kwam de vraag op of er behoefte bestaat aan een regeling voor statutaire zetelverplaatsing naar landen buiten de EEG. De Minister voor Rechtsbescherming heeft de expertgroep modernisering NV-recht gevraagd hier advies over uit te brengen (*Kamerstukken II 2022/23, 29752, nr. 17*). In de tussentijd kunnen B.V.'s en N.V.'s zich al wel op grond van Titel 7A Boek 2 BW grensoverschrijdend omzetten binnen de EEG, welke omzetting de eerste stap van een paardensprong naar een land buiten de EEG kan zijn. Zie hierover L.G. Buiten & M.A. Wielinga Carvajal, 'Hink-stap-sprong: hoe een beursgenoteerde vennootschap Europa kan verlaten', *Tijdschrift voor Ondernemingsrecht* 2023/66.

25. *Kamerstukken II 1993/94, 23316, nr. 4, p. 1*.

26. *Kamerstukken II 1993/94, 23316, nr. 5 en 7*. Zie voor een kritische beschouwing op deze redenering, die van weinig internationale solidariteit getuigt, J.W. Bellingwout, *Zetelverplaatsing van rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1996, p. 78.

27. Art. 1 lid 1 Wet ZDL voor de B.V. en de N.V. en art. 15 Wet ZDL voor de overige rechtspersonen.

28. Art. 6 lid 1 sub a Rijkswet.

29. *Kamerstukken II 1964/65, 8022, nr. 3, p. 13*.

van het land van aankomst bestaande rechtspersoon.³⁰ Het toepasselijk recht volgt daarmee de statutaire zetel. De verplaatsing van de zetel komt tot stand door een wijziging van de statuten bij notariële akte (de Rijkswet spreekt van een wijziging van de akte van oprichting).³¹ Bij die statutenwijziging moeten ook de andere statutaire bepalingen worden aangepast aan het recht dat de rechtspersoon na de zetelverplaatsing beheerst. Daarnaast kunnen ook andere aanpassingen in de statuten gemaakt worden, en kunnen in de akte bestuurders worden benoemd.³²

De Rijkswet kent een bijzondere systematiek. De wet spreekt niet van wie bevoegd is tot statutenwijziging te besluiten, maar van wie bevoegd is de statuten te wijzigen. De Rijkswet kent hier een flexibele benadering. In de eerste plaats is er flexibiliteit ten aanzien van wie de statuten kan wijzigen. Naast de algemene vergadering, is ook het bestuur bevoegd de statuten te wijzigen.³³ Daarnaast is iedere bestuurder bevoegd de statuten te wijzigen.³⁴ Ook zijn zij die tot het beheer van de vennootschap bevoegd zijn in geval van ontstentenis of belet van bestuurders hier toe bevoegd, ongeacht of er daadwerkelijk sprake is van belet.³⁵ Ten slotte kunnen zowel het bestuur als de algemene vergadering bij notariële akte de bevoegdheid de statuten te wijzigen verlenen aan een daarin aangewezen (rechts)persoon. Het kan hierbij zowel om een bij naam genoemde persoon als om een benoeming in kwaliteit gaan.³⁶ De memorie van toelichting bevat een spitsvondige toelichting op hoe de hiervoor genoemde bevoegdheden juridisch geduid moeten worden. Het gaat hier niet om een machtiging of volmacht, de betreffende persoon handelt *ten behoeve van de vennootschap*, maar *in eigen naam*. Hij handelt dus niet namens de vennootschap. Dit geldt ook voor de andere hiervoor genoemde organen en individuen.³⁷ Daarom spreekt de Rijkswet ook niet van het besluiten tot statutenwijziging maar, zoals hiervoor reeds opgemerkt, over het wijzigen van de statuten. In de memorie van toelichting wordt het belang van deze kwalificatie toegelicht. Door te bepalen dat in eigen naam wordt gehandeld, en niet namens de vennootschap, wordt beoogd te bewerkstelligen dat buitenlandse wettelijke regelingen ingericht tegen handelingen van rechtspersonen in vijandig gebied geen doel treffen zolang de aangewezen persoon zelf buiten de macht van de vijand is. Zo wordt voorkomen dat een zetelverplaatsing door een buitenlandse mogendheid als ongeldig beschouwd wordt als gevolg van bijvoorbeeld tegen de Nederlandse vennootschap uitgeroepen sancties.

30. Art. 18 lid 1 Rijkswet bepaalt hetzelfde.

31. Art. 1 en art. 2 lid 1 Rijkswet.

32. Art. 6 lid 1 sub c en art. 1 lid 8 Rijkswet.

33. Art. 1 lid 2 Rijkswet.

34. Art. 1 lid 6 sub a Rijkswet, tenzij er – kortgezegd – een derde is aangewezen, zonder dat die aanwijzing later ingetrokken is, en daarvan mededeling is gedaan.

35. Art. 1 lid 6 sub b Rijkswet, tenzij er – kortgezegd – een derde is aangewezen, zonder dat die aanwijzing later ingetrokken is, en daarvan mededeling is gedaan.

36. *Kamerstukken II* 1964/65, 8022, nr. 3, p. 9.

37. In het bijzonder de figuur waarin een orgaan van de vennootschap 'in eigen naam' optreedt is opmerkelijk. Nu het bestuur of de algemene vergadering geen rechtspersoonlijkheid heeft en in die zin niet in eigen naam kan handelen, lijkt een partij-akte niet mogelijk. Al was het maar omdat niet aan de vereisten van art. 40 lid 2 Wet op het notarisambt kan worden voldaan. Art. 21 Rijkswet bevestigt dat de akten de vorm van een proces-verbaal akte kunnen hebben.

Ten tweede biedt de Rijkswet de mogelijkheid de zetelverplaatsing al in grote mate voor te bereiden in vredestand. Als hoofdregel treedt de statutenwijziging in werking met ingang van de dag waarop de akte is verleden, tenzij daarvoor in de akte een later tijdstip is bepaald.³⁸ Uit de tekst van de wet lijkt daarmee te volgen dat de zetelverplaatsing terugwerkt tot het begin van de dag (00:00 uur) waarop de akte is verleden. Uit de wetsgeschiedenis blijkt niet of dit ook zo bedoeld is. Om rechts-onzekerheid te voorkomen zal het wenselijk zijn geen onduidelijkheid te laten bestaan over het moment van inwerkingtreding van de wijziging. Daarbij zal vanuit het oogpunt van rechtszekerheid een tijdstip in het verleden, indien dit inderdaad toegestaan zou zijn, doorgaans niet de voorkeur hebben. Het is ook mogelijk om in de akte te bepalen dat de inwerkingtreding van de statutenwijziging afhankelijk is van de vervulling van een voorwaarde. Bijvoorbeeld de verklaring van een in de akte aangewezen persoon dat de statutenwijziging in werking treedt. Dit kan ook een potestatieve voorwaarde zijn, waarbij de partij die de voorwaardelijke zetelverplaatsing bewerkstelligt dit doet onder de voorwaarde van een door die persoon zelf af te geven verklaring.³⁹ Wanneer de zetelverplaatsing voorwaardelijk is, dient één van de voorwaarden te zijn dat sprake is van de in artikel 6 lid 1 sub a Rijkswet bedoelde omstandigheden; kort gezegd van een oorlogssituatie. Deze voorwaarde kan nader worden gespecificeerd, zo kan bijvoorbeeld worden bepaald dat de voorwaarde pas in vervulling gaat wanneer Nederland de oorlog heeft verklaard of aan Nederland de oorlog is verklaard. Het is ook mogelijk enkel als voorwaarde op te nemen dat een situatie als bedoeld in artikel 6 lid 1 onder a Rijkswet zich voordoet, dus zonder tweede al dan niet potestatieve voorwaarde. Dat lijkt echter onwenselijk, nu het niet altijd eenvoudig te bepalen zal zijn op welk moment die voorwaarde dan exact in vervulling is gegaan.

3.3 Machtiging

Uitgangspunt is dat de akte van statutenwijziging wordt verleden na goedkeuring van de bevoegde autoriteit in het land van vertrek (voor Nederland de Minister van Justitie en Veiligheid).⁴⁰ Indien de statutenwijziging zonder voorafgaande goedkeuring wordt verleden, is het mogelijk deze te laten bekrachtigen in het land van aankomst. Indien deze bekrachtiging wordt geweigerd heeft dit geen terugwerkende kracht.⁴¹ Daarnaast kan een reeds verleende toestemming of bekrachtiging worden ingetrokken, ook dit heeft geen terugwerkende kracht.⁴²

De bevoegde autoriteit kan de gevraagde toestemming of bekrachtiging enkel weigeren op grond van de in artikel 6 lid 1 Rijkswet genoemde gronden. Kort gezegd indien (i) de statutenwijziging niet voorwaardelijk is aan het intreden van een oorlogssituatie die maakt dat de zetelverplaatsing geboden is, of van kracht werd

38. Art. 2 lid 2 Rijkswet.

39. *Kamerstukken II* 1964/65, 8022, nr. 3, p. 1. In de memorie van toelichting wordt de suggestie gedaan dat de vennootschap deze verklaring kan afgeven. Gelet op het hiervoor genoemde belang dat bij de zetelverplaatsing niet namens de vennootschap wordt gehandeld, lijkt het de voorkeur te hebben de vennootschap niet te betrekken bij het in vervulling doen gaan van de voorwaarde.

40. Art. 3 lid 1 Rijkswet. Zie voor de praktische aspecten voor het verkrijgen van deze machtiging de website van de dienst Justis van het Ministerie van Justitie en Veiligheid.

41. Art. 5 lid 2 Rijkswet.

42. Art. 7 Rijkswet.

zonder dat er sprake was van een oorlogssituatie die de zetelverplaatsing gebod, (ii) de statutenwijziging tot stand is gekomen op een wijze die in strijd is met de Rijkswet of de nationale wetgeving of (iii) indien de statuten van de rechtspersoon zoals deze luiden na de zetelverplaatsing in strijd zijn met het recht van het land van aankomst.

Indien de bevoegde autoriteit de bekrachtiging weigert of haar instemming intrekt omdat er naar haar oordeel geen sprake was van een oorlogssituatie, leidt dit er niet toe dat de zetelverplaatsing nietig is. Dit draagt vanzelfsprekend bij aan de rechtszekerheid. Indien in de akte van statutenwijziging was bepaald dat de statutenwijziging (onder meer) voorwaardelijk was aan een oorlogssituatie, dan zou echter alsnog de vraag gesteld kunnen worden of die voorwaarde dan wel in vervulling was gegaan. Zou dit niet zo zijn, dan zou mogelijk alsnog geconcludeerd moeten worden dat de zetelverplaatsing niet tot stand is gekomen. Een dergelijke lezing zou echter alsnog de rechtsonzekerheid doen ontstaan die de wetgever juist wilde wegnemen. Gesterkt door de memorie van toelichting, concluderen wij dat een zetelverplaatsing niet nietig kan zijn enkel omdat de in artikel 6 lid 1 sub a Rijkswet genoemde omstandigheden zich niet voordeden.⁴³

3.4 Terugplaatsing

Artikel 9 Rijkswet maakt het mogelijk dat de zetel van de B.V. of N.V. weer wordt teruggebracht naar het deel van het Koninkrijk dat de betreffende rechtspersoon eerder overeenkomstig de Rijkswet verliet. Artikel 17 Rijkswet regelt hetzelfde voor de overige rechtspersonen. Deze terugplaatsing is ook, of beter gezegd juist, mogelijk in vredetijd. Tot terugplaatsing zijn de algemene vergadering en het bestuur van de B.V. en N.V. bevoegd. Bij overige rechtspersonen is opvallenderwijs alleen het bestuur bevoegd. Ook kan terugplaatsing enkel nadat de bevoegde autoriteit daarvoor een machtiging heeft verleend. Deze machtiging kan niet achteraf worden verkregen. De memorie van toelichting vermeldt daarnaast dat het bij terugplaatsing niet mogelijk is om in de notariële akte op te nemen dat de statutenwijziging effectief wordt op het moment dat één of meer voorwaarden in vervulling zijn gegaan.⁴⁴ Dat de Rijkswet hier niet expliciet in voorziet met betrekking tot de terugplaatsing, lijkt ons echter onvoldoende grondslag om te concluderen dat 'uit de wet of uit de aard van de rechtshandeling' voortvloeit dat deze statutenwijziging niet onder een voorwaarde of tijdsbepaling kan geschieden.⁴⁵

Hoewel de wetgever inzag dat de terugplaatsing doorgaans niet onder gelijke tijdsdruk zou plaatsvinden zijn geen extra waarborgen getroffen ter bescherming van schuldeisers en andere belanghebbenden, behalve dat de toets of het 'aannemelijk is dat de wijziging in het belang der vennootschap' is mogelijk meer ruimte laat voor de weging van de belangen van betrokkenen dan de toets van artikel 6 lid 1

43. *Kamerstukken II 1964/65, 8022, nr. 3, p. 13.* Dit neemt niet weg dat wel rechtsonzekerheid kan ontstaan over de vraag of een andere voorwaarde in vervulling is gegaan. Het verdient dus aanbeveling zulke voorwaarden dusdanig te formuleren dat eenvoudig en objectief kan worden vastgesteld of de voorwaarde al dan niet in vervulling is gegaan.

44. *Kamerstukken II 1964/65, 8022, nr. 3, p. 15.*

45. Vergelijk art. 3:38 BW.

sub a Rijkswet, al was het maar omdat in een oorlogssituatie het belang de oorlog te ontvluchten al snel zal prevaleren boven de belangen van specifieke belanghebbenden. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat de memorie van toelichting vermeldt dat de rol van de bevoegde autoriteit bij het beoordelen van een terugkeer, beperkt is tot het voorkomen van ‘*kennelijke excessen en vergissingen*’.⁴⁶

4 De Wet ZDL

4.1 Toepassingsbereik

De Wet ZDL staat open voor de N.V., de B.V., de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting.⁴⁷ Behalve kerkgenootschappen, vallen ook verenigingen buiten het toepassingsbereik van de Wet ZDL. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de regeling vooral nuttig werd geacht voor rechtspersonen met een aanzienlijk vermogen in het buitenland, de staatsecretaris zag hierin kennelijk aanleiding om de vereniging en kerkgenootschappen uit te sluiten.⁴⁸

Net als de Rijkswet, biedt de Wet ZDL de mogelijkheid tot zetelverplaatsing in geval van oorlog, onmiddellijk oorlogsgevaar, revolutie of daarmee vergelijkbare buitengewone omstandigheden.⁴⁹ Anders dan de Rijkswet, kent de Wet ZDL niet de aanvullende voorwaarde dat die omstandigheden ertoe leiden dat de zetelverplaatsing in het belang van de vennootschap is. Een verschil dat naar onze verwachting weinig relevantie voor de praktijk heeft.

4.2 Procedure

Waar de Rijkswet een bijzondere regeling kent op grond waarvan diverse organen en personen een *directe* bevoegdheid tot statutenwijziging hebben, een bevoegdheid die dus niet bij besluit wordt uitgeoefend, volgt de Wet ZDL de gebruikelijke route waarbij de statutenwijziging krachtens besluit plaatsvindt.⁵⁰

Van het besluit tot zetelverplaatsing moet een notariële proces-verbaal-akte worden opgemaakt. Voor het geval dat de oorlogssituatie dit praktisch onmogelijk maakt, biedt artikel 6 Wet ZDL de mogelijkheid de akte te laten opmaken door een consulaire ambtenaar. Artikel 3 lid 1 Wet ZDL biedt daarnaast het alternatief dat de besluiten worden genomen met inachtneming van de vereisten voor statutenwijziging zoals die gelden in het beoogde land van aankomst. De Wet ZDL bepaalt niet wie de akte kan doen verlijden. Logischerwijs is dat het orgaan dat het besluit neemt.

Het besluit tot zetelverplaatsing *kán* inhouden dat de rechtspersoon de identiteit van het land van aankomst aanneemt.⁵¹ In dat geval zal het besluit doorgaans ook

46. Kamerstukken II 1964/65, 8022, nr. 3, p. 15.

47. Art. 1 lid 1 Wet ZDL.

48. Kamerstukken II 1964/65, 8022, nr. 3, p. 2.

49. Art. 1 lid 3 Wet ZDL.

50. Art. 2 Wet ZDL.

51. Art. 2 lid 2 Wet ZDL.

een wijziging van de statuten inhouden.⁵² Het is dus ook mogelijk dat de rechtspersoon wel haar zetel verplaatst, maar toch blijft voortbestaan als Nederlandse vennootschap. Aanleiding voor deze bijzondere regeling was dat ten tijde van het wetsontwerp de staat Delaware recent een regeling had geïntroduceerd op grond waarvan buitenlandse rechtspersonen naar Delaware konden verhuizen met behoud van de eigen rechtsvorm.

Net als onder de Rijkswet is het mogelijk om bij het besluit tot zetelverplaatsing tevens bestuurders te benoemen. De Wet ZDL voegt daar de mogelijkheid aan toe commissarissen (of leden van een toezichthoudend orgaan bij een stichting) te benoemen. Ook is het mogelijk deze personen te ontslaan. Net als de Rijkswet biedt de Wet ZDL de mogelijkheid de zetelverplaatsing naar een veiliger land te implementeren onder een voorwaarde.⁵³

4.3 Machtiging

Anders dan de Rijkswet, biedt de Wet ZDL de mogelijkheid tot emigratie zonder machtiging van een daartoe aangewezen autoriteit. Voor de hierna te bespreken terugplaatsing is wel vereist dat de Minister van Justitie en Veiligheid het daartoe strekkende besluit goedkeurt.⁵⁴ Deze goedkeuring kan met terugwerkende kracht worden verleend. Het is opvallend dat de Rijkswet aan de Minister van Justitie opdraagt te beoordelen of het besluit tot zetelverplaatsing terug naar Nederland is genomen met inachtneming van de vereisten van de jurisdictie van vertrek.⁵⁵ De staatssecretaris merkt in de memorie van toelichting op dat de rechtspersoon het ministeriële werk kan vergemakkelijken door een *legal opinion* van een jurist uit het land van vertrek mee te sturen met de aanvraag, dat is echter geen wettelijk voorschrift.⁵⁶ De bewijslast ligt wel bij de vennootschap ten aanzien van de vraag dat de rechtspersoon bestaat.⁵⁷

4.4 Terugplaatsing

Artikel 4 Wet ZDL regelt de terugplaatsing van rechtspersonen die hun zetel naar een derde land hebben verplaatst, maar hun Nederlandse rechtsvorm hebben behouden. Artikel 5 Wet ZDL regelt de terugkeer in andere gevallen. Remigratie is niet verplicht en kan vanzelfsprekend alleen indien het toepasselijke recht van het land van vertrek zich daar niet tegen verzet. Bij terugkeer dient de rechtspersoon dezelfde rechtsvorm aan te nemen als deze had bij vertrek, er geldt geen uitzondering voor rechtspersonen die in de tussentijd hun rechtsvorm hebben gewijzigd in het gastland.

Het valt op dat artikel 5 lid 6 Wet ZDL bepaalt dat de zetelverplaatsing meebrengt dat de rechtspersoon voortbestaat als rechtspersoon naar Nederlands recht. Ten

52. Art 2 lid 3 Wet ZDL.

53. Art. 4 lid 4 Wet ZDL.

54. Art. 5 lid 3 Wet ZDL.

55. Art. 5 lid 5 Wet ZDL.

56. Art. 7 Wet ZDL.

57. Art. 5 lid 4 sub a Wet ZDL.

aanzien van het vertrek, werd in de memorie van toelichting verduidelijkt dat de Wet ZDL ook toestaat dat de rechtspersoon vertrekt naar een jurisdictie die de zetelverplaatsing kwalificeert als de oprichting van een nieuwe rechtspersoon die onder algemene titel de Nederlandse rechtspersoon opvolgt.⁵⁸ Bij terugplaatsing lijkt artikel 5 lid 6 Wet ZDL deze flexibiliteit niet te bieden.

5 Bescherming belanghebbenden

Een grensoverschrijdende zetelverplaatsing kan ingrijpende gevolgen hebben voor bij de rechtspersoon betrokkenen. De zetelverplaatsing zal in de eerste plaats invloed hebben op de rechten van de vennootschappelijke organen en haar leden. Daarbij komt dat zetelverplaatsing onder de Rijkswet of Wet ZDL per definitie zal plaatsvinden in een tijd van grote (geo)politieke spanningen. De zetelverplaatsing zou er daarom bijvoorbeeld ook toe kunnen leiden dat de rechtspersoon onderhevig wordt aan buitenlandse sanctieregels die het verbieden het aandeelhouderchap van bepaalde aandeelhouders te erkennen of nog te handelen met bepaalde crediteuren.⁵⁹ Ook kan de rechtspersoon onderhevig worden aan *foreign direct investment* (FDI)- of vergelijkbare regelingen.⁶⁰ De bij de vennootschap betrokken belangen zullen dus lang niet altijd gelijklopen, en de zetelverplaatsing kan bepaalde belangen zelfs ernstig aantasten.

Titel 7A Boek 2 BW voorziet, in lijn met de onderliggende EU-richtlijn,⁶¹ voor grensoverschrijdende zetelverplaatsingen binnen de EU en EER in specifieke bescherming voor aandeelhouders, crediteuren en werknemers.⁶² De Rijkswet en de Wet ZDL bevatten geen vergelijkbare regelingen. Zetelverplaatsingen onder de Rijkswet en de Wet ZDL kunnen enkel onder dusdanig bijzondere omstandigheden plaatsvinden, dat de wetgever de bescherming van specifieke belanghebbenden van ondergeschikt belang heeft geacht. Snelheid en rechtszekerheid gaan in de Wet ZDL en de Rijkswet boven de bescherming van diverse belanghebbenden.

Andere Nederlandse wetgeving die op een rechtspersoon van toepassing kan zijn vóór de zetelverplaatsing kan echter wél voorzien in goedkeurings- of instemmingsvereisten, of andere regelingen van procedurele of beschermende aard. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de voorschriften in Boek 2 BW en de Wet op de Ondernemingsraden ('WOR'). Dit roept de vraag op in hoeverre dergelijke 'generieke' regelingen toepassing vinden in geval van een zetelverplaatsing op grond van de

58. *Kamerstukken II* 1964/65, 8022, nr. 3, p. 3. De memorie van toelichting gaat niet in op de vraag of deze verkrijgende rechtspersoon dan nog wordt aangemerkt als een oorspronkelijk Nederlandse rechtspersoon voor toepassing van art. 5 Wet ZDL.

59. Vergelijk de thans van kracht zijnde Europese sanctieregels jegens Rusland, die ertoe kunnen leiden dat door gesanctioneerde personen gehouden aandelen (en daaraan verbonden stem- en winstrechten) bevroren worden. Bij een zetelverplaatsing naar een andere jurisdictie kunnen vergelijkbare regels onder buitenlands recht van toepassing worden.

60. Vergelijk de in Nederland geldende Wet veiligheidstoets investeringen, fusies en overname (Wet Vifo).

61. Richtlijn (EU) 2019/2121.

62. Zo gelden er uitgebreide informatieverplichtingen jegens aandeelhouders, werknemers en crediteuren, wordt voor aandeelhouders voorzien in uittreedomrechten met schadeloosstelling, kunnen crediteuren verzet aantekenen en gelden onder omstandigheden specifieke regelingen rondom (behoud van) vennootschapsrechtelijke medezeggenschap.

Rijkswet of de Wet ZDL. Wij bespreken hierna deze vraag achtereenvolgens voor aandeelhouders, werknemers en crediteuren. Vervolgens bespreken wij of een belanghebbende een zetelverplaatsing onder de Rijkswet of de Wet ZDL kan aantasten. Wij beperken ons tot de B.V. en de N.V.

5.1 Positie aandeelhouders

De Rijkswet noch de Wet ZDL voorziet in een ‘uittreedrecht’ voor (minderheids)-aandeelhouders, zoals voorzien in meer recentere regelgeving voor ‘reguliere’ grensoverschrijdende zetelverplaatsing binnen de EU of EER. Ook wordt niet voorzien in bescherming van specifieke aandeelhouders zoals sinds de invoering van de Wet Flex BV het geval is bij sommige binnenlandse omzettingen.⁶³

Buiten de verklaring die hiervoor gevonden kan worden in de chronologie van invoering van de relevante regelingen, vinden wij dit ook zelfstandig logisch; een uittreedrecht zou de vennootschap in haar mogelijkheden tot vertrek kunnen beperken, hetgeen niet wenselijk is in geval van een oorlogssituatie. Aandeelhouders zijn dus aangewezen op hun invloed, voor zover zij die hebben, ten aanzien van de totstandkoming van een zetelverplaatsing.

Tot zetelverplaatsing onder de Rijkswet zijn als hiervoor besproken bevoegd het bestuur, de algemene vergadering, alsmede een derde die door het bestuur of de algemene vergadering tot wijziging gemachtigd is⁶⁴ of, indien geen sprake is van een melding van een niet-ingetrokken machtiging in het deel van het Koninkrijk waarnaar de zetelverplaatsing plaatsvindt, iedere bestuurder en de belet- of ontstentenispersonen.⁶⁵ In geval van zetelverplaatsing op grond van de Wet ZDL is bevoegd⁶⁶ het bestuur, de algemene vergadering⁶⁷ en een of meer door de algemene vergadering⁶⁸ of door het bestuur bij een in Nederland verleden notariële akte aangewezen personen.⁶⁹

Indien tot zetelverplaatsing overgegaan wordt op basis van een besluit van de algemene vergadering, bepaalt de algemene vergadering of, en zo ja, hoe tot zetel-

63. Art. 2:181 lid 2 BW.

64. Art. 1 lid 2 jo. art. 1 lid 3 Rijkswet.

65. Art. 1 lid 6 Rijkswet.

66. Art. 1 Wet ZDL.

67. Indien het niet een stichting betreft; art. 2 lid 1 sub b Wet ZDL (de toevoeging lijkt ons overigens vanzelfsprekend en overbodig).

68. Indien het niet een stichting betreft, hoewel de wet daarvan geen expliciete melding maakt (hetgeen overigens overbodig zou zijn – zie hierboven).

69. Merk op dat in dit geval individuele bestuurders of belet- of ontstentenispersonen niet bevoegd zijn. Volgens de memorie van toelichting is dit niet nodig omdat aanwijzing van individuele bestuurders mogelijk is; *Kamerstukken II* 1992/93, 23316, nr. 3, p. 4. Wij vinden deze toelichting lastig te volgen, niet ten minste omdat onder de Rijkswet het ook al mogelijk was een of meer personen aan te wijzen. De waarde van het tevens machtigen van individuele bestuurders of belet- of ontstentenispersonen, is daarin gelegen dat zich een noodsituatie kan voordoen waarin het bestuur als orgaan niet tijdig het vereiste besluit kan nemen, mede gelet op het feit dat het bestuur rekening moet houden met wettelijke of statutaire regelingen rondom de totstandkoming van dat besluit (zie daarover ook par. 5.1.2). De gedachte achter het niet standaard machtigen van individuele bestuurders en belet- en ontstentenispersonen is er blijkbaar in gelegen dat men wilde voorkomen dat een individuele bestuurder het beleid van de rechtspersoon zou kunnen doorkruisen; *Kamerstukken II* 1992/93, 23316, nr. 5, p. 2. Indien men gebruik wil kunnen maken van de Wet ZDL is dus temeer van belang tijdig een of meer derden te machtigen.

verplaatsing overgegaan wordt. In dat geval resteert, wat betreft bescherming van aandeelhouders, de vraag of specifieke (minderheids)aandeelhouders bescherming genieten. Deze vraag bespreken wij direct hieronder. Daaropvolgend bespreken wij de positie van aandeelhouders wanneer een ander dan de algemene vergadering tot zetelverplaatsing overgaat.

5.1.1 *Zetelverplaatsing door de algemene vergadering; positie minderheidsaandeelhouders*

Wanneer de algemene vergadering tot zetelverplaatsing onder de Rijkswet overgaat, gelden daarvoor op grond van de in artikel 1 lid 4 Rijkswet opgenomen koppelp bepaling de wettelijke en statutaire bepalingen die gelden voor de totstandkoming van besluiten tot statutenwijziging. Dit betekent dat alle regels omtrent totstandkoming van een ‘regulier’ besluit tot statutenwijziging van toepassing zijn, ondanks dat van een ‘besluit’ geen sprake is.⁷⁰ Daaronder vallen meerderheids- en quorumvereisten op basis van wet en statuten, en regelingen omtrent de oproeping en vergaderlocatie van de algemene vergadering. Regelingen omtrent het recht van aandeelhouders de bijeenroeping van een vergadering te verzoeken, of een agendapunt toe te voegen, gelden ook.⁷¹ Voor zover de wet of de statuten voorzien in regelingen ter bescherming van specifieke (groepen van) aandeelhouders, bijvoorbeeld in de vorm van een goedkeurings- of instemmingsrecht, gelden dergelijke regelingen naar onze mening ook. Regelingen die niet op de *totstandkoming* van een besluit tot een ‘reguliere’ statutenwijziging zien, gelden echter niet.⁷² Aandeelhouders hebben derhalve dezelfde goedkeurings- en instemmingsrechten als zij hebben bij een ‘regulier’ besluit tot statutenwijziging.⁷³

Artikel 1 lid 4 Rijkswet bepaalt dat voorgaande ook geldt bij aanwijzing door de algemene vergadering van een persoon als bedoeld in artikel 1 lid 3 Rijkswet, of een intrekking van die aanwijzing. In dat geval is echter geen sprake van een statutenwijziging. Op het moment van de aanwijzing kan nog onbekend zijn naar welk land de vennootschap haar zetel zal verplaatsen en welke wijzigingen in de statuten in dat kader zullen worden aangebracht; dat kan (en zal gelet op de gewenste flexibiliteit in een oorlogssituatie) mogelijk in grote mate opengelaten worden. In een dergelijke situatie is slecht voorstelbaar hoe specifieke beschermingsregels ten aanzien van een besluit tot statutenwijziging toepassing moeten vinden op

70. Zie over de relevantie van de specifieke formulering van deze regeling nader par. 3.2. Zoals daar nader toegelicht is er geen sprake van een ‘besluit’. De expliciete koppelp bepaling is derhalve nodig om te waarborgen dat genoemde regelingen van toepassing zijn ‘als ware het een besluit’.

71. Zie de verwijzingen naar art. 43c Wetboek van Koophandel in *Kamerstukken II* 1964/65, 8022, nr. 3, p. 11.

72. *Kamerstukken II* 1964/65, 8022, nr. 3, p. 11; hierbij werd gedacht aan het toen geldende vereiste van ministeriële goedkeuring en publicatie. Het relevante onderscheid is, wat ons betreft, dat het hier niet om een voorwaarde gaat voor de geldigheid van het besluit, maar om voorwaarden om de door het besluit beoogde statutenwijziging te implementeren. Binnen het huidige Boek 2 BW zijn wij niet bekend met voorschriften van dergelijke aard.

73. Ten overvloede geldt dat dus ook voor goedkeurings- en instemmingsrechten van anderen dan aandeelhouders. Het moet dan wel gaan om een recht in relatie tot het besluit tot statutenwijziging. Denk bijvoorbeeld aan een oligarchische regeling die bepaalt dat de algemene vergadering enkel op voorstel van het bestuur kan besluiten tot statutenwijziging, maar ook aan een bepaling als bedoeld in art. 2:121 lid 2 BW.

de aanwijzing, laat staan een intrekking daarvan. Naar onze mening dienen in dat geval dan ook wettelijke en statutaire regels omtrent de totstandkoming van een 'regulier' besluit tot statutenwijziging in algemene zin toegepast te worden, maar vinden regelingen waarvan de toepassing afhankelijk is van de inhoud van de statuten na wijziging, zoals artikel 2:231 lid 4 BW, geen toepassing. Vereisten die gelden voor alle besluiten tot statutenwijziging, ongeacht inhoud, vinden wel toepassing.⁷⁴

De Wet ZDL kent een andere regeling. Een besluit tot zetelverplaatsing door de algemene vergadering wordt altijd met een volstrekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen genomen.⁷⁵ Uit de memorie van toelichting moet opgemaakt worden dat quorumvereisten en regelingen die goedkeuring van een ander orgaan vereisen buiten toepassing blijven, opdat de algemene vergadering niet in haar wettelijke bevoegdheid wordt beknot.⁷⁶ De memorie van toelichting verwijst enkel naar statutaire regelingen, maar wij leiden hieruit af dat ook wettelijke regelingen die een quorum of goedkeuring van een ander orgaan of derde zouden vereisen, geen toepassing vinden.⁷⁷ Formaliteiten rondom de algemene vergadering (zoals oproepingstermijnen) gelden wel.

Van relevantie is nog dat de Rijkswet een zetelverplaatsing steeds als een statutenwijziging ziet,⁷⁸ maar dat de Wet ZDL een zetelverplaatsing zonder statutenwijziging mogelijk acht; een besluit tot zetelverplaatsing kan, maar hoeft niet, een wijziging van de statuten in te houden.⁷⁹ Hierboven bespraken we dat een besluit tot zetelverplaatsing onder de Wet ZDL niet onderhevig is aan bijzondere meerderheids-, quorum- of goedkeuringsvereisten. Geldt dit ook voor een besluit tot zetelverplaatsing onder de Wet ZDL mét statutenwijziging, of dienen eventuele meerderheids-, quorum- en goedkeuringsregelingen ten aanzien van een besluit tot statutenwijziging dan wel in acht te worden genomen? Wij menen dat dit niet hoeft. Artikel 2 lid 3 Wet ZDL stelt dat het besluit tot zetelverplaatsing een wijziging van de statuten kan inhouden. Naar onze mening is er daarom sprake van één enkel besluit van eigen aard (tot zetelverplaatsing)⁸⁰ dat mede in kan houden wijziging van de statuten, maar dat niet kwalificeert als een (apart) besluit tot statutenwijziging.⁸¹

Bij zetelverplaatsing door de algemene vergadering onder de Rijkswet moeten de regelingen omtrent statutenwijziging dus wel in acht worden genomen. Bij zetelverplaatsing door de algemene vergadering onder de Wet ZDL dienen dergelijke regelingen juist buiten beschouwing te worden gelaten en vereist het besluit (enkel)

74. Denk hierbij aan een statutaire regeling die voorschrijft dat ieder besluit tot statutenwijziging de goedkeuring van een vergadering van houders van een bepaalde soort aandelen vereist.

75. Art. 2 lid 1 sub b Wet ZDL.

76. *Kamerstukken II 1992/93, 23316, nr. 5, p. 4.*

77. Zie bijvoorbeeld art. 2:231 lid 4 BW.

78. Art. 1 lid 1 Rijkswet.

79. Art. 2 lid 3 Wet ZDL.

80. Zie ook *Kamerstukken II 1992/93, 23316, nr. 5, p. 4.*

81. Hetzelfde geldt voor een eventueel ontslag of benoeming van bestuurders of commissarissen op grond van art. 2 lid 6 Wet ZDL; ook in een dergelijk geval is er sprake van één enkel besluit van eigen aard en vinden statutaire en wettelijke regelingen omtrent besluiten tot ontslag of benoeming van bestuurders of commissarissen geen toepassing.

een meerderheid van uitgebrachte stemmen. Minderheidsaandeelhouders verkeren dus in een meer beschermde positie in het eerstgenoemde geval.

In tegenstelling tot de Rijkswet, schrijft de Wet ZDL niet voor dat de regelingen die gelden voor een besluit van de algemene vergadering tot zetelverplaatsing ook gelden voor de aanwijzing van een derde, of intrekking daarvan. Dat betekent dat een besluit tot aanwijzing van een derde, of de intrekking daarvan, onder de Wet ZDL wel onderhevig kan zijn aan meerderheids-, quorum- en goedkeuringsregelingen.

We vatten bovenstaande samen in onderstaand overzicht:

	Meerderheids-, quorum- en goedkeuringsvereisten		Formaliteiten algemene vergadering	
	Rijkswet	Wet Zetelverplaatsing	Rijkswet	Wet Zetelverplaatsing
Zetelverplaatsing door algemene vergadering	Ja (als ware een besluit tot statutenwijziging)	Nee	Ja (als ware een besluit tot statutenwijziging)	Ja (algemene vereisten; niet de specifieke vereisten voor een besluit tot statutenwijziging)
Aanwijzen derde door algemene vergadering	Ja (als ware een besluit tot statutenwijziging)	Ja (algemene vereisten; niet de specifieke vereisten voor een besluit tot statutenwijziging)	Ja (als ware een besluit tot statutenwijziging)	Ja (algemene vereisten; niet de specifieke vereisten voor een besluit tot statutenwijziging)

5.1.2 *Zetelverplaatsing door een ander dan de algemene vergadering; positie aandeelhouders*

De omstandigheden die tot de zetelverplaatsing aanleiding geven, kunnen meebrengen dat zetelverplaatsing door de algemene vergadering om praktische redenen onmogelijk of zeer bezwaarlijk is. Denk hierbij bijvoorbeeld aan beperkingen die volgen uit de in acht te nemen oproepingstermijn of vergaderlocatie voor een algemene vergadering. In die omstandigheden zal het besluit mogelijk bij voorkeur door het bestuur genomen worden. Is in dat geval, wanneer het een N.V. betreft, goedkeuring van het bestuursbesluit door de algemene vergadering vereist op grond van artikel 2:107a BW? Vooraf merken wij op dat wij het aannemelijk achten dat een grensoverschrijdende zetelverplaatsing onder de Rijkswet en Wet ZDL als een ‘belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap’ kwalificeert. Zodoende zal aan het materiële vereiste van artikel 2:017a BW doorgaans voldaan zijn. Wat dan rest is de vraag of sprake is van een bestuursbesluit en, zo ja, of dat besluit op grond van artikel 2:107a BW goedkeuring behoeft.

Wat betreft de Rijkswet komen wij tot de conclusie dat artikel 2:107a BW geen toepassing vindt. Artikel 1 lid 4 Rijkswet bepaalt dat zetelverplaatsing door het bestuur weliswaar onderhevig is aan wettelijke en statutaire bepalingen omtrent de totstandkoming van bestuursbesluiten, maar bepaalt ook dat het bestuur geen toestemming of medewerking van de algemene vergadering, van een ander orgaan der vennootschap of van derden behoeft. Uit de parlementaire geschiedenis kan worden opgemaakt dat met dit laatste gedacht werd aan toestemmings- of medewerkingsvereisten op basis van de statuten van de vennootschap.⁸² Wij menen dat daaruit niet afgeleid moet worden dat de uitzondering niet tevens voor toestemmings- of medewerkingsvereisten op wettelijke basis geldt; de parlementaire geschiedenis geeft immers tevens aan dat de genoemde uitzondering een uitzondering betreft op de toepasselijkheid van de in lid 4 vermelde *‘wettelijke en statutaire bepalingen’* en verduidelijkt dat de ratio van de uitzondering is dat *‘in ieder geval één der vennootschappelijke organen, ook zonder dat daartoe tevoren speciale statutaire voorzieningen zijn getroffen, in staat moet zijn tot een snel en zelfstandig optreden, alsook om in geval van eventuele procedures over de geldigheid van de zetelverplaatsing de pas af te snijden aan tegenwerpingen van onbevoegdheid van het bestuur’*.⁸³ Dit houdt in dat het bestuur voor zetelverplaatsing géén goedkeuring behoeft van de algemene vergadering op grond van (het later ingevoerde) artikel 2:107a BW.⁸⁴ Ten overvloede betekent het voorgaande naar onze mening ook dat regelingen die zien op de bescherming van minderheidsaandeelhouders bij een ‘regulier’ besluit tot statutenwijziging geen impact hebben op de bevoegdheid van het bestuur.⁸⁵ Hetzelfde geldt voor eventuele wettelijke of statutaire goedkeurings- of instemmingsrechten van anderen, zoals een eventueel ingestelde raad van commissarissen. Overigens menen wij dat onder ‘medewerking en toestemming’ als bedoeld in artikel 1 lid 4 Rijkswet ook andere vereisten ten aanzien van anderen dan het bestuur, zoals informatierechten en adviesrechten, vallen.⁸⁶ Het voorgaande geldt ook wanneer het bestuur een persoon als bedoeld in artikel 1 lid 3 Rijkswet aanwijst, of die aanwijzing intrekt.

De Wet ZDL bevat geen regeling die nadrukkelijk bepaalt dat een bestuursbesluit tot zetelverplaatsing *geen* toestemming of medewerking van de algemene vergadering, van een ander orgaan der vennootschap of van derden behoeft. Ook de parlementaire geschiedenis geeft geen aanwijzing dat dit bedoeld was, hoewel voor de gedachte wel iets valt te zeggen.⁸⁷ Wij komen tot de conclusie dat een bestuursbesluit tot zetelverplaatsing van een N.V. onder de Wet ZDL wél onderhevig is aan

82. Kamerstukken II 1964/65, 8022, nr. 3, p. 11.

83. Kamerstukken II 1964/65, 8022, nr. 3, p. 11.

84. Zie anders: M. van Olfen & E.J. Breukink, ‘Ondernemingsrecht in oorlogstijd’, *Ondernemingsrecht* 2022/50, p. 314.

85. Voor zover die al zouden gelden omdat het hier niet om een besluit van de algemene vergadering gaat.

86. Vergelijk art. 2:14 lid 2 BW dat spreekt over ‘handelingen van of mededelingen aan’, in welk licht wij menen dat art. 1 lid 4 Rijkswet gelezen zou moeten worden.

87. Vergelijk de overwegingen van de wetgever bij art. 1 lid 4 Rijkswet. Blijkbaar is de gedachte dat bij de Wet ZDL de algemene vergadering, en niet het bestuur, het orgaan is dat zo vrij mogelijk moet zijn om een besluit tot zetelverplaatsing tot stand te brengen. Vooral voor vennootschappen met een gespreid aandelenbezit, zal dat inherent tot minder flexibiliteit leiden gelet op oproepingstermijnen die alsnog in acht genomen moeten worden.

artikel 2:107a BW. Overigens komen wij tot dezelfde conclusie ten aanzien van enige statutaire regelingen die goedkeuring van een ander orgaan zouden vereisen.⁸⁸ Dezelfde analyse geldt ten aanzien van het aanwijzen van een derde (of de intrekking van een dergelijke aanwijzing). Wij merken daarbij op dat die aanwijzing, die doorgaans niet omkleed zal zijn met een specifiek mandaat of voornemen waaruit de gevolgen voor de vennootschap al op voorhand blijken, als zodanig echter geen ingrijpende wijziging als bedoeld in artikel 2:107a BW meebrengt (ondanks dat de aangewezen persoon wel de bevoegdheid verkrijgt rechtshandelingen te verrichten die tot zo'n ingrijpende wijziging kunnen leiden), en dat artikel 2:107a BW op een aanwijzingsbesluit dan ook geen toepassing vindt.⁸⁹

Wanneer in geval van de Rijkswet een aangewezen derde, een individuele bestuurder, of belet- of ontstentenispersoon tot zetelverplaatsing overgaat, is zoals eerder opgemerkt geen sprake van een vennootschappelijk besluit. Artikel 2:107a BW zal enkel om die reden al geen toepassing vinden. Wij menen dat de bevoegdheid van deze personen, anders dan toegestane beperkingen bij de aanwijzing, om deze reden ook niet onderhevig kan zijn aan enig instemmingsvereiste, of vergelijkbaar vereiste, van een orgaan of derde.⁹⁰ In geval van zetelverplaatsing door een aangewezen derde onder de Wet ZDL kan over de kwalificatie van de handeling van de aangewezen derde twijfel bestaan; de wet geeft naar de letter immers aan dat er sprake is van een 'besluit', ook als dit door een aangewezen derde genomen wordt.⁹¹ Of dat een bewuste keuze is en de wetgever daadwerkelijk de figuur van een vennootschapsrechtelijk besluit genomen door een derde heeft willen creëren, blijkt niet uit de parlementaire geschiedenis. Wij vermoeden dat dit niet zo bedoeld is. Zelfs als dat wel zo zou zijn, zou er overigens geen sprake zijn van een besluit van het bestuur, waardoor artikel 2:107a BW geen toepassing vindt. We vatten bovenstaande samen in onderstaand overzicht:

-
- 88. Wij merken wel op dat het besluit tot statutenwijziging een besluit van eigen aard is. Derhalve gelden statutaire en wettelijke regelingen rondom besluiten tot statutenwijziging niet zonder meer. Bijvoorbeeld ten aanzien van een raad van commissarissen bij een structuurvennootschap, is dan ook geen sprake van een besluit als bedoeld in art. 2:164 lid 1 sub g BW.
 - 89. Men zou echter ook kunnen stellen dat het hier gaat om een besluit 'omtrent' een belangrijke verandering als bedoeld in art. 2:107a BW. Onduidelijkheid hierover is onwenselijk. Een bestuur van een N.V. dat tot zetelverplaatsing op grond van de Wet ZDL over wenst te gaan, maar het niet haalbaar acht daartoe een algemene vergadering bijeen te roepen, zal, gelet op het vertragende effect van de vereiste goedkeuring van de algemene vergadering ingevolge art. 2:107a BW, mogelijk een tweetrapsraket willen toepassen door eerst een persoon aan te wijzen, en vervolgens die persoon de omzetting tot stand te laten brengen. Eventuele kritiek op een dergelijk besluit op basis van art. 2:107a BW zal in omstandigheden geheeld moeten worden met een beroep op art. 2:8 BW in het licht van de omstandigheden van de oorlogssituatie.
 - 90. Maar merken op dat dit, in tegenstelling tot ten aanzien van het bestuur, niet expliciet uit wet of parlementaire geschiedenis volgt.
 - 91. Art. 2 lid 1 Wet ZDL.

	Goedkeuring- of instemming van orgaan of derde	
	Rijkswet	Wet ZDL
Zetelverplaatsing door bestuur	Nee	Ja
Aanwijzen derde door bestuur	Nee	Ja (maar zullen naar aard niet of beperkt van toepassing zijn)
Zetelverplaatsing door aangewezen derde	Nee	Nee
Zetelverplaatsing door bestuurder of belet- of ontstentenispersoon	Nee	NVT

Kunnen aandeelhouders die geconfronteerd worden met een mogelijk aanstaande zetelverplaatsing deze nog tegenhouden of wijzigen? Het antwoord op deze vraag verschilt tussen de twee besproken wetten. In geval van de Rijkswet kan iedere bestuurder, de algemene vergadering, een daartoe door het bestuur aangewezen persoon of degene die tot zetelverplaatsing is overgegaan een nog niet in werking getreden zetelverplaatsing intrekken of wijzigen.⁹² De algemene vergadering, maar ook ieder van de anderen hiervoor genoemd, kunnen dus tot intrekking of wijziging overgaan tot het moment dat de zetelverplaatsing heeft plaatsgevonden. Voor een zetelverplaatsing onder de Wet ZDL geldt echter dat enkel degene die tot voorwaardelijke zetelverplaatsing over is gegaan, die zetelverplaatsing kan intrekken of wijzigen.⁹³ De algemene vergadering kan in dat geval dus niet een besluit van het bestuur tot voorwaardelijke zetelverplaatsing wijzigen of ongedaan maken.⁹⁴

Kan de algemene vergadering die het niet eens is met de aanwijzing door het bestuur van een persoon die op een later moment een zetelverplaatsing tot stand kan brengen, die aanwijzing ongedaan maken? In geval van de Wet ZDL moet uit de

92. Art. 20 lid 1 en 2 Rijkswet. Merk op dat een persoon die aangewezen is om een zetelverplaatsing tot stand te brengen, dus niet ook automatisch bevoegd is een doorgevoerde, maar nog niet in werking getreden, zetelverplaatsing in te trekken of te wijzigen. Daartoe dient een persoon specifiek te worden aangewezen.

93. Art. 2 lid 4 Wet ZDL.

94. In geval van een zetelverplaatsing onder de Wet ZDL zal het, met het oog op flexibiliteit, dus voor de hand liggen het besluit tot zetelverplaatsing te laten nemen door het orgaan of de (rechts)persoon die naar verwachting het snelste over kan gaan tot intrekking of wijziging wanneer een wijziging in omstandigheden daarom vraagt. Bij een beursvennootschap ligt het om die reden niet voor de hand het besluit te laten nemen door de algemene vergadering. De wet noch parlementaire geschiedenis maakt duidelijk hoe een zetelverplaatsing die in gang is gezet door een aangewezen persoon ingetrokken of gewijzigd kan worden als die persoon niet langer beschikbaar is. Naar de letter van de wet is intrekking of wijziging dan niet mogelijk, maar een redelijke wetsuitleg zal zijn dat in dat geval ieder van de algemene vergadering en het bestuur daartoe bevoegd is. Gelet op deze problematiek, vragen wij ons af of de wetgever voldoende bij de consequenties heeft stilgestaan en het niet beter was geweest bij de systematiek van de Rijkswet aan te sluiten. Wanneer zetelverplaatsing aan een aangewezen persoon overgelaten wordt, is het met oog op voorgaande verstandig de aangewezen persoon waar mogelijk een rechtspersoon te laten zijn. Gekozen kan worden hiervoor een rechtspersoon aan te wijzen in de jurisdictie waar naartoe men (mogelijk) wenst te verhuizen, om te voorkomen dat een Nederlandse aangewezen rechtspersoon niet in staat blijkt te handelen wegens de omstandigheden die tot verhuizing nopen.

memorie van toelichting worden opgemaakt dat een aanwijzing in beginsel herroepelijk is, maar dat deze ook onherroepelijk gemaakt kan worden.⁹⁵ Indien de aanwijzing herroepelijk is, lijkt het ons dat zowel het bestuur als de algemene vergadering een aanwijzing kan intrekken, ongeacht door wie deze aanwijzing gedaan is. Een aanwijzing onder de Rijkswet kan niet onherroepelijk gemaakt worden, en kan dus altijd ingetrokken worden door het bestuur of de algemene vergadering.⁹⁶

Kan de algemene vergadering zelf initiatief nemen tot zetelverplaatsing, om zo anderen voor te zijn? Voor een besluit tot zetelverplaatsing onder de Wet ZDL kunnen aandeelhouders, net als voor andere besluiten waartoe zij bevoegd zijn, gebruikmaken van hun agenderingsrecht en het recht een algemene vergadering te verzoeken of tot besluitvorming buiten vergadering over te gaan. Zoals eerder besproken volgt dezelfde conclusie uit de koppelbepaling van artikel 1 lid 4 Rijkswet.⁹⁷ In geval van een zetelverplaatsing op grond van de Wet ZDL, kan een bestuur een zetelverplaatsing waartoe de algemene vergadering heeft besloten, niet wijzigen of intrekken.⁹⁸

5.2 Bescherming van werknemers

Afhankelijk van de aard van de zetelverplaatsing, kan er sprake zijn van een advies- of goedkeuringsrecht⁹⁹ van de ondernemingsraad. Wanneer een zetelverplaatsing onder de Rijkswet echter door het bestuur tot stand komt, is dat niet het geval. Dit vanwege de uitzondering in de koppelbepaling van artikel 1 lid 4 Rijkswet die bepaalt dat het bestuur geen toestemming of medewerking van de algemene vergadering, van een ander orgaan der vennootschap of van derden behoeft. Als gezegd, menen wij dat onder medewerking en toestemming ook andere vereisten, zoals informatierechten en adviesrechten, vallen. Wanneer de zetelverplaatsing onder de Rijkswet door een besluit van de algemene vergadering tot stand komt zou kunnen worden beargumenteerd dat advies- en goedkeuringsrechten onder de WOR wel moeten worden gerespecteerd. Ook in dat geval lijkt hiervan echter geen sprake te kunnen zijn; immers is hier geen sprake van een ‘besluit’ namens de rechtspersoon, maar een handeling in eigen naam.¹⁰⁰ Er is dus geen sprake van een besluit dat aan de ondernemer kan worden toegerekend. Het voorgaande geldt ook voor een aanwijzing van een derde.

Indien de zetelverplaatsing plaatsvindt op grond van de Wet ZDL, geldt, indien dat besluit genomen wordt door de algemene vergadering, naar onze mening dat er

95. *Kamerstukken II* 1992/93, 23316, nr. 3, p. 4-5.

96. Art. 1 lid 3 Rijkswet.

97. Zie nader voetnoot 71.

98. Het bestuur blijft wel bevoegd een eigen zetelverplaatsing tot stand te brengen, waardoor het een eigen zetelverplaatsing tot stand zou kunnen brengen vóórdat de andere zetelverplaatsing volgens zijn voorwaarden tot stand komt. De op dat moment nog niet tot stand gekomen zetelverplaatsing vindt dan van rechtswege geen toepassing meer.

99. Denk hierbij aan omstandigheden als genoemd in art. 25 lid 1 sub e of art. 30 WOR, welke adviesrechten betreffen. Voorbeelden van omstandigheden waarin een zetelverplaatsing als zodanig een instemmingsrecht doet ontstaan (zie art. 27 WOR), zijn minder goed voorstelbaar.

100. Zie over deze kwalificatie nader par. 5.1.2. Uiteraard is de WOR ingevoerd na invoering van de Rijkswet en kan niet met volledige zekerheid gesteld worden dat dit beginsel zich ook uitstrekt tot de vraag of er in de zin van de WOR sprake is van een ‘besluit’.

voor toepassing van de WOR geen ruimte is, omdat als hiervoor besproken de Wet ZDL bepaalt dat besluitvorming door de algemene vergadering niet onderhevig is aan enig vereiste van goedkeuring of instemming van een derde. Indien het besluit door het bestuur wordt genomen, geldt deze uitzondering niet, waardoor van een eventueel instemmings- of adviesrecht van de ondernemingsraad sprake kan zijn. Het vorengaande geldt ook voor de aanwijzing van een derde, hoewel die aanwijzing, die doorgaans niet omkleed zal zijn met een heel specifiek mandaat waaruit de gevolgen voor de vennootschap al op voorhand blijken, als zodanig mogelijk niet snel een instemmings- of adviesrecht doet ontstaan.

Wanneer de zetelverplaatsing onder de Rijkswet tot stand komt door een aangewezen persoon, een bestuurder of belet- of ontstentenispersoon, is er zoals wij hiervoor ook opmerkten geen sprake van een aan de vennootschap toe te rekenen besluit, en zal de WOR om die reden dan ook geen toepassing vinden. Zoals hiervoor besproken, menen wij, hoewel de wettekst anders lijkt te suggereren, dat ook wanneer een aangewezen persoon tot zetelverplaatsing onder de Wet ZDL overgaat, er geen sprake is van een besluit in vennootschappelijke zin, waardoor wij ons dan ook afvragen of hier wel sprake kan zijn van een besluit in de zin van de WOR.

De Rijkswet noch de Wet ZDL voorziet anderszins in bescherming voor werknemers. De parlementaire geschiedenis bij deze wetten gaat ook niet op het onderwerp in. In geval van de Rijkswet kan betoogd worden dat enige bescherming tegen oneigenlijk gebruik uitgaat van het vereiste van goedkeuring vooraf of bekrachtiging achteraf door de Minister van Justitie. Een dergelijke waarborg ontbreekt in de Wet ZDL. Het is, net als voor crediteuren als hieronder vermeld, overigens lastig voorstelbaar dat een passende regeling mogelijk zou zijn, gelet op de aard van de regeling die ook zetelverplaatsing op zeer korte termijn mogelijk moet kunnen maken.¹⁰¹ De belangenafweging tussen het belang van werknemers enerzijds, en het vennootschapsbelang tot zetelverplaatsing anderzijds, zal in grote mate gelegen zijn in de aanwezigheid van een oorlogssituatie.

5.3 Bescherming van crediteuren

De Rijkswet noch de Wet ZDL voorziet in bescherming van crediteuren door een verzetstermijn of anderszins. Het niet voorzien in dergelijke bescherming zien wij als een bewuste, en overigens terechte, keuze. Voor onze overwegingen daaromtrent verwijzen we naar wat wij hierboven over werknemersbescherming hebben geschreven.

Wij menen overigens dat wanneer de zetelverplaatsing resulteert in een kapitaalvermindering bij een N.V., bij de besluitvorming daaromtrent geen rekening dient te worden gehouden met de verzetperiode die geldt voor statutenwijziging strekkende tot kapitaalvermindering.¹⁰²

101. Zo ook, ten aanzien van crediteuren, J.W. Bellingwout, *Zetelverplaatsing van rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1996, p. 73.

102. Art. 2:99 jo. 2:100 BW. Wij menen dat deze regeling enkel geldt bij een zelfstandige statutenwijziging, en niet bij een grensoverschrijdende zetelverplaatsing.

5.4 Aantasting van de zetelverplaatsing

Onder beide wetten zijn er derhalve routes waarmee snel, zonder inspraak van anderen, tot een zetelverplaatsing overgegaan kan worden. De rechtvaardiging hiervoor ligt, als gezegd, in de aanwezigheid van een oorlogssituatie. Indien onterecht overgegaan wordt tot een zetelverplaatsing, te weten wanneer er geen sprake is van een oorlogssituatie, bieden de regelingen daartegen wel bescherming. In geval van zetelverplaatsing onder de Rijkswet, is die bescherming er primair in gelegen dat de zetelverplaatsing toestemming (vooraf) van of bekrachtiging (achteraf) door de bevoegde instantie vereist.¹⁰³ In geval van zetelverplaatsing onder de Wet ZDL geldt een dergelijk vereiste niet. Dan zal in geval van verschil van inzicht over de vraag of er sprake was van een oorlogssituatie, de rechter zich daarover kunnen uitlaten.¹⁰⁴ In geval van zetelverplaatsing onder de Rijkswet bestaat geen ruimte voor rechterlijke toetsing of er sprake was van een oorlogssituatie; het oordeel van de bevoegde instantie is daaromtrent onaantastbaar. Voor andere voorwaarden dan die genoemd in artikel 6 lid 2 Rijkswet bestaat er wel ruimte voor rechterlijke toetsing.¹⁰⁵

Is er in gevallen waarin er wél sprake is van een oorlogssituatie ruimte het besluit tot zetelverplaatsing aan te tasten op grond van algemene bepalingen van Boek 2 BW? In geval van zetelverplaatsing onder de Rijkswet is daarvoor naar onze mening geen ruimte. Immers moet, als hiervoor besproken, uit de memorie van toelichting worden afgeleid dat geen sprake is van een door een orgaan genomen besluit, zelfs niet als de algemene vergadering of het bestuur tot zetelverplaatsing overgaat. Voor zetelverplaatsingen onder de Wet ZDL ligt dit anders. In die gevallen is, wanneer de algemene vergadering of het bestuur,¹⁰⁶ tot zetelverplaatsing overgaat wel sprake van een besluit van een orgaan. De nietigheid of vernietigbaarheid van dat besluit kan ingeroepen worden.¹⁰⁷ Het orgaan dat het besluit genomen heeft, zal zich in een dergelijk geval mogelijk beroepen op artikel 2:8 BW, en betogen dat enige gebreken in het besluit te rechtvaardigen zijn gelet op de oorlogssituatie die tot het besluit noopte, en zo een succesvol beroep op nietigheid of vernietigbaarheid verhinderen.¹⁰⁸

Wij stellen ons overigens voor dat, wanneer zich een zetelverplaatsing heeft voorgedaan die vervolgens in Nederland succesvol wordt betwist, de zetelverplaatsing

103. Art. 5 Rijkswet. Ingevolge art. 6 lid 1 sub a Rijkswet zal de minister in zijn oordeelsvorming meewegen of er – kort gezegd – sprake is of zal zijn van een oorlogssituatie die de zetelverplaatsing gebiedt. Zie over deze toets nader *Kamerstukken II* 1964/65, 8022, nr. 3, p. 13.

104. Zie ook de antwoorden van de staatssecretaris in *Kamerstukken II* 1992/93, 23316, nr. 5, p. 3. De staatssecretaris geeft daarbij niet aan wat de grondslag voor een dergelijke vordering zou zijn. Wij zouden menen dat dit de nietigheid van de omzetting zou betreffen, nu niet is voldaan is aan een wettelijk vereiste. Wij verwijzen naar onze meer praktische beschouwing over dergelijke rechtsgeen nader in deze paragraaf.

105. Zoveel blijkt uit de memorie van toelichting bij art. 6 lid 2 Rijkswet; Zie *Kamerstukken II* 1964/65, 8022, nr. 3, p. 13.

106. Zie par. 5.1.2 over de vraag of er sprake is van een 'besluit' wanneer de omzetting tot stand komt wegens een aangewezen derde.

107. Art. 2:14 en art. 2:15 BW.

108. Vergelijk M. van Olffen & E.J. Breukink, 'Ondernemingsrecht in oorlogstijd', *Ondernemingsrecht* 2022/50, p. 314.

wellicht *de jure* vanuit een Nederlands perspectief ongedaan gemaakt kan worden, maar *de facto* niet. Zeker in gevallen waarin, als gevolg van de oorlogssituatie, de Nederlandse rechtsmacht niet langer als legitiem gezien wordt door buitenlandse jurisdicties, zullen zulke buitenlandse jurisdicties zich mogelijk niets meer aantrekken van het oordeel van een Nederlandse rechter. In die gevallen ontstaat dan een situatie waarin één vennootschap door verschillende jurisdicties als dan wel Nederlands dan wel buitenlands gezien wordt, met naar gelang het standpunt een aparte set beleidsbepalers die controle over de vennootschap claimt. In die gevallen zal het aankomen op de vraag waar de vennootschap haar zeggenschap wil laten gelden. Wil de vennootschap bijvoorbeeld als aandeelhouder van een in Delaware gelegen dochtervennootschap of als eigenaar van een in Delaware gelegen fabriek optreden, dan zal uiteindelijk bepalend zijn of een bevoegde rechter in de staat Delaware het oordeel van de Nederlandse rechter nog wenst te volgen; indien zij dat niet doet, dan zal zij de vennootschap als zijnde omgezet als rechthebbende zien en de ‘Nederlandse’ vennootschap (en haar beleidsbepalers) negeren. Kort gezegd, menen wij dat in geval van een oorlogssituatie de relevantie van de vraag of belanghebbenden in Nederland de zetelverplaatsing nadat zij (vermeend) plaats heeft gevonden nog succesvol kunnen aanvechten, al snel betrekkelijk wordt.¹⁰⁹

6 Noodzaak tot modernisering

Op 3 juli 2018 heeft de Minister van Justitie het voornemen geuit het staatsnoodrecht te moderniseren.¹¹⁰ Deze wens tot modernisering kwam niet als een verrassing. Mede naar aanleiding van een motie in de Tweede Kamer in het licht van de COVID-19-crisis is in opdracht van het WODC een rapport uitgebracht over de modernisering van het staatsnoodrecht.¹¹¹ Alhoewel in dat rapport de hier besproken wetgeving niet expliciet aan bod komt, wordt ten aanzien van een veelheid aan andere noodwetten en noodregelgeving geconcludeerd dat het wenselijk is die te onderwerpen aan een diepgaandere beschouwing met het oog op crisistijden die de samenleving de komende jaren kan verwachten. De conclusies daarvan kunnen worden meegenomen in een evaluatie van de nu bestaande mogelijkheden tot zetelverplaatsing in oorlogssituaties. Wij gaan hieronder in op enkele onderwerpen die wat ons betreft bij een dergelijke evaluatie aandacht verdienen.

6.1 Toepassingsbereik

Niet alle rechtspersonen kunnen gebruikmaken van de Wet ZDL. In tegenstelling tot de Rijkswet, staat de Wet ZDL bijvoorbeeld niet open voor verenigingen. Hoe-

109. Vergelijk bijvoorbeeld de eerdergenoemde ‘nietigverklaring’ van de zetelverplaatsing van Philips door de toenmalige Secretaris-Generaal van het Departement van Handel, Nijverheid en Scheepvaart onder Duitse bezetting; voetnoot 11. Vergelijkbaar menen wij dat wanneer de Minister van Justitie onder de Rijkswet na omzetting gebruikmaakt van zijn recht zijn toestemming of machtiging in te trekken, het van de omstandigheden zal afhangen of die intrekking in het buitenland gerespecteerd wordt. In een noodsituatie waarin de Nederlandse regering niet langer als legitiem wordt gezien (en er mogelijk een regering in ballingschap bestaat) zal een intrekking door een in het buitenland niet als legitieme minister geziene Minister van Justitie mogelijk weinig effect sorteren.

110. *Kamerstukken II* 2017/18, 29668, nr. 48.

111. L.C.J. van Apeldoorn e.a., *Modernisering van het Staatsnoodrecht*, Open Universiteit 2021.

wel het zo zal zijn dat veel verenigingen geen zetelverplaatsing zullen overwegen, omdat hun activiteiten en vermogen zich veelal voornamelijk binnen Nederland bevinden, en een zetelverplaatsing derhalve weinig effect zal sorteren, vinden wij het onderscheid onnodig beknellend en zien wij niet in waarom in een oorlogssituatie een vereniging niet direct van de Wet ZDL gebruik zou moeten kunnen maken maar zich bijvoorbeeld eerst nog zou moeten omzetten in een N.V.¹¹² Wij zouden de wetgever dan ook aanraden het toepassingsbereik van de Wet ZDL gelijk te trekken met dat van de Rijkswet.

Zowel de Rijkswet als de Wet ZDL staan zetelverplaatsing toe in tijden van oorlog, onmiddellijk oorlogsgevaar, revolutie of daarmee vergelijkbare buitengewone omstandigheden. De afgelopen decennia hebben laten zien dat de vormen waarin genoemde omstandigheden zich voordoen in de loop der jaren kunnen wijzigen. Denk hierbij aan andere wijzen van oorlogsvoering zoals digitale oorlogsvoering, en ontwikkelingen waarbij strijdende partijen elkaar niet formeel de oorlog verklaren, maar in plaats daarvan een proxy-oorlog, een ‘*pre-emptive strike*’, een ‘escalatie voor de-escalatie’, of een ‘speciale militaire operatie’ voeren. Wij kunnen ons voorstellen dat bij een evaluatie uitgebreid nagedacht zal worden of de in de Rijkswet en Wet ZDL genoemde situaties uitgebreid of aangepast moeten worden.

Ook kan gedacht worden aan het uitbreiden van genoemde gronden met andere ontwrichtende noodsituaties. Wij menen echter dat de figuur zetelverplaatsing een zeer specifiek doel heeft. Het gaat namelijk om situaties waarin de Nederlandse jurisdictie als zodanig niet langer een vriendelijke jurisdictie betreft (of hiertoe onmiddellijk gevaar bestaat). In die situaties kan de rechtvaardiging voor de mogelijkheid van snelle zetelverplaatsing, eventueel ten koste van belangen van belanghebbenden van de vennootschap, ook gevonden worden in het gegeven dat vertrek van de vennootschap waarschijnlijk ook het legitieme (te weten: niet dat van de bezetter) landsbelang dient. Noodsituaties waarbij daarvan geen sprake is, zouden naar onze mening niet of zeer terughoudend onder deze gronden geschaard moeten worden. Ter illustratie noemen wij een grote dijkdoorbraak (al dan niet ten gevolge van *global warming*). Dat is een gebeurtenis die zeer ontwrichtend kan zijn voor de maatschappij en zelfs voor het functioneren van de staat en zijn instituties. In een dergelijke situatie zal het in het belang van sommige rechtspersonen kunnen zijn hun zetel via een snelle procedure naar een ander land te verplaatsen. Het is echter op voorhand niet duidelijk dat een vertrek van rechtspersonen ook het landsbelang zal dienen en daarom ontbreekt vanuit dat perspectief rechtvaardiging om af te wijken van reguliere mogelijkheden tot zetelverplaatsing en van de daarvoor geldende beperkingen en waarborgen. Dit neemt overigens niet weg dat er een gedeeld vennootschaps- en landsbelang bestaat om regelingen en voorzieningen te treffen die het in dat geval mogelijk maken dat de rechtspersoon zo goed mogelijk kan blijven functioneren.¹¹³

112. Vergelijk J.W. Bellingwout, *Zetelverplaatsing van rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1996, p. 79.

113. Denk hierbij aan een regeling die het in ontwrichtende noodsituaties mogelijk maakt dat rechtspersonen hun besluitvorming buiten de landsgrenzen kunnen laten plaatsvinden en regelingen die het mogelijk maken dat belangrijke overheidsinstanties (tijdelijk) vanuit het buitenland gevoerd kunnen worden.

Verder schetsen wij nog de volgende opmerkelijke mogelijkheid onder de Wet ZDL die, tevens met oog op het landsbelang, aandacht behoeft. De Wet ZDL verhindert niet dat een rechtspersoon in het geval van een oorlogssituatie haar zetel alvast verplaatst naar de vijandige jurisdictie. Een rechtspersoon zou daar bijvoorbeeld voor kunnen kiezen omdat haar belangrijkste ondernemingsactiviteiten op het grondgebied van de vijand plaatsvinden of omdat zij meent dat het in het vennootschappelijk belang is zich bij de ‘vijand’ aan te sluiten. Het moge evident zijn dat de Wet ZDL hier niet voor bedoeld is; zij verhindert dat echter niet. Wij kunnen ons voorstellen dat een vernieuwde regeling voorziet in de mogelijkheid voor de wetgever om vijandige landen aan te wijzen waarnaar een zetelverplaatsing niet toegestaan is.

De Rijkswet en Wet ZDL zijn niet geschreven met de gedachte dat het Nederland is dat de oorlog verklaart zonder dat sprake is van een (onmiddellijk) risico dat een vijandige mogendheid controle verkrijgt over Nederland. Denk bijvoorbeeld aan een situatie waarbij Nederland de oorlog verklaart ter ondersteuning van een op afstand gelegen aangevallen NAVO-lidstaat op grond van artikel 5 Noord-Atlantisch Verdrag.¹¹⁴ Het zal uiteraard niet de bedoeling zijn dat het vennootschappen in een dergelijke situatie vrijstaat hun zetel te verplaatsen op basis van de in dit preadvies beschreven regelingen. Dat lijkt echter wel het gevolg van de Rijkswet en de Wet ZDL zoals zij nu luiden. Ook daar is mogelijk een beperking van de reikwijdte wenselijk opdat enkel in geval van bedreiging van bijvoorbeeld het volksbestaan¹¹⁵ een oorlog tot zetelverplaatsing aanleiding kan geven.

Als laatste zouden wij het te prijzen vinden als Nederland ook gaat voorzien in de mogelijkheid van *inbound* zetelverplaatsing voor buitenlandse rechtspersonen die in geval van (dreigende) oorlog en vergelijkbare omstandigheden in hun thuisland hun zetel naar Nederland willen verplaatsen. Ten tijde van invoering van de Wet ZDL is een dergelijke regeling ook ter sprake gekomen, maar is de suggestie voor een dergelijke regeling als hiervoor gezegd met weinig overtuigende argumenten door de staatssecretaris afgewezen.¹¹⁶ Zowel ideële als zakelijke motieven zouden voor zo’n regeling pleiten. Voor een dergelijke regeling kan geput worden uit bijvoorbeeld de bestaande regelingen in Delaware (de Verenigde Staten)¹¹⁷ en New Brunswick (Canada)¹¹⁸ die het niet enkel mogelijk maken dat een buitenlandse entiteit haar zetel verplaatst naar die jurisdictie, maar die zelfs voorzien in bijzondere regelingen voor dat geval zoals het behoud van de buitenlandse rechtsvorm.

6.2 Flexibiliteit, rechtszekerheid en bescherming

Wij bespraken hiervoor de fundamentele keuze van de wetgever om zetelverplaatsing onder de Rijkswet en Wet ZDL mogelijk te maken zonder in specifieke be-

114. Of in geval van een aanval op een EU-lidstaat op grond van art. 42 lid 7 Verdrag van Lissabon.

115. Vergelijk bijvoorbeeld de afbakening van art. 18 lid 1 Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag.

116. *Kamerstukken II* 1993/94, 23316, nr. 6, p. 2-3. Zie hierover ook J.W. Bellingwout, *Zetelverplaatsing van rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1996, p. 77.

117. § 389 Delaware General Corporate Law.

118. Foreign Resident Corporations Act.

scherming van belanghebbenden te voorzien. Deze fundamentele keuze raakt wat ons betreft aan de kern van de figuur zetelverplaatsing in oorlogssituaties; de regeling moet in een mogelijkheid voorzien de zetelverplaatsing snel, en met optimale rechtszekerheid, tot stand te brengen zonder het risico van vertragende processen die buiten oorlogssituaties wel wenselijk zouden zijn. Het gepaste systeem om tot dat resultaat te komen zal in een evaluatie van de regelgeving een belangrijke rol spelen.

Als hiervoor besproken kennen de Rijkswet en de Wet ZDL daarvoor ieder hun eigen systeem. Zo bepaalt de Rijkswet dat het bestuur tot zetelverplaatsing over kan gaan zonder toestemming of medewerking van andere organen of derden en biedt de Wet ZDL juist de meeste flexibiliteit aan de algemene vergadering door te bepalen dat zij met enkel een meerderheidsbesluit, en zonder overige goedkeuringsvereisten, kan besluiten. Wij vragen ons af of hier een bewuste keuze van de wetgever in besloten ligt, of dat dit het toevallige gevolg is van het feit dat de wetten door verschillende wetgevingsprocessen in verschillende tijdspannen tot stand zijn gekomen. Het feit dat de rol van bijvoorbeeld een ander vennootschapsorgaan of de bescherming van een minderheidsaandeelhouder kan afhangen van de wettelijke grondslag van de zetelverplaatsing, en zelfs van het orgaan of de persoon die tot zetelverplaatsing overgaat, komt ons willekeurig over. De Rijkswet kent tevens een vernuftige kwalificatie van de handeling van zetelverplaatsing, waarbij uitgebreid nagedacht is over hoe een dergelijke handeling met maximale rechtszekerheid plaats kan vinden ingeval buitenlandse jurisdicties Nederlandse entiteiten als ‘vijandig’ hebben aangemerkt. Een dergelijke overweging ontbreekt bij de Wet ZDL. Ook deze afwijking van de regelingen onderling vinden wij, anders dan wegens het feit dat zij door verschillende wetgevingstrajecten in verschillende tijdspannen tot stand zijn gekomen, moeilijk verklaarbaar.

6.3 Samenloop met regelgeving van latere datum

Wij bespraken enkele regelingen van meer recente datum die in samenhang met de Wet ZDL en de Rijkswet vragen oproepen. Wij noemden al het voorschrift van artikel 2:107a BW en de WOR. De verhouding van de regelingen rondom zetelverplaatsing en dergelijke regelgeving van meer recente datum verdient aandacht bij een eventuele evaluatie. Dat geldt ook voor andere (niet uitvoerig door ons besproken) regelingen, zoals sectorspecifieke regelgeving die aanvullende eisen oplegt aan ondernemingen die een grensoverschrijdende zetelverplaatsing zouden willen nastreven.¹¹⁹ Ook verdient het aanbeveling over interactie met fiscale wetgeving na te denken.¹²⁰ Tevens verdient het aandacht na te denken hoe een Nederlandse vennootschap met tevens een Nederlandse beursnotering niet enkel haar zetel maar ook haar Nederlandse beursnotering kan verplaatsen indien er geen regeling

119. Denk hier met name aan regelgeving voor de financiële sector.

120. Behandeling van fiscale aspecten rondom grensoverschrijdende zetelverplaatsing gaat dit preadvies te buiten. We merken echter op dat door de geschiedenis heen in het kader van de Rijkswet 1940, de Rijkswet en de Wet ZDL afwisselend gedacht is over de vraag of een vennootschap wegens zetelverplaatsing in Nederland dient af te rekenen over fiscale claims. Zie daarover onder meer M. van Dun, *Fiscale aspecten van aandelenvennootschappen met een dubbele vestigingsplaats*, Deventer: Kluwer 1997, nr. 2.3.4.1-2.3.4.2. Ook wijzen wij op de mogelijke interactie met het initiatiefvoorstel ‘Spoedwet conditionele eindafrekening dividendbelasting’.

bestaat die het mogelijk maakt dat die beurs buiten bereik van een vijandige bezetter gevoerd wordt.

Bijzondere aandacht zal geschonken dienen te worden aan regelingen vanuit de EU. Zo is niet op voorhand duidelijk of de Europese rechtsvormen (SE, EESV en SCE) met een zetel in Nederland kwalificeren voor grensoverschrijdende zetelverplaatsing onder de Wet ZDL en de Rijkswet, hetgeen wel wenselijk is.¹²¹ Ook zien wij ruimte voor onzekerheid over de vraag hoe de Wet ZDL, voor zover die wet een zetelverplaatsing van een N.V. of B.V. naar een ander land binnen de EU of EER mogelijk maakt, zich verhoudt met Richtlijn (EU) 2019/2121. Laatstgenoemde richtlijn voorziet immers in een uniform raamwerk voor grensoverschrijdende omzettingen van kapitaalvennootschappen binnen de EU en EER, en de regelingen van de Wet ZDL voldoen niet aan dat raamwerk. Richtlijn (EU) 2019/2121 staat lidstaten weliswaar toe om de regels omtrent grensoverschrijdende omzettingen niet toe te passen in bepaalde situaties, maar daaronder vallen niet de in de Wet ZDL genoemde oorlogssituaties.¹²² Overigens merken wij op dat met invoering van de mogelijkheid tot grensoverschrijdende omzettingen binnen de EU en EER het voor vennootschappen mogelijk is om onder die regels een grensoverschrijdende omzetting te bewerkstelligen. Wij achten het zelfs mogelijk dat een vennootschap een dergelijke omzetting reeds door de algemene vergadering laat goedkeuren met het oog op eventuele toekomstige implementatie in tijden van nood.¹²³ Een dergelijke omzetting kan (indirect) ook tot omzetting naar een buiten de EU en EER gelegen jurisdictie leiden.¹²⁴ Wij gaan ervan uit dat deze route weliswaar weinig aantrekkelijk is en dat in geval van een oorlogssituatie vennootschappen doorgaans voor de regeling van de Rijkswet en Wet ZDL zullen kiezen.

6.4 Gevolgen van oorlogssituaties die andere regelingen vereisen

Niet alle aan een oorlogssituatie gerelateerde vennootschappelijke problemen kunnen geadresseerd worden met de figuur zetelverplaatsing. Wij raden dan ook aan in een evaluatie ook naar bredere vennootschappelijke problematiek te kijken. Zo heeft de oorlog in Oekraïne een aantal Nederlandse ondernemingen ook in de problemen gebracht doordat zij werden geconfronteerd met de situatie dat in hun vennootschappelijk structuur gesanctioneerde bestuurders, commissarissen of (indirecte) aandeelhouders figureerden.

Als gevolg daarvan kunnen naast juridische ook commerciële problemen ontstaan, bijvoorbeeld doordat (potentiële) relaties geen zaken (meer) mogen doen met de on-

121. Zo zouden wij veiligheidshalve aannemen dat zetelverplaatsing op grond van de Wet ZDL en de Rijkswet niet openstaat voor genoemde entiteiten, omdat de Uitvoeringswet verordening Europese vennootschap, de Uitvoeringswet verordening Europese coöperatieve vennootschap en de Uitvoeringswet verordening tot instelling van Europese economische samenwerkingsverbanden, en de onderliggende Europese verordeningen, ieder een eigen regeling voor zetelverplaatsing kennen.

122. Art. 86bis lid 3 Richtlijn (EU) 2019/2121. De uitzonderingsregeling staat het bijvoorbeeld toe de regelingen van de Richtlijn buiten toepassing te laten bij een *bail in* van financiële instellingen op basis van Richtlijn (EU) 2014/59.

123. Dit is mogelijk omdat een reeds goedgekeurde grensoverschrijdende omzetting geen uiterlijke termijn voor implementatie kent, zoals bijvoorbeeld een binnenlandse fusie die wel kent (art. 2:318 lid 1 BW).

124. Zie hierover ook voetnoot 24.

derneming. Het kan er ook toe leiden dat een vennootschap zelf onderhevig raakt aan een sanctieregime. Daarnaast is het mogelijk dat besluitvorming als gevolg hiervan onmogelijk blijkt doordat de betrokken persoon of personen niet willen, kunnen of mogen meedoen aan de besluitvorming. Een treffend voorbeeld van een zodanige situatie is die rondom Cicerone Holding B.V., waar door een uitspraak van de Ondernemingskamer onder meer een uitgifte van aandelen mogelijk werd gemaakt zonder medewerking van een uiteindelijke aandeelhouder die was opgenomen op een sanctielijst van de Europese Unie. Tot op zekere hoogte kan zelfstandig door betrokken partijen in dit soort situaties worden voorzien. Daarvoor kunnen, mogelijk al vooraf, bijzondere regelingen worden opgenomen in statuten, reglementen of overeenkomsten die al dan niet refereren aan oorlogsomstandigheden of sanctieregimes. Regelmatig blijkt dit echter niet het geval, en kunnen ondernemingen in grote problemen geraken door een gesanctioneerde (indirecte) aandeelhouder of functionaris. Bij een modernisering van het staatsnoodrecht of van het ondernemingsrecht zouden de recente ervaringen op dit gebied kunnen worden geëvalueerd en zou kunnen worden gezien of er mogelijkheden zijn die in de hier besproken en vergelijkbare situaties kunnen voorzien.

Hybride conflicten, cybersecurity en ondernemingen

Mr. dr. P.T.J. Wolters*

1 Inleiding

De afgelopen jaren worden gekenmerkt door oplopende geopolitieke spanningen. Democratieën staan wereldwijd onder druk.¹ Dit heeft ook gevolgen voor de nationale veiligheid van Nederland en andere Europese democratieën. De dreiging gaat hierbij niet direct uit van een conventionele oorlog met een andere staat.² De acuutste dreigingen komen in plaats daarvan van 'hybride' conflicten.

De Adviesraad Internationale Vraagstukken beschrijft een hybride conflict als een situatie waarin er 'bepaalde, vaak niet-militaire, machtsinstrumenten georkestreerd en strategisch worden ingezet als een wapen, zonder dat er sprake is van een gewapend conflict'.³ Het gaat hierbij om onder andere desinformatie, online bedreiging en andere vormen van online inhoud,⁴ politieke ondermijning, cyberaanvallen en economische destabilisatie en sancties, maar ook om gericht geweld en sabotage van vitale infrastructuur.⁵ Hybride conflicten bevinden zich in de grijze zone tussen oorlog en vrede. Zij blijven onder de juridische grens van oorlog

* Pieter Wolters is universitair hoofddocent burgerlijk recht en onderzoeker bij het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.

1. S. Repucci & A. Slipowitz, *Freedom in the World 2022. The Global Expansion of Authoritarian Rule*, Washington, DC: Freedom House 2022, p. 1; NCTV, *Cybersecuritybeeld Nederland 2023*, Den Haag, juni 2023, p. 43; Adviesraad Internationale Vraagstukken, *Hybride dreigingen en maatschappelijke weerbaarheid* (AIV-advies 126), Den Haag, juni 2024, p. 6-7; WRR, *WRR rapport nr. 109 Nederland in een fragmenterende wereldorde*, Den Haag, juli 2024; voetnoot 7.
2. Zie in die zin bijvoorbeeld AIVD, MIVD & NCTV, *Dreigingsbeeld Statelijke Actoren 2*, november 2022, p. 4.
3. Adviesraad Internationale Vraagstukken 2024, p. 5. Zie ook Analistennetwerk Nationale Veiligheid, *Rijksbrede Risicoanalyse Nationale Veiligheid*, juli 2022, p. 36; Adviesraad Internationale Vraagstukken 2024, p. 14-15 en 37.
4. Zie over de rol van desinformatie, online bedreiging en andere vormen van online inhoud en de invloed daarvan op democratische processen en de verantwoordelijkheden van onlineplatforms ook P.T.J. Wolters, 'Inhoudsmoderatie door onlineplatforms en een duurzame democratie', in: N.M. Hoek e.a. (red.), *Spanningen tussen duurzaamheid en Europees recht* (Serie Onderneming en Recht deel 146), Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 181-209. Zie voor enkele voorbeelden in de context van hybride conflicten bijvoorbeeld P. Charon & J.-B. Jeangène Vilmer, *Chinese Influence Operations: A Machiavellian Moment* (rapport van het Institute for Strategic Research), Parijs: Ministry for the Armed Forces 2021, p. 167, 196-201, 222-244 en 377-400; Adviesraad Internationale Vraagstukken 2024, p. 13.
5. S. Kamerling, M.-B.U. Stumbaum & S. De Cet, 'Hoe de Europese democratie te wapenen tegen China', *Clingendael Spectator* 28 juni 2023, beschikbaar via spectator.clingendael.org/nl/publicatie/hoe-de-europese-democratie-te-wapenen-tegen-china; Adviesraad Internationale Vraagstukken 2024, p. 5; NATO, 'Statement by the North Atlantic Council on recent Russian hybrid activities', [nato.int](https://www.nato.int), 2 mei 2024.

in de zin van een gewapend conflict. Zij zijn bedoeld om een betere positie te verkrijgen. Dit kan een politieke positie zijn, maar ook een militair-strategische.⁶ Hybride conflicten zijn dus geen oorlog, maar gaan wel gepaard met oorlogsdreiging.

Hybride conflicten zijn in frequentie en intensiteit toegenomen door verhoogde geopolitieke spanningen. Landen als Rusland, China, Noord-Korea en Iran, maar ook terroristische organisaties en andere non-statelijke actoren, zijn assertiever geworden.⁷ De versterking van de bescherming tegen dergelijke aanvallen staat dan ook hoog op de agenda.⁸

In dit preadvies ga ik in op de rol van cybersecurity en cyberaanvallen binnen deze hybride conflicten. Cyberaanvallen zijn een belangrijk wapen in hybride conflicten, onder andere door hun relatief lage kosten en de moeilijkheden bij het overtuigend vaststellen van de dader.⁹ De bescherming tegen deze aanvallen is daarom van groot belang.

De digitalisering van de maatschappij zorgt er bovendien voor dat ook de cybersecurity van bedrijven van groot belang is voor de nationale veiligheid (par. 3.5). De verantwoordelijkheid voor de bescherming tegen cyberaanvallen is daarom niet exclusief belegd bij de overheid. Ook ondernemingen spelen een rol. Zij worden dan ook in toenemende mate geconfronteerd met cybersecurityverplichtingen. Deze zijn met name afkomstig uit Europa.

In dit preadvies beantwoord ik de volgende vraag: *Op welke manieren leiden hybride dreigingen tot Europese cybersecurityverplichtingen voor ondernemingen?* Dit preadvies is als volgt opgebouwd. Ik start met een korte introductie van het begrip cybersecurity (par. 2). Hierna volgt een beschrijving van de rol van cybersecurity in hybride conflicten (par. 3). In paragraaf 4 geef ik een algemeen overzicht van de belangrijkste Europese cybersecurityverplichtingen voor ondernemingen. Ik leg de focus vervolgens op enkele onderwerpen die in het licht van hybride conflicten in het bijzonder van belang zijn: doorgiften van data, ketenrisico's en de toegenomen rol van de overheid (par. 5). Deze opsomming illustreert ook dat dit preadvies niet bedoeld is om een uitputtend overzicht te geven van alle cybersecurityverplichtingen van ondernemingen die mede beschermen tegen hybride dreigingen. Meer in het algemeen is dit preadvies beperkt tot de verplichtingen van ondernemingen als 'gebruikers' van ICT. Ik ga niet in op de verplichtingen voor de ontwerpers,

-
6. Analistennetwerk Nationale Veiligheid 2022, p. 36; P. Datta, 'Hannibal at the gates: Cyberwarfare & the Solarwinds sunburst hack', *Journal of Information Technology Teaching Cases* (12) 2022, afl. 2, p. 115-116; Adviesraad Internationale Vraagstukken 2024, p. 5 en 28.
 7. Charon & Jeangène Vilmer 2021; AIVD, MIVD & NCTV 2022, p. 4-5 en 13; *Kamerstukken II* 2022/23, 36263, nr. 3, p. 1-3 (MvT); Kamerling, Stumbaum & De Cet 2023; NCTV 2023, p. 5-7, 16-17 en 42-43; Adviesraad Internationale Vraagstukken 2024, p. 5-6 en 28-29; NATO 2024; WRR 2024, p. 37 en 40.
 8. Zie bijvoorbeeld Analistennetwerk Nationale Veiligheid 2022, p. 36-37 en 63-65; M. Okano-Heijmans, A. Gomes & D. Kono, *Strengthening digital economic security in Europe* (rapport voor het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat), Clingendael 2023, p. 9-11; Adviesraad Internationale Vraagstukken 2024, p. 41-43; NATO 2024.
 9. Zie bijvoorbeeld Evaluatiecommissie WIV 2017, *Evaluatie 2020. Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten* 2017, 2021, p. 24; T. Sweijts e.a., *A Framework for Cross-Domain Strategies Against Hybrid Threats*, The Hague Centre for Strategic Studies 2021, p. 33-34; J. Vostoupal, 'Stuxnet vs WannaCry and Albania: Cyber-attribution on trial', *Computer Law & Security Review* (54) 2024, p. 1-4.

fabrikanten en leveranciers van ICT¹⁰ of specifieke processen zoals elektronische handtekeningen¹¹ of de online oprichting van vennootschappen.¹² Ik sluit af met een conclusie (par. 6).

2 Het begrip cybersecurity

Cybersecurity is een begrip met vele uiteenlopende definities en (quasi-)synoniemen.¹³ Een gedeelde kern is echter dat zij zien op de bescherming (par. 2.2) van digitale middelen (par. 2.1). Het begrip cybersecurity moet ruim worden geïnterpreteerd. Het ziet op de bescherming tegen uiteenlopende dreigingen (par. 2.3) en omvat dan ook een grote verscheidenheid aan mogelijke beveiligingsmaatregelen (par. 2.4). Het is hiermee een veelomvattend begrip (par. 5).

2.1 Digitale middelen

Cybersecurity ziet op de bescherming van uiteenlopende middelen.¹⁴ Zij ziet in de eerste plaats op de bescherming van digitale data. Digitale data omvatten informatie zoals persoonsgegevens, bedrijfsgeheimen en andere vertrouwelijke of minder vertrouwelijke informatie, maar ook andere data zoals software en websites. De bescherming van deze data vereist uiteraard ook de bescherming van de gegevensdragers (USB-stick, harde schijf, server) waarop deze gegevens zijn opgeslagen.

Cybersecurity omvat daarnaast de bescherming van de apparaten die nodig zijn om deze digitale data te gebruiken.¹⁵ Het gaat hierbij bijvoorbeeld om computers, mobiele telefoons en andere fysieke producten die op enige manier digitale data verwerken (apparaten die onderdeel uitmaken van het ‘internet der dingen’ of ‘internet of things’, ‘iot’) zoals een slimme thermostaat of virtuele assistent. Een groot deel van de digitale toepassingen maakt gebruik van elektronische communicatie.

-
10. Zie hierover met name de ‘Cyber Resilience Act’ (European Parliament, ‘Cyber Resilience Act’, P9_TA(2024)0130). Over deze verordening bestaat een akkoord maar zij moet nog formeel worden aangenomen door de Raad.
 11. Zie hierover Verordening (EU) Nr. 910/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende elektronische identificatie en vertrouwensdiensten voor elektronische transacties in de interne markt en tot intrekking van Richtlijn 1999/93/EG (*PbEU* 2014, L 257/73), zoals gewijzigd door Verordening (EU) 2024/1183 van het Europees Parlement en de Raad van 11 april 2024 tot wijziging van Verordening (EU) nr. 910/2014, wat betreft de vaststelling van het Europees kader voor digitale identiteit (*PbEU* L-serie van 30 april 2024).
 12. Zie hierover Richtlijn (EU) 2019/1151 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 met betrekking tot het gebruik van digitale instrumenten en processen in het kader van het vennootschapsrecht (*PbEU* 2019, L 186/80). Zie over de cybersecurityaspecten T. Saleminck, P.T.J. Wolters & H. De Wulf, ‘Cybersecurity and Online Formation of Companies in the Netherlands, Belgium, and Germany’, *European Company and Financial Law Review* (21) 2024, afl. 1, p. 67-103.
 13. Zie over de veelheid aan definities bijvoorbeeld D. Schatz, R. Bashroush & J. Wall, ‘Towards a More Representative Definition of Cyber Security’, *Journal of Digital Forensics, Security and Law* (12) 2017, afl. 2, p. 53-74. Nederlandse synoniemen zijn bijvoorbeeld informatiebeveiliging, cyberbeveiliging en computerbeveiliging.
 14. Zie bijvoorbeeld S.W.E. Hamdani e.a., ‘Cybersecurity Standards in the Context of Operating System: Practical Aspects, Analysis, and Comparisons’, *ACM Computing Surveys* (54) 2021, afl. 3, p. 2.
 15. Zie in de context van persoonsgegevens J.A. Hofman, *De beveiliging van persoonsgegevens* (diss. Nijmegen) (Serie Onderneming en Recht deel 135), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 71, 77-78 en 81.

De bescherming van deze toepassingen vereist dan ook tevens de bescherming van elektronische communicatiediensten en -netwerken, inclusief routers, wifiverbindingen en netwerkkabels.

Cybersecurity ziet ten slotte ook op de bescherming van digitaal aangestuurde processen. Steeds meer zaken zijn gedigitaliseerd of worden met behulp van digitale middelen aangestuurd. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om digitaal betalingsverkeer of de digitale besturing of monitoring van een fabriek of sluis. Ook deze digitale processen zijn digitale middelen die beschermd moeten worden.

2.2 Bescherming

De bescherming van de digitale middelen omvat drie hoofddoelen: vertrouwelijkheid, integriteit en beschikbaarheid (Engels: *confidentiality, integrity and availability*).¹⁶

Vertrouwelijkheid ziet op het buiten de deur houden van onbevoegden. Zij mogen bijvoorbeeld geen (passieve) toegang krijgen tot vertrouwelijke gegevens zoals persoonsgegevens en bedrijfsgeheimen, maar ook niet tot andere digitale middelen zoals de aansturing van een waterzuiveringsinstallatie. Onbevoegden zijn bijvoorbeeld externe aanvallers ('hackers') die via het internet binnen proberen te komen, maar ook werknemers zonder de vereiste autorisaties.

Beschikbaarheid is het spiegelbeeldige doel. Cybersecurity is ook gericht op het verzekeren dat bevoegden *wel* toegang houden tot de digitale middelen. De beschikbaarheid wordt bijvoorbeeld aangetast als *ransomware* de gegevens versleutelt, maar ook als de netwerken niet beschikbaar zijn door een stroomstoring¹⁷ of aantasting van de internetinfrastructuur. Dit kan het gevolg zijn van een moedwillige aanval, maar ook door een ongeluk zoals een brand of zelfs een aardbeving.

Integriteit betekent kort gezegd dat er niet met de digitale middelen kan worden geknoeid.¹⁸ Het vereist dat de middelen niet, door onbevoegden of per ongeluk, kunnen worden aangetast. Informatie moet correct en volledig worden doorgegeven. Als de digitale middelen toch worden aangetast, moet dit zichtbaar zijn. De

16. Zie over deze beschermingsdoelen bijvoorbeeld R. de Oliveira Albuquerque e.a., 'Leveraging information security and computational trust for cybersecurity', *The Journal of Supercomputing* (72) 2016, afl. 10, p. 3742-3743; B. Lundgren & N. Möller, 'Defining Information Security', *Science and Engineering Ethics* (25) 2019, afl. 2, p. 419-441; Hofman 2022, p. 66-87; F. Djebbar & K. Nordström, 'A Comparative Analysis of Industrial Cybersecurity Standards', *IEEE Access* (11) 2023, p. 85317; S. Konings, 'Grip op cybersecurity voor bestuurders en commissarissen', in: M. Lückérath-Rovers e.a. (red.), *Jaarboek Corporate Governance 2023-2024*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 156-157. Ook over deze beschermingsdoelen, subdoelen en de onderlinge verhoudingen daartussen bestaat de nodige discussie. Zie hierover bijvoorbeeld Y. Cherdantseva & J. Hilton, 'Information Security and Information Assurance. The Discussion about the Meaning, Scope and Goals', in: F. Almeida & I. Portela (red.), *Organizational, Legal, and Technological Dimensions of Information System Administration*, Hershey, PA: IGI Global 2013.

17. Zie in deze zin ook NCTV 2023, p. 40.

18. Ten aanzien van informatie wordt bij integriteit ook wel de nadruk gelegd op de *juistheid*. Deze term is echter ongelukkig, tenminste voor zover hij ziet op de materiële juistheid. Als een onbevoegde incorrecte gegevens stiekem corrigeert, is dit een inbreuk op de integriteit en een aantasting van de cybersecurity. Dat de informatie juist is geworden, doet hier niet aan af. Zie in deze zin ook Hofman 2022, p. 74-76.

integriteit van de digitale middelen is in zo'n geval ook onweerlegbaar. De risico's van integriteitsaanpassingen zijn wat subtieler, maar hierdoor niet minder belangrijk. Een concurrent zou bijvoorbeeld een werknemer aan het personeelsbestand kunnen toevoegen of de rechten van deze werknemer kunnen uitbreiden om hem of haar in staat te stellen om bedrijfsgeheimen te stelen. Een aantasting van een thermometer of thermostaat van een belangrijke industriële installatie zou er daarnaast toe kunnen leiden dat de machines te heet worden en beschadigd raken.

2.3 Uiteenlopende dreigingen

Cybersecurity ziet op de bescherming tegen uiteenlopende dreigingen. Zij vereist in de eerste plaats bescherming tegen zowel externe als interne dreigingen en zelfs tegen ongelukken.¹⁹ De beschikbaarheid van ICT kan bijvoorbeeld worden aangetast door een ransomware aanval van een externe aanvalleur, maar ook doordat een medewerker per ongeluk of (bijvoorbeeld onder invloed van een buitenlandse mogendheid) opzettelijk de stroom uitschakelt. De dreigingen hoeven bovendien niet specifiek te zijn: ook een regionale stroomstoring tast de beschikbaarheid aan.

Cybersecurity ziet op de bescherming tegen zowel 'digitale' dreigingen als fysieke risico's.²⁰ Een aanvalleur kan bijvoorbeeld via het internet toegang krijgen tot vertrouwelijke persoonsgegevens, maar ook door op het kantoor van het bedrijf achter een niet vergrendelde laptop te gaan zitten.

2.4 Een grote verscheidenheid aan beveiligingsmaatregelen

Cybersecurity heeft betrekking op uiteenlopende digitale middelen (par. 2.1), beschermingsdoelen (par. 2.2) en dreigingen (par. 2.3). Zij vereist daarom een holistische aanpak waarin al deze aspecten niet gefragmenteerd maar gezamenlijk worden geadresseerd. Een dergelijke holistische aanpak vereist een grote verscheidenheid aan beveiligingsmaatregelen. Deze maatregelen kunnen worden onderscheiden in technische en organisatorische maatregelen.²¹

Technische maatregelen zijn bijvoorbeeld een firewall, versleuteling van data, wachtwoorden en multifactorauthenticatie en back-ups. Technische maatregelen zijn echter niet alleen digitaal. Ook een fysiek slot en een bewaker om de fysieke toegang tot ICT te voorkomen, zijn voorbeelden van beschermingsmaatregelen. Hetzelfde geldt voor een noodstroomvoorziening die de beschikbaarheid waarborgt bij een stroomstoring.

Organisatorische maatregelen zien op de overige beveiligingsmaatregelen. Deze maatregelen zien met name op het beleid rondom cybersecurity en de uitvoering

19. Hamdani e.a. 2021, p. 2; NCTV 2023, p. 6, 8, 15-16, 35, 41-42; par. 2.2.

20. NCTV 2023, p. 42; par. 2.2.

21. Ook hier geldt overigens dat er verschillende indelingen en begrippen worden gebruikt. Zie bijvoorbeeld Hofman 2022, p. 101-102. De wisselende terminologie vindt men ook terug in regelgeving en soms zelfs binnen een enkel juridisch instrument. Zo verwijst de NIS2 (par. 4.2) zowel naar 'technische en organisatorische' (art. 12 lid 2) als naar 'technische, operationele en organisatorische' (art. 21 lid 1, mijn cursivering) maatregelen.

daarvan. Zij omvatten bijvoorbeeld het ontwerp en de implementatie van een informatiebeveiligingsmanagementsysteem ('*information security management system of 'ISMS'*')²², risicoanalyses, een *incident response plan* om de schade bij een eventueel incident te beperken en de beveiliging te herstellen en trainingen voor werknemers. Het is hierbij natuurlijk van groot belang dat de maatregelen niet alleen zien op het opstellen van algemeen beleid, maar ook op de implementatie daarvan in alle onderdelen van een organisatie. Organisatorische maatregelen zien bijvoorbeeld zowel op beleid over de toegang tot bepaalde persoonsgegevens *en* op maatregelen om ervoor te zorgen dat een werknemer die de organisatie verlaat daadwerkelijk de toegang verliest.

2.5 Tussenconclusie: een veelomvattend begrip

De vorige subparagrafen maken duidelijk dat cybersecurity een breed begrip is. Cybersecurity ziet op uiteenlopende digitale middelen (par. 2.1), beschermingsdoelen (par. 2.2) en dreigingen (par. 3) en vereist dan ook een grote verscheidenheid aan beveiligingsmaatregelen (par. 2.4). Cybersecurity is hiermee een veelomvattend begrip.

Dit heeft zijn weerslag op de juridische cybersecurityverplichtingen. De meeste cybersecurityverplichtingen zijn op enige manier afgebakend. Dit neemt echter niet weg dat zij in de regel zien op verschillende digitale middelen en alle besproken doelen omvatten. De verplichtingen zijn ook veelal geformuleerd als open norm (zie par. 4.1 en 4.2). Zij omvatten hiermee een grote variëteit aan beveiligingsmaatregelen.

3 Cybersecurity in hybride conflicten

Cyberaanvallen zijn een belangrijk wapen in hybride conflicten. De bescherming tegen deze aanvallen door middel van cybersecurity is dan ook van groot belang. Cyberaanvallen in hybride conflicten kunnen allerlei vormen aannemen. Zij kunnen in de eerste plaats het doel hebben om informatie te verkrijgen (par. 3.1) of de maatschappij te ontregelen (par. 3.2). De cyberaanvallen kunnen echter ook gericht zijn op andere op het eerste gezicht minder belangrijke digitale middelen (par. 3.3) of partijen (par. 3.4). Dergelijke aanvallen kunnen in zo'n geval functioneren als tussenstap naar het uiteindelijke doelwit. Deze grote verscheidenheid aan mogelijke cyberaanvallen heeft ook consequenties voor de rol van de cybersecurity van ondernemingen in hybride conflicten (par. 3.5).

3.1 Het verkrijgen van informatie

Cyberaanvallen kunnen in de eerste plaats gericht zijn op het verkrijgen van informatie. Zij kunnen bijvoorbeeld gericht zijn op persoonsgegevens, om een profiel

22. Zie hierover ook Hofman 2022, p. 89-90 en 102.

over personen op te bouwen²³ of hen onder druk te zetten.²⁴ De aanvallen kunnen zich ook richten op andere gevoelige informatie, zoals vertrouwelijke communicatie, bedrijfsgeheimen, (militaire en ‘dual use’²⁵) technologie²⁶ en strategisch belangrijke informatie, zoals informatie over defensie, overheidsdiensten en private belangrijke diensten.²⁷ Ook data die op het eerste gezicht niet bijzonder gevoelig zijn, kunnen een onderdeel uitmaken van hybride conflicten. ‘Bulk’ data kunnen worden gebruikt voor de ontwikkeling van AI.²⁸ AI maakt het daarnaast mogelijk om dergelijke data te analyseren om hier patronen en andere gevoeligere informatie uit te halen of te gebruiken voor desinformatie en andere vormen van beïnvloeding.²⁹

Data zijn hiermee een strategisch belangrijk middel geworden.³⁰ Het waarborgen van de vertrouwelijkheid van data is in dit licht van groot belang. Dit vereist in de eerste plaats de bescherming tegen aanvallen en andere in paragraaf 2.3 besproken dreigingen. Data worden in veel gevallen echter ook verkregen via (relatief, zie par. 5.1) legitieme kanalen zoals bedrijven en datahandelaren (zie par. 3.4).

3.2 Het ontregelen van de maatschappij

Cyberaanvallen kunnen gericht zijn op het ontregelen van de maatschappij of een deel daarvan. Zij kunnen gericht zijn op het uitschakelen of ontregelen van essentiële processen zoals de stroomvoorziening, de gezondheidszorg, het openbaar vervoer, de drinkwatervoorziening of het internet.³¹ Het is daarom van belang om de beveiliging van deze processen te waarborgen. Deze diensten worden gedeeltelijk digitaal aangestuurd, waardoor dit ook cybersecurity vereist. Het gaat hierbij met

-
23. Zie bijvoorbeeld Charon & Jeangène Vilmer 2021, p. 129; NCTV 2023, p. 8 en 43; Executive Order 14117 of February 28, 2024 on Preventing Access to Americans' Bulk Sensitive Personal Data and United States Government-Related Data by Countries of Concern, 89 FR 15421, Section 1.
 24. Executive Order 14117, Section 1.
 25. Dit betreft technologie die zowel een civiele als een militaire bestemming kunnen hebben. Art. 2 lid 1 Verordening (EU) 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 (herschikking) (*PbEU* 2021, L 206/1).
 26. In de Nederlandse context kan hierbij vooral worden gedacht aan microchiptechnologie en ASML in het bijzonder. Okano-Heijmans, Gomes & Kono 2023, p. 35 en 96; Adviesraad Internationale Vraagstukken 2024, p. 21; WRR 2024, p. 54. ASML is dan ook een belangrijk doelwit: ‘ASML had juist goede banden met China’, *nos.nl*, 28 februari 2015; D. Toet, ‘ASML-medewerker nam geheimen mee naar Huawei’, *computable.nl*, 23 oktober 2023.
 27. Zie bijvoorbeeld Charon & Jeangène Vilmer 2021, p. 290; Analistennetwerk Nationale Veiligheid 2022, p. 36-37; AIVD, MIVD & NCTV 2022, p. 5, 13 en 33; NCTV 2023, p. 8, 16-17 en 29-30.
 28. S. Hoffman, in: M. Hvistendahl, ‘How China surveils the world’, *TechnologyReview.com*, 19 augustus 2020; Executive Order 14117, *aanh.*
 29. Hoffman 2020; Charon & Jeangène Vilmer 2021, p. 129 en 136; Executive Order 14117, *aanh.*
 30. Zie ook Analistennetwerk Nationale Veiligheid 2022, p. 50; R. Creemers, ‘China’s emerging data protection framework’, *Journal of Cybersecurity* (8) 2022, afl. 1, p. 5-7; L. Belli, W.B. Gaspar & S.S. Jaswant, ‘Data sovereignty and data transfers as fundamental elements of digital transformation: Lessons from the BRICS countries’, *Computer Law & Security Review* (54) 2024, p. 3; E. Brown, C. Chin-Rothmann & J. Brock, ‘Exploring the White House’s Executive Order to Limit Data Transfers to Foreign Adversaries’, *csis.org*, 29 februari 2024; S. Sacks, Y. Luo & G. Webster, *Mapping U.S.-China Data De-Risking. Accumulating barriers and safeguards for data transfers*, *DigiChina* 2024, p. 2.
 31. Analistennetwerk Nationale Veiligheid 2022, p. 52 en 73; AIVD, MIVD & NCTV 2022, p. 33; NCTV 2023, p. 8, 16-17, 20-29, 34-35 en 44; Adviesraad Internationale Vraagstukken 2024, p. 13-14; WRR 2024, p. 91.

name om de beschikbaarheid en integriteit van deze processen: ze moeten goed functioneren en niet door onbevoegden kunnen worden gewijzigd.

Ook data spelen een belangrijke rol in het dagelijkse functioneren van de maatschappij, zelfs als zij niet bijzonder vertrouwelijk zijn.³² Een serieuze aantasting van de beschikbaarheid van data kan hiermee een ontregelend effect hebben, los van de directe invloed op essentiële processen.

3.3 Andere cybersecurityrisico's

De rol van cybersecurity bij het tegengaan van hybride dreigingen is in veel gevallen in de eerste plaats gericht op het waarborgen van de vertrouwelijkheid van informatie (par. 3.1) en de beschikbaarheid, integriteit en vertrouwelijkheid van essentiële processen en data (par. 3.2). De rol is hier echter niet noodzakelijk toe beperkt. Ook andere aantastingen van de beveiliging kunnen onderdeel zijn van hybride conflicten. Zij kunnen hierbij een tussenstap zijn, die uiteindelijk leidt tot een cyberaanval die in de context van een hybride conflict van groter belang is.

De aantasting van de integriteit van een personeelsbestand kan iemand bijvoorbeeld in staat stellen om bedrijfsgeheimen te stelen (par. 2.2). De aantasting van de integriteit van het personeelsbestand is hiermee een tussenstap die uiteindelijk leidt tot de aantasting van de vertrouwelijkheid van de bedrijfsgeheimen.

3.4 Ketenafhankelijkheid

Digitale middelen en partijen in een keten zijn in grote mate verbonden. Een gebrek in de beveiliging bij een partij brengt hierdoor ook risico's met zich voor entiteiten die met deze partij samenwerken.³³ Deze 'ketenafhankelijkheid' is nadrukkelijk een strijdtoneel bij hybride conflicten.³⁴ Statelijke actoren maken gebruik van cyberaanvallen op partijen in de keten die op zichzelf geen bijzonder gevoelige digitale middelen beheren om bij hun uiteindelijke doel te komen. Essentiële processen en gevoelige data kunnen bijvoorbeeld worden geraakt door een aanval op ondersteunende diensten of toeleveranciers die op zichzelf niet essentieel zijn.³⁵ Het is daarnaast mogelijk dat een partij persoonsgegevens verwerkt die op het eerste gezicht relatief onschuldig zijn maar in combinatie met andere gegevens kunnen worden gebruikt om iemand onder druk te zetten (par. 3.1).

Ketenafhankelijkheid speelt in bijzondere mate bij ICT-bedrijven. De software van een ICT-bedrijf wordt in veel gevallen gebruikt door een grote hoeveelheid andere partijen. Een fout of gebrek in de beveiliging van deze software kan hierdoor in-

32. Zie ook voetnoten 30 en 44.

33. Overweging 56 NIS2 (voetnoot 51); Analistennetwerk Nationale Veiligheid 2022, p. 50 en 52; NCTV 2023, p. 9, 41-42 en 46; M. van 't Schip, 'The Regulation of Supply Chain Cybersecurity in the NIS2 Directive in the Context of the Internet of Things', *European Journal of Law and Technology* (15) 2024, afl. 1, p. 4-7. Zie ook par. 5.2.

34. Analistennetwerk Nationale Veiligheid 2022, p. 50; AIVD, MIVD & NCTV 2022, p. 13; voetnoot 35.

35. Zie bijvoorbeeld Y. Jun-suk, 'China launches cyberattacks against South Korea in protest of THAAD: former US Navy commander', *koreaherald.com*, 27 april 2017; Charon & Jeangène Vilmer 2021, p. 247; WRR 2024, p. 124-125.

vloed hebben op al deze andere partijen.³⁶ Dit speelde in juli 2024 bijvoorbeeld bij het beveiligingsbedrijf 'Crowdstrike', waarbij een onopzettelijke fout in de update van beveiligingssoftware ervoor heeft gezorgd dat de computers van de gebruikers niet meer functioneerden.³⁷ In 2021 werd daarnaast het ICT-bedrijf 'Kaseya' getroffen door een aanval. Kaseya ontwikkelde software voor aanbieders van beheerde diensten ('*managed service providers*'), die op hun beurt via de cloud ICT-diensten aanbieden aan de eindgebruikers. De aanvallers wisten malware aan de software van Kaseya toe te voegen. De aanval op Kaseya zorgde er zo voor dat meer dan 1000 van deze eindgebruikers werden getroffen door een ransomware-aanval.³⁸

Staatelijke actoren maken gebruik van ketenafhankelijkheid door middel van cyberaanvallen, maar oefenen ook op andere wijze invloed uit. Zij kunnen bijvoorbeeld gebruikmaken van juridische zeggenschap (de partij is in het land gevestigd of heeft daar een vestiging) of economische connecties (de partij is geheel of gedeeltelijk en direct of indirect eigendom van het land, heeft daar een vestiging of is op een andere manier economisch afhankelijk).³⁹ De staatelijke actoren kunnen deze invloed gebruiken om toegang te eisen tot de data en andere digitale middelen van deze partijen, maar ook om kwetsbaarheden in de ontwikkelde producten te laten inbouwen die het vervolgens zelf kan exploiteren.⁴⁰ De 'CLOUD Act' geeft Amerikaanse autoriteiten bijvoorbeeld het recht om data op te vragen bij Amerikaanse bedrijven, onafhankelijk van de vraag of deze data in de Verenigde Staten of elders zijn opgeslagen.⁴¹ Daarnaast kan ook China data verkrijgen via Chinese organisaties en bedrijven en de apparaten en apps (zoals TikTok) die deze bedrijven ontwikkelen.⁴² Verder leverde het Chinese bedrijf Huawei apparatuur voor het netwerk van KPN. De Volkskrant meldde in 2021 dat dit Huawei in staat stelde om mobiele nummers van KPN af te luisteren.⁴³

Deze cybersecurityrisico's kunnen worden verkleind door de ketenafhankelijkheid af te bouwen. In de context van hybride conflicten gaat het hierbij vooral

36. Analistennetwerk Nationale Veiligheid 2022, p. 50 en 70. Zie voor nog meer voorbeelden NCTV 2023, p. 20-23; *Kamerstukken II 2023/24*, 36574, nr. 2, p. 5-6 (Initiatiefnota van de leden Six Dijkstra en Kathmann over 'Wolken aan de horizon').

37. Zie hierover K. O'Flaherty, 'CrowdStrike Reveals New Details About What Caused Windows Outage', *forbes.com*, 24 juli 2024.

38. Zie hierover bijvoorbeeld J. Allen, 'Kaseya Ransomware Attack Explained', *purplesec.us*, 23 juli 2021. Zie ook Datta 2022, p. 116-117 over 'Solarwinds'.

39. Zie bijvoorbeeld overweging 90 NIS2 (voetnoot 51); M. Scot Tanner, 'Beijing's New National Intelligence Law: From Defense to Offense', *lawfaremedia.org*, 20 juli 2017; Executive Order 13873 of May 15, 2019 on Securing the Information and Communications Technology and Services Supply Chain, 84 FR 22689, aanhef; NIS Cooperation Group, *EU coordinated risk assessment of the cybersecurity of 5G networks*, 2019, p. 22; AIVD, MIVD & NCTV 2022, p. 33. Zie ook voetnoten 40, 42, 43 en de daar beschreven voorbeelden.

40. Overweging 90 NIS2 (voetnoot 51); Analistennetwerk Nationale Veiligheid 2022, p. 39-40.

41. Zie hierover bijvoorbeeld R.H.T. Jansen & P.T.J. Wolters, 'De toegang van Amerikaanse inlichtingendiensten bij doorgiften van persoonsgegevens en het Trans-Atlantic Data Privacy Framework', *RMThemis* 2023, afl. 3, p. 168-169.

42. Hoffman 2020; Charon & Jeangène Vilmer 2021, p. 129, 133-136, 201; Okano-Heijmans, Gomes & Kono 2023, p. 14.

43. H. Modderkolk, 'Huawei kon alle gesprekken van mobiele KPN-klanten af luisteren, inclusief die van politici', *volkskrant.nl*, 17 april 2021. Zie over deze affaire ook Charon & Jeangène Vilmer 2021, p. 134; 'Huawei definitief uit kern van Nederlandse telecomnetwerken', *rtl.nl*, 21 mei 2021; Okano-Heijmans, Gomes & Kono 2023, p. 34-35. Zie over vergelijkbare risico's met betrekking tot de 5G-netwerken: NIS Cooperation Group 2019, p. 22.

om een streven naar (gedeeltelijke) ‘digitale soevereiniteit’:⁴⁴ het afbouwen van de afhankelijkheden van buitenlandse (niet-Europese) partijen, vooral maar niet uitsluitend⁴⁵ als deze partijen afkomstig zijn uit landen die zich mogelijk bedienen van tegen Nederland of Europa gerichte cyberaanvallen. De doelstelling van digitale soevereiniteit kan op gespannen voet staan met het streven naar winst van de meeste ondernemingen. Een mogelijke eis om alleen Europese toeleveranciers te gebruiken, bouwt de afhankelijkheid van buitenlandse partijen af en draagt bij aan de versterking van Europese alternatieven. Hij leidt echter ook tot hogere kosten en een beperking van de economische mogelijkheden en concurrentie.⁴⁶

3.5 De rol van ondernemingen

Een gedeeld kenmerk van de hiervoor besproken cyberaanvallen is dat zij ook ondernemingen en andere private partijen raken. Ondernemingen verwerken (gevoelige) data (par. 3.1) en leveren essentiële diensten (par. 3.2). Digitale middelen en partijen in de keten zijn bovendien in een hoge mate verweven. Dit zorgt ervoor dat de cybersecurity van digitale middelen (par. 3.3) en ondernemingen (par. 3.4) die op het eerste gezicht niet bijzonder cruciaal zijn, toch een rol speelt in de context van hybride conflicten. De bescherming tegen cyberaanvallen en andere hybride dreigingen is hiermee afhankelijk van de cybersecurity van de hele maatschappij, waaronder ondernemingen.⁴⁷ Zij is niet exclusief een taak van de overheid.⁴⁸

4 Algemene cybersecurityverplichtingen

Paragraaf 3 laat zien dat aantastingen van de cybersecurity van ondernemingen op verschillende manieren onderdeel kunnen uitmaken van hybride conflicten. Dit geldt uiteraard in de eerste plaats voor ondernemingen die verantwoordelijk zijn voor belangrijke data (par. 3.1) of essentiële processen (par. 3.2). De strategische (par. 3.1) en belangrijke (par. 3.3) rol van data, de mogelijkheden om indirect bij het uiteindelijke doel te komen (par. 3.3) en de verbondenheid van digitale middelen (par. 3.4) zorgen er echter voor dat ook andere ondernemingen getroffen kunnen worden door cyberaanvallen in de context van hybride conflicten. Er bestaat dan

44. Analistennetwerk Nationale Veiligheid 2022, p. 50; Okano-Heijmans, Gomes & Kono 2023, p. 2, 10 en 18. Zie over ‘informatieele soevereiniteit’ of ‘data soevereiniteit’ ook C. Kuner, *Transborder Data Flows and Data Privacy Law*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 28-31; A.D. Mitchell, E. Sheargold & N. Mishra, ‘Restrictions on cross-border data transfers’, in: A.D. Mitchell & E. Sheargold, *Principles of International Trade and Investment Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2021, p. 174; K. Propp, *More than Adequate: New Directions in International Data Transfer Governance*, Atlantic Council Europe Center 2023, p. 3; Belli, Gaspar & Jaswant 2024, p. 2. Zie ten slotte art. 1 lid 2 Cyber Solidarity Act (voetnoot 144) over ‘technological sovereignty and open strategic autonomy in the area of cybersecurity’.

45. Het argument van digitale soevereiniteit speelt ook in verband met de dominante rol van Amerikaanse aanbieders van clouddiensten. Zie bijvoorbeeld A. Gomes & M. Okano-Heijmans, *Too late to act? Europe’s quest for cloud sovereignty*, Clingendael 2024; *Kamerstukken II 2023/24*, 36574, nr. 2, p. 7-9.

46. Zie over deze spanningen Mitchell, Sheargold & Mishra 2021, p. 169 en 173; Analistennetwerk Nationale Veiligheid 2022, p. 50; *Kamerstukken II 2023/24*, 36574, nr. 2, p. 2.

47. Vergelijk ook NCTV 2023, p. 5-7 en 9; Adviesraad Internationale Vraagstukken 2024, p. 6-7, 32, 40 en 44-45; S.A. Sarcia, ‘Why and how the EU and NATO should combine their efforts to build common capabilities in the cyber domain’, *International Cybersecurity Law Review* 2024, afl. 5, p. 376-377; WRR 2024, p. 124-127.

48. Zie over het juridische kader met betrekking tot de verantwoordelijkheid Adviesraad Internationale Vraagstukken 2024, p. 34-40.

ook geen duidelijk onderscheid tussen ondernemingen die een doelwit kunnen zijn in een hybride conflict en andere ondernemingen.

Hetzelfde geldt met betrekking tot cyberaanvallen en de verdediging daartegen.⁴⁹ De uiteindelijke motivatie van de aanvaller is slechts van beperkt belang voor de te nemen beveiligingsmaatregelen. Een bedrijf dat gevoelige of belangrijke data verwerkt, dient bijvoorbeeld de vertrouwelijkheid hiervan te waarborgen. Het maakt hierbij niet uit of een aanvaller de data wil gebruiken voor financiële of politieke doeleinden. Een onderneming dient daarnaast de beschikbaarheid van zijn ICT te beschermen. Het antwoord op de vraag of de aanvaller deze beschikbaarheid wil aantasten om losgeld te krijgen (ransomware) of om de maatschappij te ontregelen, is hiervoor niet van belang.

Het ontbreken van een duidelijk onderscheid tussen de verdediging tegen cyberoperaties in een hybride conflict en tegen andere cyberaanvallen heeft ook gevolgen voor de cybersecurityverplichtingen. Er bestaat geen fundamenteel verschil tussen de cybersecurityverplichtingen voor ondernemingen die mede zien op hybride dreigingen en de verplichtingen die dit niet doen. Dit betekent overigens niet dat de potentiële rol van een onderneming in een hybride conflict op geen enkele manier van belang is. Een mogelijke cyberaanval in een hybride conflict heeft betekenis voor de cybersecurityrisico's, hetgeen de invulling van de hierna te bespreken open geformuleerde algemene cybersecurityverplichtingen beïnvloedt.

Het ontbreken van een duidelijk onderscheid tussen hybride cyberdreigingen en andere cybersecurityrisico's is ook van belang voor de juridische basis van de verschillende cybersecurityverplichtingen. Cybersecurityverplichtingen voor ondernemingen zijn voornamelijk afkomstig van de Europese Unie. De primaire verantwoordelijkheid voor de bescherming tegen hybride dreigingen ligt echter bij de lidstaten. De lidstaten zijn op grond van artikel 4 lid 2 VEU immers bevoegd op het gebied van 'nationale veiligheid'. De verantwoordelijkheid van de Europese Unie is beperkter en indirect.⁵⁰ De hierna te bespreken Algemene verordening gegevensbescherming ('AVG', par. 4.1) en Richtlijn betreffende maatregelen voor een hoog gezamenlijk niveau van cyberbeveiliging (de 'NIS2'-Richtlijn, par. 4.2) zijn dan ook niet primair gericht op hybride conflicten, maar op de versterking van de interne markt en de bescherming van fundamentele rechten.⁵¹ De uit deze instrumenten

49. Zie ook Sarcià 2024, p. 377.

50. De EU heeft bevoegdheden met betrekking tot de internationale veiligheid. Art. 21 lid 2 sub c en art. 42 VEU. Het hierna te bespreken doel van de versterking van de interne markt vertoont bovendien raakvlakken met het voorkomen van economische destabilisatie door hybride conflicten (zie par. 1).

51. Zie art. 1 lid 1 en 2 en art. 2 lid 2 sub a en overweging 16 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 (*PbEU* 2016, L 119/1) en art. 1 lid 1 en art. 2 lid 6, 7 en 8 Richtlijn (EU) 2022/2555 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2022 betreffende maatregelen voor een hoog gezamenlijk niveau van cyberbeveiliging in de Unie tot wijziging van Verordening (EU) nr. 910/2014 en Richtlijn (EU) 2018/1972 en tot intrekking van Richtlijn (EU) 2016/1148 (NIS 2-richtlijn) (*PbEU* 2022, L 333/80). Zie tevens art. 1 lid 3 Cyber Solidarity Act (voetnoot 144) en art. 1 lid 2 en art. 46 lid 1 Cyberbeveiligingsverordening (voetnoot 153).

voortvloeiende cybersecurityverplichtingen spelen desondanks ook een rol in de context van hybride conflicten, zelfs als zij hier niet precies op aansluiten.

4.1 AVG

4.1.1 Toepassingsgebied AVG

De AVG ziet op de bescherming van persoonsgegevens. Zij is op grond van artikel 2 lid 1 van toepassing op de partijen die ‘persoonsgegevens’ ‘verwerken’, de ‘verwerkingsverantwoordelijke’ en de ‘verwerker’.⁵²

Deze begrippen worden ruim geïnterpreteerd. Iedere handeling met betrekking tot persoonsgegevens is een verwerking. Hieronder valt op grond van artikel 4 lid 2 AVG ook het enkele opslaan of verzenden van deze gegevens. Het begrip persoonsgegevens ziet daarnaast op *alle* informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon.⁵³ Het begrip is niet beperkt tot informatie met een sterke connectie tot een persoon.⁵⁴ De verordening heeft echter geen betrekking hebben op *alle* relevante data (zie par. 3.1). Zij is niet van toepassing op bedrijfsgeheimen of informatie over technologie of bedrijfsprocessen die geen betrekking hebben op natuurlijke personen.

4.1.2 De cybersecurityverplichting van artikel 32 AVG

Artikel 32 AVG formuleert de primaire⁵⁵ cybersecurityverplichting. Deze verplichting is zeer breed. Zij reflecteert hiermee het veelomvattende karakter van cybersecurity (par. 2.5). Het is een open norm⁵⁶ die de verwerkingsverantwoordelijke en verwerker verplicht om passende technische en organisatorische maatregelen te nemen (zie par. 2.4). Deze maatregelen moeten leiden tot een passend beveiligingsniveau, hetgeen met name afhankelijk is van de risico's voor de rechten en vrijheden van natuurlijke personen.⁵⁷ Zij moeten zowel beschermen tegen ongelukken als tegen bewuste aantastingen van de beveiliging (par. 2.3).⁵⁸ Artikel 32 AVG is net als de rest van de AVG primair gericht op persoonsgegevens. Het verplicht echter ook tot de bescherming van andere digitale middelen, waaronder in het bijzonder de systemen en diensten die noodzakelijk zijn om de gegevens te verwerken (par. 2.1).⁵⁹ Artikel 32 lid 1 sub b AVG noemt ten slotte expliciet alle hoofddoelen van cybersecurity (par. 2.2).

52. Art. 4 lid 1, 2, 7 en 8 AVG.

53. Art. 4 lid 1 AVG. Zie over dit begrip ook HvJ EU 19 oktober 2016, C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779 (Breyer); Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 4/2007 on the concept of personal data*, 01248/07/EN WP 136, 2007.

54. Zie over de discussie over de reikwijdte van de begrippen ‘persoonsgegevens’ en ‘identificeerbaar’ bijvoorbeeld P.T.J. Wolters, ‘The influence of the Data Act on the shifting balance between data protection and the free movement of data’, *European Journal of Law and Technology* (15) 2024, afl. 1, p. 6, met verwijzingen naar verdere bronnen.

55. Zie ook het beginsel van integriteit en vertrouwelijkheid van art. 5 lid 1 sub f AVG.

56. Zie uitgebreider Hofman 2022, p. 45-47.

57. Art. 32 lid 1 en 2 AVG; Hofman 2022, p. 48-52 en 236-238.

58. Art. 32 lid 2 AVG (‘hetzij per ongeluk hetzij onrechtmatig’). Zie over de betekenis van deze begrippen Hofman 2022, p. 12-16.

59. Art. 32 lid 1 sub b en c AVG; Hofman 2022, p. 70-71 en 77-78.

De brede formulering betekent niet dat alle digitale middelen en beschermingsdoelen altijd even belangrijk zijn. De AVG is uiteindelijk gericht op de bescherming van de rechten en vrijheden van natuurlijke personen. Een aantasting van de beschikbaarheid van de verwerkingssystemen van persoonsgegevens leidt bijvoorbeeld niet altijd tot noemenswaardige risico's voor de betrokkenen,⁶⁰ zelfs als deze aantasting wel degelijk van belang is in de context van een hybride conflict.

Artikel 32 AVG sluit door zijn focus op persoonsgegevens en de rechten en vrijheden van natuurlijke personen niet helemaal aan op hybride conflicten. Dit neemt niet weg dat het wel degelijk mede tegen deze dreigingen beschermt. De AVG is door de ruime interpretaties van de begrippen 'verwerking' en 'persoonsgegevens' al snel van toepassing. Iedere onderneming verwerkt wel enige persoonsgegevens en is daarmee gebonden aan de AVG.⁶¹ De brede formulering van artikel 32 AVG zorgt er daarnaast voor dat ondernemingen verplicht zijn om in algemene zin hun digitale middelen te beveiligen en hierbij alle hoofddoelen in acht te nemen. Dit leidt door de onderlinge verbondenheid van ICT ook tot een betere bescherming tegen hybride dreigingen, zelfs als de AVG hier niet toe verplicht. Een maatregel die de beschikbaarheid van persoonsgegevens en verwerkingssystemen versterkt, leidt bijvoorbeeld al snel ook tot een versterking van de beschikbaarheid van de ICT in het algemeen (vergelijk par. 3.2). Een systeem dat de toegang tot persoonsgegevens regelt, is gemakkelijk uit te breiden tot andere data (vergelijk par. 3.1). De AVG verplicht hierdoor direct én indirect tot cybersecuritymaatregelen die ook beschermen tegen hybride dreigingen.

4.2 NIS2

De NIS2 voorziet in maatregelen die erop gericht zijn om een hoog niveau van cybersecurity te bereiken.⁶² De richtlijn steunt hiervoor op verschillende pijlers.⁶³ Zij bevat verplichtingen voor nationale overheden (par. 5.3.1), maar ook cybersecurityverplichtingen voor ondernemingen die kwalificeren als 'essentiële en belangrijke entiteiten'. De NIS2 is niet het enige instrument dat zich op de cybersecurity van belangrijke entiteiten richt. De Verordening betreffende digitale operationele weerbaarheid voor de financiële sector ('Digital Operations Resilience Act' of 'DORA') is een *lex specialis* met vergelijkbare maar gedetailleerdere regels voor financiële entiteiten.⁶⁴ Deze verordening komt nader aan bod in paragraaf 5.2.3.

De NIS2 is nog niet geïmplementeerd. De consultatie voor de implementatie, de Cyberbeveiligingswet, is op 1 juli 2024 afgesloten.⁶⁵ De deadline van 17 oktober 2024

60. Zie ook Hofman 2022, p. 80-81 en 111; EDPB, *Guidelines 9/2022 on personal data breach notification under GDPR. Version 2.0*, 2023, p. 9 en 31-32.

61. Zie ook P.T.J. Wolters & C.J.H. Jansen, *Ieder bedrijf heeft digitale zorgplichten. Een handreiking voor bedrijven op het gebied van cybersecurity*, Den Haag: Cyber Security Raad 2017, p. 10.

62. Art. 1 lid 1 NIS2.

63. Zie ook art. 1 lid 2 NIS2.

64. Art. 2 lid 1 en overweging 16 Verordening (EU) 2022/2554 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2022 betreffende digitale operationele weerbaarheid voor de financiële sector en tot wijziging van Verordeningen (EG) nr. 1060/2009, (EU) nr. 648/2012, (EU) nr. 600/2014, (EU) nr. 909/2014 en (EU) 2016/1011 (*PbEU* 2022, L 333/1).

65. internetconsultatie.nl/cyberbeveiligingswet/b1 (laast bezocht 6 augustus 2024).

wordt niet gehaald.⁶⁶ In de tussentijd blijft de implementatie van de ‘NIS1’-richtlijn⁶⁷, de Wet beveiliging netwerk- en informatiesystemen (Wbni), van kracht. De NIS1 heeft met betrekking tot de cybersecurityverplichtingen van ondernemingen een vergelijkbare opzet en inhoud, maar een beperkter toepassingsgebied en minder gedetailleerdere regels.

4.2.1 Toepassingsgebied NIS2

De artikelen 2 en 3 NIS2 bevatten een tamelijk ingewikkelde regeling over het toepassingsgebied van de cybersecurityverplichtingen. Artikel 2 NIS2 bepaalt welke entiteiten onder de NIS2 vallen. De richtlijn is op grond van lid 1, op enkele in lid 2, 3 en 4 genoemde uitzonderingen na, alleen van toepassing op (ten minste) middelgrote ondernemingen van een in de bijlagen I en II bedoeld type.⁶⁸ Artikel 3 NIS2 classificeert *deze entiteiten*⁶⁹ vervolgens als essentieel of belangrijk. De toepasselijkheid van de NIS2 en de classificatie van een entiteit zijn uiteindelijk afhankelijk van de aangeboden dienst, de omvang van de aanbieder en, voor sommige type entiteiten,⁷⁰ de aanwijzing door de overheid.

De bijlagen I en II noemen allerlei sectoren, subsectoren en soorten entiteiten die op enige manier als ‘zeer kritiek’ of ‘kritiek’ kunnen worden aangemerkt. De NIS2 is hierin veel uitgebreider dan de NIS1.⁷¹ Deze uitbreiding is ingegeven door het toegenomen belang van ICT en de daarmee corresponderende grotere dreigingen, maar is ook simpelweg bedoeld om omissies in NIS1 op te lossen.⁷²

De NIS2 reguleert met dit uitgebreidere toepassingsgebied een groot deel van de sectoren die van groot belang zijn voor het functioneren van de maatschappij. Een actor die de Nederlandse maatschappij wil ontregelen, zal zich bijvoorbeeld richten op stroomvoorziening, de gezondheidszorg, het openbaar vervoer, de drinkwatervoorziening of het internet (par. 3.2). Dit zijn allemaal sectoren die als ‘zeer

66. Kamerstukken II 2023/24, 22112, nr. 3868 (brief van de Minister van Justitie en Veiligheid); art. 41 lid 1 NIS2.

67. Richtlijn (EU) 2016/1148 van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 2016 houdende maatregelen voor een hoog gemeenschappelijk niveau van beveiliging van netwerk- en informatiesystemen in de Unie (PbEU 2016, L 194/1).

68. Het gaat hierbij om ondernemingen met meer dan 50 werknemers en een jaaromzet of jaarlijks balanstotaal van meer dan € 10 miljoen. Art. 2 Bijlage Aanbeveling van de Commissie van 6 mei 2003 betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen (2003/361/EG), PbEU 2003, L 124/36.

69. De tekst van art. 3 NIS2 is ambigu. Lid 2 bestempelt bijvoorbeeld niet-essentiële entiteiten van een in bijlage I of II bedoeld type als belangrijke entiteiten. Het vermeldt hierbij echter niet expliciet dat dit slechts geldt voor ondernemingen die ten minste middelgroot zijn. Dit is echter wel een eis op grond van art. 2 lid 1 NIS2. Zie ook overweging 7 NIS2.

70. De aanwijzing door de overheid is van belang op grond van art. 3 lid 1 sub e en 2 NIS2. Dit geldt echter alleen voor entiteiten waarop de richtlijn op grond van art. 2 lid 2 sub b-e NIS2 van toepassing is. Voor de overige entiteiten is een aanwijzing niet noodzakelijk voor de toepasselijkheid. De inconsistenties met betrekking tot deze aanwijzingen door lidstaten is juist een van de redenen voor de vervanging van NIS1 door NIS2. Overweging 4 en 7 NIS2; I. Fedorenko, ‘Will NIS 2 be as problematic as the NIS 1 directive?’, *centriabulletin.fi*, 22 juni 2023; N. Vandezande, ‘Cybersecurity in the EU: How the NIS2-directive stacks up against its predecessor’, *Computer Law & Security Review* (52) 2024, p. 6.

71. Overweging 6 NIS2; Vandezande 2024, p. 5-6.

72. Overweging 3 en 6 NIS2.

kritiek' ook onder de NIS2 vallen.⁷³ De NIS2 dwingt de in deze sectoren actieve bedrijven hiermee tot het nemen van cybersecuritymaatregelen om zichzelf te beschermen en zo ontregeling van de maatschappij te voorkomen.

Andere (iets minder) 'kritieke' sectoren zijn bijvoorbeeld de productie, verwerking en distributie van levensmiddelen,⁷⁴ (op toepassing gerichte)⁷⁵ onderzoeksorganisaties en bepaalde productiesectoren.⁷⁶ De cybersecurityverplichtingen bij deze laatste twee sectoren zijn nadrukkelijk ook gericht op het voorkomen van industriële spionage en de bescherming van intellectuele eigendom en bedrijfsgeheimen.⁷⁷ Zij zijn hiermee mede gericht op de bescherming van informatie die een rol speelt in hybride conflicten (par. 3.1).

De NIS2 is met dit uitgebreidere toepassingsgebied duidelijk van belang in de context van hybride conflicten. Tegelijkertijd sluit het toepassingsgebied niet helemaal aan op de mogelijke hybride dreigingen. De steeds grotere verwevenheid tussen digitale middelen brengt mee dat ook het uitgebreidere toepassingsgebied van de NIS2 niet noodzakelijk alle bedrijven omvat die in een hybride conflict zouden kunnen worden aangevallen of anderszins van groot belang zijn. Het valt daarom niet uit te sluiten dat er op termijn cybersecurityverplichtingen worden geïntroduceerd met een nog groter toepassingsbereik.⁷⁸

4.2.2 De cybersecurityverplichting van artikel 21 NIS2

Artikel 21 lid 1 NIS2 formuleert de centrale cybersecurityverplichting. Ook (zie par. 4.1.2) deze verplichting is open en breed en reflecteert hiermee het veelomvattende karakter van cybersecurity (par. 2.5). Essentiële en belangrijke entiteiten moeten passende en evenredige technische, operationele en organisatorische beveiligingsmaatregelen nemen (par. 2.4). Deze maatregelen moeten leiden tot een beveiligingsniveau van de door hen gebruikte 'netwerk- en informatiesystemen' dat is afgestemd op de risico's die zich voordoen.⁷⁹

Artikel 6 lid 1 NIS2 definieert 'netwerk- en informatiesysteem'. Het begrip omvat tamelijk veel digitale middelen (par. 2.1). Het ziet op communicatienetwerken, apparaten die digitale gegevens verwerken en de digitale gegevens zelf. Wel gaat het hierbij alleen om de digitale middelen die door de entiteiten worden *gebruikt* voor hun werkzaamheden en diensten.⁸⁰ De verplichting strekt zich niet uit tot even-

73. Bijlage I, onder 1, 2, 5, 6 en 8.

74. Bijlage II, onder 4. Zie bijvoorbeeld "Kaas-hack" opgelost, ging om gijzelsoftware', nos.nl, 12 april 2021.

75. Zie art. 3 lid 5 sub b en art. 6 lid 41 NIS2. Onderwijsinstellingen zijn uitgesloten, tenzij de lidstaten anders besluiten. Het Nederlandse ontwerp voor de implementatie bepaalt dat specifieke instellingen voor hoger onderwijs kunnen worden aangewezen als essentiële of belangrijke entiteit.

76. Bijlage II, onder 3 en 5.

77. Zie overweging 36 en 88 NIS2.

78. Vandezande 2024, p. 6.

79. Zie over deze risicogebaseerde benadering ook art. 21 lid 2 sub a en f; Vandezande 2024, p. 8.

80. Art. 6 lid 2 en art. 21 lid 1 NIS2.

tuele digitale producten die door de entiteiten worden geleverd.⁸¹ Voor het overige is de verplichting niet beperkt tot bepaalde dreigingen of beschermingsdoelen (par. 2.2 en 2.3). Zij ziet op 'elke gebeurtenis' of 'alle gevaren' en is gericht op alle hoofddoelen.⁸²

Artikel 6 lid 2 NIS2 geeft enige invulling van de algemene open norm. Het noemt verschillende maatregelen die in ieder geval moeten worden genomen, waaronder maatregelen met betrekking tot bedrijfscontinuïteit en de beveiliging van de toeleveringsketen (par. 5.2). De NIS2 bevat hiermee aanzienlijk meer details dan haar voorganger.⁸³ De genoemde voorbeelden illustreren bovendien duidelijk dat de algemene verplichting ook ziet op het tegengaan van cybersecurityrisico's in hybride conflicten, waaronder de ontregeling van de maatschappij door een verstoring van de essentiële processen (par. 3.2) en ketenafhankelijkheid (par. 3.4).

Ook nieuw is dat artikel 20 lid 1 NIS2 het bestuur van de essentiële en belangrijke entiteiten expliciet verantwoordelijk maakt voor de cybersecuritymaatregelen. Het bestuur moet aansprakelijk kunnen worden gesteld voor schendingen van artikel 21 NIS2. De bestuursleden zijn op grond van artikel 20 lid 2 NIS2 bovendien verplicht om een opleiding te volgen om voldoende cybersecuritykennis op te doen.

5 Enkele bijzondere aspecten van het Europese juridische kader

Paragraaf 4 laat zien dat algemene cybersecurityverplichtingen mede zien op cybersecurityrisico's in hybride conflicten. De invloed van hybride dreigingen op deze verplichtingen is indirect. Hybride conflicten leiden tot nieuwe risico's. De grotere risico's zorgen vervolgens voor strengere cybersecurityverplichtingen. Het Europese juridische cybersecuritykader voor ondernemingen is echter niet beperkt tot deze algemene verplichtingen. Het kent ook verschillende specifiekere aspecten die in de context van hybride conflicten in het bijzonder van belang zijn. Ook bij deze aspecten geldt dat het primaire doel niet de bescherming tegen hybride dreigingen betreft. De volgende subparagrafen laten echter zien dat de relevantie van deze dreigingen op verschillende manieren een bijzondere rol speelt.

In deze paragraaf bespreek ik drie van deze aspecten. Ik ga achtereenvolgens in op de regels rondom doorgiften van data (par. 5.1), ketenafhankelijkheid (par. 5.2) en de rol van de overheid (par. 5.3).

5.1 Doorgiften van data

Data zijn een strategisch belangrijk middel en een belangrijk doelwit in hybride conflicten (par. 3.1). Zij spelen bovendien een belangrijke rol bij het functioneren van de maatschappij. Het is daarom van groot belang om de data goed te bescher-

81. N.M. Brouwer, T.F. Walree & P.T.J. Wolters, 'De invloed van de Cyber Resilience Act en de Herziene richtlijn productaansprakelijkheid op de verplichting tot en de aansprakelijkheid voor de beveiliging van persoonsgegevens', *NTBR* 2023, afl. 9, p. 402.

82. Art. 6 lid 2 en art. 21 lid 2 NIS2.

83. Vergelijk art. 7 en art. 8 Wbni. Zie ook Vandezande 2024, p. 8.

men. Dit vereist in de eerste plaats dat ondernemingen die deze data verwerken, zorgen voor een goede beveiliging (par. 4.1 en 4.2). Actoren in hybride conflicten verkrijgen data echter niet alleen door inbreuk te maken op de beveiliging van een bedrijf. Zij kunnen deze data ook krijgen via andere bedrijven waar zij invloed op kunnen uitoefenen (par. 3.4).

Een manier om dit tegen te gaan is om te eisen dat de data binnen de jurisdictie blijven.⁸⁴ De buitenlandse actoren hebben in dat geval geen juridische bevoegdheid om de data op te eisen. Tegelijkertijd nemen deze regels over ‘doorgiften’ natuurlijk niet alle gesignaleerde risico’s weg. De buitenlandse actoren kunnen in veel gevallen immers ook invloed uitoefenen op ondernemingen die in Europa zijn gevestigd. Dit speelt in het bijzonder als de onderneming ook een vestiging heeft in het land van de buitenlandse actor of als het geheel of gedeeltelijk en direct of indirect eigendom is van dit land.⁸⁵ Om ook deze risico’s effectief weg te nemen, dienen de regels over doorgiften te worden gecombineerd met andere regels, zoals over buitenlandse investeringen die leiden tot toegang tot belangrijke data.⁸⁶

5.1.1 De definitie van een ‘doorgifte’

De Europese Unie formuleert verschillende regels die de mogelijkheden om data door te geven beperken. Een gedeeld kenmerk is dat zij uitgaan van een ruime definitie van een doorgifte. Het begrip is niet beperkt tot een situatie waarin de data vanuit de Europese Unie worden doorgestuurd naar een land buiten de Europese Unie (een ‘derde land’) en deze data vervolgens in dit andere land worden opgeslagen en verwerkt. Er is ook sprake van een doorgifte als de ontvanger op afstand toegang krijgt tot de op een Europese server opgeslagen data.⁸⁷

Deze ruime definitie zorgt ervoor dat al snel sprake is van een doorgifte. Dit wordt nog eens versterkt door de belangrijke positie van Amerikaanse technologiebedrij-

84. Kuner 2013, p. 31; Mitchell, Sheargold & Mishra 2021, p. 174; Propp 2023, p. 3-4.

85. Par. 3.4. Zie ook T.J. McIntyre, ‘Voluntary Disclosure of Data to Law Enforcement: The Curious Case of US Internet Firms, their Irish Subsidiaries and European Legal Standards’, in: F. Fabbri, E. Celeste & J. Quinn (red.), *Data Protection Beyond Borders: Transatlantic Perspectives on Extraterritoriality and Sovereignty*, Oxford: Hart 2020.

86. Zie bijvoorbeeld art. 4 lid 1 sub a en d Verordening (EU) 2019/452 van het Europees Parlement en de Raad van 19 maart 2019 tot vaststelling van een kader voor de screening van buitenlandse directe investeringen in de Unie (*PbEU* 2019, L 79 I/1); Creemers 2022, p. 7-8; J.H. Pohl, ‘International Data Transfers and Cybersecurity’, in: T. Ishikawa & Y. Kryvoi (red.), *Public and Private Governance of Cybersecurity. Challenges and Potential*, Cambridge: Cambridge University Press 2023, p. 148-150; S. Maheshwari & D. McCabe, ‘Congress Passed a Bill That Could Ban TikTok. Now Comes the Hard Part’, *nytimes.com*, 23 april 2024; Protecting Americans from Foreign Adversary Controlled Applications Act, H.R. 815, Division H, beschikbaar via govinfo.gov/content/pkg/BILLS-118hr815enr/pdf/BILLS-118hr815enr.pdf (laatst bezocht 9 augustus 2024).

87. Zie in de context van de AVG: EDPB, *Recommendations 01/2020 on measures that supplement transfer tools to ensure compliance with the EU level of protection of personal data*. Version 2.0, 2021[a], p. 11; EDPB, *Guidelines 05/2021 on the Interplay between the application of Article 3 and the provisions on international transfers as per Chapter V of the GDPR*. Version 2.0, 2023, p. 8 en 12; Jansen & Wolters 2023, p. 169 en 173. Zie ook art. 32 lid 1 Data Act (voetnoot 97), dat expliciet verwijst naar zowel de overdracht van als de toegang tot data. Zie ook over Chinees en Amerikaans recht Y. Dai, *Cross-Border Data Transfers Regulations in the Context of International Trade Law: A PRC Perspective*, Singapore: Springer 2022, p. 29-30; Executive Order 14117, Section 7(a).

ven in de Europese Unie.⁸⁸ Deze bedrijven verwerken een grote hoeveelheid data, die in veel gevallen ook buiten de Europese Unie worden verwerkt.⁸⁹ Het grote belang van data, de ruime definitie van een doorgifte en de belangrijke rol van Amerikaanse technologiebedrijven zorgen er zo voor dat bijna alle bedrijven wel op enige manier gebruikmaken van doorgiften.⁹⁰

5.1.2 Restricties op doorgiften van persoonsgegevens

Artikel 44 AVG bepaalt dat een doorgifte van persoonsgegevens aan een partij in een derde land slechts is toegestaan indien er sprake is van een van de in hoofdstuk V AVG neergelegde grondslagen.⁹¹ Deze regel is niet primair⁹² bedoeld om te beschermen tegen hybride dreigingen. Het primaire doel is in plaats daarvan de bescherming van persoonsgegevens. De restricties op doorgiften dienen ervoor te zorgen dat het gewaarborgde beschermingsniveau niet wordt ondermijnd.⁹³ Een overkoepelend kenmerk van de grondslagen is daarom dat zij ervoor moeten zorgen dat er geen afbreuk wordt gedaan aan het gewaarborgde beschermingsniveau. Dit niveau moet na de doorgifte in grote lijnen overeenkomen met het beschermingsniveau binnen de Europese Unie, gelezen in het licht van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.⁹⁴

Bij het bepalen van het beschermingsniveau in een derde land, wordt in belangrijke mate rekening gehouden met de toegang tot persoonsgegevens van de inlichtingendiensten van dit land.⁹⁵ De restricties op de doorgiften van persoonsgegevens zijn hiermee van groot belang in de context van hybride conflicten. Zij maken het voor buitenlandse inlichtingendiensten moeilijker om toegang te krijgen tot per-

-
- 88. Europese Commissie, *Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad. Herstel van vertrouwen in de gegevensstromen tussen de EU en de VS*, COM(2013) 846 final, p. 2-4; O. Patel & N. Lea, *EU-U.S. Privacy Shield, Brexit and the Future of Transatlantic Data Flows* (UCL European Institute policy paper), 2020, p. 9 en 11; Congressional Research Service, *Digital Trade and U.S. Trade Policy*, 2021, p. 23; Jansen & Wolters 2023, p. 166 en 170.
 - 89. Kuner 2013, p. 122; Mitchell, Sheargold & Mishra 2021, p. 171; T. Naef, *Data Protection without Data Protectionism* (EYIEL Monographs – Studies in European and International Economic Law Volume 28), Cham: Springer 2023, p. 234 en 237-239. Zie voor een voorbeeld ook EDPS, *European Commission's use of Microsoft 365 infringes data protection law for EU institutions and bodies* (Press release, EDPS/2024/05), 2024, beschikbaar via edps.europa.eu/system/files/2024-03/EDPS-2024-05-European-Commission_s-use-of-M365-infringes-data-protection-rules-for-EU-institutions-and-bodies_EN.pdf (laatst bezocht 9 augustus 2024).
 - 90. G.C. Hufbauer & Z. Lu, *Global E-Commerce Talks Stumble on Data Issues, Privacy, and More* (PIIE Policy Brief), 2019, p. 2; Mitchell, Sheargold & Mishra 2021, p. 168-169.
 - 91. Zie over deze grondslagen bijvoorbeeld ook L. Bradford, M. Aboy & K. Liddell, 'Standard contractual clauses for cross-border transfers of health data after Schrems II', *Journal of Law and the Biosciences* (8) 2021, afl. 1, p. 8-11; Jansen & Wolters 2023, p. 169-170.
 - 92. De beweegredenen voor restricties op doorgiften kunnen door elkaar lopen. Zie hierover Kuner 2013, p. 29; Mitchell, Sheargold & Mishra 2021, p. 170 en 174-175; Dai 2022, p. 78; Naef 2023, p. 1-3.
 - 93. Kuner 2013, p. 61-63 en 107-110; Mitchell, Sheargold & Mishra 2021, p. 173; Naef 2023, p. 55-77.
 - 94. Zie onder andere art. 44 en overweging 104 AVG; HvJ EU 6 oktober 2015, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650 (*Schrems I*); HvJ EU 16 juli 2020, C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559 (*Schrems II*); Article 29 Data Protection Working Party, *Adequacy Referential*, 18/EN WP 254 rev.01, 2018, chapter 1; EDPB 2021a, p. 9; P. Breitbarth, 'A Risk-Based Approach to International Data Transfers', *European Data Protection Law Review* (7) 2021, afl. 4, p. 539 en 543; Jansen & Wolters 2023, p. 169.
 - 95. HvJ EU 6 oktober 2015, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650 (*Schrems I*); HvJ EU 16 juli 2020, C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559 (*Schrems II*); EDPB 2021a, p. 22 en 29-35; Jansen & Wolters 2023, p. 170-175.

soonsgegevens (vergelijk par. 3.1). De bescherming van persoonsgegevens loopt op deze manier parallel met de bescherming tegen hybride dreigingen.

Artikel 48 AVG bepaalt daarnaast dat een rechterlijke uitspraak of besluit van een administratieve autoriteit in beginsel geen grondslag is voor de doorgifte van persoonsgegevens. Dit is slechts anders als er sprake is van een internationale overeenkomst zoals een verdrag inzake wederzijdse rechtsbijstand. Dit kan ondernemingen met banden in zowel de Europese Unie als het derde land in een lastig parket brengen: het bevel van de buitenlandse autoriteit is immers niet noodzakelijk afhankelijk van een dergelijk verdrag, net zoals bevelen van autoriteiten binnen Europa ook niet altijd rekening houden met restricties in derde landen. Een onderneming kan in deze situatie onmogelijk voldoen aan alle relevante regels.⁹⁶

5.1.3 Restricties op doorgiften van andere data

De uit 2016 stammende AVG is beperkt tot persoonsgegevens (par. 4.1). De in december 2023 aangenomen ‘Data Act’ is van toepassing op zowel persoonsgegevens als niet-persoonsgegevens.⁹⁷ Deze verordening bevat regels over uiteenlopende onderwerpen die te maken hebben met data,⁹⁸ waaronder restricties op de doorgiften van niet-persoonsgegevens.

Artikel 32 lid 1 Data Act verplicht aanbieders van ‘dataverwerkingsdiensten’ (clouddiensten)⁹⁹ om adequate technische, organisatorische en juridische maatregelen te nemen om te voorkomen dat overheden van derde landen¹⁰⁰ toegang krijgen tot in de Europese Unie opgeslagen niet-persoonsgebonden gegevens. Zij moeten op grond van artikel 28 lid 1 sub b transparant zijn over deze maatregelen. Artikel 32 lid 2 Data Act bevat een met artikel 48 AVG overeenkomende regel. De leden 3, 4 en 5 bevatten nadere regels voor de situatie waarin er geen internationale overeenkomst bestaat.

De restricties in de Data Act gelden alleen indien de toegang in strijd zou zijn met een *andere* Europese of nationale regel. De Data Act verbiedt zelf dus geen doorgiften, maar bevat regels om te voorkomen dat niet-persoonsgebonden gegevens ondanks een verbod toch via clouddiensten bij een buitenlandse overheid terecht komen. Dergelijke verboden kunnen volgens overweging 101 Data Act onder andere verband houden met de nationale veiligheid of defensie, maar ook met de bescherming van commercieel gevoelige gegevens zoals bedrijfsgeheimen en intel-

96. A. Aguinaldo & P. De Hert, ‘European Law Enforcement and US Data Companies: A Decade of Cooperation Free from Law’, in: F. Fabbrini, E. Celeste & J. Quinn (red.), *Data Protection Beyond Borders: Transatlantic Perspectives on Extraterritoriality and Sovereignty*, Oxford: Hart 2020, p. 169. Zie ook Kuner 2023, p. 136-138.

97. Zie in algemene zin art. 1 lid 2 Verordening (EU) 2023/2854 van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2023 betreffende geharmoniseerde regels inzake eerlijke toegang tot en eerlijk gebruik van data en tot wijziging van Verordening (EU) 2017/2394 en Richtlijn (EU) 2020/1828 (Dataverordening) (*PbEU* L 22 december 2023).

98. Zie art. 1 lid 1 Data Act.

99. Art. 2 lid 8 en overweging 78, 80, 96, 99, 100, 102 Data Act.

100. Zie ook overweging 101 Data Act; Wolters 2024, p. 13.

lectuele-eigendomsrechten. Artikel 32 Data Act ziet hiermee op de bescherming van informatie die een rol kan spelen in hybride conflicten (par. 3.1).

5.1.4 *Andere landen*

De Europese Unie is niet de enige jurisdictie die in de afgelopen jaren strenge regels (zie par. 5.1.3) heeft geformuleerd met betrekking tot doorgiften. Ook in andere landen, waaronder China en de Verenigde Staten, is deze ontwikkeling zichtbaar. In deze landen zijn de restricties bovendien nadrukkelijker gericht op de nationale veiligheid.¹⁰¹

Het Chinese recht heeft de afgelopen jaren steeds meer restricties ingevoerd.¹⁰² Deze restricties zijn in sommige gevallen ook strenger dan in de Europese Unie, met name omdat zij een aparte goedkeuring vereisen. De doorgifte van data met betrekking tot belangrijke diensten en persoonsgegevens boven een bepaalde kwantitatieve grens vereist een veiligheidsbeoordeling door een overheidsorgaan.¹⁰³ Doorgiften vereisen daarnaast een aparte toestemming van de betrokkenen.¹⁰⁴ Een doorgifte op grond van een bevel van een buitenlandse autoriteit is ten slotte alleen toegestaan na goedkeuring door een Chinese autoriteit.¹⁰⁵

De restricties in de Verenigde Staten zijn beperkter. Het land heeft zich lange tijd juist ingezet voor vrij verkeer van gegevens, onder andere in de context van handelsovereenkomsten.¹⁰⁶ Deze positie is in de laatste jaren echter afgezwakt.¹⁰⁷ Op 28 februari 2024 is 'Executive Order 14117'¹⁰⁸ uitgevaardigd. Dit instrument heeft

-
101. Zie ten aanzien van China Hufbauer & Lu 2019, p. 3; Creemers 2022, p. 2, en 6-7; Dai 2022, p. 7 en 140; Naef 2023, p. 287; M. Chen, 'Developing China's Approaches to Regulate Cross-border Data Transfer: Relaxation and Integration', *Computer Law & Security Review* (54) 2024, 105997, p. 2; W. Li & J. Chen, 'From brussels effect to gravity assists: Understanding the evolution of the GDPR-inspired personal information protection law in China', *Computer Law & Security Review* (54) 2024, 105994, p. 11. Zie ten aanzien van de Verenigde Staten Executive Order 14117, Section 2; E. Brown, C. Chin-Rothmann & J. Brock, 'Exploring the White House's Executive Order to Limit Data Transfers to Foreign Adversaries', *csis.org*, 29 februari 2024.
 102. Zie ook Creemers 2022; Chen 2024, p. 2-3. Deze trend is overigens niet zonder uitzonderingen. De verschillende Chinese regels zijn nader uitgewerkt in de 'Provisions on Promoting and Regulating Cross-border Data Flow' van maart 2024. Deze uitwerking zwakt de restricties af. Chen 2024, p. 5-7.
 103. Zie art. 37 Network Security Law (beschikbaar via digichina.stanford.edu/work/translation-cybersecurity-law-of-the-peoples-republic-of-china-effective-june-1-2017, laatst bezocht 21 augustus 2024) en art. 40 Personal Information Protection Law (beschikbaar via digichina.stanford.edu/work/translation-personal-information-protection-law-of-the-peoples-republic-of-china-effective-nov-1-2021, laatst bezocht 21 augustus 2024). Zie hierover ook Hufbauer & Lu 2019, p. 4; Creemers 2022, p. 5-7; Dai 2022, p. 22-23 en 25; Naef 2023, p. 287; Chen 2024, p. 2-3.
 104. Art. 39 Personal Information Protection Law; R. Ong, 'Privacy and personal information protection in China's all-seeing state', *International Journal of Law and Information Technology* (31) 2023, afl. 4, p. 364.
 105. Art. 41 Personal Information Protection Law.
 106. Naef 2023, p. 377-382; Pohl 2023, p. 151-154; Propp 2023, p. 4.
 107. Zie ook D. Lawder, 'US drops digital trade demands at WTO to allow room for stronger tech regulation', *reuters.com*, 26 oktober 2024; F.J. Schweitzer, I. Saccomanno & N. Saika, 'The Rise of Artificial Intelligence, Big Data, and the Next Generation of International Rules Governing Cross-Border Data Flows and Digital Trade – Part I', *Global Trade Law Journal* (1) 2024, afl. 2, p. 113.
 108. Voetnoot 23. Zie ook de eerdere Executive Order 14034 of June 9, 2021 on Protecting Americans' Sensitive Data From Foreign Adversaries, 86 FR 31423. Dit instrument is echter niet ingezet. Sacks, Luo & Webster 2024, p. 9 en 11.

een beperkte reikwijdte.¹⁰⁹ Het verbiedt slechts specifieke vormen van het delen ('covered data transactions') van bepaalde type persoonsgegevens boven een kwantitatieve drempel ('bulk sensitive personal data') naar een beperkt aantal landen ('countries of concern'). De precieze parameters moeten nog worden uitgewerkt.¹¹⁰

Een belangrijk verschil met de Europese en Chinese regels, is dat Executive Order 14117 niet alleen ziet op doorgiften, maar ook op transacties die tot een doorgifte kunnen leiden. Executive Order 14117 verbiedt daarom ook transacties met 'covered persons', die op enige wijze onder de controle van een van de 'countries of concern' staan.¹¹¹ Dit systeem zorgt ervoor dat derde landen de restricties niet kunnen omzeilen door invloed uit te oefenen op entiteiten in het land waarin de data zich bevinden (par. 5.1).

5.1.5 *Tussenconclusie*

De restricties op doorgiften laten een duidelijke trend zien: zij worden steeds strenger. Dit geldt in de Europese Unie (par. 5.1.3), maar vooral ook in andere landen (par. 5.1.4). Een onderneming doet er daarom goed aan om kritisch te kijken naar de partijen met wie zij samenwerkt en de datastromen die daarmee gepaard gaan. De samenwerking met partijen binnen de Europese Unie zonder banden met andere landen geniet op dit vlak de voorkeur.¹¹² Restricties op doorgiften dragen op deze manier bij aan digitale of 'informationele' soevereiniteit.¹¹³

5.2 **De omgang met ketenafhankelijkheid**

Ketenafhankelijkheid is een belangrijk risico in de context van cybersecurity in het algemeen en hybride conflicten in het bijzonder. Een kwetsbaarheid in de keten kan het mogelijk maken om toegang te krijgen tot het uiteindelijk doelwit (par. 3.4).

Verschillende Europese instrumenten adresseren de ketenafhankelijkheid. Allereerst zijn de in paragraaf 5.1 besproken restricties op de doorgiften van data ook een manier om afhankelijkheid van buitenlandse partijen tegen te gaan. Voor het overige bevat de AVG slechts beperkte maatregelen die zien op ketenaansprakelijkheid (par. 5.2.1). De NIS2 (par. 5.2.2) en DORA (par. 5.2.3) gaan veel nadrukkelijker in op dit risico.

5.2.1 *Ketenafhankelijkheid en de AVG*

De AVG bevat verschillende bepalingen over de samenwerking met de partijen met wie persoonsgegevens worden gedeeld. Zij is hierbij, naast de reeds besproken

109. Executive Order 14117, Section 1.

110. Executive Order 14117, Section 2; National Security Division, 'Provisions Regarding Access to Americans' Bulk Sensitive Personal Data and Government-Related Data by Countries of Concern. Advance notice of proposed rulemaking', 28 CFR Part 202, RIN 1105-AB72, 2024.

111. National Security Division 2024, p. 5781 en 15790-15791.

112. Zie ook par. 3.4. Restricties hebben hiermee dan ook een potentieel protectionistisch element. Zie voetnoot 92.

113. Voetnoot 44.

restricties op doorgiften (par. 5.1.2), met name gericht op de relatie tussen de verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker.¹¹⁴ De verwerkingsverantwoordelijke mag op grond van artikel 28 lid 1 AVG slechts samenwerken met verwerkers die voldoende garanties bieden met betrekking tot maatregelen om aan de vereisten van de AVG te voldoen. De verwerker mag op zijn beurt niet zomaar een *subverwerker* inschakelen.¹¹⁵

De verwerkingsverantwoordelijke en de verwerkers moeten op grond van artikel 28 lid 3 AVG een ‘verwerkingsovereenkomst’ sluiten waarin zij nadere afspraken maken over de activiteiten van de verwerker en de relatie tot de verwerkingsverantwoordelijke.¹¹⁶ Deze afspraken zien ook op cybersecurity. De verwerker moet zich in de overeenkomst verplichten om de vertrouwelijkheid van de gegevens te waarborgen, de nodige cybersecuritymaatregelen te nemen en de verwerkingsverantwoordelijke door middel van informatie bij te staan bij de beveiliging.¹¹⁷ De verwerkingsovereenkomst moet voldoende gedetailleerd zijn. Zij moet het voor de verwerkingsverantwoordelijke mogelijk maken om te beoordelen of de beveiliging door de verwerker voldoende is.¹¹⁸

Artikel 28 AVG voorkomt hiermee dat persoonsgegevens via een slecht beveiligde of anderszins onbetrouwbare verwerker in de handen van een kwaadwillende komen. De AVG beslaat hiermee echter slechts een beperkt gedeelte van de mogelijke ketenafhankelijkheden. Zij bevat alleen regels voor partijen die persoonsgegevens verwerken. De beveiliging van de persoonsgegevens is echter ook afhankelijk van partijen die zelf geen gegevens verwerken, zoals de leveranciers van deze verwerkende partijen. De AVG bevat geen expliciete bepalingen voor of met betrekking tot deze partijen.¹¹⁹

5.2.2 Ketenafhankelijkheid en de NIS2

De NIS2 adresseert ketenafhankelijkheid op verschillende manieren. Allereerst ziet de centrale cybersecurityverplichting hier nadrukkelijk op. Artikel 21 lid 2 sub d NIS2 bepaalt dat de beveiligingsmaatregelen van de essentiële en belangrijke entiteiten in ieder geval ook moeten zien op de beveiliging van de toeleveringsketen. De belangrijkste maatregel is om bij de keuze van leveranciers rekening te houden met de cybersecurity van deze partijen.¹²⁰ Een essentiële of belangrijke entiteit kan daarnaast bijvoorbeeld investeren in de cyberbeveiliging van toeleveranciers of hen verplichten om bepaalde beveiligingsmaatregelen te nemen of te voldoen aan standaarden.¹²¹ In de context van hybride conflicten is het in het bijzonder van

114. Zie ook art. 26 AVG over de samenwerking tussen twee verwerkingsverantwoordelijken.

115. Art. 28 lid 2 en 3 sub d AVG.

116. Zie over de vorm van een dergelijke overeenkomst ook EDPB, *Richtsoenoren 07/2020 over de begrippen ‘verwerkingsverantwoordelijke’ en ‘verwerker’ in de AVG. Versie 2.0*, 2021[b], p. 37-40.

117. Art. 28 lid 3 sub b, c en f AVG.

118. EDPB 2021b, p. 44.

119. P.T.J. Wolters, ‘De beveiliging van persoonsgegevens. Een geharmoniseerde verplichting of een gedeelde verantwoordelijkheid?’, *SEW* 2017, afl. 4, p. 148-150; Van ’t Schip 2024, p. 16. Vergelijk overweging 78 AVG.

120. Art. 21 lid 3 en overweging 85 NIS2; Vandezande 2024, p. 8. Zie ook par. 5.2.1.

121. Van ’t Schip 2024, p. 9-11 en 20-21.

belang om minder afhankelijk te worden van toeleveranciers die direct of indirect onder controle staan van een buitenlandse mogendheid (par. 3.4).

Artikel 21 lid 2 sub d NIS2 legt de nadruk op de *directe* leveranciers. Een entiteit is niet verplicht om relaties aan te gaan met de leveranciers van de directe leveranciers of nog verder verwijderde schakels in de keten. Dit is praktisch gezien ook niet goed mogelijk: een toeleveringsketen kan door een dergelijke gelaagdheid immers uit honderden partijen bestaan.¹²² Het is in dit kader natuurlijk wel een optie om de directe leveranciers te verplichten om dezelfde cybersecurityeisen te stellen aan hun leveranciers.

De NIS2 ziet nadrukkelijk ook een rol voor de overheid. De richtlijn bepaalt dat een samenwerkingsgroep, bestaande uit vertegenwoordigers van de lidstaten, de Commissie en Enisa, gecoördineerde beveiligingsrisicobeoordelingen kan uitvoeren. Deze beoordelingen kunnen zien op specifieke kritieke ICT-diensten of -systemen, maar ook op ICT-producttoeleveringsketens.¹²³ De essentiële en belangrijke entiteiten moeten op grond van artikel 21 lid 3 NIS2 rekening houden met de resultaten van deze beoordelingen. De CSIRT's (par. 5.3.1) moeten daarnaast de mogelijkheid hebben om de ketenrisico's te monitoren.¹²⁴ De lidstaten moeten ten slotte in hun nationale cyberbeveiligingsstrategie (par. 5.3) beleid vaststellen met betrekking tot de cybersecurity van de toeleveringsketen voor ICT-producten en -diensten.¹²⁵

De NIS2 is ten slotte van toepassing op bepaalde entiteiten *omdat* zij onderdeel zijn van een keten. De richtlijn is volgens overweging 36 om deze reden bijvoorbeeld ook van toepassing op onderzoeksorganisaties. Zij is daarnaast van toepassing op andere partijen in de toeleveringsketen, zoals datacentrumdiensten en beheerde (beveiligings)diensten.¹²⁶

5.2.3 Ketenafhankelijkheid en de DORA

De DORA is een *lex specialis* ten opzichte van de NIS2 met gedetailleerdere cybersecurityverplichtingen voor financiële entiteiten (par. 4.2). Ook de verplichtingen met betrekking tot ketenafhankelijkheid zijn uitgebreider. Hoofdstuk V bevat gedetailleerde bepalingen over het beheer van de ICT-risico's die ontstaan door het gebruik van door een derde aanbieder geleverde ICT-diensten.¹²⁷

Allereerst bevat afdeling I verplichtingen voor de financiële entiteiten zelf. De financiële entiteiten dienen opnieuw (par. 5.2.1 en 5.2.2) slechts in zee te gaan met adequaat beveiligde aanbieders en in de overeenkomst in te gaan op cybersecurityeisen.¹²⁸ De entiteiten moeten de ketenrisico's daarnaast in kaart brengen en

122. Van 't Schip 2024, p. 2-7.

123. Art. 14 lid 3 en 4 sub i, art. 22 en overweging 90 en 91 NIS2.

124. Overweging 44 NIS2.

125. Art. 7 lid 2 sub a en overweging 56 NIS2.

126. Zie over beheerde beveiligingsdiensten en datacentrumdiensten overweging 85 NIS2. Deze overweging verwijst hierbij naar 'gegevensopslag en -verwerking'. Dit valt op grond van art. 6 lid 31 NIS2 onder 'datacentrumdienst'. Zie par. 3.4 over beheerde diensten.

127. Zie ook de definities in art. 3 lid 18, 19 en 21 DORA.

128. Art. 28 lid 5 en art. 30 lid 2 sub c en i DORA.

behandelen in hun kader voor ICT-risicobeheer.¹²⁹ Zij moeten hierbij in het bijzonder aandacht besteden aan ‘concentratierisico’s’. Het is hiervoor van belang of er ook alternatieve aanbieders beschikbaar zijn en of de entiteiten niet te afhankelijk worden van een enkele partij.¹³⁰ Dit is ook van belang in de context van hybride conflicten. Een te grote afhankelijkheid van een partij maakt het immers makkelijker om de ICT van de financiële entiteit en daarmee het financiële stelsel van de maatschappij¹³¹ te ontregelen. Dit kan door deze derde partij aan te vallen of door op een andere wijze invloed op haar uit te oefenen.

De DORA bevat niet alleen regels voor de financiële entiteiten zelf. Afdeling II formuleert een ‘oversightkader’ voor derde aanbieders van ICT-diensten die op grond van hun systemische belang door de Europese Toezichthoudende Autoriteiten (‘ETA’s’) als cruciaal zijn aangemerkt.¹³² De DORA gaat hiermee verder dan de NIS2. Zij verplicht de financiële entiteiten niet alleen om maatregelen te nemen met betrekking tot ketenafhankelijkheid, maar legt ook direct verplichtingen op aan de belangrijkste leveranciers.

De DORA besteedt een bijzondere aandacht aan derde aanbieders, inclusief subcontractanten, die buiten de Europese Unie (in ‘een derde land’) zijn gevestigd.¹³³ Het feit dat een aanbieder in een derde land is gevestigd, is van bijzonder belang bij de beoordeling van de concentratierisico’s¹³⁴ en de uitbestedingen door kritieke derde aanbieders.¹³⁵ Een entiteit mag daarnaast alleen gebruikmaken van een als ‘cruciaal’ bestempelde aanbieder in een derde land, als deze aanbieder een dochteronderneming in de Europese Unie opricht. Dit maakt het voor de Europese autoriteiten beter mogelijk om toezicht te houden.¹³⁶

De bijzondere aandacht voor aanbieders buiten de Europese Unie is van groot belang in de context van hybride conflicten. Zij verkleint de risico’s dat buitenlandse actoren de cybersecurity van financiële instellingen in Europa via de in deze landen gevestigde aanbieders aantasten (par. 3.4). De bepalingen kunnen in de toekomst nog worden aangescherpt. Artikel 58 lid 1 sub c DORA noemt de doeltreffendheid van de regels over aanbieders in een derde land nadrukkelijk als punt voor de evaluatie in 2028.

5.2.4 *Tussenconclusie*

De cybersecurityverplichtingen met betrekking tot ketenafhankelijkheid worden, net als de restricties met betrekking tot doorgiften (par. 5.1.5), steeds strenger. De AVG ziet slechts op partijen die zelf persoonsgegevens verwerken. Zij bevat geen expliciete verplichtingen met betrekking tot leveranciers (par. 5.2.1).

129. Art. 28 lid 1, 2 en 3 DORA.

130. Art. 3 lid 29, art. 28 lid 4 sub c en art. 29 lid 1 DORA.

131. Zie in deze zin ook overweging 31, 67 en 88 DORA.

132. Art. 3 lid 23 en art. 31 lid 1 sub a en 2 en overweging 7 DORA.

133. Art. 3 lid 24 en 28 DORA.

134. Art. 29 lid 2 en overweging 67 DORA.

135. Art. 35 lid 1 sub d punt iii en iv DORA.

136. Art. 31 lid 12 en overweging 81 en 83 DORA. Zie ook art. 36 DORA.

De NIS2 ziet nadrukkelijk wel op ketenafhankelijkheid. De richtlijn verplicht de essentiële en belangrijke entiteiten om maatregelen te nemen met betrekking tot de beveiliging van de toeleveringsketen. De toezichthoudende autoriteiten spelen bovendien een rol bij de monitoring van de risico's met betrekking tot ketenafhankelijkheid. De lidstaten dienen hier ten slotte aandacht aan te besteden in hun strategieën (par. 5.2.2). De maatregelen met betrekking tot ketenafhankelijkheid kunnen hierdoor in de toekomst nog verder worden ontwikkeld.

De DORA gaat ten slotte nog een stap verder door direct van toepassing te zijn op bepaalde leveranciers (par. 5.2.3). Zij bevat daarnaast gedetailleerde regels over afhankelijkheid en aanbieders buiten de Europese Unie. Het *lex specialis*-karakter van de DORA gaat hiermee gepaard met aanvullende verplichtingen die in de context van hybride conflicten van bijzonder belang zijn.

5.3 De rol van de overheid

De verantwoordelijkheid voor de omgang met cyberaanvallen in de context van hybride conflicten ligt niet exclusief bij ondernemingen. Zij is tevens een taak van de overheid (par. 3.5). De toegenomen hybride conflicten gaan dan ook gepaard met een toegenomen rol van de overheid bij de cybersecurity van ondernemingen. Deze rol uit zich op verschillende manieren.

5.3.1 NIS2 en Cyber Solidarity Act

Hoofdstuk II van de NIS2 bevat verschillende verplichtingen voor overheden. Deze verplichtingen zijn uitgebreider en gedetailleerder dan in de NIS1.¹³⁷ De rol van individuele lidstaten en de Europese samenwerkingsgroep in de context van ketenafhankelijkheid is reeds besproken in paragraaf 5.2.2.

Artikel 7 NIS2 verplicht de lidstaten verder om een cyberbeveiligingsstrategie vast te stellen. Deze strategie dient gericht te zijn op het behalen van een hoog niveau van cybersecurity. Zij is in tegenstelling tot de in paragraaf 4.2 besproken cybersecurityverplichting niet exclusief gericht op essentiële en belangrijke entiteiten.¹³⁸ Artikel 7 lid 2 sub i NIS2 bepaalt bijvoorbeeld dat de strategie ook moet zien op de digitale weerbaarheid en cyberhygiëne van ondernemingen die niet onder de NIS2 vallen.

Daarnaast verplicht artikel 9 lid 1 NIS2 de lidstaten om een of meer 'cybercrisisbeheerautoriteiten' aan te wijzen of in te stellen. Deze autoriteiten zijn verantwoordelijk voor het beheer van 'grootschalige cyberbeveiligingsincidenten en crises'. Zij zijn in de context van hybride conflicten bijvoorbeeld verantwoordelijk voor incidenten die de maatschappij ontregelen (par. 3.2). De lidstaten moeten op grond van artikel 9 lid 4 NIS2 tevens een nationaal plan vaststellen voor dergelijke incidenten.

137. Vandezande 2024, p. 6-7.

138. Zie bijvoorbeeld overweging 56 NIS2. De in de bijlagen genoemde sectoren zijn wel in het bijzonder van belang. Zie art. 7 lid 1 sub a NIS2.

Artikel 10 lid 1 NIS2 verplicht de lidstaten tot het aanwijzen of instellen van nog een instantie: de ‘Computer security incident response teams’ of ‘CSIRT’s’. Deze CSIRT’s dienen ten minste gericht te zijn op de onder de NIS2 vallende entiteiten. Hun taken zijn, anders dan de cybercrisisbeheerautoriteiten, niet beperkt tot grootschalige incidenten. De CSIRT’s spelen een actieve rol bij incidentenbehandeling. Zij hebben onder andere als taak om bijstand te verlenen bij incidenten, voor een risico- en incidentenanalyse te zorgen en proactief kwetsbaarheden te zoeken.¹³⁹

De NIS2 bevat ten slotte bepalingen over het delen van informatie en het waar-schuwen van kwetsbare ondernemingen. Dergelijke informatie kan bijvoorbeeld afkomstig zijn van cybersecurityonderzoekers, maar ook worden gedeeld door nationale inlichtingendiensten.¹⁴⁰ De lidstaten moeten over het delen van deze informatie een beleidskader vaststellen in hun nationale cyberbeveiligingsstrategie.¹⁴¹ De CSIRT’s moeten hier daarnaast over kunnen communiceren met de essentiële en belangrijke entiteiten en andere relevante belanghebbenden, maar ook met andere autoriteiten.¹⁴² Het effectiever delen van deze informatie staat ook in Nederland op de agenda. Op 17 juli 2024 is de Wet bevordering digitale weerbaarheid bedrijven aangenomen, die het ‘Digital Trust Center’ de bevoegdheid geeft om ook informatie over specifieke digitale dreigingen en kwetsbaarheden te geven aan ondernemingen die niet onder de implementatie van de NIS1, de Wbni, vallen.¹⁴³

De ‘Cyber Solidarity Act’ zal de rol van de overheid verder vergroten.¹⁴⁴ Deze verordening is net als de NIS2 bedoeld om de cybersecurity binnen Europa te versterken. De nadruk ligt bij deze verordening echter vooral op Europese samenwerking. Zij voorziet in vergelijkbare maatregelen als de NIS2, zoals het opzetten van (Europese) mechanismen om kwetsbaarheden te ontdekken en ondersteuning te bieden bij grootschalige incidenten.¹⁴⁵ Er bestaat een akkoord over deze verordening, maar zij is nog niet formeel aangenomen door de Raad.

De NIS2 en Cyber Solidarity Act leiden via deze mechanismen op allerlei manieren tot een grotere rol voor de overheid. De richtlijn is niet specifiek gericht op cybersecurity in de context van hybride conflicten (zie ook par. 4). Dit neemt echter niet weg dat de toegenomen rol van de overheid kan worden ingezet voor een betere bescherming tegen hybride dreigingen. De overheid kan de bescherming in hybride conflicten bijvoorbeeld prioriteren bij de cyberbeveiligingsstrategie, risicoanalyses, proactieve zoektocht naar kwetsbaarheden en het delen van informatie over dreigingen. De bijzondere focus van cybercrisisbeheerautoriteiten en de Cyber Solidarity Act op grootschalige incidenten wijst bovendien ook op een bijzondere relevantie voor hybride conflicten. De toegenomen verplichtingen voor de overheid geven haar zo mogelijkheden om de maatschappij te beschermen tegen hybride dreigingen.

139. Art. 11 lid 3 sub c, d en e NIS2.

140. Vergelijk overweging 60 NIS2; Evaluatiecommissie WIV 2017 2021, p. 95; *Kamerstukken II 2022/23*, 36263, nr. 3, p. 19 (MvT).

141. Art. 7 lid 1 sub g en 2 sub h NIS2.

142. Art. 10 lid 3 en 7, art. 11 lid 3 sub b en h, art. 12 en overweging 60-64 NIS2; Vandezande 2024, p. 7.

143. *Kamerstukken II 2022/23*, 36270, nr. 3, p. 1-2 (MvT).

144. European Parliament, ‘Cyber Solidarity Act’, P9_TA(2024)0355.

145. Art. 1 lid 1 Cyber Solidarity Act.

5.3.2 Goedgekeurde standaarden, certificeringsmechanismen en gedragscodes

De toegenomen rol van de overheid komt tot slot tot uiting in de steeds belangrijkere rol van normen zoals standaarden, certificeringsmechanismen en gedragscodes. Cybersecurity is een complex en technisch onderwerp. Veel partijen missen de expertise om te zorgen voor een adequate beveiliging. De belangrijkste cybersecurityverplichtingen geven door hun open karakter (par. 4.1.2 en 4.2.2) bovendien weinig concrete aanwijzingen. Het is voor partijen daarom niet gemakkelijk om in te schatten wat er precies van hen wordt verlangd. Standaarden, certificeringsmechanismen en gedragscodes kunnen hiervoor een oplossing zijn.¹⁴⁶

Het belang van dergelijke normen is, zowel binnen¹⁴⁷ als buiten¹⁴⁸ het domein van cybersecurity, ook te zien in het Europese juridische kader. Dit geldt voor de fabrikanten van ICT-producten,¹⁴⁹ maar ook voor de ondernemingen die ICT gebruiken. De Europese regels zien hierbij nadrukkelijk ook een rol voor de overheid. Zij verwijzen in het bijzonder naar normen die op enige wijze zijn goedgekeurd door een overheidsorgaan. De overheid kan op deze manier de standaarden, certificeringsmechanismen en gedragscodes gebruiken om de cybersecurity van de maatschappij te versterken.¹⁵⁰

De rol van goedgekeurde normen is in de eerste plaats te zien in de AVG. Artikel 32 lid 3 AVG noemt het aansluiten bij een goedgekeurde gedragscode of goedgekeurd certificeringsmechanisme als een element om aan te tonen dat de cybersecurityverplichting is nageleefd. De AVG benadrukt hierbij de vrijwilligheid.¹⁵¹ Het voldoen aan een gedragscode of certificeringsmechanisme is bovendien slechts 'een element'. Het wel of niet voldoen aan een gedragscode of certificeringsmechanisme staat niet gelijk aan het wel of niet naleven van de cybersecurityverplichting.¹⁵²

De 'Cyberbeveiligingsverordening'¹⁵³ legt het grondwerk voor een sterkere koppeling tussen de goedgekeurde norm en de juridische verplichting. Deze verordening creëert een kader voor de vaststelling van Europese cyberbeveiligingscertificeringsregelingen voor ICT-producten, -diensten en -processen.¹⁵⁴ De (Europese) overheid speelt bij deze regelingen een centrale rol. Een dergelijke Europese cyberbevei-

146. Zie over het nut van standaarden in het kader van cybersecurity bijvoorbeeld Djebbar & Nordström 2023, p. 85315-85316; Konings 2023, p. 158; I. Kamara, 'European cybersecurity standardisation: a tale of two solitudes in view of Europe's cyber resilience', *Innovation: The European Journal of Social Science Research* 2024 (online), p. 2 en 5-6.

147. Zie in algemene zin bijvoorbeeld Kamara 2024, p. 4-6. De rol van cybersecuritystandaarden is niet beperkt tot Europese regelgeving. Zie bijvoorbeeld Hamdani e.a. 2021, p. 4-7.

148. Zie over de rol van standaarden in Europese regels in het algemeen bijvoorbeeld 'New legislative framework', single-market-economy.ec.europa.eu/single-market/goods/new-legislative-framework_en (laatst bezocht 3 september 2024); 'The "New Approach"', boss.cen.eu/reference-material/guidancedoc/pages/newapproach (laatst bezocht 3 september 2024); Kamara 2024, p. 6.

149. Zie met name de Cyber Resilience Act, waarover bijvoorbeeld Kamara 2024, p. 9-10.

150. NCTV 2023, p. 36. Zie ook WRR 2024, p. 124.

151. Hofman 2022, p. 238. Zie expliciet art. 40 lid 3 AVG.

152. Hofman 2022, p. 241. Zie expliciet art. 42 lid 4 AVG.

153. Verordening (EU) 2019/881 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake Enisa (het Agentschap van de Europese Unie voor cyberbeveiliging), en inzake de certificering van de cyberbeveiliging van informatie- en communicatietechnologie en tot intrekking van Verordening (EU) nr. 526/2013 (*PbEU* 2019, L 151/15).

154. Art. 1 lid 1 sub b Cyberbeveiligingsverordening.

ligingscertificeringsregeling wordt op verzoek van de Europese Commissie opgesteld door het Agentschap van de Europese Unie voor cyberbeveiliging ('Enisa').¹⁵⁵ Ook deze cyberbeveiligingscertificering is op grond van artikel 56 lid 2 Cyberbeveiligingsverordening *in beginsel* vrijwillig. Het Europese of nationale recht kan echter anders bepalen. De Europese Commissie moet daarnaast op grond van lid 3 regelmatig beoordelen of er door middel van Europees recht een specifieke regeling verplicht moet worden gesteld.

De NIS2 maakt gebruik van het grondwerk van de Cyberbeveiligingsverordening.¹⁵⁶ Artikel 21 lid 1 NIS2 benoemt in algemene zin dat de essentiële en belangrijke entiteiten bij het vaststellen van de beveiligingsmaatregelen rekening moeten houden met eventuele Europese en internationale normen. Andere artikelen zijn specifieker. Artikel 24 lid 1 NIS2 bepaalt dat lidstaten het gebruik van bepaalde op grond van de Cyberbeveiligingsverordening gecertificeerde ICT-producten, -diensten en -processen verplicht mogen stellen. Zij moeten op grond van artikel 7 lid 2 sub b NIS2 hierover beleid vaststellen in hun nationale cyberbeveiligingsstrategie. De Europese Commissie is daarnaast op grond van artikel 24 lid 2 NIS2 bevoegd om gedelegeerde handelingen vast te stellen waarin op grond van de Cyberbeveiligingsverordening gecertificeerde producten verplicht worden gesteld. Ten slotte dienen de lidstaten het gebruik van gekwalificeerde (dus goedgekeurde) vertrouwensdiensten en Europese en internationale normen en technische specificaties aan te moedigen.¹⁵⁷ Enisa stelt op grond van artikel 25 lid 2 NIS2 adviezen en richtsnoeren op over het gebruik van dergelijke normen. Overweging 59 noemt ketenafhankelijkheid (par. 5.2.2) nadrukkelijk als voorbeeld van een onderwerp waarvoor het bevorderen van normen in het bijzonder van belang kan zijn.

Goedgekeurde standaarden, certificeringsmechanismen en gedragscodes spelen hiermee een duidelijke rol in het Europese juridische kader. Ondernemingen zullen hier in de toekomst in toenemende mate mee te maken krijgen, met name door de uitwerking van de Cyberbeveiligingsverordening en het verplicht stellen van de resulterende regelingen in de NIS2.

De overheid gaat hierdoor een grotere rol spelen bij de cybersecurity van ondernemingen. Zij kan deze rol tevens gebruiken om eisen op te nemen die in het bijzonder van belang zijn in het kader van hybride conflicten. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de discussie rondom de voorgestelde regeling voor clouddiensten: Frankrijk zet hierbij in op strenge regels om doorgiften van data te voorkomen en digitale soevereiniteit te bevorderen. Hoewel dit element het waarschijnlijk niet gaat halen,¹⁵⁸ illustreert het dat goedgekeurde normen kunnen worden gebruikt om in te springen op dreigingen rondom hybride conflicten.

155. Art. 48 en art. 49 Cyberbeveiligingsverordening.

156. Vandezande 2024, p. 2-3 en 8-9. Zie ook Van 't Schip 2024, p. 21.

157. Art. 24 lid 1 en art. 25 lid 1 NIS2.

158. Zie bijvoorbeeld E. Gkritsi, 'France questions latest EU cloud certification scheme', euractiv.com, 22 april 2024; E. Gkritsi, 'Sovereignty requirements for cloud providers unlikely to make it to Commission's proposal for implementing act', euractiv.com, 3 juli 2024.

6 Conclusie

In dit preadvies beantwoord ik de volgende vraag: *Op welke manieren leiden hybride dreigingen tot Europese cybersecurityverplichtingen voor ondernemingen?* De toegenomen geopolitieke spanningen vormen een duidelijke rechtvaardiging voor strengere cybersecurityverplichtingen voor ondernemingen. De dreiging van hybride conflicten neemt toe (par. 1). Cyberaanvallen op ondernemingen spelen hierbij een belangrijke rol (par. 3). Cybersecurity is dan ook van groot belang voor de bescherming tegen hybride dreigingen.

Desondanks leiden hybride dreigingen slechts indirect tot cybersecurityverplichtingen. Dit heeft te maken met de juridische basis voor deze regels. Cybersecurityverplichtingen voor ondernemingen zijn voornamelijk afkomstig uit Europa. De primaire verantwoordelijkheid voor de bescherming tegen hybride dreigingen ligt echter bij de lidstaten (par. 4).

Het veelomvattende karakter van cybersecurity leidt er echter toe dat dit geen onoverkomelijk bezwaar is. Cybersecurity ziet op uiteenlopende digitale middelen, beschermingsdoelen en dreigingen en vereist dan ook een grote verscheidenheid aan beveiligingsmaatregelen (par. 2). De uiteindelijke motivatie van de aanvaller is echter slechts van secundair belang. De Europese cybersecurityverplichtingen zijn hierdoor tevens van belang in de context van hybride conflicten. Dit geldt in de eerste plaats voor de algemene cybersecurityverplichtingen (par. 4). Paragraaf 5 laat daarnaast zien dat de juridische basis het ook mogelijk maakt om Europese cybersecurityverplichtingen te formuleren die specifiek van belang zijn in de context van hybride conflicten.

Dit preadvies laat zien dat hybride dreigingen op allerlei manieren invloed hebben op Europese cybersecurityverplichtingen voor ondernemingen. In deze conclusie onderscheid ik vier hoofdvormen.

1. *Hybride dreigingen beïnvloeden de invulling van de algemene cybersecurityverplichtingen.*

In de eerste plaats zijn de algemeen geformuleerde Europese cybersecurityverplichtingen voor ondernemingen afhankelijk van de risico's (par. 4.1 en 4.2). Hybride conflicten leiden tot nieuwe risico's, hetgeen in strengere verplichtingen resulteert. Hybride dreigingen beïnvloeden op deze manier de invulling van de open geformuleerde algemene cybersecurityverplichtingen.

2. *Hybride dreigingen dwingen ondernemingen om de afhankelijkheid van niet-Europese partijen af te bouwen en hiermee bij te dragen aan de digitale soevereiniteit van Europa.*

Het Europese juridische cybersecuritykader voor ondernemingen heeft daarnaast enkele bijzondere aspecten die in de context van hybride conflicten in het bijzonder van belang zijn. Het bevat in de eerste plaats regels om ervoor te zorgen dat de (hopelijk) adequate cybersecurity van Europese ondernemingen niet wordt ondergraven door connecties met minder goed beveiligde partijen. In de context

van hybride conflicten dient hierbij specifiek te worden gelet op partijen buiten de Europese Unie of andere partijen die direct of indirect onder de controle van een buitenlandse mogendheid staan. Deze regels dwingen ondernemingen om hun afhankelijkheid van niet-Europese partijen af te bouwen. Zij dragen hiermee bij aan de digitale soevereiniteit van Europa (zie ook par. 3.4 en 5.1.5).

Dit specifieke aandachtspunt is duidelijk zichtbaar in de regels over doorgiften van data (par. 5.1) en ketenafhankelijkheid (par. 5.2). De toelaatbaarheid van doorgiften van persoonsgegevens is in belangrijke mate afhankelijk van het risico dat buitenlandse inlichtingendiensten toegang krijgen tot de doorgegeven persoonsgegevens (par. 5.1.2). Meer in het algemeen dragen de restricties op doorgiften bij aan de digitale soevereiniteit van Europa (par. 5.1.5). De regels rondom ketenafhankelijkheid in de DORA besteden daarnaast een bijzondere aandacht aan de afhankelijkheid van derde aanbieders buiten de Europese Unie (par. 5.2.3).

3. De overheid speelt een steeds grotere rol bij de cybersecurity van ondernemingen.

Het Europese juridische cybersecuritykader voor ondernemingen voorziet verder in een steeds grotere rol voor de overheid (par. 5.3). Dit stelt de overheid in staat om ondernemingen, onder andere door middel van risicoanalyses, ondersteuning bij incidenten, informatie en normen, te wapenen tegen hybride dreigingen. De overheid kan deze nieuwe taken in het bijzonder inzetten in de context van hybride conflicten (par. 5.3.1).

4. De steeds grotere hybride dreigingen gaan gepaard met steeds strengere cybersecurityverplichtingen.

Het Europese juridische kader voorziet op verschillende manieren in cybersecurityverplichtingen die van belang zijn in de context van hybride conflicten. Een belangrijke ontwikkeling hierbij is dat deze verplichtingen steeds strenger worden. De toegenomen intensiteit van hybride conflicten (par. 1) gaat op deze manier gepaard met toegenomen cybersecurityverplichtingen.

Allereerst leiden grotere risico's tot een strengere invulling van de algemene cybersecurityverplichtingen. De cybersecurityverplichtingen zijn bovendien op steeds meer partijen van toepassing. Dit is met name te zien bij de NIS2, die een veel groter toepassingsbereik dan de NIS1 heeft (par. 4.2.1).

De ontwikkeling is ook te zien in de specifiekere regels. De restricties op doorgiften van data nemen zowel in Europa als in andere landen toe (par. 5.1.5). Ook de regels rondom ketenafhankelijkheid worden specifiek en strenger (par. 5.2.4). Ten slotte neemt de rol van de overheid sterk toe. Dit gebeurt via nieuwe bevoegdheden in de NIS2 (par. 5.3.1), maar ook door de toenemende rol van standaarden, certificering en gedragscodes (par. 5.3.2).

Het juridische kader is ten slotte nog relatief nieuw. Het moet in de komende jaren nader worden vormgegeven door onder andere nationale cybersecuritystrategieën, risicoanalyses en (verplichte) nieuwe cyberbeveiligingscertificeringsregelingen.

Deze ontwikkelingen zullen de cybersecurityverplichtingen voor ondernemingen concreter en daarmee ook strenger maken. Zij stellen de overheid bovendien in staat om in te spelen op nieuwe hybride dreigingen. Het is voor ondernemingen geen overbodige luxe om hierop te anticiperen. Dit vereist bijvoorbeeld investeringen in cybersecurity die verder gaan dan het hoogstnoodzakelijke om aan de *huidige* regels te voldoen, het proactief afbouwen van afhankelijkheden met partijen buiten Europa en investeringen in standaarden en cybersecurity binnen de hele keten.

Afsluiting

De wereld verandert onder druk van geopolitieke spanningen. Hybride conflicten leiden tot meer en andersoortige cyberoperaties en vereisen verdergaande investeringen in cybersecurity. Ondernemingen staan in het middelpunt van deze veranderingen, of zij dit nu willen of niet. Hybride dreigingen dwingen hen om zich beter en anders te beveiligen. Deze ontwikkeling zal in de toekomst eerder toe- dan afnemen.

Geopolitiek, oorlogsdreiging, internationale handel en economische sancties

Mr. P.N. Ploeger en mr. J.J. Strijder*

1 Inleiding

Enkele jaren geleden zou een preadvies over ondernemingen in oorlogstijd of onder oorlogsdreiging waarschijnlijk als een vrij academische bespiegeling zijn gezien. Inmiddels is een grootschalige oorlog terug op het Europees continent, is sprake van toenemende geopolitieke spanningen tussen het Westen, China en Rusland en laaien regelmatig handelsconflicten op. Oorlogsdreiging is tegenwoordig een actueel thema en nationale en economische veiligheid hebben de laatste jaren dan ook meer nadruk gekregen. Dit resulteert in de introductie van een steeds breder scala aan handels- en investeringsbeperkingen, waaronder economische sancties, screening van inkomende en uitgaande investeringen en bescherming van kritieke infrastructuur. Deze ontwikkelingen weerspiegelen – en bevorderen – een wereld waarin geopolitieke blokvorming, handelsmaatregelen over en weer en verstoringen in de toeleveringsketens en afzetmarkten van internationaal opererende ondernemingen zullen toenemen.

In dit preadvies geven wij een beknopt overzicht van de ontwikkelingen op het gebied van economische sancties en exportcontroles in dit veranderende internationale speelveld. Sancties hebben historisch gezien een betrekkelijk overzichtelijk effect gehad op de internationale handel. De inval van Rusland in Oekraïne en de groeiende politieke en economische rivaliteit tussen de Verenigde Staten (en de EU) enerzijds en China anderzijds hebben dit fundamenteel veranderd. De sancties tegen Rusland lieten zien dat sancties majeure impact kunnen hebben op Nederlandse en Europese economieën en bedrijven, terwijl de rivaliteit met China leidt tot een toenemende inzet van handelsbeperkingen om de economische opmars en invloed van China te beperken en te beheersen. In dat kader geven wij een beknopte schets van het huidige Nederlandse en Europese wettelijke kader en de (voorgenomen) wijzigingen daarin. Ook verkennen wij de mogelijke implicaties daarvan voor internationaal opererende ondernemingen.

Wij beperken ons overigens tot de situatie van geopolitieke spanningen en oorlogsdreiging. Bij een daadwerkelijke oorlog treedt het staatsnoodrecht in werking (waarvoor wij verwijzen naar het preadvies van Van den Berghе achterin deze bundel), en zullen ‘sancties’ vermoedelijk grotendeels bestaan uit afgehele handelsver-

* Patrick Ploeger en Jasper Strijder zijn advocaten bij A&O Shearman in Amsterdam.

boden en confiscatie van activa van de vreemde staat, en van ondernemingen en personen uit die staat. Wij laten die situatie hierna verder onbesproken.

2 Terminologie: sancties en exportcontroles

Een opmerking vooraf betreft de terminologie omtrent internationale handelsbeperkingen. Hoewel in het dagelijks spraakgebruik veelal wordt gesproken van ‘sancties’, zijn er verschillende soorten handelsbeperkingen. Een belangrijk onderscheid, ook voor wat betreft het wettelijk kader, bestaat tussen sancties en exportcontroles.

(Economische) sancties (*economic sanctions*) zijn in beginsel tijdelijke politieke middelen tegen landen (en tegenwoordig ook specifieke organisaties of personen) in reactie op hun acties die ingaan tegen internationale regels, zoals het binnenvallen van een ander land of het uitspreken van steun voor dergelijke destabiliserende acties. Het beoogde effect van sancties is degene aan wie ze worden opgelegd, ertoe te bewegen diens acties te beëindigen en daarmee de (internationale) rechtsorde te herstellen. Daarna kunnen de sancties worden opgeheven en wordt de onderlinge relatie weer genormaliseerd. Vaak treffen zij bepaalde economische sectoren in een land om economische druk uit te oefenen. Sancties tegen bepaalde landen omvatten regelmatig ook maatregelen tegen bepaalde personen, groepen of organisaties, zoals inreisverboden en bevrozing van tegoeden. Los van sancties tegen specifieke landen bestaan ook sanctieregimes tegen terroristen en terroristische organisaties, onder meer tegen ISIS en Al Qaida.¹ Daarnaast bestaan inmiddels thematische sanctieprogramma’s van de EU, onder meer op het gebied van mensenrechten en cyberaanvallen.² Met het oog op de consistente vormgeving, uitleg en toepassing van sancties heeft de EU-beleid op het gebied van sancties.³ Op deze manier is de reikwijdte van sancties breed, maar blijft het wettelijk regime, althans in de Europese Unie, steeds vergelijkbaar.

Exportcontroles (overigens meestal aangeduid met hun Engelse benaming: *export controls*) zien op de gecontroleerde export van bepaalde goederen, technologieën en daarmee verband houdende kennis. Deze maatregelen hebben algemene werking, in beginsel ongeacht het land of de wederpartij waarnaar wordt geëxporteerd. Zij staan in zoverre los van de politieke situatie.⁴ Het doel ervan is om controle te houden dat (gevoelige) technologieën alleen op een ‘goede plek’ terecht komen. Vaak wordt het algemene systeem voor exportcontroles internationaal overeengekomen. Uitvoering ervan ligt in beginsel bij nationale staten. Specifieke vormen

-
1. Zie o.a. Verordening (EU) 2016/1686 van de Raad van 20 september 2016 tot vaststelling van bijkomende beperkende maatregelen tegen ISIS (Da’esh) en Al Qaida en daarmee verbonden natuurlijke en rechtspersonen, entiteiten of lichamen (*PbEU* 2016, L 255/1).
 2. Verordening (EU) 2020/1998 van de Raad van 7 december 2020 betreffende beperkende maatregelen tegen ernstige schendingen van de mensenrechten (*PbEU* 2020, L 410/1); Verordening (EU) 2019/796 van de Raad van 17 mei 2019 betreffende beperkende maatregelen tegen cyberaanvallen die de Unie of haar lidstaten bedreigen (*PbEU* 2019, L 129/1).
 3. Zie bijv. Raad van de Europese Unie, ‘Beste praktijken van de EU voor de doeltreffende implementatie van beperkende maatregelen’, 3 juli 2024.
 4. Vanzelfsprekend zullen overheden normaliter sneller geneigd zijn export naar bevriende landen te vergunnen.

van exportcontroles zien op bijvoorbeeld militaire goederen en technologie (*military goods and technology*).⁵ De EU heeft een lijst met dergelijke goederen (*common list of military goods*) opgesteld. Voor dergelijke militaire goederen gelden EU-brede, nationale exportrestricties.⁶ Verwant hieraan zijn exportrestricties op ‘goederen voor tweërlei gebruik’ (*dual use items*). Dit zijn goederen die een civiel en militair gebruik kunnen hebben. Verschillende internationale fora stellen lijsten met producten op die voor beide doeleinden kunnen worden gebruikt, die vervolgens geconsolideerd worden opgenomen in de zogenoemde Dual Use Verordening.⁷ Een Nederlands regelgevend uitvoeringskader reguleert vervolgens de export van zulke *dual use items*.

De nadruk in dit preadvies ligt op het wettelijk kader en de ontwikkelingen omtrent sancties en – zij het in mindere mate – exportcontroles. Het regime voor militaire goederen en technologie laten wij goeddeels onbesproken. Tot slot bestaan in de volksmond nog tal van andere vormen van ‘sancties’, zoals diplomatieke acties, visumsancties en het opwerpen van importtarieven. Deze fenomenen behandelen wij evenmin.

3 Huidig wettelijk kader sancties en exportcontroles

3.1 Historische context

Economische sancties en handelsbeperkingen zijn zo oud als de weg naar Rome. Een van de eerste (bekende) voorbeelden van handelssancties stamt uit de tijd van het Atheense Rijk. In aanloop naar de Peloponnesische Oorlog vaardigde de toenmalige leider van Athene, Perikles, rond 432 v.Chr. het Megarische Decreet uit. Dit decreet sloot handelaren uit Megara – een bondgenoot van Sparta, de vijand van Athene – uit van de Atheense economie en ontzegde hun de toegang tot de haven van Athene.⁸ Met deze handelsverboden beoogde Perikles de druk op te voeren teneinde Megara te dwingen zich bij Athene aan te sluiten. Dat werkte evenwel averechts. De handelsverboden konden de Peloponnesische Oorlog niet voorkomen. Athene moest in die oorlog uiteindelijk het onderspit delven.

In de kern zijn sancties sindsdien niet wezenlijk veranderd. Zij zijn een middel gebleven om economische druk uit te oefenen. Zo besloot de Volkenbond (de voorganger van de Verenigde Naties) in de jaren 30 van de vorige eeuw – voor het

5. Zie voor militaire goederen de Gemeenschappelijke EU-lijst van militaire goederen vastgesteld door de Raad op 19 februari 2024 (waarop Gemeenschappelijk Standpunt 2008/944/GBVB van de Raad tot vaststelling van gemeenschappelijke voorschriften voor de controle op de uitvoer van militaire goederen en technologie (*PbEU* 2008, L 335/99) van toepassing is) (*PbEU* C 2024/1945).

6. Zie o.a. Besluit strategische goederen en Wet strategische diensten.

7. Verordening (EU) 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 (herschikking) (*PbEU* 2021, L 206/1).

8. T.C. Morgan, C. Syropoulos & Y.V. Yotov, ‘Economic Sanctions: Evolution, Consequences, and Challenges’, *Journal of Economic Perspectives* (37) Winter 2023, afl. 1, p. 5-6.

eerst⁹ – sancties op te leggen aan Italië vanwege de oorlog in Ethiopië.¹⁰ Deze sancties bestonden onder meer uit het verbieden van de uitvoer van aangewezen goederen, waaronder ezels, kamelen en paarden (destijds nog belangrijke vormen van vervoer), en het beperken van de financiële betrekkingen, zoals het verbieden van leningen aan het (toenmalige) Italiaanse Koninkrijk.¹¹ Als lid van de Volkenbond noopten deze sancties tot een reactie van de Nederlandse regering.

De Nederlandse wetgever had kort daarvoor de Uitvoerverbodenwet 1935 ingevoerd om de uitvoer van goederen te verbieden, maar die stond andere maatregelen niet toe. Daarom is de Sanctiewet 1935 ingevoerd. Deze wet maakte het mogelijk om noodzakelijke maatregelen te nemen ten aanzien van onder andere de invoer van goederen en het verstrekken van krediet. De Sanctiewet 1935 en de Uitvoerverbodenwet 1935 vormden samen het kader voor de Nederlandse regering om de sancties van de Volkenbond uit te voeren. Onder deze wetten konden maatregelen worden genomen ter bevordering van de internationale samenwerking tot het voorkomen of het beëindigen van vijandelijkheden. De regering bepaalde bij algemene maatregel van bestuur welke maatregelen golden en ten aanzien van welke landen of (rechts)personen in die aangewezen landen.¹² De bestraffing van overtredingen was ook toen al fors: een jaar gevangenisstraf of een geldboete van f 10.000, naar huidig prijspeil ongeveer € 124.000.¹³

De oprichting van de Verenigde Naties (VN) na de Tweede Wereldoorlog zorgde voor een nieuwe internationale rechtsorde. De bevoegdheid van de Volkenbond om sancties op te leggen, is binnen de VN ondergebracht bij de VN-Veiligheidsraad.¹⁴ Alle VN-lidstaten zijn verplicht daaraan uitvoering te geven.¹⁵ De Sanctiewet 1935 (zo nodig in combinatie met de Uitvoerverbodenwet 1935) stelde de Nederlandse regering lang in staat om deze VN-sancties uit te voeren. Dat veranderde vanwege de situatie in het toenmalige Zuid-Rhodesië, het huidige Zimbabwe.

Naar aanleiding van de situatie in Zuid-Rhodesië vanaf halverwege de jaren 60 had de VN-Veiligheidsraad diverse sanctiemaatregelen ingevoerd. Nederland kon de meeste daarvan uitvoeren op grond van de Sanctiewet 1935 en de opvolger van de Uitvoerverbodenwet 1935.¹⁶ De VN-Veiligheidsraad introduceerde echter ook een nieuw type sanctiemaatregel: het aan banden leggen van het financieel verkeer. De regering oordeelde dat de uitvoering van die nieuwe vorm van een economische sanctie niet mogelijk was onder de Sanctiewet 1935.¹⁷ Als noodoplossing kwam er

9. Vgl. *Kamerstukken II 1934/35*, 184, nr. 3, p. 1. Zie ook League of Nations, *The League from Year to Year* (1935), Geneva: League of Nations Secretariat 1936, p. 12-13.

10. League of Nations, *The League from Year to Year* (1935), Geneva: League of Nations Secretariat 1936, p. 12-13.

11. B.S.K., 'Sanctions in Operation', *Bulletin of International News* 1935/10, p. 343.

12. Zie art. 1 Sanctiewet 1935.

13. Zie art. 5 Sanctiewet 1935 en art. 6 Uitvoerverbodenwet 1935.

14. Op basis van Hoofdstuk VII van het Handvest van de Verenigde Naties.

15. Art. 25 Handvest van de Verenigde Naties.

16. Te weten de In- en uitvoerwet. Vgl. *Kamerstukken I 1978/79*, 14006, nr. 34c.

17. De Sanctiewet 1935 voorzag immers alleen in het verbieden van het verlenen van krediet. De In- en uitvoerwet beperkte zich tot de in- en uitvoer van goederen, en gaf daarmee evenmin de regering de bevoegdheid beperkingen te stellen aan het betalingsverkeer.

ad-hocwetgeving.¹⁸ De regering onderkende ook dat daarmee voor de Zuid-Rhodesië-sancties weliswaar een oplossing was gevonden, maar dat voor toekomstige sanctiemaatregelen van vergelijkbare strekking geen wettelijke basis bestond.

Daarom volgde in augustus 1976 een ontwerpwet, die uiteindelijk uitmondde in de Sanctiewet 1977 zoals wij die vandaag de dag nog grotendeels kennen. De totstandkoming van de Sanctiewet 1977 ging niet zonder slag of stoot. Met name de Eerste Kamer stond kritisch tegenover de kaderwet met daarin een vrij algemene bevoegdheid voor de regering om noodzakelijke maatregelen te treffen ter uitvoering van internationale sanctiemaatregelen.¹⁹ Daarnaast bestond de vrees dat met de uitvoering van internationale sanctiemaatregelen met name het eigen bedrijfsleven werd geraakt, in plaats van het beoogde effect in het te raken land te bewerkstelligen.²⁰ De regering wist de bezwaren weg te nemen, waarmee de Sanctiewet 1977 een feit werd. De Sanctiewet 1977 is sindsdien meerdere malen inhoudelijk gewijzigd, maar conceptueel hetzelfde gebleven.

3.2 Sancties: wettelijk kader

Het huidige Nederlandse sanctierecht is nauw verbonden met ontwikkelingen in de internationale rechtsorde, historisch voornamelijk voortvloeiende uit resoluties van de VN-Veiligheidsraad. Gegeven de samenstelling van de VN-Veiligheidsraad en de vetorechten van de permanente leden,²¹ alsook de aard van de conflicten die voor de VN-Veiligheidsraad komen, vormen deze resoluties in afnemende mate de bron voor internationale sancties.²² Het instellen van sancties is daarom steeds vaker een aangelegenheid van bepaalde handels- c.q. machtsblokken (lees: het Westen). De belangrijkste bron voor internationale sancties in Nederland is daarmee de EU geworden.

De EU heeft sinds het Verdrag van Maastricht een gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid (GBVB). Het GBVB wordt weliswaar op het niveau van de EU vastgesteld, maar vanwege het unanimiteitsvereiste dat daarvoor binnen de Raad van de Europese Unie (de Raad) geldt, zijn het in feite de individuele lidstaten die het GBVB vaststellen.²³ Het GBVB beslaat het volledige EU-buitenlandbeleid en omvat daarom ook het instellen van sancties. Deze sancties omvatten in elk geval sancties die zijn ingesteld door de VN-Veiligheidsraad, die de Raad via zijn procedures overneemt. De Raad kan daarnaast, of in aanvulling daarop, besluiten autonome sancties in te stellen. Dit zijn sanctieregimes van de EU zelf, waarbij overigens nog steeds gezocht wordt naar internationale samenwerking met gelijkgestemde partijen.

18. Zie de Wet Betalingsverkeer Zuid-Rhodesië.

19. *Kamerstukken I* 1978/79, 14006, nr. 34, p. 4.

20. *Kamerstukken I* 1978/79, 14006, nr. 34, p. 9.

21. Met name China, Rusland en de Verenigde Staten hebben belangrijke veto's gebruikt.

22. Vgl. B. van Ginkel, 'Het Nederlandse dilemma in de VN-Veiligheidsraad', *spectator.clingendael.org*, 18 april 2023.

23. Het unanimiteitsvereiste brengt met zich dat regelmatig onderhandeld moet worden tussen de lidstaten vanwege andere beleidsopvattingen of andere economische belangen van lidstaten. Zo heeft Hongarije tijdens de onderhandelingen over verschillende sanctiepakketten tegen Rusland regelmatig dwarsgelegen en pas na concessies of uitzonderingen goedkeuring gegeven.

In de systematiek van de EU-verdragen neemt de Raad eerst een besluit (voorheen een gemeenschappelijk standpunt)²⁴ en voert de Raad dat besluit vervolgens uit middels een verordening.²⁵ Het besluit van de Raad is gericht aan de lidstaten van de EU en bindt de burger in zoverre niet. Veel sancties vergen echter acties van burgers en ondernemingen. Daarvoor worden de materiële geboden en verboden opgenomen in eenieder bindende verordeningen. In de praktijk worden besluiten en verordeningen gelijktijdig aangenomen in de Raad en in het Publicatieblad van de EU bekendgemaakt. Zij treden in de regel direct of kort na publicatie in werking.

De Raad is niet bevoegd straffen te stellen op overtreding van sancties vastgesteld in het kader van het GBVB. Daarvoor is dus implementatie in de EU-lidstaten nodig. Ook bepalingen omtrent toezicht, opsporing en handhaving vindt men terug in het nationale recht. In dit kader wordt de lidstaten in de EU-sanctieverordeningen opgedragen sancties te stellen op inbreuk van de sanctiemaatregelen, welke sancties doeltreffend, evenredig en afschrikkend moeten zijn.²⁶

In Nederland wordt het toezicht en de handhaving van EU-sancties (inclusief VN-sancties) geregeld via de Sanctiewet 1977. De Sanctiewet 1977 omvat zelf geen sanctiemaatregelen, maar creëert de bevoegdheid voor de Minister van Buitenlandse Zaken om bij ministeriële regeling regels te stellen.²⁷ De aldus vastgestelde ministeriële regelingen omvatten feitelijk niet meer dan een verbod te handelen in strijd met de aldaar genoemde (materiële ge- en verboden in) EU-sanctieverordeningen of resoluties van de VN-Veiligheidsraad. De Wet op de economische delicten (WED) stelt overtreding van de bij of krachtens de Sanctiewet 1977 gestelde regels strafbaar als de zwaarste categorie economische delicten.²⁸ Geldboetes tot ruim een miljoen euro of 10% van de jaaromzet van de verdachte onderneming zijn mogelijk, alsmede een gevangenisstraf tot zes jaar.²⁹

Bestuursrechtelijke handhaving van materiële sanctiebepalingen is (vooralsnog) niet mogelijk.³⁰ Wel geeft de Sanctiewet 1977 de bevoegdheid tot het stellen van voorschriften voor de administratieve organisatie en interne controle (AO/IC) van bepaalde financiële instellingen.³¹ Deze bevoegdheid is overgedragen aan hun respectieve financiële toezichthouders (de AFM en DNB).³² Zij zien ook toe op de nale-

24. Zie art. 29 VEU.

25. Zie art. 215 VWEU.

26. Zie bijv. art. 17 Verordening (EU) nr. 204/2011 van de Raad van 2 maart 2011 betreffende beperkende maatregelen in verband met de situatie in Libië (*PbEU* 2011, L 58/1), art. 12 Verordening (EG) nr. 314/2004 van 19 februari 2004 inzake bepaalde beperkende maatregelen tegen Zimbabwe (*PbEU* 2004, L 55/1) en art. 8 Verordening (EU) 833/2014.

27. Art. 2 lid 2 Sanctiewet 1977. Lid 1 maakt het ook mogelijk om ook bij algemene maatregel van bestuur dergelijke regels te stellen, maar daarvan wordt in de praktijk geen gebruikgemaakt omdat dat proces tijdrovender is en de ministeriële regeling slechts uitvoeringsbepalingen bevat voor bindende bepalingen.

28. Art. 1 onder 1° WED.

29. Zie art. 6 lid 1 WED in samenhang met art. 23 lid 7 Sr.

30. De regering heeft het voornemen dat te veranderen in de nieuwe sanctiewet. Zie *Kamerstukken II* 2022/23, 36200, nr. 56, p. 5.

31. Art. 10 Sanctiewet 1977.

32. Art. 1 Aanwijzing rechtspersonen Sanctiewet 1977.

ving daarvan en kunnen bij overtreding bestuursrechtelijk handhaven, waaronder de oplegging van bestuurlijke boetes.³³

De regering heeft eerder dit jaar een wetsvoorstel tot integrale wijziging van het Nederlandse sanctierecht ter consultatie voorgelegd. In dit voorstel wordt de Sanctiewet 1977 grotendeels vervangen door de Wet internationale sanctiemaatregelen (zie daarover par. 6.2 hierna).

3.3 Exportcontroles: achtergrond en wettelijk kader

Hoewel de historische ontwikkeling van exportcontroles enigszins gelijkliep met die van sanctiewetgeving, is de achtergrond duidelijk anders. De oorsprong van exportcontroles ligt bij individuele lidstaten waarvan de (veiligheids)belangen noopten tot het controleren van de goederen die werden uitgevoerd.³⁴ Die exportcontroles zien met name op goederen en technologie die (ook) van militaire aard zijn of kunnen zijn. Mettertijd zijn landen overeenkomsten aangegaan, georganiseerd naar thema, op basis waarvan zij gemeenschappelijke regimes voor uitvoerrestricties zijn aangegaan. Voor de EU liggen vijf internationale regelingen ten grondslag aan de lijst met *dual use items*³⁵:

- (a) Het Wassenaar Arrangement is een multilateraal exportcontrolesysteem dat ziet op de overdracht van conventionele wapens en goederen en technologieën voor tweërlei gebruik.
- (b) De Nuclear Suppliers Group (NSG) bestaat uit landen die streven naar het voorkomen van nucleaire proliferatie. De export van materialen, apparatuur en technologie die kunnen worden gebruikt om kernwapens te vervaardigen wordt binnen deze groep aan beperkingen onderworpen.
- (c) Het Missile Technology Control Regime (MTCR) ziet specifiek op de beperking van proliferatie van raketten en rakettechnologie vanaf bepaalde groottes of die in staat zijn massavernietigingswapens te dragen.
- (d) De Australia Group richt zich op het voorkomen van de verspreiding van chemische en biologische wapens.
- (e) Tot slot verbiedt het Chemische wapenverdrag³⁶ de productie, opslag en het gebruik van chemische wapens. Stoffen die daaronder zijn gereguleerd, worden ook aangemerkt als *dual use items*.³⁷

De totstandkoming van exportcontroles is dus anders dan die van sancties. Dat heeft ook gevolgen voor de bevoegdhedenverdeling binnen de EU. Exportcontroles zien weliswaar in belangrijke mate op verhoudingen met het buitenland – het gaat immers om export –, maar binnen de EU vallen zij meestal onder de gemeen-

33. Zie art. 10d en art. 10e Sanctiewet 1977 en art. 6 Besluit bestuurlijke boetes financiële sector.

34. Zie uitgebreider J.E.D. Voetelink, 'Exportcontrolrecht. Een verkenning', *Militaire Spectator* 2017, afl. 9, p. 376-390.

35. Zie de aanhef van Bijlage I bij Verordening (EU) 2021/821.

36. Volledig: het Verdrag tot verbod van de ontwikkeling, de produktie, de aanleg van voorraden en het gebruik van chemische wapens en inzake de vernietiging van deze wapens, Genève, 3 september 1992 (*Trb.* 1993, 162).

37. Overigens wordt dit verdrag in Nederland ook apart uitgevoerd via de Uitvoeringswet verdrag chemische wapens.

schappelijke handelspolitiek.³⁸ Dat betekent dat de bevoegdheid om regelgeving vast te stellen niet uitsluitend bij de Raad ligt. In plaats daarvan moet de gewone wetgevingsprocedure binnen de EU worden gevolgd. Dit betekent in de praktijk dat de Europese Commissie een voorstel doet, dat vervolgens door de Raad en het Europese Parlement wordt besproken, zo nodig aangepast en – uiteindelijk – aangenomen.³⁹ Exportcontroles zijn derhalve geen onderdeel van het GBVB, maar in het kader van het GBVB wordt wel vaak teruggegrepen op exportcontroles. Een veelvoorkomende sanctie is immers het verbieden van de uitvoer van *dual use items*.⁴⁰ Wat *dual use items* zijn, volgt uit de eerder genoemde Dual Use Verordening. Deze verordening is de belangrijkste bron van EU-brede exportcontroles en implementeert de hiervoor genoemde vijf internationale regelingen in EU-wetgeving.

De Nederlandse uitvoering van exportcontroles vindt op vergelijkbare wijze plaats als hiervoor is uiteengezet voor internationale sancties. De Algemene douanewet bevat de bevoegdheid om bij algemene maatregel van bestuur regels te stellen op het gebied van strategische goederen, waaronder militaire goederen en *dual use items* worden begrepen.⁴¹ Deze algemene maatregel van bestuur is het Besluit strategische goederen. Het Besluit strategische goederen is beperkt tot goederen, zodat dienstverlening, zoals het verlenen van technische bijstand in relatie tot *dual use items*, buiten de reikwijdte ervan valt. Op Europees niveau valt die dienstverlening onder de Dual Use Verordening. Nederland reguleert dit type diensten via de Wet strategische diensten. Handhaving van overtredingen van het Besluit strategische goederen en de Wet strategische diensten geschiedt eveneens via de WED met dezelfde strafdreiging als voor overtreding van sancties.

Een betrekkelijk nieuwe vorm van exportcontroles in de EU is die van nationale exportrestricties. De Dual Use Verordening biedt sinds 2021 in bepaalde gevallen de ruimte aan lidstaten om zelfstandig exportrestricties over de band van de Dual Use Verordening op te leggen.⁴² De exportrestricties van de Nederlandse overheid ten aanzien van bepaalde halfgeleidertechnologie zijn daarvan een recent voorbeeld.⁴³ Deze nationale exportrestricties komen later uitgebreider aan bod (zie par. 6.2).

4 Relevante aspecten van (EU-)sancties

4.1 Toepassingsgebied EU-sancties

De relevantie van EU-sancties voor internationaal opererende ondernemingen begint bij het toepassingsgebied van EU-sancties. De Raad voert beleid over de toepas-

38. Uitzondering daarop vormt de regulering van de uitvoer van militaire goederen. Het daaraan ten grondslag liggende Gemeenschappelijke Standpunt 2008/944/GBVB heeft de EU wel vastgesteld over de boeg van het GBVB.

39. Een en ander volgt uit art. 207 lid 2 VWEU.

40. Zie bijv. art. 2 en art. 2 bis Verordening (EU) nr. 833/2014.

41. Art. 1:4 en art. 3:1 Algemene douanewet.

42. Zie art. 9 en art. 10 Verordening (EU) 2021/821.

43. Zie de Regeling geavanceerde productieapparatuur voor halfgeleiders.

selijkheid van zijn sanctieverordeningen.⁴⁴ Daarom zijn sanctieverordeningen in de EU in beginsel steeds op dezelfde wijze van toepassing, namelijk:

- a. op het grondgebied van de EU, met inbegrip van haar luchtruim;
- b. aan boord van vliegtuigen of vaartuigen die onder de rechtsbevoegdheid van een EU-lidstaat vallen;
- c. op alle zich op of buiten het grondgebied van de EU bevindende natuurlijke personen die onderdaan van een EU-lidstaat zijn;
- d. op alle volgens het recht van een EU-lidstaat erkende of opgerichte rechtspersonen, entiteiten of lichamen;
- e. op alle rechtspersonen, entiteiten of lichamen ten aanzien van alle geheel of gedeeltelijk binnen de EU verrichte zakelijke transacties.⁴⁵

De eerste twee bevoegdheidsgronden zijn een uitdrukking van het klassieke territorialiteitsbeginsel.⁴⁶ De derde en vierde bevoegdheidsgronden geven het actief nationaliteitsbeginsel weer, te weten dat alle EU-onderdanen en alle naar het recht van een EU-lidstaat opgerichte rechtspersonen, entiteiten en lichamen zich dienen te houden aan de sancties ongeacht waar zij zich bevinden.⁴⁷ De vijfde bevoegdheidsgrond lijkt een restcategorie te creëren, waarmee zeker wordt gesteld dat EU-sanctieverordeningen van toepassing zijn indien sprake is van een (voldoende) nexus van bepaalde bedrijfsactiviteiten met de EU, zonder dat die activiteiten op het grondgebied van de EU of met betrokkenheid van EU-onderdanen of EU-rechtspersonen plaatsvinden.⁴⁸

Zonder een nexus met de EU zijn EU-sancties dus niet van toepassing. De Verenigde Staten hanteren van oudsher een breder toepassingsbereik (nog afgezien van de hierna te noemen *secondary sanctions*). Het ankerpunt voor toepasselijkheid van Amerikaanse sancties is namelijk vaak de definitie van 'U.S. Person', die in de regel de volgende personen en entiteiten omvat: Amerikaanse staatsburgers of houders van een permanente verblijfsvergunning (*greencard*), entiteiten opgericht naar het recht van de Verenigde Staten (en hun niet-Amerikaanse bijkantoren) en eenieder op het grondgebied van de Verenigde Staten. De Verenigde Staten maken sommige sancties ook toepasselijk op niet-Amerikaanse rechtspersonen en entiteiten die 'owned or controlled' zijn door een U.S. Person. Op die wijze hebben die sanctieregimes een extraterritoriale toepassing, omdat zij ook op gedragingen zonder nexus met de Verenigde Staten (anders dan een Amerikaanse grootaandeelhouder) worden

44. Raad van de Europese Unie, 'Beste praktijken van de EU voor de doeltreffende implementatie van beperkende maatregelen', 3 juli 2024, p. 3.

45. In de Engelse tekst van de verordeningen: 'in respect of any business done in whole or in part within the Union'.

46. Vgl. art. 2 en art. 3 Sr.

47. Vgl. art. 7 Sr. Zie ook art. 13 Sanctiewet 1977, dat bepaalt dat de Nederlandse strafwet van toepassing is op elke Nederlander die zich buiten Nederland schuldig maakt aan een bij of krachtens die wet strafbaar gesteld feit.

48. Zie hierover o.a. P.N. Ploeger & M. Faber, 'De werking van EU-sanctieregelgeving onder Nederlands recht', *Ondernemingsrecht* 2011/106.

toegepast.⁴⁹ Om deze reden hebben Amerikaanse sancties veelal *de jure* of *de facto* een groter toepassingsbereik dan EU-sancties.⁵⁰

Hoewel de EU zich steeds verzet tegen dergelijke extraterritoriaal toepasselijke sancties, begint de EU zich in het kader van de sancties tegen Rusland langzaam te bewegen naar een extraterritoriale toepasselijkheid van de eigen sancties.

Dat begon in eerste instantie met het standpunt van de Europese Commissie dat EU-onderdanen die buiten de EU werkzaam zijn bij een niet-EU onderneming, zich nog steeds aan EU-sancties hebben te houden.⁵¹ Op zichzelf is dat niet controversieel, gelet op de toepasselijkheidsbepaling onder (c) hierboven.⁵² Dit heeft evenwel tot gevolg dat bijvoorbeeld een Russische entiteit zich aan EU-sancties diende te houden, omdat de enig bestuurder van die entiteit een Nederlander was.⁵³ Europeanen kunnen op deze manier niet de toepasselijkheid van EU-sancties ‘omzeilen’ door handel naar buiten de EU te verplaatsen, aldus de Europese Commissie. In dat kader loopt een dergelijke EU-moedermaatschappij (of diens bestuurders met de nationaliteit van een EU-lidstaat) overigens (ook) het risico dat eventuele handelingen van haar niet-EU-groepsmaatschappijen die EU-sanctieregelgeving overtreden, worden opgevat als het omzeilen van EU-sancties, hetgeen zelfstandig is verboden in sanctieverordeningen.⁵⁴

Sindsdien hebben de EU-sancties tegen Rusland zich verder ontwikkeld, bijvoorbeeld met de introductie van een verplichting voor EU-moedermaatschappijen om zich in te spannen dat hun niet-EU-dochtermaatschappijen zich (ook) buiten de EU houden aan EU-sancties tegen Rusland.⁵⁵ Deze verplichting heeft de EU niet eerder geïntroduceerd en de precieze uitwerking ervan is daarom nog onduidelijk.

Ook gaat er voor internationaal opererende ondernemingen enige extraterritoriale werking van EU-sancties uit waar het gaat om verboden (intra-groep) dienstverlening. De sancties tegen Rusland laten zien dat EU-ondernemingen een breed scala

49. Wat betreft de Amerikaanse sanctieregimes ten aanzien van Cuba en Iran kunnen niet-Amerikaanse (rechts)personen de sanctiewetgeving overtreden indien desbetreffende transacties niet toegestaan zijn voor Amerikaanse personen en er een directe of indirecte verbinding bestaat met een Amerikaans persoon. Een dergelijke nexus omvat onder andere de betrokkenheid van een Amerikaans individu, een Amerikaans bedrijf of dochteronderneming, maar ook de meeste transacties in dollars of andere transacties die via een bank in de Verenigde Staten of een Amerikaanse bankvestiging buiten de Verenigde Staten verlopen.

50. A. Christine, ‘Extraterritoriality’ (hoofdstuk 4), in: C. Abely, *The Russia Sanctions: the economic response to Russia's invasion of Ukraine*, Cambridge: Cambridge University Press 2023. Niet alle Amerikaanse sanctieprogramma's kennen overigens deze (extra) uitbreiding van jurisdicties, maar omdat relevante ondernemingen hun sanctiebeleid veelal in algemene zin formuleren, kiezen zij meestal voor een systeem waarin zij aan alle sancties hetzelfde toepassingsbereik toekennen.

51. ‘Frequently asked questions: Restrictive measures (sanctions)’, ec.europa.eu, 26 februari 2022. Europese Commissie, ‘Consolidated FAQs on the implementation of Council Regulation No 833/2014 and Council Regulation No 269/2014’, bijgewerkt 5 september 2024, p. 148.

52. Vgl. art. 13 Sanctiewet 1977, dat zoveel bepaalt als dat Nederlanders zich ook buiten Nederland aan EU-sancties moeten houden.

53. Rb. Amsterdam 9 juni 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:3141, r.o. 4.15-4.22.

54. Zie bijvoorbeeld art. 12 Verordening (EU) 833/2014.

55. Zie art. 8 bis Verordening (EU) 833/2014.

aan diensten niet meer mogen verlenen in Rusland.⁵⁶ Dochterondernemingen in jurisdicties waar dergelijke verboden gelden, blijven derhalve verstoken van de voorheen gebruikelijke intra-groep dienstverlening. In de praktijk leidt dit regelmatig tot complexe situaties waarin de niet-EU-groepsmaatschappij afgezonderd wordt (*ring-fenced*) van controle of invloed door de EU-moedermaatschappij en in zoverre op afstand wordt geplaatst.

De Verenigde Staten kennen verder het fenomeen van ‘*secondary sanctions*’. Dergelijke sancties vereisen niet dat een *U.S. Person* betrokken is of dat het gedrag geheel of gedeeltelijk op Amerikaans grondgebied plaatsvindt. Dergelijke sancties hebben tot doel niet-Amerikaanse (rechts)personen af te houden van gedrag dat strijdig wordt geacht met de nationale veiligheid of het buitenlandbeleid van de Verenigde Staten. Op basis van deze sancties kunnen partijen betrokken bij dergelijk gedrag, zoals het ‘overtreden’ van Amerikaanse sancties volledig buiten de Amerikaanse rechtssfeer, zelf worden onderworpen aan Amerikaanse sancties. Dit heeft tot gevolg dat het *U.S. Persons* wordt verboden om met dergelijke partijen zaken te doen. Het Verenigd Koninkrijk heeft recent ook de mogelijkheid geopend om *secondary sanctions* op te leggen.⁵⁷ De EU heeft dit tot op heden niet gedaan, hoewel sommige EU-sancties trekken hebben van *secondary sanctions*.⁵⁸ De EU is steeds meer gericht op het dichten van leemtes in bestaande sanctieregimes, bijvoorbeeld op het gebied van omzeiling en indirecte handelstromen. Daarbij zal niet alleen vaker naar de EU-moedermaatschappij worden gekeken, maar ook naar de niet-EU-wederpartij bij dat type handelstromen. De EU zal in de toekomst mogelijk vaker grijpen naar een verbod voor EU-partijen om met dergelijke niet-EU-partijen zaken te doen.

Hoewel de EU-sanctieverordeningen dus zelf een zeker (en in toenemende mate) extraterritoriaal effect hebben, verzet de EU zich historisch gezien tegen extraterritoriaal effect van buitenlandse sancties en acht zij dit in strijd met internationaal recht. In reactie op de sancties die de Verenigde Staten in 1996 afkondigden tegen Cuba, Iran en Libië, heeft de EU het zogenaamde *EU blocking statute* aangenomen.⁵⁹ Het doel van het *EU blocking statute* is om Europese ondernemingen te beschermen tegen de extraterritoriale werking van gespecificeerde Amerikaanse sancties door onder andere te verbieden dat EU-personeel gevolg geven aan de extraterritoriale toepassing van die sancties. Ook worden uitspraken van buitenlandse rechters die gebaseerd zijn op een dergelijke toepassing in de EU niet erkend. Gesteld voor de keuze tussen (streng) handhaving door Amerikaanse toezichthouders wegens

56. In eerste instantie gold daarvoor nog een overgangstermijn, zie art. 5 quindecies lid 7 Verordening (EU) 833/2014. Na het verlopen van die mogelijkheid kan de bevoegde autoriteit een ontheffing verlenen aan de desbetreffende EU-onderneming, zie art. 5 quindecies lid 10 Verordening (EU) 833/2014.

57. The Russia (Sanctions) (EU Exit) (Amendment) (No. 3) Regulations 2024, Statutory Instruments 2024 No. 834. Zie in dit verband: ‘UK quietly introduces powers to issue secondary sanctions’, *globalinvestigationsreview.com*, 30 augustus 2024.

58. Zie bijv. art. 5 bis quater lid 2 Verordening (EU) 833/2014, dat de Raad machtigt om EU-partijen te verbieden om transacties aan te gaan met buiten Rusland gevestigde ondernemingen die gebruikmaken van een Russisch bancaire systeem om de ‘financiële veerkracht’ van Rusland te vergroten of om EU-sancties tegen Rusland te omzeilen.

59. Verordening (EG) Nr. 2271/96 van de Raad van 22 november 1996 tot bescherming tegen de gevolgen van de extraterritoriale toepassing van rechtsregels uitgevaardigd door een derde land en daarop gebaseerde of daaruit voortvloeiende handelingen (*PbEU* 1996, L 309/1).

overtreding van Amerikaanse sancties enerzijds en naleving van het *EU blocking statute* anderzijds kozen ondernemingen veelal voor naleving van Amerikaanse sancties. Handhaving van het *EU blocking statute* is spaarzaam geweest, zodat dit in Nederland vooralsnog van weinig praktische invloed is geweest.⁶⁰

4.2 Typen sanctiemaatregelen

De EU-sanctieverordeningen kennen een breed scala aan geboden en verboden. De beperkingen zijn veelal ingegeven door de specifieke aard van het 'gedrag' dat de sancties proberen te bestrijden en de eigenschappen en afhankelijkheden van het land dat gesanctioneerd wordt. Sancties kunnen grosso modo in de volgende typologieën worden gegroepeerd:

- a. Asset freezes (en inreisbeperkingen): een van de meest voorkomende vormen van sancties zijn *asset freezes* of, in het Nederlands, bevroeringsmaatregelen. De activa van de getroffen (rechts)persoon worden als gevolg van de *asset freeze* 'bevroren' in de zin dat daar geen wijzigingen meer in aangebracht mogen worden. Toegang tot bankrekeningen wordt bijvoorbeeld geblokkeerd en dienstverlening moet worden gestaakt. Tegelijkertijd geldt een verbod op het ter beschikking stellen van goederen, zodat ook handelstransacties met deze partijen wordt verboden. Tot slot wordt aan natuurlijke personen die het onderwerp van een *asset freeze* worden, ook een inreisverbod in de Europese Unie opgelegd.⁶¹
- b. Handelsverboden: sancties omvatten regelmatig een verbod op, of beperkingen aan, transacties met specifieke rechtspersonen of natuurlijke personen of in verband met bepaalde sectoren die voor het gesanctioneerde land militair, strategisch of economisch relevant zijn, zoals de wapenindustrie, de olie- en gasindustrie, de mijnbouw of de bosbouw.
- c. Militaire goederen en dual use items: sancties voorzien veelal ook in een verbod op, of nadere goedkeuringsvereisten verbonden aan, de uitvoer van militaire goederen of *dual use items*.
- d. Financiële sancties: sancties kunnen gesanctioneerde landen, of daar gevestigde ondernemingen, de toegang ontzeggen tot de Europese kapitaal- en financieringsmarkten of het financiële systeem (waaronder internationaal betalingsverkeer via SWIFT).

De sanctiemaatregelen van de EU zijn veelal breed geformuleerd en worden in de praktijk ruim uitgelegd. Zo gelden verboden voor EU-rechtspersonen in de regel ongeacht of transacties 'direct of indirect' worden aangegaan zodat eventuele tussenschakels de sancties niet frustreren. Naast primaire verboden en beperkingen zijn ook het bieden van technische of financiële ondersteuning in relatie tot gesanctioneerde activiteiten verboden of aan restricties onderhevig. Het verstrekken van bijvoorbeeld financieringen, verzekeringen, consultancy- of ingenieursdiensten, worden daarmee ook onder het verbod gebracht. Als sluitstuk bevatten de

60. Opvallend in dat kader is dat overtreding van het *EU blocking statute* (de antiboycotverordening in goed Nederlands) is opgenomen in een minder zware categorie economische delicten dan overtreding van internationale sancties of exportcontroles, te weten art. 1 onder 2° WED.

61. De inreisverboden staan niet in de verordeningen van de Raad, maar alleen in het besluit dat aan die verordening voorafgaat. De reden daarvoor is dat de lidstaten verantwoordelijk zijn voor grenscontroles.

EU-sanctieverordeningen steevast een anti-omzeilingsbepaling. Die (standaard)-bepaling is in Verordening (EU) Nr. 833/2014 als volgt verwoord:

‘Het is verboden bewust en opzettelijk deel te nemen aan activiteiten die tot doel of tot gevolg hebben dat de verbodsbepalingen van deze verordening worden omzeild, ook indien aan dergelijke activiteiten wordt deelgenomen zonder opzettelijk te trachten dat doel of gevolg te bereiken, maar waarbij men er zich van bewust is dat een dergelijke deelname een dergelijk doel of gevolg kan hebben en die mogelijkheid op de koop toe wordt genomen.’⁶²

Met deze bewoordingen is – in lijn met jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie⁶³ – duidelijk dat een vorm van voorwaardelijke opzet voldoende is om aan het opzetvereiste in de anti-omzeilingsbepaling te voldoen, zodat ook de anti-omzeilingsbepaling een ruim toepassingsbereik heeft.

Met de sancties tegen Rusland is een uitermate omvangrijk en verstrekend sanctieregime tot stand gekomen, maar de sancties laten bewust op enkele, nauw omschreven onderwerpen nog handel toe. Dit houdt met name verband met de afhankelijkheid van de EU van Russisch gas en de wens en noodzaak om die gasvoorziening te laten continueren. De EU heeft er in het geval van Rusland, maar ook in andere gevallen, van afgezien om een algeheel handelsverbod af te vaardigen. Dit in tegenstelling tot de Verenigde Staten, waar een aantal sanctieprogramma's van de Amerikaanse overheid dusdanig verstrekend zijn, dat in feite geen handel mogelijk is zonder toestemming van de relevante overheidsorganen. Dit zijn dan met name sanctieprogramma's gericht op specifieke jurisdicties, zoals Cuba, Iran, Noord-Korea en Syrië. In de praktijk worden dit type jurisdicties ‘*comprehensively sanctioned countries and territories*’ genoemd.⁶⁴

Sancties treden veelal terstond na publicatie in werking, die overigens niet plaatsvindt op een regulier moment. Dat draagt weliswaar bij aan het voorkomen van *last minute* transacties voorafgaand aan de inwerkingtreding van een nieuw of aangescherpt verbod, maar vergt veel van ondernemingen om zich aan nieuwe sancties te houden. Wel komt het regelmatig voor dat reeds bestaande contracten of transacties worden uitgezonderd van de sancties en dus kunnen worden nagekomen (zogenoemde *grandfathering*-clausules), al dan niet voor een bepaalde en eindige overgangsperiode.⁶⁵

62. Verordening (EU) 2024/1745 van de Raad van 24 juni 2024 tot wijziging van Verordening (EU) nr. 833/2014 betreffende beperkende maatregelen naar aanleiding van de acties van Rusland die de situatie in Oekraïne destabiliseren (*PbEU* L 2024/1745).

63. HvJ EU 21 december 2011, C-72/11, ECLI:EU:C:2011:874, par. 66-68 (*Afrasiabi e.a.*).

64. In omvangrijke internationale zakelijke contracten nemen partijen vaak bepalingen op die transacties met partijen in deze jurisdicties vaak categorisch uitsluiten, ongeacht of de relevante partijen binnen de Amerikaanse jurisdictie vallen (en of die sanctieprogramma's dus ook daadwerkelijk van toepassing zijn). Op deze manier wordt daarmee zeker gesteld dat geen zaken wordt gedaan in die jurisdicties, waaruit natuurlijk een risicobeperkend effect gaat.

65. Zie bijv. art. 3 decies lid 3 quater ter Verordening (EU) 833/2014.

4.3 Tegenmaatregelen derde landen (en bescherming daartegen)

Het opleggen van sancties lokt regelmatig ook tegenmaatregelen uit van de gesanctioneerde staat. Zo kunnen gesanctioneerde staten gelijksoortige sancties instellen tegen EU-ondernemingen en EU-onderdanen, waaronder in- en uitvoerbeperkingen en maatregelen gericht tegen dochterondernemingen en activa die zich in de gesanctioneerde staat bevinden en waarover de gesanctioneerde staat feitelijke macht kan uitoefenen.

Bij wijze van voorbeeld kan gewezen worden op enkele tegenmaatregelen die Rusland vanaf 2022 heeft getroffen. Dit betrof in eerste instantie de mogelijkheid om de activa (waaronder aandelen en effecten) van ondernemingen uit ‘onvriendelijke’ landen (waaronder de EU-lidstaten, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten) in beslag te nemen en onder extern beheer te plaatsen.⁶⁶ Dit beheer zou tijdelijk zijn, maar kan enkel worden beëindigd door de Russische president. Ook is de mogelijkheid gecreëerd om activa van Amerikaanse ondernemingen en personen in beslag te nemen zodat Russische personen en entiteiten wier activa in het buitenland in beslag zijn genomen zich daarop kunnen verhalen ter compensatie.⁶⁷ Ook zijn maatregelen getroffen die het moeilijker of onaantrekkelijker maken voor ondernemingen uit ‘onvriendelijke’ staten om zich uit Rusland terug te trekken.⁶⁸ Zo is de maximale prijs voor een verkoop van Russische activa onder andere gemaximeerd tot 50% van de getaxeerde waarde (waarbij de waarde wordt getaxeerd door een door de overheid goedgekeurde expert).⁶⁹ Verder zijn dividendbetalingen aan aandeelhouders in ‘onvriendelijke’ staten aan banden gelegd,⁷⁰ en is de overdracht van intellectuele eigendomsrechten aan goedkeuring van de Russische overheid onderhevig (waarbij de Russische koper de betaling daarvoor op een geblokkeerde rekening moet storten).⁷¹

Overigens kennen de EU-sanctieverordeningen veelal bepalingen die tot doel hebben Europese ondernemingen en personen waar mogelijk te beschermen tegen de nadelige gevolgen van de naleving van EU-sanctierecht. Zo bepaalt de Verordening (EU) 833/2014 dat vorderingen van – kort gezegd – Russische personen en entiteiten in verband met contracten en transacties die geraakt worden door de sancties niet door rechters mogen worden toegewezen.⁷² EU-ondernemingen en EU-persoon hebben ook het recht de schade geleden door claims toegewezen door rechters in derde landen wegens naleving van de Verordening (EU) 833/2014 in een gerechtelijke procedure in de EU te verhalen.⁷³ Ook kunnen zij in de EU schade verhalen

66. Zie het Russisch Presidentieel Decreet Nr. 430-r van 5 maart 2022 (zoals nadien gewijzigd).

67. Zie het Russisch Presidentieel Decreet Nr. 442 van 23 mei 2024.

68. Een en ander is neergelegd in regels van een ondercommissie van de Russische Commissie voor Monitoring van Buitenlandse Investerings. Zie onder meer Protocol Nr. 171/5 van 7 juli 2023 en Protocol Nr. 193/4 van 26 september 2023 van die ondercommissie.

69. Zie het voornoemde Protocol Nr. 171/5 van 7 juli 2023, par. 1(1)-(2).

70. Dit volgde reeds uit notulen van de Russische Commissie voor Monitoring van Buitenlandse Investerings, maar is nu vervangen en vastgelegd in het voornoemde Protocol Nr. 171/5 van 7 juli 2023, par. 2.

71. Zie het Russisch Presidentieel Decreet Nr. 430.

72. Zie bijv. art. 11 Verordening (EU) 833/2014. Ook alle andere sanctieverordeningen bevatten dergelijke bepalingen.

73. Art. 11 bis Verordening (EU) 833/2014.

die geleden is door de Russische tegenmaatregelen op Russische entiteiten en personen die van die tegenmaatregelen geprofiteerd hebben.⁷⁴ Op die manier worden EU-ondernemingen en EU-persoon in de gelegenheid gesteld hun schade te compenseren via Russische activa die zich in de EU bevinden. Overigens voorzien sanctieverordeningen niet in compensatie van Europese ondernemingen of personen voor de nadelige gevolgen van de sancties.⁷⁵

5 Geopolitieke ontwikkelingen

5.1 Periode na de Koude Oorlog

Terugkijkend kunnen we zeggen dat internationale sancties sinds de invoering van de Sanctiewet 1977 tot de Russische inval in Oekraïne een betrekkelijk overzichtelijke impact hebben gehad op internationale handelsbetrekkingen. Sancties hadden met name betrekking op 'schurkenstaten' waarmee nauwelijks internationale handelsbetrekkingen bestonden of op specifieke personen, zoals terroristen, met wie ondernemingen hun relatie ook uit anderen hoofde zouden hebben willen beëindigen.

Tijdens de Koude Oorlog waren de handelsbetrekkingen tussen de machtsblokken beperkt. Na het einde van de Koude Oorlog is een lange periode van groei van de wereldwijde handel aangebroken, in welk kader ook een groot aantal bilaterale of multilaterale (vrij)handelsovereenkomsten zijn gesloten (waaronder in het kader van de WTO). Dit gebeurde mede onder leiding van de enige resterende supermacht, de Verenigde Staten. De wereldwijde economische verwevenheid op handelsgebied is de laatste 30 jaar sterk toegenomen, ook die tussen de oude rivalen: Rusland, China en de Verenigde Staten.

Sanctiemaatregelen werden tot op heden voornamelijk door de Verenigde Naties, de Verenigde Staten en de Europese Unie ingezet om de internationale vrede en veiligheid te handhaven of te herstellen, de internationale rechtsorde te bevorderen of terrorisme te bestrijden. Aanleiding voor het uitvaardigen van sancties waren veelal mensenrechtenschendingen (bijvoorbeeld in het geval van Somalië, Tunesië, Libië, Sudan of Syrië), en in sommige gevallen het beheersen van landen die als een gevaar voor de (regionale) vrede werden gezien (zoals Iran, Cuba of Noord-Korea). De sancties betroffen echter betrekkelijk kleine economieën, met navenant beperkte invloed op internationale handelsstromen (inclusief toeleveranciersketens) naar of vanuit Nederland of de EU. Significante handhaving vond met name plaats in de Verenigde Staten en zag veelal op overtredingen van de door hem unilateraal uitgevaardigde sancties tegen landen zoals Iran en Cuba.

Door verschillende ontwikkelingen ziet de wereld anno 2024 er heel anders uit dan circa tien jaar geleden. Daardoor vindt ook een verandering plaats hoe gekeken wordt naar internationale handel, en de inzet van handelsbeperkingen (waaronder

74. Art. 11 ter lid 1 Verordening (EU) 833/2014.

75. Dit afgezien van bijvoorbeeld algemene maatregelen ter beperking van de impact van hogere energieprijzen als gevolg van de oorlog in Oekraïne en de in dat kader uitgevaardigde sancties.

sancties en exportcontroles) daarbij. Dit zal zich naar verwachting ook vertalen naar de toekomstige inzet van sancties en exportcontroles. Om die reden staan wij hieronder kort stil bij enkele relevante ontwikkelingen, te weten (i) de groei en opkomst van China, (ii) de opkomst van protectionisme, (iii) de inval van Rusland in Oekraïne, en (iv) de lessen van de COVID-19-pandemie.

5.2 De opkomst van China

Het zal niemand ontgaan zijn dat China de afgelopen 30 jaar een spectaculaire economische groei heeft doorgemaakt. Waar China's economie in 2000 3,5% van het wereldwijde BNP uitmaakte, was dat in 2023 16,9%. China heeft zich op technologisch vlak evenzeer ontwikkeld en beschikt in toenemende mate over hoogwaardige technologie. Die technologie heeft China, of het Chinese bedrijfsleven, deels zelf ontwikkeld. Zo laat een recente studie zien dat Chinees onderzoek inmiddels leidend is in 57 van de 64 categorieën (bijna 90%) aan relevante technologieën.⁷⁶ Deels is deze technologie verkregen als onderdeel van de westerse investeringen in China en deels is en wordt deze technologie verkregen door bedrijfsspionage van westerse bedrijven.⁷⁷

Een en ander vertaalt zich in een toenemend aantal industrieën waarin Chinese fabrikanten leidend of dominant zijn (al dan niet geholpen door steun van de Chinese overheid), zoals elektrische voertuigen en zonnepanelen. Westerse bedrijven worden in deze industrieën geconfronteerd met sterke en oneerlijke concurrentie. Ook zijn er bepaalde producten en grondstoffen (zoals bepaalde zeldzame aardmetalen) waarvan het Westen grotendeels afhankelijk is van Chinese producenten. Zo bleek tijdens de COVID-19-pandemie bijvoorbeeld dat Nederland en de EU vrijwel geheel afhankelijk waren van China voor de invoer van mondkapjes.⁷⁸

China investeert daarnaast grootschalig in infrastructuurprojecten zoals de *Belt and Road Initiative* (BRI), die nieuwe handelsroutes openen en bestaande versterken. Ook investeert of financiert China (infrastructurele) projecten in diverse landen (met name in Afrika en Zuid-Amerika), onder andere in ruil voor handelsconcessies (zoals de verkoop van grondstoffen aan China).⁷⁹ Daarmee vergroot China ook de afhankelijkheid van andere landen van zijn financiering en producten.

In lijn met de groei van zijn economie en industrie investeert China in zijn militaire capaciteiten en is in ieder geval de perceptie dat China die capaciteiten ook zichtbaarder op het internationale toneel laat zien. Dit is onder andere zichtbaar in relatie tot de status van Taiwan, dat China als afvallige provincie ziet en dat op

76. J. Wong Leung, S. Robin & D. Cave, *ASPI's two-decade Critical Technology Tracker: The rewards of long-term research investment*, Australian Strategic Policy Institute, 28 augustus 2024.

77. J. Wong Leung, S. Robin & D. Cave, *ASPI's two-decade Critical Technology Tracker: The rewards of long-term research investment*, Australian Strategic Policy Institute, 28 augustus 2024.

78. M. Okano-Heijmans, 'We moeten China niet laten struikelen, we moeten zelf harder rennen', *Trouw* 7 januari 2023.

79. 'China's Massive Belt and Road Initiative', cfr.org (Council on Foreign Relations) (laatst bijgewerkt 2 februari 2023).

termijn weer onderdeel zou dienen te worden van China.⁸⁰ Daarbij is van belang dat Taiwan in 2023 meer dan 60% van alle wereldwijd geproduceerde computerchips produceert (en meer dan 90% van alle hoogwaardige computerchips).⁸¹ Een (gewapend) conflict over Taiwan zou dan ook grote invloed hebben op de wereld-economie.

5.3 Protectionisme van de Verenigde Staten en elders

Hoewel de Verenigde Staten onder Nixon in 1972 de politieke en economische betrekkingen weer heeft hersteld en in de decennia daarna vrije handel heeft bevorderd, is de Verenigde Staten zeker de laatste tien jaar China steeds meer als politieke en economische rivaal gaan zien.⁸² De opvattingen binnen de Amerikaanse samenleving over internationale handel – in het algemeen – lijken mettertijd ook te zijn verschoven. Dit kwam onder andere tot uitdrukking in de verkiezing van Trump tot president in 2016, die met zijn ‘America First’ een veel protectionistische koers voer ten opzichte van China, maar overigens ook ten aanzien van andere landen en handelsblokken, waaronder de EU.⁸³

Met enige accentverschillen en de nodige toonverschillen is deze koers onder de opvolger van Trump, president Biden, niet wezenlijk veranderd (en valt niet te verwachten dat dit onder de nieuwe president, Trump of Harris, wezenlijk anders zal zijn). Zo heeft Biden de *Inflation Reduction Act* ingevoerd. Deze wetgeving voorziet onder andere in grootschalige subsidies voor het ‘reshoring’ van productiefaciliteiten naar de Verenigde Staten, waaronder op het gebied van halfgeleiders en technologie benodigd voor de energietransitie.⁸⁴

De EU heeft lange tijd getracht geen partij te kiezen in de ‘handelsoorlogen’ tussen de Verenigde Staten en China. Druk vanuit de Verenigde Staten gecombineerd met zorgen over de concurrentiepositie van de EU en de realisatie dat de huidige handelsrelatie met China ook voor de EU negatieve kanten had, leiden inmiddels ook tot een meer kritische benadering van China.⁸⁵ In de praktijk leidt die kritische benadering tot maatregelen over en weer, zoals het heffen van hoge invoertarieven

80. ‘Why China-Taiwan Relations Are So Tense’, cfr.org (Council on Foreign Relations) (laatst bijgewerkt 8 februari 2024).

81. ‘Taiwan’s dominance of the chip industry makes it more important’, economist.com, 6 maart 2023.

82. G. Allison, N. Kiersznowski & C. Fitzek, ‘The Great Economic Rivalry: China vs the U.S.’, Harvard Kennedy School: Belfer Center for Science and International Affairs, 23 maart 2022.

83. Het presidentschap van Trump maakte daarnaast voor de EU pijnlijk duidelijk dat zij in militair opzicht afhankelijk was en is van de Verenigde Staten, de voortdurende bescherming door de Verenigde Staten via het NAVO-bondgenootschap niet vanzelfsprekend is en haar eigen investeringen in haar militaire capaciteiten al lange tijd onvoldoende is geweest. Gecombineerd met de nabije oorlog in Oekraïne vanaf 2022 heeft de gewijzigde geopolitieke realiteit ook geleid tot een herijking van de Europese defensiestrategie, waaronder de noodzaak een adequate Europese militaire industrie te houden. De initiatieven op dit vlak zijn deels verweven met de economische en nationale veiligheidsstrategie. Zie ‘Commission proposes new initiatives to strengthen economic security’, ec.europa.eu, 24 januari 2024. Wij laten die elementen in dit preadvies echter buiten beschouwing.

84. World Resources Institute, ‘One Year In, How the Inflation Reduction Act Is Creating a Manufacturing Resurgence in the US’, wri.org, 9 augustus 2023.

85. Z. Xiaotong, ‘The EU and China are destined for a protracted trade war’, euobserver.com, 10 juli 2024.

op cognac en grappa door China in reactie op Europese maatregelen tegen goedkope elektrische auto's.⁸⁶

5.4 Inval van Oekraïne door Rusland

Hoewel de EU en de VS enerzijds en Rusland anderzijds al langere tijd niet op goede voet leefden, maakte de grootschalige inval van Oekraïne in één klap een einde aan onzekerheden over de intenties van Rusland. De inval bracht oorlog terug in Europa. In tegenstelling tot de terughoudende reactie van de EU na de annexatie van de Krim in 2014 heeft de EU vergaande economische sancties geïmplementeerd. Ten tijde van het schrijven van dit preadvies heeft de Raad veertien sanctiepakketten afgekondigd sinds medio februari 2022. Doel van de sancties is in de kern om te voorkomen dat goederen of technologie worden verstrekt die ingezet konden worden voor de oorlog in Oekraïne en meer algemeen om Rusland economisch te straffen zodat Rusland de oorlog staakt c.q. daarin belemmerd wordt.

De EU kent inmiddels meer dan tien jaar 'Ruslandsancties'. De sanctieverordeningen die sinds februari 2022 significant zijn uitgebreid, zijn ingevoerd na de annexatie van de Krim in 2014.⁸⁷ Een van deze oorspronkelijke verordeningen uit 2014 kende een klassiek regime van *asset freezes* voor – inmiddels – een lange lijst van personen en entiteiten, met name politieke en militaire kopstukken, Russische oligarchen en Russische ondernemingen belangrijk voor de defensie-industrie of de Russische belastinginkomsten. De tweede verordening bevat een inmiddels uitgebreid scala van sectorale sancties. Deze economische sancties richten zich op specifieke vormen van in- of uitvoer, financieel verkeer of dienstverlening. Zo verbiedt deze verordening onder meer het invoeren van kaviaar uit Rusland, het verlenen van diensten op het gebied van reclame en het verkopen van eurobiljetten aan Russen. Mettertijd zijn deze sancties op een steeds meer chirurgische manier vormgegeven, opdat de schade aan de Europese economie beperkt wordt of de impact op de Russische economie juist vergroot. In aanvulling daarop bestaat het sanctieprogramma van de EU tegen Rusland uit diverse aanverwante verordeningen, die handel in geannexeerde gebieden verbieden of andere landen zoals Iran en Belarus straffen voor hun steun aan Rusland.⁸⁸

De noodzaak om de sancties zo chirurgisch vorm te geven maakte ook duidelijk dat de EU op verschillende gebieden (economisch) afhankelijk was van Rusland, in het bijzonder waar het de energievoorziening betrof. Dit maakte dat de EU het zich niet kon veroorloven om alomvattende sancties af te vaardigen. Uiteindelijk

86. Europese Commissie, 'Statement by the European Commission', ec.europa.eu 8 oktober 2024.

87. Dit zijn met name Verordening (EU) 269/2014 (met *asset freezes*) en Verordening (EU) 833/2014 (met financiële en handelsverboden).

88. Met denke daarbij met name aan: Verordening (EU) 692/2014 (verstreckende invoer- en investeringsbeperkingen in relatie tot de door Rusland bezette Krim en Sebastopol); Verordening (EU) 2022/263 (verstreckende invoer- en investeringsbeperkingen in relatie tot de door Rusland bezette gebieden in Oost-Oekraïne); Verordening (EU) 2023/1529 (sancties opgelegd aan Iran en Iraniërs voor hun steun aan Rusland, waaronder het uitvoeren van drones en ander wapentuig); Verordening (EU) 2024/1485 (een specifiek sanctieregime ingesteld in reactie op de mensenrechtensituatie in Rusland); en Verordening (EU) 2024/2642 (een specifiek sanctieregime naar aanleiding van de destabiliserende activiteiten van Rusland).

is een complex raamwerk tot stand gekomen dat (net) genoeg ruimte laat voor de continuering van de handelsbetrekkingen die voor de EU essentieel zijn (met name waar het de gasvoorziening betreft). Met de toename van sancties, of diens aanscherping, sinds medio februari 2022 laat de EU aan ondernemingen steeds minder keuze om handel in of met Rusland voort te zetten. Dit is bijvoorbeeld zichtbaar bij de wijziging in een van de dienstenverboden in Verordening (EU) 833/2014: waar eerst een uitzondering bestond om de getroffen diensten te verlenen aan Russische dochtermaatschappijen van EU-ondernemingen, is die uitzondering inmiddels vervangen door een mogelijkheid voor de bevoegde autoriteiten om daarvoor een ontheffing te verlenen.⁸⁹

De Ruslandsancties bevestigen dat verstreckende sancties tegen een majeure handelspartner grote gevolgen hebben voor de eigen economie, het bedrijfsleven en de bevolking in Nederland.⁹⁰ De oorlog en de sancties hebben onder andere tot hoge energieprijzen en andere problemen in toeleveringsketens geleid. Die hebben op hun beurt weer tot zeer hoge inflatie geleid waardoor de Nederlandse bevolking in de financiële problemen kwam en waar de overheid die deels heeft gecompenseerd.

Hoewel de sancties in beginsel niet vereisten dat westerse bedrijven hun activiteiten in Rusland verkochten of staakten, werd het voortzetten in de praktijk vanwege de sancties regelmatig al zeer lastig (nog afgezien van de tegenmaatregelen die in Rusland zijn getroffen) terwijl veel bedrijven zich vanwege eigen overtuigingen en/of interne of externe druk genoodzaakt voelden om uit Rusland te vertrekken. Een dergelijk vertrek was vanwege de marktomstandigheden (en later ook vanwege de door Rusland afgevaardigde tegenmaatregelen bij een verkoop) veelal slechts op (zeer) ongunstige voorwaarden mogelijk, leidende tot significante verliezen voor de betreffende bedrijven.

De Ruslandsancties roepen ook de vraag op of sancties wel effectief zijn in het bereiken van het gestelde doel (waaronder het economisch raken van de gesanctioneerde staat). Een beperkende factor voor de effectiviteit van de sancties was gelegen in het feit dat met name grondstoffenmarkten (zoals olie) wereldwijd functioneren en veel – zo niet de meeste – landen zich niet houden aan westerse sancties. Russische producten worden op die manier via andere partijen en kanalen afgenomen. Dit beperkt de effectiviteit van de sancties. Daarbij komt dat door de sancties en de oorlog de energieprijzen enorm waren gestegen, zodat Rusland – in ieder geval op de korte(re) termijn – na de sancties hogere olie- en gasinkomsten heeft gegenereerd dan zonder de sancties het geval zou zijn geweest.

Ten slotte bleek dat Rusland voorzorgsmaatregelen had getroffen om niet door westerse sancties lamgelegd te worden, bijvoorbeeld waar het internationale betalingen betrof. Ook lijkt Rusland bereid om economische tegenwind voor lief te ne-

89. Zie art. 5 quindecies lid 7 (de uitzondering is inmiddels niet meer relevant vanwege het verlopen van de overgangstermijn) en lid 10 Verordening (EU) 833/2014.

90. In die zin had de Eerste Kamer een vooruitziende blik bij de behandeling van de Sanctiewet 1977 (zie par. 3.1) waar zij op de gevolgen van sancties wees. Vgl. *Kamerstukken I* 1978/79, 14006, nr. 34, p. 9.

men bij het nastreven van zijn doelen, wellicht meer dan westerse democratische staten bereid zijn te doen. De Russische oorlogsmachine lijkt de westerse sancties op grote schaal te kunnen ontwijken en compenseert grotendeels voor de verliezen die de beperkte handel met het Westen de Russische economie oplevert.

5.5 COVID-19-pandemie en andere problemen in toeleveringsketens

Een als laatste te noemen ontwikkeling betreft de COVID-19-pandemie. In reactie op de eerste besmettingen werden in korte tijd wereldwijd verstrekkende lockdowns en reisbeperkingen ingevoerd. Dit heeft ongekende verstoringen veroorzaakt in de wereldhandel, hetgeen leidde tot tekorten en vertragingen in de levering. Staten en bedrijven werden zich onder meer bewust hoezeer zij afhankelijk konden zijn van één leverancier in een bepaald land met alle gevolgen voor de bedrijfsvoering van dien. Ook werd de EU er zich bewust van hoezeer zij afhankelijk was van een beperkt aantal landen voor medicijnen en medische hulpmiddelen, zoals mondkapjes en vaccins. Daarnaast heeft het de EU doen inzien dat tussen de lidstaten risico's op onderlinge concurrentie bestaan bij schaarste.

Vergelijkbare ervaringen hebben ondernemingen opgedaan bij andere problemen in toeleveringsketens, met name op het gebied van de toegankelijkheid van maritieme handelsroutes. De blokkade van het Suezkanaal in 2021 door een op drift geraakte en vervolgens vastgelopen containerschip is daarvan een goed voorbeeld. Recenter hebben spanningen rondom de Rode Zee en de Straat van Hormuz als gevolg van de spanningen in het Midden-Oosten de belangrijke vaarroute tussen Europa en Azië veel minder populair gemaakt. In plaats daarvan vaart men nu om Kaap de Goede Hoop heen, een significant langere vaarroute. Aan de andere kant van de wereld heeft droogte lange tijd de bevaarbaarheid van het Panamakanaal beïnvloed. Hoewel de oorzaken divers zijn, is de gemene deler dat toeleveringsketens voor langere tijd zijn beïnvloed en ondernemingen bewuster zijn geworden van problemen in de toeleveringsketen.

6 Beleids- en wetgevingsrespons EU en Nederland op geopolitieke ontwikkelingen

6.1 De *European Economic Security Strategy* als basis in de EU

De bovengenoemde geopolitieke ontwikkelingen komen bovenop bredere en al langer levende zorgen over een teruglopende concurrentiekracht van de EU, die vanaf 2017 vorm heeft gekregen in de *EU Industrial Strategy*.⁹¹ In juni 2023 heeft de Europese Commissie haar *European Economic Security Strategy* gepubliceerd.⁹² Daarin heeft de Europese Commissie haar strategie en beleids- en wetgevingsvoornemens uiteengezet ten aanzien van economische veiligheid. De strategie blijft – in ieder

91. Zie 'Timeline – EU industrial policy', consilium.europa.eu voor een tijdslijn van de maatregelen die in dit kader vanaf 2017 zijn genomen.

92. Europese Commissie, 'Gezamenlijke mededeling aan het Europese Parlement, de Europese Raad, en de Raad betreffende een "Strategie voor Economische Veiligheid van de EU"' (Hoge Vertegenwoordiger van de Unie voor Buitenlandse Zaken en Veiligheidsbeleid), JOIN (2023) 20 final (20 juni 2023).

geval formeel – weg bij de notie van nationale veiligheid nu dit onderwerp is voorbehouden aan de lidstaten.⁹³

De belangrijkste risico's voor de economische veiligheid die de Europese Commissie signaleert, zijn (a) de weerbaarheid van toeleveringsketens, waaronder energieveiligheid, (b) de fysieke en cyberveiligheid van kritieke infrastructuur (zoals pijpleidingen, kabels, energievoorziening, vervoer en communicatienetwerken), (c) de veiligheid van technologie en het risico op verlies daarvan door bijvoorbeeld bedrijfsspionage, en (d) het gebruik van economische afhankelijkheden als wapen door derde landen. Deze risico's kunnen volgens de Europese Commissie ook de nationale veiligheid raken, onder andere waar het verlies of diefstal van *dual use items* betreft, buitenlandse investeringen die de veiligheid en openbare orde raken of de export van *dual use items* of uitgaande investeringen in technologieën die de militaire en inlichtingencapaciteiten van derde landen kunnen vergroten.⁹⁴

In het licht van de geconstateerde risico's worden in de *European Economic Security Strategy* drie prioriteiten geformuleerd:

- (a) het bevorderen van het eigen concurrentievermogen door de EU-economie en de toeleveringsketens weerbaarder te maken, door innovatie en de industriële capaciteit te vergroten;
- (b) het beschermen van de EU tegen economische veiligheidsrisico's door betere inzet van bestaande instrumenten zoals op het gebied van handelsbescherming, buitenlandse subsidies, communicatienetwerken, screening van buitenlandse investeringen en exportcontroles. Daarnaast werd een instrument geïntroduceerd om economische dwang (*economic coercion*) tegen te kunnen gaan. Onderdeel van de bescherming tegen economische veiligheidsrisico's is een herevaluatie van de effectiviteit van het bestaande regime voor export en uitgaande investeringen;
- (c) het samenwerken met derde landen die de bezorgdheid over economische veiligheid delen om de economische veiligheid te vergroten en om de internationale op regels gebaseerde economische orde en multilaterale instellingen te versterken. Hiermee doelt de EU vooreerst op de Verenigde Staten.

De eerste prioriteit is het versterken van de concurrentiekracht van de Europese markt en industrie. Voor wat betreft de concrete invulling daarvan kan onder andere worden gewezen op de *Critical Raw Materials Act*⁹⁵ en de *European Chips Act*⁹⁶ die onder andere zijn gericht op het verminderen van de afhankelijkheid van de EU van derde landen op het gebied van grondstoffen en halfgeleiders, naast de *Net-Zero*

93. Vgl. art. 4 VEU.

94. Europese Commissie, 'Gezamenlijke mededeling aan het Europese Parlement, de Europese Raad, en de Raad betreffende een "Strategie voor Economische Veiligheid van de EU"' (Hoge Vertegenwoordiger van de Unie voor Buitenlandse Zaken en Veiligheidsbeleid), JOIN (2023) 20 final (20 juni 2023), p. 5.

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

96. Verordening (EU) 2023/1781 van het Europees Parlement en de Raad van 13 september 2023 tot vaststelling van een kader voor maatregelen ter versterking van het Europese halfgeleiderecosysteem en tot wijziging van Verordening (EU) 2021/694 (chipsverordening) (*PbEU* 2023, L 229/1).

*Industry Act*⁹⁷ die naast decarbonisatie ook de afhankelijkheid van de invoer van energie uit het buitenland moet verminderen. In september van dit jaar kwam ook een kritisch rapport uit van Mario Draghi, de voormalige president van de Europese Centrale Bank en de voormalige premier van Italië. In dit rapport geeft hij op verzoek van de Europese Commissie zijn visie op de toekomst van het concurrentievermogen van de EU.⁹⁸ Ook Draghi koppelt de concurrentiekracht aan economische veiligheid en het verminderen van afhankelijkheden.⁹⁹ In de kern roept hij op tot het prioriteren van, en het op grote schaal (Europabreed) investeren in, het beschermen en versterken van de economische veiligheid in de EU.

Ter bescherming van de economische veiligheid, de tweede prioriteit van de *European Economic Security Strategy*, worden maatregelen genoemd op een zestal terreinen:¹⁰⁰

(a) Bescherming tegen oneerlijke handelspraktijken:

Ter bescherming van de Europese markt kan de Europese Commissie gebruikmaken van het *Trade Defence Instrument* en de *Foreign Subsidies Regulation*, die het mogelijk maken om maatregelen te nemen als sprake is van oneerlijke concurrentie door buitenlandse producenten vanwege lokale (lees: voornamelijk Chinese) subsidies (zoals op het gebied van elektrische voertuigen). Via het *EU Anti-Coercion Instrument* kan de EU-tegenmaatregelen treffen indien de EU of de lidstaten door derde landen onder economische druk worden gezet.

(b) Screening van (inkomende) buitenlandse investeringen:

Op grond van de *Foreign Direct Investment (FDI) Screening Regulation*, en de nationale implementatie daarvan (in Nederland via de Wet veiligheidstoets investeringen, fusies en overnames (Wet Vifo)), kunnen investeringen in Europese ondernemingen getoetst en waar nodig afgewezen worden.

(c) Voorkomen verlies van technologie:

De Europese Commissie acht diefstal van technologie, in de private of publieke sector, een significant risico, en tracht dat met name tegen te gaan door de bewustwording te vergroten, onder andere door publicatie van een *Toolkit on Tackling Foreign R&I Interference*.¹⁰¹ Op eenzelfde manier waarschuwde de directeur-generaal van de AIVD onlangs voor bedrijfsspionage, cyberaanvallen en sabotage. Deze dreigingen kunnen worden geadresseerd door waakzaamheid bij de aanname van werknemers met toegang tot gevoelige informatie.¹⁰²

97. Verordening (EU) 2024/1735 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juni 2024 tot vaststelling van een kader van maatregelen ter versterking van het Europese ecosysteem voor de productie van nettonultechnologie en tot wijziging van Verordening (EU) 2018/1724 (PbEU L 2024/1735).

98. Europese Commissie, 'EU competitiveness: Looking ahead', commission.europa.eu, september 2024.

99. M. Draghi, *The future of European competitiveness (Part A): A competitiveness strategy for Europe*, Europese Commissie, september 2024, p. 3 en 50-58.

100. M. Draghi, *The future of European competitiveness (Part A): A competitiveness strategy for Europe*, Europese Commissie, september 2024, p. 35-38.

101. Directorate-General for Research and Innovation, *Tackling Foreign R&I Interference: Staff Working Document* (Europese Commissie), januari 2022.

102. R. Cats & A. Vleugels, 'AIVD-baas Akerboom: Mensen zijn sneller in staat én bereid geweld te plegen', *Het Financieel Dagblad* 22 augustus 2024.

(d) Bescherming van kritieke infrastructuur:

De EU heeft verschillende maatregelen getroffen om kritieke infrastructuur in de EU te beschermen. Hierbij kan onder andere worden gedacht aan de *Directive on the Resilience of Critical Entities*, de *Revised Directive on the security of network and information system (NIS2 Directive)*, de *5G Toolbox*, de *Cyber Resilience Act* en de *Cyber Solidarity Act*. Wij verwijzen in dit kader naar het preadvies van Wolters eerder in deze bundel.

(e) Restricties uitgaande investeringen:

In navolging van de Verenigde Staten is de Europese Commissie van plan om beperkingen in te voeren op uitgaande investeringen die veiligheidsrisico's kunnen vormen. Uitgaande investeringen in de vorm van kapitaal, expertise en kennis kunnen namelijk de militaire capaciteiten en de veiligheidsdiensten van derde landen versterken.

(f) Aanscherping regels dual use items:

In de *European Economic Security Strategy* kondigde de Europese Commissie maatregelen aan voor een gecoördineerde aanpak op het gebied van *dual use items*.

Ten aanzien van deze aanscherping van de regels over *dual use items* heeft de Europese Commissie in januari 2024 een *white paper* over exportcontroles gepubliceerd.¹⁰³ De aanleiding voor het *white paper* lag in verschillende ontwikkelingen. Zo functioneert een van de multilaterale systemen die aan dat regime voor exportcontroles ten grondslag ligt (het Wassenaar Arrangement) sinds de oorlog in Oekraïne niet meer. Rusland hoort ook bij dit systeem en blokkeert sindsdien dat nieuwe goederen en technologieën worden toegevoegd aan de respectieve lijsten. Daarnaast introduceren verschillende staten (waaronder de Verenigde Staten en China) unilateraal nieuwe exportcontroles. Eenzelfde tendens is zichtbaar binnen de EU waar bijvoorbeeld Nederland (onder druk van de Verenigde Staten) nationale beperkingen heeft ingevoerd op de apparatuur om halfgeleiders te fabriceren en Spanje beperkingen heeft ingevoerd met betrekking tot kwantumcomputers.¹⁰⁴ De Europese Commissie signaleert in dit verband het risico dat een lappendeken aan nationale regels ontstaat binnen de EU, waardoor de EU op het wereldtoneel ook niet met één mond kan spreken en om die reden aan invloed zal inboeten.

De Europese Commissie doet in het *white paper* vier voorstellen: (i) onmiddellijke uitbreiding van de goederen en technologieën die onder de Dual Use Verordening als *dual use* worden aangemerkt, (ii) oprichting van een forum voor politieke afstemming van exportcontroles, (iii) introductie van een mechanisme voor onderlinge afstemming tussen lidstaten indien lidstaten op nationaal niveau nieuwe exportcontroles introduceren, en (iv) eerdere evaluatie van de Dual Use Verordening (oorspronkelijk gepland in de periode 2026-2028, nu vervroegd naar 2025).

103. Europese Commissie, *White Paper on Export Controls*, Brussel 24 januari 2024, COM (2024) 25 final.

104. Zie voor een recent overzicht van de nationale exportrestricties op grond van de Dual Use Verordening: Overzicht van nationale controlelijsten uit hoofde van artikel 9, lid 4, van Verordening (EU) 2021/821 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2021 tot instelling van een Unieregeling voor controle op de uitvoer, de tussenhandel, de technische bijstand, de doorvoer en de overbrenging van producten voor tweëerlei gebruik (*PbEU* C 2023/441).

In reactie op deze voorstellen heeft de Raad in mei 2024 aangegeven het belang van (de aanscherping van) de exportcontroles te onderschrijven, maar de Europese Commissie opgeroepen om met de lidstaten in overleg te treden om vast te stellen wat de gewenste oplossingsrichting is.¹⁰⁵ Daarbij merkte de Raad ook nadrukkelijk op dat het invoeren van nationale beperkingen tot de bevoegdheid van de lidstaten behoort. Duidelijk is dus dat de lidstaten zeggenschap willen blijven houden over exportcontroles en die niet zonder meer aan de Europese Commissie willen overdragen. Op dit moment (oktober 2024) is nog niet duidelijk welk vervolg aan het *white paper* zal worden gegeven.

6.2 Ontwikkelingen in Nederland

Ook in Nederland staat de beleidsagenda niet stil. Sinds de oorlog in Oekraïne heeft Nederland zich geprofileerd als een voorstander van de inzet van sanctiemaatregelen als onderdeel van de geopolitieke reactie op het handelen van onder meer Rusland, Belarus en Iran. Deze voortrekkersrol heeft geleid tot reflectie op het eigen instrumentarium, te weten de Sanctiewet 1977. De regering heeft – na de inventarisatie door Stef Blok als Nationaal Coördinator Sanctienaleving en Handhaving¹⁰⁶ – geconcludeerd dat de wettelijke bevoegdheden die volgen uit de Sanctiewet 1977, niet meer beantwoorden aan de behoefte die heden ten dage bestaat en is daarom voornemens die op termijn te vervangen door de Wet internationale sanctiemaatregelen.¹⁰⁷ Daarvoor is eerder dit jaar een conceptwetsvoorstel ter consultatie voorgelegd.

De aangekondigde Wet internationale sanctiemaatregelen breidt de mogelijkheden op twee vlakken uit om bestuursrechtelijk toezicht te houden op sanctienaleving. In de eerste plaats wordt de kring van personen en ondernemingen die AO/IC-maatregelen moeten nemen uitgebreid. Onder meer advocaten, notarissen en belastingadviseurs moeten vanaf de inwerkingtreding voldoen aan AO/IC-maatregelen op het gebied van sancties. In de tweede plaats wordt bestuursrechtelijk toezicht geïntroduceerd zodat bij overtreding van materiële sanctiebepalingen bestuursrechtelijk kan worden opgetreden middels het opleggen van een aanwijzing, last onder dwangsom of bestuurlijke boete. Daarmee wordt beoogd een effectievere en efficiëntere handhavingsmodaliteit te introduceren voor minder ernstige overtredingen van sancties (naast de reeds bestaande mogelijkheid van strafrechtelijke handhaving). De Wet internationale sanctiemaatregelen introduceert daarnaast verschillende mogelijkheden voor de overheid om bij ondernemingen in te grijpen of goederen te beheren die toebehoren aan gesanctioneerde (rechts)personen. Daarmee moet de continuïteit van ondernemingen worden gewaarborgd. Tot slot is de regering voornemens om een centraal meldpunt voor het doen van sanctie-

105. Raad van de Europese Unie, *Council Conclusions on White Paper on Export Controls*, Brussel 30 mei 2024, 9439/24.

106. Bijlage bij *Kamerstukken II* 2021/22, 36045, nr. 72.

107. De Sanctiewet 1977 blijft na de inwerkingtreding van de Wet internationale sanctiemaatregelen slechts bestaan voor de AO/IC-verplichtingen van bepaalde instellingen. De verplichtingen voor de instellingen die hieraan moeten voldoen, worden meer in lijn gebracht met de systematiek van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme. Op termijn wordt ook dit deel overgebracht naar andere wetgeving, zodat de Sanctiewet 1977 kan worden ingetrokken.

meldingen op te zetten. Deze meldingen worden gezien als belangrijk voor het handhaven van sanctiewetgeving.

Handhaving van exportcontroles en sanctiewetgeving is een aangelegenheid van individuele lidstaten. In Nederland is er historisch voor gekozen om overtredingen van sanctiewetgeving (vooralsnog) alleen via het strafrecht aan te pakken. Voorheen was de opsporing en vervolging in Nederland van overtredingen van sanctiewetgeving vrij spaarzaam. Sinds de oorlog in Oekraïne heeft het Openbaar Ministerie opsporing en vervolging van overtredingen van sanctiewetgeving tot een van zijn prioriteiten gemaakt.¹⁰⁸ In het licht van de grote economische verwevenheid van Nederland met Rusland destijds ligt het voor de hand dat meer dan voorheen overtredingen van sanctiewetgeving door ondernemingen hebben plaatsgevonden. Van actieve vervolging is evenwel nog slechts mondjasmaat, maar in toenemende mate sprake.¹⁰⁹ Het aantal strafrechtelijke onderzoeken naar overtredingen van de Ruslandsancties loopt inmiddels in de tientallen. Een van de redenen daarvoor zal zijn de complexiteit die met dit type onderzoek gepaard gaat. Niet alleen is de regelgeving zelf complex, ook staan Russische bedrijven erom bekend tal van complexe omzeilingsroutes te implementeren met als doel handelsstromen en financiële transacties te verhullen.¹¹⁰ De complexiteit van de wetgeving zal de komende tijd in de rechtspleging aan bod komen. Dat zal niet alleen in Nederland gebeuren, maar door de hele EU. Dit zal bevorderd worden door het feit dat sinds 2024 minimumharmonisatie op het terrein van strafbaarstelling en strafdreiging van EU-sancties bestaat.¹¹¹ Men mag daarom verwachten dat na implementatie daarvan – uiterlijk per 20 mei 2024 – in lidstaten meer strafrechtelijke handhaving zal plaatsvinden, via welke weg meer rechtspraak zal ontstaan over de uitlegging van EU-sancties. Tot slot hebben de Ruslandsancties bij het Hof van Justitie van de EU geleid tot een toename in het aantal gestelde prejudiciële vragen over de toepassing van EU-sancties. Deze buitenlandse en internationale rechtspraak zal ongetwijfeld ook zijn weg vinden in de Nederlandse toepassing van deze sanctiewetgeving.

Een laatste wetgevingsrespons vanuit Nederland is de aanscherping van bestaande exportcontrolewetgeving en de introductie van nationale exportrestricties op halfgeleider technologie. Wat betreft de exportcontrolewetgeving heeft de regering recent wijzigingen voorgesteld van het Besluit strategische goederen enerzijds en

108. 'Bedrijven omzeilen Rusland-sancties: 45 strafrechtelijke onderzoeken', rtl.nl, 4 maart 2023.

109. Voor een succesvolle vervolging kan worden gewezen op de strafzaak tegen een Rus en diens onderneming die microchips – in strijd met de Ruslandsancties – naar Rusland exporteerden, zie Rb. Rotterdam 17 oktober 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:10071 (rechtspersoon) en ECLI:NL:RBROT:2023:10072 (natuurlijk persoon). Een vergelijkbare zaak ziet op de verboden export van luchtvaartonderdelen, zie Rb. Rotterdam 3 oktober 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:9672 (rechtspersoon) en ECLI:NL:RBROT:2024:9673 (natuurlijk persoon). Tot slot zijn een onderneming en haar bestuurder met het OM recent transacties overeengekomen, waarbij in totaal EUR 215.000 is betaald ter voorkoming van strafvervolging, zie Openbaar Ministerie, 'Transacties na verdenking overtredingen Sanctiewet', om.nl 23 september 2024.

110. Vgl. Rb. Rotterdam 17 oktober 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:10071, r.o. 7.2, waarin de rechtbank overwegingen wijdt aan de omzeilingsroutes die deze rechtspersoon had opgetuigd teneinde de uitvoer van gesanctioneerde goederen te verhullen.

111. Richtlijn (EU) 2024/1226 van het Europees Parlement en de Raad van 24 april 2024 betreffende de definitie van strafrechtelijke delicten en van sancties voor de schending van beperkende maatregelen van de Unie en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2018/1673 (*PbEU L 2024/1226*).

de Wet strategische diensten anderzijds. Het Besluit strategische goederen is gewijzigd ter verduidelijking van de strafbaarstelling van het overtreden van verguningsvoorschriften.¹¹² Weliswaar vindt de Minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingshulp dat handhaving van dergelijke overtredingen al kon plaatsvinden, maar is deze wijziging desalniettemin noodzakelijk geacht. De belangrijkste wijziging in het voorstel tot wijziging van de Wet strategische diensten ziet op de introductie van de mogelijkheid om ook voor strategische diensten nationale exportrestricties in te stellen, gelijk het geval al is voor strategische goederen.¹¹³ Op deze voet heeft de regering – onder druk van de Verenigde Staten – nationale exportrestricties ingevoerd voor halfgeleiderstechnologie.¹¹⁴ De Dual Use Verordening en het Besluit strategische goederen boden daarvoor al de mogelijkheid voor goederen. Na aanvaarding van dit wetsvoorstel wordt het mogelijk om dergelijke restricties ook in te voeren voor strategische diensten. Het arsenaal voor nationale exportrestricties wordt daarmee gecomplementeerd. Na de introductie van nationale exportrestricties voor halfgeleiderstechnologie ligt het wellicht voor de hand dat de regering ook voor daaraan gerelateerde diensten restricties gaat invoeren.

7 **Conclusie en gevolgen voor internationaal opererende ondernemingen**

Uit het voorgaande volgt dat de nationale en Europese overheid verdergaande instrumenten krijgen om in te grijpen in internationale handel. Invloed van buitenlandse mogendheden en partijen in Europese ondernemingen en kritieke infrastructuur wordt via screening, vooraf en achteraf, en goedkeuringsvereisten gereguleerd. Verlies van technologie wordt tegengegaan via het vergroten van de waakzaamheid en weerbaarheid van het bedrijfsleven, universiteiten en onderzoeksinstituten, het aanscherpen van sancties en exportcontroles en de invoering van toetsing van uitgaande investeringen. Ook worden maatregelen getroffen om de afhankelijkheid van bepaalde landen, wiens belangen niet synchroon lijken te lopen met die van de EU, voor producten of grondstoffen te verminderen, waaronder subsidies om te bevorderen dat productiefaciliteiten voor bepaalde industrieën weer in de EU worden gevestigd. Deze maatregelen moeten de EU ook voorbereiden op het geval dat te zijner tijd daadwerkelijk een (gewapend) conflict zou ontstaan of de geopolitieke spanningen zouden escaleren. De EU en Nederland moeten dan ook feitelijk en economisch in staat zijn om sancties te treffen of het conflict aan te gaan, en daarvan niet op grond van afhankelijkheden moeten afzien of de maatregelen moeten afzwakken. Op grond van het huidige wettelijke raamwerk kunnen sancties bij escalatie op zeer korte termijn (ervan uitgaande dat politieke consensus kan worden gevonden) worden uitgevaardigd, die – afhankelijk van de situatie en de economische afhankelijkheid van de EU – meer of minder verstrekkend en nauw omschreven zijn. De primaire handhaving van sancties in Nederland zal in dit verband in beginsel verschuiven van de strafrechtelijke autoriteiten naar een bestuursrechtelijke toezichthouder, waarbij eerstgenoemde be-

112. Stb. 2024, 261. Ten tijde van het schrijven van dit preadvies was dit wijzigingsbesluit nog niet in werking getreden.

113. Zie art. I, onderdeel A, van dit wetsvoorstel, *Kamerstukken II* 2023/24, 36590, nr. 2. Vgl. art. 4 Besluit strategische goederen.

114. Zie Regeling geavanceerde productieapparatuur voor halfgeleiders.

schikbaar blijven voor grove schendingen van sanctiewetgeving. Naar verwachting wordt het toezicht op de naleving hiermee effectiever, efficiënter en sneller. Deze ontwikkelingen hebben – ook bij afwezigheid van de concrete introductie van nieuwe sancties – gevolgen voor internationaal opererende ondernemingen.

Een algemeen gevolg zal zijn dat de internationale handel zich in de komende jaren vermoedelijk sterker langs de lijnen van de geopolitieke blokken zal gaan ontwikkelen. Dit wil niet zeggen dat sprake is of zal zijn van volledig gescheiden handelsblokken, maar wel dat op sommige terreinen internationale handel steeds strenger gereguleerd wordt of geheel verboden (zoals met betrekking tot onderdelen van de halfgeleiderindustrie), terwijl op andere terreinen min of meer vrije handel mogelijk blijft. Tot de bevriende landen behoren in ieder geval de Verenigde Staten zodat de economische verwevenheid van de EU met de Verenigde Staten groot zal blijven.

De samenwerking met de Verenigde Staten, en de economische banden die veel EU-ondernemingen met de Verenigde Staten hebben, en vermoedelijk zullen houden, brengen mee dat de Verenigde Staten druk kunnen zetten op de EU of haar lidstaten om door hen uitgevaardigde sancties over te nemen. Zelfs los daarvan zullen veel Amerikaanse sancties en exportcontroles in de praktijk in meer of mindere mate gaan gelden voor EU-ondernemingen, hetzij door de extraterritoriale werking van de Amerikaanse regelgeving, hetzij vanwege de operationele wereldwijde verwevenheid (bijvoorbeeld in de toeleveringsketen of het productieproces) die het feitelijk of economisch onpraktisch maken om in een deel van het concern wel en in een ander deel van het concern niet aan Amerikaanse sancties te voldoen. Hierboven schetsten wij al dat de Verenigde Staten sancties en exportcontroles steeds vaker inzetten voor doeleinden van nationale veiligheid, zodat Europese ondernemingen daar ook mee worden geconfronteerd.

Bij deze regionalisering van de internationale handel geldt overigens de kanttekening dat het sterk van sector tot sector zal verschillen in hoeverre sancties, en met name exportcontroles, op afzienbare termijn een reële impact zullen hebben. Sectoren waar hoogwaardige technologie een belangrijke rol speelt en sectoren die de nationale of economische veiligheid raken, ondervinden nu reeds in toenemende mate restricties bij de uitvoer van producten en technologie en bij de invoer of het gebruik van producten en technologie binnen hun bedrijfsvoering. Hierbij kan onder andere worden gedacht aan de halfgeleiderindustrie, de farmaceutische industrie, de handel in en bewerking van grondstoffen en kritieke infrastructuur (waaronder de energiesector en telecommunicatienetwerken). Te verwachten valt bijvoorbeeld dat mettertijd steeds verdergaande beperkingen zullen worden ingevoerd met betrekking tot het gebruik van Chinese onderdelen in telecommunicatienetwerken, (lucht)havens, apparatuur voor grenscontroles, elektriciteitscentrales, etc.

Het huidige wettelijke regime biedt de EU bij een (dreigend) conflict of escalatie van geopolitieke spanningen de mogelijkheid om vrijwel onmiddellijk handelsrestricties uit te vaardigen die – afhankelijk van de situatie en de economische afhankelijkheid van de EU – meer of minder verstrekend en nauw omschreven zullen

zijn. Dergelijke sancties kunnen ook tegenmaatregelen uitlokken van het gesanctioneerde land. In dergelijke situaties kunnen voor ondernemingen – door sancties of tegenmaatregelen van het gesanctioneerde land – dus met zich brengen dat zij afzetmarkten verliezen omdat zij hun producten of diensten niet meer mogen leveren en hun toeleveringsketen afgesneden of verstoord raakt. Evenzeer kunnen ondernemingen door tegenmaatregelen van het gesanctioneerde gebied de controle verliezen over, of het eigendom van, dochtermaatschappijen, productiefaciliteiten of andere activa of middelen in het desbetreffende gebied (of daarmee geallieerde mogelijkheden). Dit nog afgezien van de beperkingen in de aansturing door de moedermaatschappij van lokale dochtermaatschappijen die uit de EU-sancties kunnen voortvloeien. Ondernemingen worden niet gecompenseerd voor de schade die daaruit voortvloeit.

Het valt niet te voorspellen of sancties of tegenmaatregelen daadwerkelijk worden uitgevaardigd, of wanneer dat zou gebeuren. Het risico dat sancties of tegenmaatregelen daadwerkelijk worden opgelegd, en in welke mate, valt dan ook moeilijk te kwantificeren. Dat risico moet in toenemende mate wel worden meegewogen in strategische bedrijfsbeslissingen, zoals langetermijninvesteringsbeslissingen over de locatie van nieuwe productiefaciliteiten, en als onderdeel worden gezien van reguliere bedrijfsrisico's. Zo is er in de Verenigde Staten en de EU een toename zichtbaar van het opzetten van nieuwe productiefaciliteiten in, of het verplaatsen van bestaande productiefaciliteiten naar, veilige c.q. bevriende landen (ook wel *'friendshoring'* genoemd) zodat geopolitieke risico's worden vermeden of ten minste gemitigeerd of geminimaliseerd. De bekendste voorbeelden daarvan zien op de voorgenomen bouw van nieuwe halfgeleiderfabrieken in de Verenigde Staten en de EU door Intel en TSMC¹¹⁵ om minder afhankelijk te zijn van de productie van halfgeleiders in Taiwan, die door een eventueel conflict met China onderbroken kunnen worden.

Eenzelfde afweging omtrent de mogelijke introductie van handelsbeperkingen kan plaatsvinden bij beslissingen over de inrichting van de toeleveringsketen. Diversificatie in de toeleveringsketen vermindert het risico op afhankelijkheden en disruptie bij geopolitieke spanningen, maar kan ook hogere kosten met zich brengen die de bedrijfsresultaten en concurrentiepositie kunnen raken. De eerder genoemde investeringen van TSMC en Intel in halfgeleiderfabrieken in de VS en Europa lijken ondanks de royale subsidies niet geheel van harte te zijn.¹¹⁶ Ondernemingen hebben bij deze bedrijfsbeslissingen complexe afwegingen te maken over de bedrijfseconomische voor- en nadelen op de korte en lange termijn van de beschikbare opties. Onderdeel van de voorbereidingen van ondernemingen kunnen ook uitmaken een analyse van mogelijke toekomstscenario's, het in kaart brengen van afhankelijkheden en kwetsbaarheden in de bedrijfsactiviteiten en het opstellen

115. 'Germany spends big to win \$11 billion TSMC chip plant', reuters.com 8 augustus 2023; 'Germany, Intel sign deal for chip factory in Magdeburg', dw.com 19 juni 2023. Overigens staat de investering van Intel in Duitsland inmiddels ter discussie vanwege bedrijfseconomische overwegingen, zie P. Haack, 'The EU's chips plan implodes as Intel pauses investments', politico.eu 17 september 2024.

116. Vgl. P. Haack, 'The EU's chips plan implodes as Intel pauses investments', politico.eu 17 september 2024.

van nood- of contingentieplannen, zodat bij verwezenlijking van bepaalde risico's (die overigens ongetwijfeld weer zullen afwijken van de eerder bedachte scenario's) de onderneming een basis heeft om snel te kunnen schakelen. Hiervoor geldt dat het nut en de noodzaak voor dergelijke scenarioplanning (en de mate van diepgang daarvan) van onderneming tot onderneming sterk zal verschillen.

Het toegenomen belang van economische en nationale veiligheid zal vermoedelijk ook doorwerken in de prioritering van handhaving van sancties en exportcontroles. Deze tendens is al zichtbaar in de Verenigde Staten, waar autoriteiten, zoals de U.S. Department of Justice, het *Bureau of Industry and Security* van het U.S. Department of Commerce en *Office of Foreign Assets Control* van het U.S. Department of the Treasury, bijzondere aandacht hebben voor zaken die een *national security interest* raken.¹¹⁷ Naleving en handhaving van sancties zal publiek en politiek veel aandacht blijven krijgen. De voorziene Wet internationale sanctiemaatregelen voert nieuwe bevoegdheden in die vermoedelijk ook het effectiever en stelselmatiger toezicht daarop mogelijk maken, zeker in vergelijking met de strafrechtelijke autoriteiten op grond van hun huidige instrumentarium, middelen en capaciteit. De Rusland-sancties zijn voor veel ondernemingen al een katalysator geweest ter versterking van hun interne compliance-regelingen, -processen en organisatie en die trend zal zich vermoedelijk doorzetten.

Voor ondernemingen zal het in het licht van deze ontwikkelingen dus voorzichtig en zorgvuldig navigeren blijven in een inherent onzekere en veranderlijke internationale omgeving.

117. Zie bijv. U.S. Department of Commerce, 'Fiscal Year 2025 President's Budget Request', commerce.gov: 'In FY 2025, the Bureau of Industry and Security (BIS) will continue to execute on its mission to safeguard U.S. national security. BIS will continue working to prevent the unauthorized use of U.S. technologies for purposes contrary to American interests by ensuring an effective export control and treaty compliance system and by promoting continued U.S. strategic technology leadership. (...) BIS asserts itself as a critical force in advancing key national security and foreign priorities of the U.S. Government by prioritizing export controls and enforcement against violators in countries of national security concern, including China, Russia, and Iran.'

Frozen assets: a plethora of questions and uncertain answers

Prof. mr. V.P.G. de Serière*

1 Introduction

On 15 December 2023, the European Council stated:¹

‘The European Council reiterates its call for decisive progress, in coordination with partners, on how extraordinary revenues held by private entities stemming directly from Russia’s immobilised assets could be directed to support Ukraine and its recovery and reconstruction, consistent with applicable contractual obligations, and in accordance with EU and international law. In this context, it takes note of the recent proposals on extraordinary revenues stemming from immobilised Russian assets.’

And subsequently, on 12 February 2024, the Council adopted a resolution attempting to clarify the legal status of revenues generated by Central Securities Depositories (in particular Euroclear Bank in Brussels), in particular stating that Central Securities Depositories (CSDs) holding more than € 1 million of Russian Central Bank assets must account extraordinary cash balances accumulating due to EU restrictive measures separately and must also keep corresponding revenues separate.² In addition, Central Securities Depositories (mainly Euroclear Bank in Brussels) are prohibited from disposing of the ensuing net profits. This resolution, according to the Council,

‘paves the way for the Council to decide on a possible establishment of a financial contribution to the EU budget raised on these net profits to support Ukraine and its recovery and reconstruction at a later stage.

* Victor de Serière is an independent legal adviser on financial regulatory matters, and emeritus professor of securities law at Radboud University, Nijmegen. He is a member of the Financial Law Institute of Radboud University. Colleague Professors Bart Bierens and Danny Busch of Radboud University have gracefully and professionally provided valuable comments on this chapter, as has Professor Hein Mijnsen, previously Dutch Supreme Court justice. Jasper Strijder and Iris van den Oord of law firm A&O Shearman have likewise provided valuable comments. Naturally only the author of this chapter is responsible for errors or omissions. An ‘internationalised’ shorter version of this chapter has been or will be published as part of the EBI WP Series, i.e. a series of working papers published under the auspices of the European Banking Institute.

1. See European Council Press Release of 14 and 15 December 2023, to be found at consilium.europa.eu (accessed 16 March 2024).
2. See European Council Press Release of 12 February 2024, to be found at consilium.europa.eu (accessed 16 March 2024).

This financial contribution may be channelled through the EU budget to the Ukraine Facility on which the Council and the European Parliament reached a provisional agreement on 6 February 2024’.

On 21 March 2024, EU leaders decided at a summit meeting to apply the revenues generated by frozen assets to finance further military aid to Ukraine.³ Then, on 21 May 2024, the European Council resolved to adopt a set of legal acts to the effect that net profits stemming from unexpected and extraordinary revenues accruing to CSDs in the European Union are to be ‘used for further military support to Ukraine as well as its defence industry capacities and reconstruction’. This means, according to the European Council’s press report of that date, that CSDs holding Russian sovereign assets and reserves of more than £ 1 million will make ‘a financial contribution from their corresponding net profits, accumulating since 15 February 2024’. It is not clear what the legal basis for this ‘financial contribution’ is, and this aspect will be discussed in some more detail below.

This chapter provides an overview of the main legal issues that arise with regard to possible ways in which frozen Russian assets can be used to finance either further military support to Ukraine or the post-war reconstruction of that country. This chapter will not endeavour to provide solutions for the various legal issues that arise, the intention merely being to identify these issues and to point out venues that may lead to answers. Definitive answers are, unfortunately, in any event scarce.

2 Issues that arise

In particular, the following issues arise:

- (1) Can revenues generated by Russian frozen assets owned by the Russian State or the Russian Central Bank indeed be deemed to be assets separated from the originally frozen assets, having a distinct legal status differing from that of those assets themselves, justifying the use of such revenues to help Ukraine?
- (2) If so, would such distinct legal status of these revenues effectively eliminate or substantially reduce the chances that the Russian ‘owners’ of the originally frozen assets can successfully oppose the use of such revenues towards the funding of Ukraine’s military capacities or post-war restoration?
- (3) Or are the risks of such successful opposition more or less the same as those relating to the confiscation of the original frozen assets themselves, accordingly begging the question why only the revenues should be used to provide support to Ukraine rather than all assets concerned?
- (4) To what extent does public international law provide immunity protection to frozen assets owned by the Russian State or the Russian Central Bank? Is the hesitation to use the ‘countermeasures’ doctrine as advocated by a number of

3. See i.a. Lisa O’Carroll in *The Guardian*, 21 March 2024. In the first three months of 2024, there has been a shift in thinking about the use of revenues. Whilst at first the consensus appeared to be that revenues should be used principally for reconstruction purposes, the notion that such funds should as a matter of priority be used to provide military aid has become more acceptable; undoubtedly this notion is fuelled by the fear for increased Russian success on the battlefields. See also the EU Council press release at consilium.europa.eu/media/70880/euco-conclusions-2122032024.pdf (accessed 25 March 2024).

prominent public international law scholars, justified?⁴ This doctrine, in brief, entails that public international customary law permits a state to confiscate the property of another state in order to compensate for illegal acts of that other state against a third state.

- (5) Can revenues of such frozen assets or indeed the underlying frozen assets themselves be used to collateralise funding for Ukraine's post-war restoration?
- (6) Can set-off mechanisms (in combination with claims transfers) be effectively used against Russian claims for repatriation of assets or Russian compensation claims for unlawful expropriation of property?
- (7) Are there possibilities for assets owned by Russian oligarchs to be applied towards funding military support or funding the restoration of Ukraine?
- (8) Could the provisions of the 1950 European Convention on Human Rights⁵ be applied to counter the confiscation of frozen assets and revenues?
- (9) While assets held by depositories or custodians remain frozen, what then are the rights of the Russian 'owners'⁶ of these assets, and what is the extent of the duties (and liabilities) of these depositories or custodians towards the 'owners'?

On many of the above issues, the preliminary question to be answered is that concerning the governing law and the competence of courts.

All these legal issues must be addressed in the context of the possible political and macro-economic consequences of applying Russian frozen assets and/or their revenues for the purpose of aiding the Ukraine war effort and the reconstruction of that country. This chapter does not address these possible consequences other than to flag them. But the fears of in particular European governments and regulators in this regard are the main drivers practically restricting that application.⁷ These fears mainly concern the possibility that (a) foreign state and commercially owned assets held in the European Union will flow away,⁸ (b) governments and institutional investors will shun the European Union as an unsafe harbour for their assets, (c) assets of European central banks, other financial institutions and companies held abroad may become the subject of (retaliatory) freezing and seizure measures, (d) there would be an increased risk of harmful interventions in global money flows, and (e) these developments would negatively affect the strength and dependability of the euro as an international trading currency.

The numbers involved are huge. According to the 'Freeze and Seize' task force that the EU Commission has set up on 17 March 2022, around € 19 billion worth of assets belonging to Russian oligarchs have been frozen. And about € 300 billion of Russian Central Bank reserves have been frozen. Of that total, reserves deposited

4. See a.o. Philippa Webb, 'Legal options for confiscation of Russian State Assets to support the Reconstruction of Ukraine', paper issued by the European Parliamentary Research Service, February 2024, p. 24 ff.

5. See coe.int/en/web/human-rights-convention (accessed 1 August 2024).

6. The term owners is in parentheses as there may not always be straightforward in rem entitlements to the assets concerned, and there will be many cases where ownership is subjected to multilayered indirect entitlements, often 'disguising' the ultimate beneficiary for tax planning or other purposes.

7. See further para. 7 below.

8. See footnote 50.

with or given in custody to Euroclear Bank in Belgium amount to some £ 191 billion, generating £ 3.25 billion in interest revenues in 2023 (similar large amounts are expected to be earned in 2024).⁹

In this chapter below, the term ‘Russia’ will be indiscriminately used to refer to both the Russian State and the Russian Central Bank.

Whilst in this chapter some emphasis will be on the frozen assets deposited with Euroclear Bank, many of the observations regarding those assets also apply to frozen assets situated with CSDs or other financial institutions elsewhere. Comments will also be made with regard to frozen physical assets such as yachts and estates owned by sanctioned oligarchs.

3 The legal status of frozen assets deposited with Euroclear Bank and their revenues

The above-mentioned decisions of the European Council are based on the premise that revenues generated by the frozen assets may be separated from and would have a different legal status than the frozen assets themselves. These revenues are characterised by the European Council as ‘net profits’ of Euroclear Bank which do not accrue to the underlying assets. The analysis underlying this point of view can be summarized as follows. Consider the economics and legal position generally of any person making a cash deposit with a bank. In such case, the depositor has a claim on that bank for repayment of the deposit when it expires. If it is agreed that interest is payable on that deposit, then the depositor has a claim for payment of that interest, and in such case the interest will either be paid out by the bank to the depositor or, if the depositor so wishes, will be added to the principal amount of the deposit. That will occur on the date which the parties have agreed as being the ‘interest payment date’. As of the interest payment date, interest becomes due and payable by the bank to the depositor. Prior to the interest payment date, interest accrues on the principal amount of the deposit and is legally deemed to be part of the principal amount of the deposit. Until the interest payment date, the depositor has no entitlement to the accruing interest.¹⁰

The frozen assets that are deposited with Euroclear Bank accordingly consist of *claims* for payment of monies, not actual monies in the form of cash. There are claims for the repayment of the deposit, and there are claims for the payment of interest as and when interest becomes due and payable.

It follows from the foregoing that Russia has no in rem entitlement to monies deposited with Euroclear Bank, nor to the interest accruing thereon. It also follows that if Euroclear Banks puts these monies to use, any revenues it earns on such use are in principle revenues of Euroclear Bank. These revenues do not in any sense belong to Russia. If these revenues would be taxed, the tax amounts (to be)

9. It is noted that the numbers mentioned in press reports vary widely.

10. The legal analysis may vary however depending on in which jurisdiction the deposit is located and on the applicable governing law. Under Dutch law, this follows from Art. 3:9 Dutch Civil Code (DCC).

collected by the tax authorities cannot therefore be deemed constitute confiscation of Russian assets; see paragraph 4 below. As Mrs Mostrey, the Euroclear Bank CEO, correctly stated in an interview with the *Financial Times*:¹¹ ‘Euroclear does not pay out interest income to clients and the profits “legally belong to Euroclear”.’

The revenues that Euroclear Bank has generated using the deposited assets concerned are not necessarily ‘net profits’: they may presumably not be considered net profits if and to the extent that Euroclear Bank would have a legal obligation towards Russia in respect thereof. Such obligation could arise as a result of an agreement that interest is to be paid on the amounts deposited with Euroclear Bank. But, as stated above, the deposits are not interest bearing. It is nevertheless not wholly inconceivable that Russia would have a claim in relation to such profits. Could it for instance be construed that such claim can be based on the theory of unjust enrichment, or on general principles of equity?¹² Possible grounds for a claim may conceivably also be found in a general customary public international law rule that central bank reserves held in foreign countries are in principle ‘sacro-sanct’, and that revenues generated therefrom would by extension have the same status. This chapter will not further elaborate on the possible legal bases for any such *prima facie* far-fetched claims; the point is that the income generated by Euroclear Bank on frozen deposits may legally belong to it, but that part of Euroclear Bank’s income may possibly have to be used (or reserved) to satisfy Russian claims. The fact that such claims are barred because of the asset freeze,¹³ does not mean that such claims could not in future be pursued.¹⁴

11. ‘Euroclear warns against G7 plan to backstop Ukraine debt with Russian assets’, *Financial Times* 15 February 2024, ft.com/content/01a4da27-109e-4db9-bd0e-160ec55a5cd0 (accessed 10 March 2024).

12. The question according to which governing law this issue is to be determined, will be touched upon in this chapter below.

13. The definition of the freezing of financial assets, as laid down in Regulation (EU) No 269/2014, reads as follows: “freezing of funds” means preventing any move, transfer, alteration, use of, access to, or dealing with funds in any way that would result in any change in their volume, amount, location, ownership, possession, character, destination or any other change that would enable the funds to be used, including portfolio management; “funds” means financial assets and benefits of every kind, including, but not limited to: (i) cash, cheques, claims on money, drafts, money orders and other payment instruments; (ii) deposits with financial institutions or other entities, balances on accounts, debts and debt obligations; (iii) publicly- and privately-traded securities and debt instruments, including stocks and shares, certificates representing securities, bonds, notes, warrants, debentures and derivatives contracts; (iv) interest, dividends or other income on or value accruing from or generated by assets; (v) credit, right of set-off, guarantees, performance bonds or other financial commitments; (vi) letters of credit, bills of lading, bills of sale; and (vii) documents showing evidence of an interest in funds or financial resources;”.

14. It is noted that any Russian claim in relation to frozen assets should not be subject to a prescription period for as long as such claim is subject, to the freeze. Obviously this is dependent on the law applicable to such claim, but it is difficult to imagine that any jurisdiction would allow prescription periods to continue ignoring a freeze during which such claims are prohibited from being pursued.

4 **A special windfall tax?**

The construction, proposed in Brussels in 2023, to impose a special profit or windfall tax of 100% on the revenues generated by Euroclear Bank¹⁵ was based on the same premise that the revenues concerned accrue to Euroclear Bank without any Russian entitlement.¹⁶ It has however been argued, presumably on the basis of the incorrect notion that this tax is levied on revenues to which Russia is entitled, that such tax could accordingly be requalified as confiscation. For instance, the Dutch *Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken* (the Advisory Committee on Public International Law Issues, acronym: CAVV) typified such tax as ‘quasi confiscation’.¹⁷ However, that analysis, as shown in paragraph 3 above, is flawed: there is no Russian entitlement to the revenues that Euroclear Bank has generated on the monies Russia deposited with that bank.

If the windfall tax approach would be followed, the question arises who would impose such tax. Since the EU and its agencies cannot impose taxes,¹⁸ this would have to be Belgium where frozen assets are held in custody with Euroclear Bank. Imposing such tax could conceivably expose Belgium to the risk of Russian litigation against it. If this route were followed, Belgium would likely have wished this exposure to be shared with the EU and the other EU Member States; because the funds concerned would be used for a wider international ‘public good’, it is difficult to justify that this risk should only be borne by Belgian tax-payers. Belgium did indeed in 2023 announce the imposition of a 100% windfall profit tax on the Euroclear Bank revenues concerned.¹⁹ Was this a brazen political gesture of the Belgian government for the benefit of Ukraine? However that may be, it seems that the windfall tax approach has meanwhile been abandoned.

The notion of a ‘financial contribution’ by the CSDs as stated in the 23 May 2024 press release of the European Council (mentioned in para. 1 above), is unclear. It is not a tax imposition, since the European Union cannot itself impose taxes. It may be based on a voluntary contribution by the CSDs (whereby the term ‘voluntary’ would need to be taken with a grain of salt, since the alternative of the 100% windfall tax imposition by Belgium as discussed above would yield the same result). The question however is whether, if there is a financial contribution by Euroclear Bank in Brussels, Euroclear Bank is sufficiently protected against Russian claims, e.g. on the basis that this contribution is harmful to Russia, reduces Russia’s ability

15. As an aside, the question whether additional taxes may be imposed on credit institutions in the context of these institutions having become substantially more profitable, was addressed in an opinion of the European Central of 15 December 2023 (reference: CONN/2023/45) at the request of the Dutch Ministry of Finance; to be found on the ECB website.

16. See footnote 4 at p. 50.

17. See CAVV Advice nr. 44 of 22 December 2023, p. 12, to be found on the CAVV website. This advice is in the Dutch language. In this connection para. 358 ff of the Guide on Article 1 of Protocol No 1 to the European Convention on Human Rights (updated on 31 August 2022) will also bear relevance; see echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG (accessed 12 March 2024).

18. See ‘General Tax Policy’, a European Parliament Fact Sheet, to be found at europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/92/general-tax-policy (accessed 10 March 2024).

19. See B. Aris, ‘Belgium moves first to tap Russian central bank’s frozen reserves, creates a € 1.7bn Ukraine fund’, [intellinews.com](https://intellinews.com/belgium-moves-first-to-tap-russian-central-bank-s-frozen-reserves-creates-a-1-7bn-ukraine-fund-296629), 12 October 2023, intellinews.com/belgium-moves-first-to-tap-russian-central-bank-s-frozen-reserves-creates-a-1-7bn-ukraine-fund-296629 (accessed 14 March 2024).

to enforce its claims against Euroclear Bank, and therefore would be illegal. Presumably, Euroclear Bank will have secured, or will be looking for, EU indemnity guarantees in respect of such claims. This then generates the question whether it is within the remit of the European Union to provide such indemnity guarantees; this issue will not be further explored in this chapter. Evidently, if Euroclear Bank is indeed exposed to the risk of Russian claims against it, this should financially and politically be of grave international concern since this bank in its capacity as central securities depository is an indispensable cog in the wheel of the European and global financial markets infrastructure.²⁰

In any event, meanwhile the first of such ‘financial contributions’ has been realised on 26 July 2024, to the tune of £ 1.5 billion.²¹ The monies concerned have been made available by Euroclear Bank and were remitted through the European Peace Facility and to the Ukraine Facility. The former facility is a European off-budget instrument created in 2021²² to ‘enhance the EU’s ability to preserve peace, prevent conflicts and strengthen international security’ in the context of the Common Foreign and Security Policy of the European Union’ (a rather broad remit). The latter facility is described as ‘an exceptional medium-term single instrument that brings together the bilateral support provided by the Union to Ukraine, [...] for the period 2024 to 2027, providing a balance between flexibility and programmability of the Union’s response to address Ukraine’s financing gap [...]’.²³ This facility envisages that an amount of £ 33 billion is raised by the EU by way of bond issues under the EU’s so-called ‘unified funding strategy’.²⁴

As concerns the £ 1,5 billion initial ‘financial contribution’ by Euroclear Bank, no information is provided by the EU Commission as to the exact arrangements between the EU and Euroclear Bank, presumably for confidentiality reasons. As stated above, it seems inconceivable that this bank was or will not be given the necessary support by the EU to weather the storm of eventual Russian retaliatory measures; the stakes are simply too high.

5 Varying other structures

Prior to the application of the above mentioned ‘financial contribution’ construction, a number of other proposals have over the past several months been floated.

20. In a sense, Euroclear Bank is already in a bind; its CEO has stated that no less than some fifty to one hundred court cases have been initiated against it in Russia. See ‘Euroclear warns against G7 plan to backstop Ukraine debt with Russian assets’, *Financial Times* 15 February 2024, ft.com/content/01a4da27-109e-4db9-bd0e-160ec55a5cd0 (accessed 10 March 2024). Whereas the threat of enforcement of judgements against Euroclear Bank may perhaps be manageable in respect of assets in the EU, the UK and the United States, presumably there will also be assets in Russia itself and in other countries with differing views on the Russian invasion of Ukraine.

21. See ‘First transfer of £ 1.5 billion of proceeds from immobilised Russian assets made available in support of Ukraine today’, European Commission Press release 25 June 2024, ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_4029 (accessed 1 August 2024).

22. By Council Decision (CSFP) 2021/509 of 22 March 2021.

23. Regulation (EU) 2024/792 of 29 February 2024, Recital (11).

24. ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_22_7789.

In one alternative proposal tabled earlier this year by Belgium to the G7 countries,²⁵ the frozen assets and their revenues would be applied as collateral for European bonds that the EU would issue to finance the restoration of Ukraine. This collateralisation amounts to outright confiscation of Russian State assets, at least in so far as the nominal amounts of these frozen assets are concerned. As will be discussed below, the legality of such confiscation is questionable. The revenues generated on these assets are owned by Euroclear Bank. These revenues could therefore be made available to serve as collateral, but would have to be given up by Euroclear Bank to allow for such collateralisation.

However that may be, the construction is unworkable since bondholders cannot be certain that collateral consisting of the frozen assets themselves can be dependably foreclosed upon. Not only the establishment of the security, but also foreclosure would be strongly contested by Russia, involving years of litigation, and bondholders themselves could possibly also be involved in such litigation as accessories to the allegedly unjust confiscation. It is in this writer's view unthinkable that the European Member States would agree to be liable for any shortfall in security foreclosure; the bonds concerned would have to be 'limited recourse', meaning that only the proceeds of the security would be available to bondholders. All in all, European bonds with these characteristics present a (to put it mildly) unattractive investment opportunity. Accordingly, this would lead to the conclusion that this alternative proposal could only possibly be workable in so far as voluntary contributions of revenues are collateralised.

Another alternative construction was proposed by Dixon, Buchheit and Singh in an SSRN essay of 20 February 2024.²⁶ Their proposal amounts to a syndicated loan granted to Ukraine by G7 countries, whereby Ukraine would give security in the form of a security transfer of its compensation claims against Russia on grounds of the latter's unlawful aggression and destruction. The loan would be 'limited recourse' as described above, so that only the actual proceeds of these compensation claims would be available for repayment of the loan and for payment of accumulated unpaid interest thereon (the interest would in this proposal be rolled up in the principal of the loan, so that no payment of interest would become due during the life of the loan). Assuming that Russia will not be amenable to recognizing and paying such claims (a safe assumption!), the security would be foreclosed upon. This should mean that title to the compensation claims would in the end be vested in the syndicated lenders. They would then, according to the authors, be able to apply set off against the Russian claims for repatriation of the frozen assets and revenues accrued thereon. Whether this alternative construction using a set off mechanism as proposed would be effective, will be discussed in this chapter below. In any event, one of the more problematic features of this construction is that it requires the G7 countries to become directly involved, as creditors, in dealing with

25. J. Strupczewski, 'EU cautious on idea of using Russian frozen assets as collateral', *Reuters* 6 February 2024, [reuters.com/world/europe/eu-cautious-idea-using-russian-frozen-assets-collateral-2024-02-06/](https://www.reuters.com/world/europe/eu-cautious-idea-using-russian-frozen-assets-collateral-2024-02-06/) (accessed 10 March 2024).

26. H. Dixon, L.C. Buchheit & D. Singh, 'Ukrainian Reparation Loan: How it Would Work', SSRN 20 February 2024, papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4733340.

the compensation claims against Russia; this is unlikely to be an attractive proposition for these countries.

On 19 May 2024 US Treasury Secretary Janet Yellen stated that several options remain on the table for the ‘use’ of Russian assets in Europe and the US, and that ‘the most promising idea was for Group 7 nations ‘to issue a loan to Ukraine that would be backed by profits and interest income that is being earned on Russian assets held in Europe’.²⁷ In fact, this boils down to a monetization of future profits to be earned by the custodians of Russian frozen assets, in particular Euroclear in Brussels. This structure would be simpler and appears more realistic than that of Dixon c.s. described above. Since confiscated Russian assets would themselves not be used as collateral for the repayment of this loan, the structure would be rather more robust but the loan would be of a disappointingly limited size; over time these proceeds could nevertheless amount to considerable sums of money; it is to be remembered that the freeze would in any event stay in place until Russia has complied with its obligations towards Ukraine caused by its various breaches of international law. All the same, to our ‘western’ minds there would be an injustice in the frozen assets themselves remaining untouched whilst the international law crimes committed in and the damages inflicted on Ukraine continue...

The structure as proposed by Mrs Yellen has been the subject of complex negotiations among the G7 countries; on 13 June 2024, it was reported in the press²⁸ that agreement in principle had been reached on a \$50 billion loan to Ukraine which would reportedly be underwritten by the United States but would be syndicated among all G7 countries. Disbursement would be foreseen in the beginning of 2025. The loan would be backed by revenues as in Ms. Yellen’s proposal.

The relationship between this loan to Ukraine and the aid that the EU would provide to Ukraine using the ‘financial contribution’ construction described in paragraph 4 of this chapter above as now being implemented by the EU, remains unclear and will presumably be worked out in the months to come.

These recent developments perhaps appear, for the time being at least, to make the discussions in this chapter on the possibilities to also ‘use’ the Russian frozen assets themselves somewhat less relevant – but the search for ways to more incisively and comprehensively apply Russian frozen assets must in the view of this writer continue...

27. A. Rappeport, ‘U.S. and Europe Move Closer to Using Russian Assets to Help Ukraine’, *New York Times* 19 May 2024.

28. ‘Explainer: What is the G7’s \$50 billion loan plan for Ukraine?’, *Reuters* 14 June 2024, reuters.com/world/europe/what-is-g7s-50-billion-loan-plan-ukraine-2024-06-14/. See meanwhile also Reuters press release of 26 October 2024 for an update on this process.

6 The use of set off mechanisms

It is worthwhile to give consideration to the possibility of using set off mechanisms against Russian repatriation claims.²⁹

6.1 Mutuality

Set off in this context requires mutuality between Russia as the claimant for repatriation of frozen assets on the one hand and the claimants for compensation of damages inflicted upon Ukraine on the other hand. Can mutuality be achieved in so far as Russian repatriation claims are claims against CSDs such as Euroclear Bank in Belgium? Clearly the repatriation obligation rests with the CSDs concerned in so far as frozen assets are held in custody by them; clearly also the CSDs do not conversely have claims against Russia. Since it is generally under prevailing systems of law not possible to substitute a debtor without the consent of the creditor, it is difficult if not impossible to achieve that the repatriation obligation is transferred from Euroclear Bank to a party having compensation claims against Russia in order to create mutuality. That Russia would consent to such novation, is not a realistic supposition.³⁰ A construction whereby part of Ukraine's compensation claims are transferred to Euroclear Bank in order to create mutuality appears equally unrealistic. Political considerations from Ukraine's point of view as well as Euroclear Bank's sensible concerns about being more intricately involved than it already is, would be an all but insurmountable stumbling block.

It has been suggested that a transfer of Russian assets by the CSDs concerned should nevertheless be possible without Russian consent, if such transfer were realised by operation of law based on a special statute adopted for that purpose. If a law would ordain such transfer and such transfer would be effected on the basis of that law to a special purpose vehicle set up by the G7 countries involved, Ukraine could sell and deliver (part of) its compensation claims to such special purpose vehicle, and thus the required mutuality could be achieved. Here again, the likelihood of Ukraine agreeing to transfer its claims against Russia appears small; political considerations may be a severe political stumbling block. In any event, the legality of promulgating such law and any transfers based on such law are likely to be contested by Russia, leading again to yearslong uncertainty and litigation in multiple courts.

Setting up a special purpose vehicle as mentioned in the previous paragraph would in any event involve complex challenges, such as issues of accountability towards Ukraine, governance issues, policy issues (e.g. how to manage and re-invest frozen assets entrusted to it) and last but not least liability issues (if the transfers of assets to that vehicle and the subsequent management of assets by that vehicle were chal-

29. See for a very useful comparative law treatise on set off in particular P.R. Wood, *Set-off and Netting, Derivatives and Clearing Systems*, London: Sweet & Maxwell 2019; for set off under Belgian law: M. Vermeylen, chapter 5 'Belgium', in: W. Johnston, T. Werlen & F. Link (eds.), *Set-Off Law and Practice: an International Handbook*, Oxford: Oxford University Press 2018, para. 5.07 ff.

30. A construction whereby part of Ukraine's compensation claims are transferred to Euroclear Bank in order to create mutuality is of course wholly unrealistic.

lenged by Russia). There would in all likelihood need to be full financial back-up coverage by the G7 countries involved, a daunting political challenge. It is interesting to note that this notion of using a special purpose vehicle was already considered by the European Commission in an 'options paper' dated November 2022.³¹

6.2 Transferability of claims for the purposes of set off

Are Ukraine's compensation claims at all capable of transfer, assuming that Ukraine would be amenable to such transfer? Which law governs the question of transferability? In the instance where the claims concerned are claims between states, should one seek to answer this question applying general principles of public international law? It is not inconceivable, so it appears, that an argument can be developed that claims between sovereign states are incapable of transfer without consent of the debtor of the claims concerned, in particular if the relationship between debtor and transferor is fundamentally different from that between debtor and transferee and this difference affects the mutual rights and obligations concerned. If private international law were to govern this question, the law that governs the compensation claims in question would apply, likely being Ukraine law which is the so called *lex loci damni*.³² But although this may be a plausible and defensible analysis, the private international law rules applicable in the country where the issue is litigated would prevail. Local conflicts of law rules may dictate a different analysis. In any event, applicability of private international law rules may be expected to be vehemently contested by Russia.

If a transfer of compensation claims against Russia is possible, which law would govern such transfer? That again is a question that may have to be determined by public international law principles, but would, if private international law were to be applied, likely be the law that the transferor and the transferee choose as the law governing their agreement underlying the transfer.³³ But the same proviso's given in the previous paragraph apply here as well.

Not only the question of transferability needs to be addressed, but also (in the case of the approach proposed by Dixon c.s. as summarized in this chapter above) the question whether compensation claims may be the subject of security in the form of a pledge or a security transfer of ownership. The answer to this question will in many but not necessarily all systems of law be the same as that addressed in the first paragraph above: there may be divergencies in the views of courts in certain jurisdictions as to the analysis under public or private international law.

6.3 Governing law questions on set off possibilities

If mutuality can be achieved, which law would govern the possibilities of set off? Here again, the question arises whether public international law principles (if there are any?) should be applied rather than seeking alignment with the private

31. See footnote 4, p. 44.

32. Cf Art. 4(1) Rome II (Regulation (EU) No 864/2007 dated 11 July 2007).

33. Cf Art 14 Rome I (Regulation (EC) No 593/2008 dated 17 July 2008).

international law approach. In the latter approach, the conflicts of law principles underlying Article 17 Rome I would apply. Those principles would generally lead to applicability of the law governing the claim of the party who first invokes set off.³⁴

6.4 Set off conditionality: comparability of claims

Another condition for set off that will apply in most jurisdictions (and therefore, one is inclined to assume, also under public international law) is that the claims to be set off must relate to items of the same character, such as, for instance, claims for the payment of money. Repatriation claims and compensation claims will generally be claims for the payment of monies; at first sight this conditionality would not be a stumbling block, but it is noted that in certain jurisdictions³⁵ set off of claims expressed in different currencies are in principle not capable of being set off. If repatriation claims are expressed in USD and compensation claims in Rubles or UAH (the Ukraine currency: Hryvnia), this condition may for example not be met. If repatriation claims concern assets fundamentally different from monetary claims (e.g. claims for the delivery of commodities), set off would generally not be possible. In the case of repatriation claims concerning gold deposits, set off against monetary compensation claims may conceivably be construable, since the commodity gold is so akin to a currency.

There is however another possible complication in the application of this condition. If one would assume this conditionality to entail that the claims to be set off must in themselves be of the same nature and characteristics, then it may be subject to doubt whether a claim for war damages compensation is of the same nature and characteristics as a claim for the repatriation of assets that were subject to a freeze. Obviously, the claims are interlinked since neither claim would exist if there had been no aggressive Russian invasion of Ukraine, but it is rather doubtful that this interlinkage would be sufficient to satisfy this condition. Could it for instance be argued that a repatriation of assets claim is fundamentally different for reasons that state assets such as central bank reserves deserve ‘immunity’ protection on the basis of customary public international law?³⁶ This argument, if upheld, would create a significant barrier to use of set off mechanisms.

6.5 Set off conditionality: certainty of claims

Generally, a further condition for set off is that the claims are certain, i.e. not subject to dispute. In principle, under most systems of private law, disputed claims cannot be set off against each other, for the simple reason that the amounts to be

34. Which in the circumstances is unlikely to be Russia. If Euroclear Bank or whoever may be the counterparty in the set off construction is the initiator of the set off, the principles underlying Rome I would mean that the law governing the compensation claims would govern the set off, and that could well be Ukraine law as the *lex loci damni*.

35. Such as in the Netherlands, see N.E.D. Faber, *Verrekening*, Deventer: Wolters Kluwer 2005, p. 52; B.A. Schuijling, *Verrekening*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 12.

36. See para. 7 below. On the immunity of central bank assets, see i.a. I. Wuert, ‘Immunity from execution of central bank assets’, in: T. Ruys & N. Angelet (eds), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2019, p. 266 ff.

set off (since set off is a form of discharge of a payment obligation) must be quantified and certain. Since the restoration claims against Russia are in all respects bound to be heavily disputed, it is difficult to imagine that this condition can be met. This might be different if the amount of the repatriation claims to be set off can be considered certain as they in any event fall far below the ultimate amount of the restoration claims and there would be consensus that the former amount would anyhow be due and payable. However, it is subject to doubt whether such consensus could ever be reached at all. It is of course conceivable that set off arrangements would eventually be agreed as part of an overall settlement agreement between Russia, the Ukraine and the G7 countries involved. At the present time, arriving at such overall settlement appears for the time being firmly embedded in 'cloud cuckoo land'.

6.6 Set off conditionality: maturity of claims

Finally, a generally accepted condition for set off is that the claims to be set off against one another are due and payable and conversely, enforceable. This again is explained by the notion that set off is a form of discharge of a payment obligation. Can it conceivably be argued that a compensation claim against Russia is not enforceable until a final court judgement has honoured such compensation claim in specific amounts? If that conditionality applies, one can imagine the complications arising if different courts arrive at different 'final' judgements. There will arguably be no deciding final court judgement unless Russia, Ukraine and other parties involved would reach agreement giving the required competency to a particular court or arbitral tribunal or accepting the verdict of a given court or arbitral tribunal on this subject matter. In addition, there is the issue of timing: it will take many years for definitive final judgements to be delivered.

Looking at the conditions to be fulfilled for set off to be legally effective, it would in conclusion appear that this approach for using Russian frozen funds for the restoration of Ukraine is fraught with legal uncertainties. Two points deserve attention here. The first is that, as stated above, it is unclear whether the conditions for effective set off of claims are those generally imposed by civil and common law systems governing the mutual relationship between commercial parties generally, or whether a different set of rules, developed or to be developed under public international law, should be applied. It seems doubtful whether public international law would provide a dependable enforceable answer to the questions tabled here. The second point is that solutions using set off mechanisms undoubtedly deserve further analysis, if only for the reason that set off arguably does not amount to confiscation of Russian frozen assets: it is, as stated above, foremost a legal mechanism for the discharge of payment debts. From that perspective, using these mechanisms would seem preferable above outright confiscation.

7 Immunity issues

7.1 Introduction

Arguments based on the immunity of State assets doctrine will be forcefully made by Russia, not only in relation to a set off claim but also more generally in relation to expropriation. Apart from legal aspects (which will briefly be touched upon below), there is an important political and financial angle to the issue of immunity. If assets held by a country in another country are not 'safe' because potentially subject to confiscation risk, this could entail a fundamental shift of foreign assets away from the European Union, the United States and other countries who have taken the same political stance towards the Ukraine war as the European Union and the United States. See for instance the stance that Saudi Arabia has adopted, described in footnote 50 below. Such outflow may conceivably lead to a measure of financial instability in the European Union and beyond, including instability of the euro on world currency markets, with ensuing undesirable macro-economic consequences.³⁷ Macro-economic concerns such as these have been explicated by Ms Lagarde of the European Central Bank.³⁸ It is remarkable how fundamentally different the perceptions of European and US regulators are on this issue.

In any event, the macro-economic consequences of the expropriation of State assets will undoubtedly have considerable impact on how courts will view the merits of arguments based on the immunity of foreign reserves.³⁹

In this connection it is important to realize, as already stated in this chapter above, that Euroclear Bank already is and in future may be further subjected to Russian claims and retaliatory measures.⁴⁰ This bank is the most important 'hub' for the settlement of securities transactions in Europe, and large asset portfolios are held in custody at this bank.⁴¹ A threat to the stability of the euro has also been suggested.

37. See i.a. S. Blockmans, 'Freeze, seize and tax – that's how to make Russia (and its enablers) pay for Ukraine's reconstruction', *CEPS* 19 February 2024, ceps.eu/freeze-seize-and-tax-thats-how-to-make-russia-and-its-enablers-pay-for-ukraines-reconstruction/ (accessed 12 March 2024). The threat of worrying macro-economic disruption is downplayed by Stiglitz and Kosenko (J. Stiglitz & A. Kosenko, 'Russia must be held accountable over Ukraine – we should seize its assets', *The Guardian*, 8 January 2024).

38. See 'ECB's Lagarde digs in as US pushes Europe on using Russian assets for Ukraine aid', *Politico* 18 April 2024, politico.eu/article/ecbs-lagarde-digs-in-as-us-pushes-europe-on-using-russian-assets-for-ukraine-aid/. Ms Lagarde stated that any international opprobrium would hit Europe disproportionately hard: 'You're talking about \$6 billion here, and \$260 billion on the other side'. See also Ms Lagarde's comments in the *Financial Times* of 18 April 2024.

39. See i.a. C. Gortsos, 'The EU in the Wake of Russia's Military Attack on Ukraine', *EU LIVE*, weekend edition No 92, special issue 5, March 2024, p. 3 ff.

40. See i.a. 'EU-frozen Russian assets to generate 15-20 bln until 2027, EU official says', *Reuters* 12 March 2024, reuters.com/world/europe/eu-frozen-russian-assets-generate-15-20-bln-until-2027-eu-official-says-2024-03-12/ (accessed 12 March 2024). As to the exposure of Euroclear Bank to Russian retaliatory measures, see also Gortsos at footnote 39, p. 3 ff.

41. Could Euroclear Bank suffer decreasing client confidence as a result of its involvement in the financing of Ukraine's war effort and restoration? This is perhaps not inconceivable in so far as clients are concerned that belong to the group of nations allied with Russia, but generally Euroclear Bank appears to have acted correctly, understandably and appropriately in difficult circumstances, and there should thus hopefully not be any significant fall out.

7.2 Maximum protection?

Customary public international law provides that central bank and State assets held on deposit or in custody in a third country enjoy immunity and are entitled to maximum protection against that third country's or third party interference.⁴² The principles of immunity have been set out in the 2004 UN Convention on Jurisdictional Immunities of the State and its Properties, which as of today has not yet entered into force, and in the 1972 European Convention on State Immunity. The UN Convention is relevant in that it is widely accepted to reflect customary public international law. Article 19 in conjunction with Article 21(1)(c) of the UN Convention provides immunity for the property of central banks or other monetary authority of the state, and these provisions are widely acknowledged as reflecting a rule of customary public international law. The European Convention states in Article 23 that:

‘No measures of execution or preventive measures against the property of a Contracting State may be taken in the territory of another Contracting State except where and to the extent that the State has expressly consented thereto in writing in any particular case.’

Russia is not a Contracting State, so the European Convention does not directly apply to Russian assets, but the provision of Article 23 again reflects the widely accepted view on immunity.⁴³

While the immunity principle undoubtedly *prima facie* appears to block confiscation of Russian assets, public international law experts have developed arguments on the basis of which this immunity principle would allow for exceptions permitting the confiscation of Russian assets. These arguments are summarised by Philippa Webb on page 13 ff of her 24 February 2024 study referenced in footnote 4. One line of reasoning is based on the premise that immunity protection should be regarded to be limited to protection against *judicial* interference, not also against *statutory* measures. This argument seems unconvincing, as statutory measures, easily arrived at, would for all practical purposes render immunity protection hollow. But the United States have embraced this line of reasoning: the so-called Rebuilding Economic Prosperity and Opportunity of Ukrainians Act (also referred to as the REPO Act) authorizes the US President to confiscate assets that are subject to US jurisdiction. Further comments on this REPO Act will be given in paragraph 9 below.

42. This protection would obviously not be available to oligarchs' assets.

43. See inter alia International Court of Justice 3 February 2012 (*Germany vs Italy*), ICJ Rep. 2012, p. 99, para 57 and 113. Also, generally on immunity, see i.a. H. Fox & P. Webb, *The Law on State Immunity* (Oxford International Law Library), Oxford: Oxford University Press 2015. In respect of more particularly immunity of Russian assets: I. Wuerth, 'Immunity from Execution of Central Bank Assets', in: T. Ruys & N. Angelet (eds), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2019; in the same handbook T. Ruys 'Immunity, inviolability and countermeasures – a closer look at non-UN targeted sanctions'; A. Moiseienko, 'Frozen Russian Assets and the Reconstruction of Ukraine: Legal Options', Anton and Project, International Lawyers and Corruption, Spotlight on, June 2022, ssrn.com/abstract=4149158 (accessed on 19 March 2024); the same author, 'Sanctions, confiscation and the rule of law', *Revue Européenne du Droit* (4) 2023, afl. 5, p. 33-39. It is stressed that the foregoing references are but a random choice out of a myriad of publications on this subject generally and on the matter of the Russian assets in particular.

Another line of reasoning suggests that the public international law immunity doctrine is in the process of further development, and such developments increasingly allow for exclusions from immunity protection (as for instance in the case of large scale unlawful armed aggression involving gross violation of humanitarian law). This approach obviously carries inherent uncertainties.

According to a third line of reasoning it should be possible for immunity to be set aside by way of enforcement of a ruling of an international court (such as the ICJ in The Hague). Apart from the uncertainty whether such court would be willing to issue a favourable ruling eroding the sanctity of immunity in this particular instance, the difficulties in timely obtaining a court ruling would seem to preclude the effectiveness of this approach. And what would be the impact of non-recognition by Russia of the competence of courts such as the ICJ or non-acceptance of their eventual rulings?

The fourth possibility is that of using the doctrine of third country counter-measures, discussed in paragraph 8 below. Seizure based on this doctrine would *prima facie* seem to be the most promising, but it would without doubt be advisable to further develop and try to substantiate the other above mentioned avenues as well (even though they would appear not to be sufficiently widely embraced as representing customary public international law). These complex issues cannot be further delved into in this chapter, but it is worthwhile noting that the legal uncertainties referred to above are exacerbated by worries about the precedent large scale inroads on immunity protection would create (despite the existence of precedents over the past years),⁴⁴ and about the effect seizure of central bank assets could have on the financial stability of countries where sizable Russian assets are located. This latter point relates not just to the possibility of Russian counter-measures (including, as stated above in this chapter, against Euroclear Bank and involving assets of that bank in Russia and other jurisdictions),⁴⁵ but also to the threat of repatriation of assets by other countries such as China, India, South Africa and Middle Eastern countries which because of this precedent feel they can no longer rely on sacrosanct protection of their assets.⁴⁶ Who is to say which country will in future be perceived as a rogue state deserving to be deprived of its foreign held assets because of perceived international wrongdoing? The threat to financial stability was already identified in this chapter above.

As far Russian countermeasures are concerned, the Russian government has already over the past few years issued a barrage of laws and regulations targeting assets owned by foreign investors from countries that condemn the Russian invasion of Ukraine and that have imposed sanctions, including without limitation measures imposing 'voluntary' contributions levied on asset sales, windfall taxes, dividend payment restrictions, and the placement of foreign owned enterprises

44. See i.a. Gortsos at footnote 39.

45. Euroclear Bank has stated in its summary of 2023 results: 'Russian sanctions and countermeasures resulted in direct costs of £ 62 million and a loss of business income of £ 24 million'. In the view of this writer, these figures by no means reflect the extent of Euroclear Bank's risk exposure. See also footnote 20.

46. See footnote 50.

under Russian government appointed administration.⁴⁷ This chapter will not deal with these retaliatory measures.

8 Third-country countermeasures

Does public international law allow that expropriation of assets of a certain state takes place by a state in order to use the proceeds thereof to compensate for wrongful acts committed by that certain state against a third state? This issue is extensively referred to in an authoritative Report of the International Law Commission entitled 'Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts', to be found in the Yearbook of the International Law Commission, 2002, vol. II (Part Two), and is at some length discussed in Philippa Webb's paper referenced in footnote 4 above. Whilst the views of the International Law Commission, expressed in 2001, are notably cautious on the question of whether and under which circumstances such third country measures are permissible, stating that international public law on the subject is still in development⁴⁸ and accordingly subject to legal uncertainty, Prof. Webb states, based largely on developments occurring since the International Law Commission's report, that:

'States can justify confiscation of [Russian Central Bank] assets as a third-party countermeasure, which does not require showing that the confiscating state is directly injured or specially affected by Russia's conduct. There is widespread state practice supporting the availability of third-party countermeasures in international law, including in relation to securing reparation in the interest of the injured state.'

This chapter cannot further examine this complex issue of public international law, but it is encouraging that authoritative views in support of third-party countermeasures provide some intellectual comfort on the validity of expropriation measures. In January 2024, a group of public international law experts wrote an open letter to the G7 countries concluding that:

'We have concluded that it would be lawful, under international law, for States which have frozen Russian State assets to take additional countermeasures against Russia, given its ongoing breach of the most fundamental rules of international law, in the form of transfers of Russian State assets as compensation for the damage that has resulted directly from Russia's unlawful conduct.'⁴⁹

47. See inter alia an A&O Shearman paper summarising various Russian retaliatory measures, 'Russian counter-sanctions. New measures targeting "unfriendly" foreign investors in Russia (II)', 16 July 2024, jdsupra.com/legalnews/client-alert-russian-counter-sanctions-1311196/ (accessed 1 August 2024).

48. 'Practice on this subject is limited and rather embryonic', *Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-fourth session*, New York and Geneva 2009, p. 137.

49. M.T. Kamminga, 'Confiscating Russia's Frozen Central Bank Assets: A Permissible Third-Party Countermeasure?', *NILR* 2023, afl. 1, p. 1-17. In this connection, see also L. van den Herik et al. (ed.), 'Legal consequences of a serious breach of a peremptory norm: the international rights and duties of states in relation to a breach of the prohibition of aggression (Advice Nr 41)', CAVV, The Hague 17 November 2022.

Obviously these opinions do not address the fundamental macro-economic aspects of confiscation, and until these issues have been more concretely and quantifiably addressed, one cannot expect in particular European countries to move towards confiscation; the prevailing European view is that the legal and macro-economic consequences are too risky.⁵⁰ The US approach is more sanguine, but this is in part explained by the rather limited volume of Russian assets held in the US.⁵¹

9 The REPO Act

It is worthwhile to briefly discuss the US statutory approach as embodied in the REPO Act, formally known as the Rebuilding Economic Prosperity and Opportunity for Ukrainians Act.⁵² Fundamentally, the US President may pursuant to this Act confiscate Russian frozen assets subject to US jurisdiction that are held by US financial institutions. The REPO Act does not as such alter the status of Russian State assets; they will remain frozen unless and until the executive branch of the US government exercises its statutory seizure powers. If these powers are exercised, the assets concerned are subject to permanent seizure. The proceeds are to be deposited into a Ukraine Support Fund, established by the Act. This fund will be usable only for compensation to Ukraine for damages caused by the Russian invasion. The Act contemplates that this fund may be combined with or merged into an international fund with the same purposes.

The legality of the REPO Act is likely to be subjected to constitutional challenges in the US courts, either before or at the occasion of the confiscation authority being exercised, so it remains uncertain whether the Act can and will actually be used. Promulgation of the Act will however anyhow trigger Russian retaliatory measures, as indeed already announced by Russian Governmental authorities.⁵³ A legislative framework has already been established in Russia, putting foreign investments in Russia at risk of expropriation or loss of control in various ways. Already appropriated foreign assets in Russia have triggered extensive legislation in the United States.

Can the REPO Act set aside obligations of the United States as imposed by public international law? This chapter is not the place where this question can be analysed in depth, but the following comments may provide some initial general pointers.

50. This is a very real risk: A recent Bloomberg news message of 9 July 2024 reports that Saudi Arabia has stated that it would divest some of its holdings of 'Western' government bonds if expropriation of Russian State assets would occur. Such divestment would in the opinion of Bloomberg not necessarily materially affect the pricing of these government bonds, but the move may be expected to trigger similar or additional responses by States not sympathetic to any such US/European measures. Saudi Arabia is estimated as having net reserves maintained abroad to the tune of some \$445 billion. See D. Krasnolutska, J. Jacobs & A. Nardelli, 'Saudis Warned G-7 Over Russia Seizures With Debt Sale Threat', *Bloomberg* 9 July 2024, [bloomberg.com/news/articles/2024-07-09/saudi-arabia-veiled-threat-to-g7-over-russia-assets](https://www.bloomberg.com/news/articles/2024-07-09/saudi-arabia-veiled-threat-to-g7-over-russia-assets) (accessed 20 July 2024).

51. Only about \$ 5 billion of the overall \$ 300 billion of Russian State funds are located in the US, see K. Rudik, 'US takes big step toward making Russia pay for Ukraine invasion', *atlanticcouncil.org*, 28 April 2024, www.atlanticcouncil.org/blogs/Ukrainealert (accessed 25 May 2024).

52. [congress.gov/bill/118th-congress/house-bill/815](https://www.congress.gov/bills/118/congress/house/bills/815) (accessed 1 August 2024).

53. See for instance K. Davies et al., 'REPO for Ukrainians Act Provides for the "Repurposing" of Seized Russian Sovereign Assets', *skadden.com*, 2 May 2024, [skadden.com/insights/publications/2024/05/repo-for-ukrainians-act](https://www.skadden.com/insights/publications/2024/05/repo-for-ukrainians-act) (accessed 25 May 2024).

Generally, European international law scholars are more prone to the acceptance of international law as hierarchically superior to and derogating domestic law, and this is largely due to the acceptance by Member States of overriding European law. In other jurisdictions, such as the United States, views on the relationship between the law of nations and domestic law are rather more complex, nuanced and tainted by domestic concerns.⁵⁴

The application of international law *within* a State depends on how that State has determined that international law should internally be applied. There are two possible approaches here. The first is the 'monism' approach, which sees international law *ipso jure* being part of national law, with international law being given a higher hierarchical ranking than domestic law. The second is the 'dualism' approach whereby international law is seen as a separate legal system which a State determines whether or not to be applicable domestically. Whilst countries such as the Netherlands and Germany in principle apply the monism approach, countries such as England and the United States will generally apply the dualism approach, but it has to be noted that a mixture of the two approaches is in practice occasionally applied (States tend to act opportunistically when issues of international public law collide with national interests).

The position as described in the previous paragraph relates to the application of public international law within a sovereign state. But if a country breaches its international obligations, it would have to bear the consequences on the international level, whether or not the public international law provision that is breached is applied domestically. As the International Law Commission has stated: 'The characterization of an act of a State as internationally wrongful is governed by international law. Such characterization is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law.' And: 'The responsible State may not rely on the provisions of its internal law as justification for failure to comply with its obligations...'⁵⁵

According to this general rule, the REPO Act may authorize expropriation, but this would not absolve the United States from its responsibilities under international law if expropriation violates the relevant rules of the law of nations. Accordingly, whether or not the REPO Act might be quashed on a constitutional basis by the United States Supreme Court because the Act unlawfully ignores the supremacy of international law, the United States may be held liable for such violation. In the words of the International Law Commission a violation will require 'full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act' including 'any damage, whether material or moral'.⁵⁶

54. See, i.a., A. Nollkaemper, 'Rethinking the Supremacy of International Law', *Zeitschrift für öffentliches Recht* 2010/65, p. 65-85.

55. Art. 3, 32 and 39 of the ILC's Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.

56. Art. 31 of the Draft Articles referred to in footnote 55.

10 **Should Europe follow the US legislative approach?**

Should the European Union adopt a regulation along the lines of the US REPO Act, allowing the Union to confiscate Russian State assets that are deposited with European financial institutions? A preliminary question would be whether the European Union has the *authority* to promulgate such regulation. Article 2(4) of the Treaty on the Functioning of the European Union provides that ‘The Union shall have competence, in accordance with the provisions of the Treaty on European Union, to define and implement a common foreign and security policy, including the progressive framing of a common defence policy’. This provision addresses only *policy* issues. Article 24 of the Treaty on European Union stipulates that ‘The adoption of legislative acts shall be excluded.’ Could this prohibitive hurdle be overcome? In any event, individual Member States could themselves adopt legislation spurred on by the US example.

If such legislative approach is indeed viable, perhaps by way of concerted action among like-minded Member States, the following (necessarily brief) comments can be made as to the advisability of that approach. There are good arguments for following the American initiative, and equally good arguments for refraining from doing so, including the following. The arguments in favour include the giving of a meaningful political message that such legislation would convey to Russia and the outside world. Also the availability of this confiscation measure may in the future become useful, both as a bargaining tool and as an executive measure in circumstances where the potential macro-economic fall-out is thought to be manageable. Also, expropriation based on a specific legislative act that specifies the extraordinary nature of its provisions may be marginally less threatening to sovereign States that fear for their foreign held assets. On the other hand, from the European law perspective it would be awkward to adopt legislation that ignores (and therefore violates) the supremacy of international law as recognized by the European Union. The promulgation of such legislation may, even if the authority to confiscate is not as yet exercised, trigger undesirable macro-economic consequences as outlined in this chapter above. In any event, as in the case of the REPO Act, retaliatory Russian measures may be expected, and the overall impact of such measures on European business interests in Russia must of course be thoroughly analysed. And the possibility that the macro-economic fall-out may in future become manageable, should, at least for the time being, be considered largely theoretical. On an equally fundamental level one may query whether such regulation is really necessary, given the fact that Russian State assets should in any event not be released from the existing freeze until, loosely worded, it has been determined that Russia has complied with its international obligations towards Ukraine. Of course, a freeze without confiscation will not allow the frozen funds concerned themselves to be applied towards supporting Ukraine, but the possibly all but indefinite continuation of the freeze is at the very least a powerful negotiation tool, even if Russia appears to weather the sanctions rather easier than expected. The foregoing of course assumes that the European Union’s current freeze measures will be extended each time they expire;

most recently, on 12 September 2024, the EU Council extended the measures until 15 March 2025.⁵⁷

11 Oligarch assets

The foregoing paragraphs deal principally with assets given in deposit with CSDs or other depositaries. But what about oligarch assets, which could consist of real estate property, ships, credit balances on bank accounts, stocks held with banks or custodians? The values and amounts involved are again huge, as stated in paragraph 1 above. The following questions arise here:

- What are the rights and obligations of the banks, custodians, companies and countries where these frozen assets are held, in respect of these assets and towards the owners thereof?
- Are there ways in which these assets can be expropriated and divested, with the sales proceeds becoming available for military support and/or the reconstruction of Ukraine?

As to the first point, difficult questions arise, which this chapter will attempt to identify in paragraph 13 below. As to the second point, it appears impossible to accomplish this; see the comments in paragraph 12 below on the application of the European Human Rights Convention (ECHR).

12 Expropriation in accordance with the ECHR provisions?

Expropriation of assets by an ECHR member State is in principle subject to the provisions of this Convention, in particular the provisions of Article 1 of the 1952 Protocol, which states:

‘Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law. The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.’

The Convention does not provide protection to States against expropriation measures by other States.⁵⁸ The Convention would undoubtedly apply to confiscation of – directly or indirectly – privately held oligarch assets. Which conditions does the Protocol impose?

57. See Council of Europe press release ‘Russia’s war of aggression against Ukraine: EU individual sanctions over territorial integrity prolonged for a further six months’, 12 September 2024, consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/09/12/russia-s-war-of-aggression-against-ukraine-eu-individual-sanctions-over-territorial-integrity-prolonged-for-a-further-six-months/.

58. See Art. 34 in conjunction with Art. 1 of the Convention.

- (1) The public interest requirement: confiscation may well be construed as being in the public interest, if such confiscation would be effected by the European Union or an EU Member State. It could be argued that there is an overarching European public interest in (a) financing the Ukraine war effort where it is imperative that Russia does not succeed in its aim to annex Ukraine, in (b) ensuring stability in Europe by enhancing the speedy economic recovery of Ukraine, (c) ensuring that to the maximum extent possible European tax payer money is spared in this context by using Russian sourced assets (including assets belonging to Russian private citizens⁵⁹), and (d) discouraging illegal brute force by one State against another.⁶⁰ It must be recognized however that⁶¹ there is no case law on the justification of expropriation of privately held assets in the context of war damage reparations.
- (2) The condition that confiscation should be ‘subject to conditions provided for by law’ entails that confiscation should be effected by promulgation of formal statutes promulgated by the countries involved. Such statutes should elaborate on the justification for and the consequences of confiscation. Generally applicable principles of foreseeability, fairness (in the sense that there must be a fair balance between the interests of the parties involved), proportionality and non-discrimination will need to be observed. Can such statutes provide that no compensation will be due for the expropriation of these assets? This is not inconceivable, but would likely be an uphill battle, given that ECHR case law emphatically embraces the general notion that expropriation without compensation violates Article 1 of the Protocol. Devising statutes enabling expropriation will require a delicate mixture of bravery, inventiveness, subtlety and sensitivity on the part of the legislators. To a certain extent the concept of the ‘margin of appreciation’ afforded to Member States in the context of expropriation measures, may help.⁶²
- (3) The Treaty also stipulates that confiscation is subject to ‘the general principles of international law’. This stipulation does not exclusively refer to *public* international law. What could these principles entail, other than general principles of law generally imposed and as set out in the case law of the Strasbourg Court? The ECHR Guide referenced in footnote 60 provides no guidance other than mentioning general principles of law as referred to in the previous bullet.⁶³

Having stated this, the notion of expropriation of assets belonging to oligarchs faces a substantial legal (and perhaps also moral) stumbling block in that these oligarchs are not known to be involved in the Ukraine war other than providing political (and financial?) support to President Putin and other Russian leaders. It is to be remembered that the political rationale of freezing their efforts was principally to encourage them to disavow their Russian leaders... It seems at first sight a bridge too far to legally consider them co-perpetrators of the international

59. Who have largely obtained their wealth through government endorsed cronyism, and where it could consequently conceivably be argued that this wealth should in this context be considered substantially equal to State owned assets.

60. Compare sections 125 ff of the Guide on Article 1 of Protocol no. 1, to be found at refworld.org/jurisprudence/caselawcomp/echr/2020/en/123529 (accessed 7 April 2024).

61. At least to the knowledge of this writer.

62. See Section 134 ff of the Guide referenced in footnote 60.

63. *Ibid.*, sections 114 ff on the ‘principle of lawfulness’.

crimes committed by the Russian leaders (unless perhaps it can be substantiated that they actually funded the Russian war effort – other than by paying statutorily due taxes). So, in addition to the difficulties in construing set off to counter Russian oligarchs' claims, the legal rationale for confiscation itself appears to be on shaky grounds. But the foregoing comments are subject to the caveat that these oligarchs are not all in comparable positions, and the analysis in respect of any one oligarch may be substantially different from that regarding another. This circumstance also requires careful calibration of the non-discrimination principle referred to above.

13 Incomplete European freeze measures

The freeze measures imposed by the European Union are based on the 2014 measures that the EU imposed following the Krim annexation; they are basically contained in Regulation (EU) nr. 269/2014 of 17 March 2014 and Regulation (EU) No 833/2014 of 31 July 2014, each as frequently subsequently amended. Interestingly, these regulations contain no provisions on the management of frozen assets during the freeze, neither do they provide for what is to happen when the freeze is lifted. This latter point is fully understandable, since the circumstances in which 'unfreezing' would occur and the consequences thereof are unclear; unfreezing could possibly become the subject of special arrangements set out in a separate peace and settlement treaties between Russia, the Ukraine and other States involved. The former point is perhaps less understandable, since many questions arise as to how frozen assets should be managed, and as to whether shortcomings in management may lead to liability of the persons entrusted with such management, in particular towards the owners.

14 Applicable law

According to which system of law should questions relating to the management of frozen assets be addressed? This preliminary question is in itself complex. Generally, it would seem logical that the laws of the country imposing the freeze and where the frozen assets are located should apply, but the contractual arrangements concerned (to the extent not set aside by the freeze orders concerned) will need to be taken into account and those arrangements are likely to be subject to a governing law chosen by the parties. The possibility that these questions must be answered according to relevant principles of customary public international law (if such principles indeed exist) cannot be discarded. In so far as private international law principles are to be applied (by analogy or otherwise), it is again noted that these principles may vary depending on the law applicable in the country where these issues are litigated. Russian claimants are likely to litigate in any number of courts where they feel more likely to be given a sympathetic ear, exponentially complicating these issues.

15 **Extent of rights and duties**

To the extent that frozen assets were originally given to a bank or custodian or other third party (collectively in this chapter further referred to as a ‘custodian’⁶⁴) based on contractual arrangements, this will in part be dependent on the contents of the arrangements, but a first question is whether these contractual provisions must be deemed set aside or otherwise affected by the freezing measures.

Clearly in this context a general distinction will have to be made between the concept of ‘disposal’ and that of ‘management’. This distinction is not always easy to make. Actions that fall under the concept of ‘disposal’ will generally fall under the freeze prohibitions, but actions that fall under the concept of ‘management’ should not, assuming that the performance of management would not be affected by the freeze measures. To the extent that freeze measures do not address management issues, the legal position should in the view of this writer be that there is no legal basis for setting aside the relevant management provisions applicable to the parties, arguably except where management actions would provide direct financial benefit to the ‘owner’ of the frozen assets.⁶⁵

There are of course borderline cases. One could for instance consider an instruction given to the custodian to replace certain assets with other assets; this could for instance occur where certain assets are underperforming or deteriorating and where it makes sense to divest of these assets in favour of assets with better returns on investment. Would compliance with such instruction violate the freeze order, because it involves a disposition, or would this be considered neutral from a regulatory standpoint, since as a result of the replacement the portfolio of assets subject to the freeze is improved for the benefit of all parties concerned and the freeze remains fully in place continuing serving its original objective? The same question arises in case of divestments where the proceeds of divestment are subject to the same freeze as the original assets concerned. If for instance the coupon yield of frozen bonds or dividends on shares may be collected by the custodian and put on a deposit account being subject to the same freeze as the original bonds or shares concerned, as is generally accepted to be legitimate under the freeze orders

64. The term ‘custodian’ is rather loosely used in this chapter. The term does not only refer to situations where the relationship between the owner and the custodian is based on a custody contract in the traditional sense of the word. In this chapter, a custodian could be any party having some form of control or oversight over Russian frozen assets. Banks with whom deposits have been placed by any sanctioned Russian parties would therefore be custodians in this sense of the word, as would financial institutions where securities are held in custody or trust for sanctioned Russian parties. Likewise, shipyards where vessels targeted by sanctions are situated (in the course of being built, or for repair, maintenance or just mooring) and warehousing operators where physical goods such as commodities are being held on behalf of sanctioned Russian parties, would be custodians in this sense of the word. Also, where governments or government agencies have appointed companies or persons to take care in one form or another of assets targeted by sanctions, they would also be considered to be such custodians. The EU sanctions regulations do not as such distinguish between different categories of such custodians. The term custodian (or any similar terminology) is not used in these regulations.

65. To illustrate this point, see for instance item 27 of FAQ ‘Asset freeze and prohibition to make funds and economic resources available. Related provision: Council Regulation 269/2014’, 5 September 2024, finance.ec.europa.eu/document/download/c7265161-3d9c-42e2-a928-e5b38c02bb92_en?filename=faqs-sanctions-russia-assets-freezes_en.pdf (accessed 7 September 2024).

concerned, why would not the same approach apply with respect to proceeds of divestments? The intents and purposes of the freeze as well as its effectiveness continue to apply.

16 **Questions arising**

If the above analysis is indeed correct that management issues are not in principle in themselves affected by the freeze, then what rights and duties are involved? The following questions would in any event arise:

- (a) Does the 'owner'⁶⁶ of the assets concerned have the right to demand periodic reports on the status and management of the assets concerned and the results (returns on investment) achieved with these assets?
- (b) Does the owner have the right to require the custodian to reinvest the monies earned on the assets concerned in a particular manner?
- (c) Could the owner require that the custodian arranges for the exploitation of physical assets, e.g. by chartering out luxury yachts or renting out properties?
- (d) Does the owner have the right to require that certain assets are sold and that the proceeds of sale are deposited on interest earning deposit accounts?
- (e) Does the owner have the right to require replacement of certain assets?
- (f) If it concerns physical assets (gold, commodities, luxury yachts, etc.), does the owner have the right to instruct the custodian to ensure the safekeeping and maintenance of those assets in any particular manner?
- (g) If maintenance of frozen assets involves costs, who should provide such funding? Imagine, for example, a yacht that requires upkeep (or even finalisation of a structural project) in a boatyard; could the boatyard require the State imposing the freeze to provide such funding? Or could the owner require the State to do this?
- (h) Could the owner demand that the custodian is replaced if he defaults in the performance of his duties?
- (i) In how far may the custodian be held liable for non-compliance with any of the foregoing instructions, or for failing in his duties as a prudent custodian?

There would appear to be no convincing reason to assume that owners should *not* have the entitlements outlined in (a) through (h), but the determination whether that entitlement exists will always require careful analysis of the breadth of the applicable freeze conditions concerned. The EU freeze regulations concerned generally use broad terminology, the extent of which is not always clear. Just to give one example, with respect to the activities referred to under (b), (d) and (e) above, the prohibition set out in Article 5 of Regulation (EU) No 833/2014 of 31 July 2014 covers the acquisition or sale of securities and the extension of investment services. Could that statutory provision prevent a custodian from carrying out instructions of the owner concerned in relation to his financial assets?

It is unknown to the writer of this chapter whether the owners of the assets concerned have made use (or tried to make use) of their rights as outlined above, and if so what the response of the custodian or the State concerned has been. Presum-

66. See footnote 6.

ably, as it is better to be safe than sorry, the custodian will have liaised with the authorities that have imposed the freeze in order to ascertain whether there could be a breach of the freeze provisions if instructions of the owners or the contractual duties of the custodian are complied with.

In this context, it is noted that Article 12 of Regulation (EU) No 833/2014 of 31 July 2014 of the European Council provides in remarkably broad terms that ‘it shall be prohibited to participate, knowingly and intentionally, in activities the object or effect of which is to circumvent prohibitions in this Regulation (...)’.⁶⁷ The intentionality condition obviously mitigates the risk of violating this prohibition, but prudence is nevertheless strongly recommended. Article 12 is somewhat contradictory, because the intentionality requirement is mitigated by its final wordings by which the scope of the prohibition is extended to participations ‘in such activities without deliberately seeking that object or effect but being aware that the participation may have that object or effect and accepting that possibility’. Intentionality and awareness are rather different concepts.

In 2023 the European Commission published its ‘Guidance for EU operators: Implementing enhanced due diligence to shield against Russia sanctions circumvention.’⁶⁸ And on 24 April 2024, a new Directive ‘on the definition of criminal offences and penalties for the violation of Union restrictive measures’ was promulgated.⁶⁹ This Directive provides broad definitions relating to the violation of freeze measures, subject to the requirement of intentionality. It also contains strict provisions on aiding and abetting violations, and explicitly provides that attempts to commit violations will be punishable as criminal offences. Member States are required to adapt their domestic legislation by 20 May 2025.

As to potential liabilities, the protective provisions of Article 8 of the above mentioned Regulation are briefly discussed in paragraph 17 below. Apart from those provisions, companies who act as custodians will normally have included exclusion of liability clauses in their general terms and conditions or specific contracts (on which they may or may not always be able to rely), but States usually do not.⁷⁰ And if States have outsourced custodian functions to a private party, then that private party may be able to rely on agreed exoneration clauses, but not the instructing State concerned. This principle is firmly embedded in most jurisdictions; see for instance Article 8:107 of the European Principles of Contract Law. If a State has entrusted the custody functions to a state agency, that state agency could conceivably nevertheless invoke a statutory liability protection that such State has provided it with and thereby possibly extend that protection to the State itself.

67. Regulation (EU) No 269/2014 contains a similar provision in Art. 9(1).

68. European Commission, ‘Guidance for EU operators: Implementing enhanced due diligence to shield against Russia sanctions circumvention’, finance.ec.europa.eu/system/files/2023-12/guidance-eu-operators-russia-sanctions-circumvention_en.pdf (accessed 20 May 2024).

69. Directive (EU) No 2024/1226 of 24 April 2024.

70. However, agencies of the State will occasionally be granted statutory protection against liability, notably in the financial sector. Central Banks will in a number of jurisdictions (see for a complete overview the Central Bank Legislation Database of the IMF), be granted liability protection mainly in respect of their rights and duties as supervisory authorities.

17 Specific actions and remedies for custodians to consider

As of September 2024, EU sanctions on Russian assets have covered some 2200 individuals and entities.⁷¹ So the recommendations and suggested approaches referred to in this paragraph can only be generalized. How can custodians in the best practically possible manner protect their interests towards their Russian counterparties? Actions and legal instruments to be considered include (but without pretending any measure of comprehensiveness):

- Complex layered ownership structures undoubtedly complicate the question whether certain assets are indeed frozen. Clearly, if there are grounds for doubt, thorough legal analysis is called for: the existence of doubt, or situations where doubt objectively should have arisen, deprives the custodian of a ‘good faith defence’ against allegations of violation if the custodian does not follow up on such doubt.

In respect of Article 2 of Regulation (EU) No 269/2014, the EU Commission warns in an FAQ:

‘Operators need to exert the highest caution when dealing with associated persons or entities. If non listed entities are deemed to be owned or controlled by listed persons or entities, their assets must be frozen as well, and no funds or economic resources can be made available to them.’

It appears from this FAQ that there is a linkage presumption, rebuttable by the entity concerned.⁷² This admonition of the European Commission gives a sobering twist to the ‘good faith’ protection that the European regulations provide for the benefit of unconscious violators; these ‘good faith’ provisions (Art. 10 of Regulation (EU) No 833/2014 and 269/2014) read as follows:

‘Actions by natural or legal persons, entities or bodies shall not give rise to liability of any kind on their part if they did not know *and had no reasonable cause to suspect*, that their actions would infringe the measures set out in this Regulation’ (italics added).

Liability in these provisions appear to offer protection against both civil, criminal and administrative law enforcement measures (the above quoted qualification ‘of any kind’ appears to allow broad scoping). These provisions, this chapter would argue, does however not necessarily also cover situations where one party institutes a civil law damages claim against another party based on the circumstance that such other party has inflicted damages upon it by not having abided by sanctions regulations applicable to that other party.

It is to be remembered that the domestic courts of the Member States are to determine whether a good faith defence is upheld or not. There is a certain (but not

71. See the press release referenced in footnote 57.

72. See FAQ as of 5 September 2024, referenced in footnote 65.

very broad) measure of discretion for domestic courts.⁷³ The outcome of proceedings may vary considerably depending on the Member State where the violation is litigated. And there may be uncertainty to whom a violation must be attributed. If for instance a violation occurs because of action or inaction of a branch office of a bank in member State A, could such violation not only be attributed to that branch office but also be attributed to that bank in member State B where it has its statutory seat and head office?⁷⁴ Courts in different countries may come to varying conclusions.

The territorial scope of these provisions beyond the borders of the European Union is unclear. See Articles 13 and 17 of respectively Regulation No 833/2014 and 269/2014. Would for instance a competent court in the UK or the US feel bound to honour the intents and purposes of these Union law provisions if proceedings are instituted in those jurisdictions, even in situations where Union law is manifestly governing the relationship between the parties concerned?

- Custodians having identified frozen Russian assets held by them, will do well to analyse and anticipate on possible instructions from their Russian counterparts, and to have a comprehensive understanding on whether they are entitled to comply with such instructions.
- In case of uncertainties on the meaning and scope of the terms of the freeze orders concerned or the extent of the prohibitions, custodians will be well advised to endeavour to attain clarity from the regulators concerned (or specialized legal advisers). This is not an easy exercise; the definitions in the freeze orders are broad and generally capable of widely varying interpretations. The European Commission provides some help and guidance in their FAQ publications (see footnotes 72 and 65). Individual countries may also themselves provide a helping hand. For instance, in the Netherlands, the Ministry of Foreign Affairs has published ‘Juridische vragen sancties Rusland en Belarus’ (*Legal questions on sanctions against Russia and Belarus*) and the Ministry of Finance provides a ‘Leidraad Financiële sanctieregelgeving’ (*Guidance on financial sanctions regulations*).⁷⁵ Obviously these guidelines do not have the force of law, but they do provide authoritative interpretations. Similar guidance is available in the

73. Regulation (EU) No 833/2014 states in Art. 8 and Regulation (EU) No 269/2014 states in Art. 15 that Member States ‘shall take all measures necessary to ensure that [the provisions of these Regulations] are implemented’. In addition, that penalties must be ‘effective, proportionate and dissuasive’. These provisions clearly express the intent of the European legislator that there should be no room for a relaxed acceptance by the courts of a ‘good faith defence’. Discretion is therefore limited.

74. In this connection: the acceptance of a client by a bank in circumstances where that client has passed authorized standardized KYC/CDD procedures will of itself in principle not be enough basis for a ‘good faith’ defence.

75. Both publications to be found on the Ministries’ websites, including on rijksoverheid.nl.

US and in the UK.⁷⁶ Obviously, the varying approaches in these jurisdictions further complicate the monitoring process.⁷⁷

An important but complicating rule of thumb in interpreting sanctions regulations is that because the intents and purposes of these regulations is to maximize the damaging effects of sanctions in Russia and its economy, a broad rather than restrictive interpretation is generally called for.⁷⁸

- Custodians will do well to continue to monitor changes in the scope of the freeze orders concerned, in particular as regards the European and United States sanctions regimes, which are currently being expanded and clarified on a continuous basis. The European Union provides a useful sanctions update service.⁷⁹
- Is it possible that contracts are null and void as a result of the imposition of sanctions? This may well be the case if new contracts are concluded that violate existing sanctions restrictions; nullity or voidability (in part or in whole) may be the consequence of contracting in violation of the law.⁸⁰ Pre-existing contracts would generally not be null and void as a result of subsequent impositions of sanctions, but obviously the implementation thereof would be blocked by such sanctions.⁸¹ Apart from nullity or voidability, if clauses violating sanctions restrictions are an essential element of the contract concerned, parties may opt for dissolution of that contract; see below. This chapter will not discuss the varying civil or common law consequences of nullity and dissolution.
- Custodians confronted with contractual demands or claims from their sanctioned counterparties will generally have civil law defences available. An important tool for custodians will be found in the force majeure provisions of the jurisdictions concerned. An impossibility to perform because performance would violate sanctions regulations is generally recognised as constituting a valid force majeure defence against any performance claim of a counterparty.⁸²

76. For the US, see for instance trade.gov/russia-sanctions-and-export-controls. For the UK, see for instance 'Russia Guidance Guidance for the financial and investment restrictions in Russia (Sanctions) (EU Exit) Regulations 2019', assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/815675/Post_Brexit_-_Russia_guidance.pdf. (This latter publication focuses on financial sanctions). (Both websites were accessed 4 June 2024).

77. Obviously, there will often be an accumulation of rules, rather than alternatively applicable rules. Also, indirect applicability may further complicate compliance, and there may also be indirect sanctions effects. For instance, in the case of Amsterdam Trade Bank N.V. in the Netherlands, a banking subsidiary of the sanctioned Alfa Group in Russia, Microsoft determined that making available its internet and communications services to this bank would or would be likely to violate US sanctions rules, and for that reason discontinued its services to this bank, crippling its operational functions; this was an important factor contributing to the forced bankruptcy of this bank in circumstances where its capital and liquidity position did not warrant bankruptcy.

78. See J.J. Strijder & I.M. van den Oord, 'Ruslandsancties: over uitleg, vage normen en vragen bij de handhaafbaarheid ervan in de Nederlandse rechtsstaat', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2022, afl. 6, p. 359 ff.

79. See automated-notifications@nomail.ec.europa.eu (accessed 30 May 2024).

80. Provisions relating to contract nullity in case of violation of statutes may vary considerably in the domestic laws of Member States. See, in respect of Dutch civil law, Art. 3:40(1) DCC.

81. See, in respect of Dutch civil law, Asser/Sieburgh 6-III 2022/327 ff.

82. See, in respect of Dutch civil law, Asser/Sieburgh 6-I 2021/338 ff.

If European sanctions rules provide a dependable basis for a force majeure defence, this may be different where non-European sanctions rules, such as those of the United States, are concerned. By way of example, lower courts in the Netherlands have in certain circumstances denied such defence.⁸³

In certain instances a force majeure defence will not be necessary if the provisions of Article 11 of Regulation 269/2014 and 833/2014 can be invoked against a claim asserted by a sanctioned person or entity for the performance of certain obligations enumerated in that provision. Such claims include guarantee or indemnity claims, damages claims, set off claims or claims for the payment of debt securities. The burden of proof whether these provisions apply rests squarely with the sanctioned person or entity concerned. The exact scope of these provisions is far from clear; it appears these provisions concern claims of a financial nature, and it is uncertain whether they can be invoked in cases of claims for specific performance of contractual obligations. The latter category of claims can in any event be countered with a force majeure defence. As stated in this chapter above, the territorial scope of these European law provisions appears far from clear.

- Likewise, a defence based on the *exceptio non adimpleti contractus* doctrine will generally be available under the domestic laws of the member States.⁸⁴ This defence is available if the sanctioned counterparty is itself in arrears with the performance of its due obligations. If the sanctioned counterparty is not yet in arrears but there are circumstances on the basis of which it may reasonably be assumed that he will be in arrears, the other party may also suspend the performance of its obligations. This is the so-called anticipatory breach doctrine, widely applied in the European Union law jurisdictions.⁸⁵
- Defences based on a general good faith doctrine may also be available to parties dealing with sanctioned counterparties. In some civil law jurisdictions, a contractual provision cannot be invoked if that would in the circumstances of the case be unacceptable because not in line with standards of reasonableness and fairness.⁸⁶ Usually, the ‘unacceptability’ criterion to be met presents a significant hurdle to overcome when invoking this doctrine. In common law jurisdictions, a rather more restrictive approach is generally taken by the courts in respect of defences based on good faith arguments, particularly in the United Kingdom.⁸⁷
- In civil law jurisdictions, it may be possible to demand that a court will amend contractual terms or even to dissolve the contract concerned if unforeseen cir-

83. See Y. Amar, ‘Privaatrechtelijke aspecten van het Europese sanctierecht’, *MvV* 2023, afl. 2, p. 73 ff.

84. This defence means that a contract party is excused from performance for as long as the counterparty fails to fulfil his enforceable obligations under the contract concerned. The laws of the Member States will generally cater for such defence. See, in respect of Dutch civil law, Asser/Sieburgh 6-I, 2021/270 ff.

85. See, for the Netherlands, Art. 263 DCC and Asser/Sieburgh 6-III 2022/712 ff.

86. See, for the Netherlands, Art. 6:248(2) DCC and Asser/Sieburgh 6-III 2022/410 ff.

87. The High Court judgement in *Unwin vs Bond*, [2020] EWHC 1768 (Comm), provides good insight into the English approach.

cumstances are such that the contractual counterparty cannot expect performance of the contract as agreed because such performance would obviously be contrary to standards of reasonableness and fairness.⁸⁸ This is, particularly in common law countries, known as the *rebus sic stantibus* doctrine. The doctrine can, mostly in civil law countries, be invoked regardless whether or not a clause to that effect is included in the contractual arrangements. In the common law context it will generally be necessary that an explicit contractual basis for such claim can be invoked. Parties to contracts with sanctioned counterparties may well wish to consider this route to amend or dissolve their contracts (i.e., contracts entered into prior to the invasion into Ukraine) in order to obtain the necessary clarity about the consequences of the freeze orders.

- Whether existing contracts with sanctioned Russian counterparties may be unilaterally terminated by the custodian depends on whether the contract concerned (and the law governing that contract) allows for such termination under the circumstances. The existence of a force majeure event blocking performance would in itself not necessarily constitute grounds for unilateral termination, but there appears to be no uniform legislative approach in this regard in the Member States. Naturally, dissolution of existing contracts will generally be an available option in the event of a sanctioned counterparty default, and in any event contractual arrangements will likely allow for non-defaulting parties to opt out of the contract (although the consequences thereof may vary considerably). But a counterparty who cannot perform because of sanctions restrictions, would not necessarily be in default justifying dissolution.
- If and when costs of custody services are to be incurred or maintenance or other services are to be ordered from third parties, contract parties will do well to ensure that their sanctioned counterparties will pay for the costs thereof upfront, and explain that failure to do so will cause such maintenance not to take place or to be discontinued for the risk and account of the owners.

In this regard it is noted that making available funding to sanctioned persons and entities is prohibited by the said Regulations, and in a strict interpretation this means that prefunding the costs in question by custodians for the account of the owners is prohibited; the same arguably applies to allowing grace periods for payment obligations of the owners concerned.

- Custodians will do well to ensure that if and to the extent they can expect Russian compensation claims, any counterclaims they may have against their Russian counterparties are available for set off purposes. This means that such counterclaims should wherever possible be concentrated in the one legal entity against which Russian counterclaims may be expected to be directed.

A historic example where this approach was not adopted can be found in the handling of derivative transactions claims in the context of the financial crisis of 2007-2008. Where derivative contracts were spread out among group entities

88. See, for the Netherlands, Art. 6:263(2) DCC and Asser/Sieburgh 6-III 2022/436 ff.

of global financial institutions, set off possibilities proved to be unfortunately elusive.

- In the converse situation, if a custodian has claims against a sanctioned counterparty, set off by that counterparty should not be given effect to, if Article 11 of Regulation 629/204 and 833/2014 apply.

This generalised and summary enumeration of possible remedies is by no means exhaustive, and is only meant to point the way towards solutions in the context of contracts entered into with sanctioned counterparties.

18 **The converse situation**

This chapter will not discuss the converse situation: how EU companies and governments may protect themselves against actual and possible future Russian countermeasures, such as freezing of foreign owned assets in Russia, expropriation, restrictions on the repatriation of funds out of Russia, etc. That is a separate topic of substantial proportions, dealing not only with Russian domestic law but also with public international law rules to which Russia is bound, to substantially the same extent as the EU Member States, the UK and the United States, and with the interpretation and enforcement of bilateral or multilateral investment treaties to which Russia is a party.⁸⁹ The one issue which this chapter has briefly touched upon above, concerns the spiral of Russian retaliatory measures in possible reaction to 'western' governments' forceful treatment of frozen assets; this is an issue on which private parties can usually exert little influence if any at all, but there may nevertheless be certain instances where it is worthwhile for private parties to warn governmental policy makers of such retaliatory consequences of action against Russian frozen assets or other actions aimed at making the EU sanctions regime more effective and forceful.

What preventive actions, damage control actions or other legal remedies may be available to private parties, cannot be discussed or summarised here; too much depends on the circumstances of each individual case and the variety of possible scenario's. Nevertheless, a few generalised 'legal' pointers are given below:

- (a) There is probably from a practical point of view little if anything to be gained by foreign investors in Russia from any attempt to challenge the legality of Russian government or government agencies' measures before Russian courts or administrative tribunals. Costs and timelines are all but prohibitive, but perhaps more importantly the chances of success are likely to be dismal.
- (b) Another important consideration in respect of (a) above could be that if proceedings are undertaken in the EU (or elsewhere outside of Russia) against a Russian counterparty on the basis of the illegal or tortuous nature of Russian countermeasures, the fact that decisions in favour of the Russian counterparty have been issued by an arguably competent Russian court could complicate

89. For the BIT between Russia and the Netherlands, see 'Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Union of Soviet Socialist Republics', investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2076/download.

and possibly be counterproductive for such proceedings outside of Russia. It is not an absolute given that recognition or comity will be denied such Russian court decisions.

- (c) Proceedings undertaken in the EU (or elsewhere outside of Russia) may carry little prospect of enforcement against Russian counterparties in Russia, but they may nevertheless, if such courts can be persuaded to assume jurisdiction, have considerable value from various viewpoints. Court judgements awarding damages against Russian counterparties may in future prove to be significant negotiation tools. They may present claims that could in an ultimate settlement of the Ukraine conflict become part of an overall compensation scheme. Awarded claims may also in future prove to be useful for invoking set off against possible counter-claims.⁹⁰
- (d) Bilateral investment treaties (BITs) may provide a basis for claims against Russian counterparties (in particular the Russian State or Russian governmental agencies), if actions by such counterparties violate treaty provisions.⁹¹ BIT provisions concluded between States are only to a very limited extent standardized; variations abound and may lead to rather different outcomes. The BIT between Russia and the Netherlands is generally broadly phrased. It provides in Article 3(1) that 'Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment to the investments of investors of the other Contracting Party and shall not impair by unreasonable or discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by those investors'. In addition, Article 3(2) provides a most favoured nation (MFN) and non-discrimination clause in that 'treatment of foreign investments shall not be less favourable than that accorded to investors of any third State.' Article 4 further gives guarantees on the free repatriation of investment proceeds. There are several potential disincentives with regard to proceedings on the basis of BIT violations. The costs and duration of arbitration proceedings (and of ensuing enforcement proceedings if an award is given) are serious concerns if not altogether prohibitive. BITs in general, including the Dutch-Russian BIT, give rise to a multitude of interpretation issues, as outlined in legal treatises on these kinds of investment treaties.⁹² Exploring the possibility of obtaining arbitral awards on the basis of violations of BIT provisions may nevertheless be well worth considering. The considerations mentioned in (c) above are relevant in this context.

90. Damage claims relating to damages incurred in Ukraine as a result of the Russian unlawful invasion may be registered in a dedicated Claims Register established in the Hague at the initiative of the Council of Europe. See 'Register of Damage for Ukrainerd', 4u.coe.int/en/. There is a territorial limitation in that damages inflicted outside of Ukraine do not fall within the remit of the Register: damages resulting from retaliatory Russian measures inflicted and occurring in Russia would not be covered. It would however be advisable to ensure that damages claims falling within the remit of the Register are indeed registered, to ensure to the extent possible that such claims eventually may become part of an overall settlement mechanism.

91. The BIT between Russia and the Netherlands, as well as BITs between Russia and other Member States, are not affected by the termination of BITs concluded among Member States, set out in the Agreement for the termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union dated 5 May 2020. See N.A. van Loon & K.P. Olsthoorn, 'BIT by BIT towards the end?', *Tijdschrift voor Arbitrage* 2021/48.

92. See i.a. K.J. Vandevelde, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation*, Oxford: Oxford University Press 2010.

In addition to BITs, there are multilateral investment treaties, such as the Energy Charter Agreement,⁹³ to which Russia is not a party (but Ukraine is). This chapter will not deal with the possibilities of action on the basis of such treaties.⁹⁴

- (e) If arbitration proceedings under a BIT are not possible or unattractive for any reason, it may be possible to initiate civil or common law proceedings with competent courts on the basis of tort, on account of breaches of public international law principles (including those discussed in this chapter above), or perhaps even more generally on the basis of domestic law tort doctrine. This could be worth exploring for investors hit by Russian countermeasures. Some of the disincentives relating to BIT arbitration proceedings could thus perhaps be avoided. The considerations mentioned in (c) above apply here as well. This should then not constitute a circumvention of BIT arbitration provisions, but arguably an alternative course of action not blocked by law; some careful navigation may be required to convince courts to assume jurisdiction.
- (f) Competency of courts may be a difficult issue in actions based on tort. In the Netherlands for instance, following the rules of the Rome II Regulation, relative competence provisions⁹⁵ give the option between the place where the tort was committed and the place where (direct) damages were inflicted. Although the question where (direct) damages have occurred will often give rise to complex legal interpretation and analysis,⁹⁶ this will possibly give room to manoeuvre. One could argue that courts, in view of the impracticability of initiating proceedings in Russia, should take an extensive view as to their relative competency, even if such approach should not necessarily need to be expressly argued in their judgements.
- (g) Is it conceivable that enforcement in the EU of court judgements and decisions of an administrative authority in Russia that are adverse to the interests of a foreign investor in Russia, could in future be blocked by virtue of the so-called blocking regulation (Regulation (EC) No 2271/96, as subsequently amended)? For this regulation to become effective against Russian counterclaims being recognised and enforced in the EU, it would be necessary for Russian laws and regulations to be enumerated in the Annex to this regulation, and the regulation would probably also in other respects need to be amended. (The Regulation has originally been promulgated in order to restrict the extraterritorial effect of US sanctions against Cuba and Iran – a rather different perspective from that of protecting foreign investors against Russian claims for violation of Russian sanctions measures.) This approach may be a long shot, but European enterprises with exposures to Russian claims may wish to consider promoting the expansion of this regulation's scope.

93. From which the EU decided to withdraw in 2024; see energy.ec.europa.eu/topics/international-cooperation/international-organisations-and-initiatives/energy-charter_en (accessed 15 August 2024).

94. See generally on arbitration based on investment treaties, Asser *Procesrecht*/Sanders, Meijer & Ernste 8 2023/13.

95. Art. 99, 102 and 6 sub (e) of the Dutch civil procedures code.

96. See generally Asser *Procesrecht*/Van Schaick 2 2022/20.

19 Concluding comments

This chapter has tried to highlight the main issues in relation to the use of Russian frozen assets for purposes of supporting the Ukraine war effort and/or the reconstruction of Ukraine. Whilst from a moral and humanitarian perspective the use of these assets for these purposes appears fully justified, the legal analysis supporting such use is less solid than one would hope. The moral quandary generated by these legal uncertainties is very painful indeed, given the abhorrence of the Russian invasion in Ukraine...

This chapter does not claim to be comprehensive, but hopefully the most obvious issues and legal complications are at least identified. The solutions to these issues may or may not be capable of being developed with a sufficient degree of confidence and certainty. This chapter does not begin to provide solutions, but endeavours merely to identify the directions in which these may be found. There needs to be a continuing search for the safest approaches, but it appears for the time being that legal risks cannot be fully eliminated. The dilemma now is: how realistic must these risks be considered in order to be prohibitive? Notably, the US approach is fundamentally different from that in the European Union, and one may well ask whether the rather different levels of risks involved provide a convincing explanation for these different approaches.

The aggregate amount of frozen assets involved is staggering, but at the same time that amount is dwarfed by the amounts of funds needed to reconstruct Ukraine. The cruel irony of not being able to use these frozen assets for the benefit of Ukraine is difficult to accept, and for that reason alone the search for solutions and convincing legal analyses allowing for the use of frozen assets themselves must continue unabatedly. The process will take years...

This chapter has finally also provided some generalized guidance as to possible approaches dealing with contracts concluded with sanctioned counterparties. Applicable law may provide for various alternative relief possibilities, and parties to contracts with sanctioned counterparties will do well to analyse applicable domestic law if they have not already done so, and where necessary or appropriate to take preventive action and apply available remedies.

Nood breekt wet

Inzichten in en over overheidsingrijpen bij oorlog

Mr. drs. P.R. van den Berghe*

1 Inleiding

‘Oorlog is een te ernstige zaak om haar aan militairen over te laten’
Citaat van Charles-Maurice de Talleyrand-Périgord

Dit citaat onderstreept het bijzondere karakter van oorlog en het belang van het begrijpen van de dynamiek van oorlogen en gewapende conflicten. Voor de lezer die in dit preadvies een verhandeling verwacht van de gevolgen van oorlog op ondernemingen en het oorlogsrecht, is het van belang om eerst stil te staan bij het bijzondere karakter van oorlog of een gewapend conflict. Oorlog of een gewapend conflict vormt een existentieel risico voor een staat. Niet alleen is er het risico dat een deel van het territoire van een staat verloren gaat, maar in het geding is zelfs het voortbestaan als autonoom soeverein subject in het internationale rechtsverkeer en internationale betrekkingen. Kenmerkend voor het bestaan als staat is het hebben van een permanente bevolking, een afgebakend territoire, een regering en de capaciteit om internationale betrekkingen aan te gaan met andere staten.¹ Door oorlog of een gewapend conflict kunnen deze kenmerken die het bestaan van een staat bepalen onder het internationaal recht, fundamenteel en structureel worden aangetast. Dit legitimeert en verklaart ook de vergaande bevoegdheden die staten zich aanmeten in geval van oorlog of een gewapend conflict.

Oorlog of gewapende conflicten zijn de meest vergaande vormen van dwang die in internationale betrekkingen en onder het internationaal recht voorkomen. Als zodanig wordt onder internationaal recht getracht oorlog en gewapende conflicten in te kaderen en te reguleren. Een bekend voorbeeld hiervan is het Handvest van de Verenigde Naties: de Verenigde Naties zijn gebaseerd op het beginsel van soevereine gelijkheid van de leden van de Verenigde Naties, het beginsel dat internationale geschillen langs vreedzame weg tot een oplossing worden gebracht en het

* Patrick van den Berghe is coördinerend raadviseur bij de Directie Wetgeving en Juridische Zaken van de ministeries van Economische Zaken, Klimaat en Groene Groei en Landbouw, Visserij, Voedselzekerheid en Natuur. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

1. Art. 1 Montevideo Convention on the Rights and Duties of States, Montevideo (Uruguay), 26 december 1933.

verbod op bedreiging met of het gebruik van geweld tegen de territoriale integriteit of de politieke onafhankelijkheid van een staat.²

Ondanks deze beginselen onder het internationaal recht zijn oorlogen en vormen van gewapend conflict onverminderd aan de orde van de dag. Het langlopende gewapende conflict tussen Oekraïne en de Russische Federatie waarbij de Krim en andere delen van Oekraïens grondgebied zijn bezet en geannexeerd door de Russische Federatie is een geografisch nabij en recent voorbeeld. Dat het risico op oorlog of een gewapend conflict ook voor Nederland reëel is, werd nog in december 2023 door de commandant van de landmacht onderstreept in een interview.³ Daarbij dient niet alleen rekening te worden gehouden met de risico's op een gewapend conflict met de Russische Federatie. Ook een gewapend conflict in de Straat van Taiwan of in het Midden-Oosten kan Nederland raken door betrokkenheid van bondgenoten of geopolitieke cascade-effecten van een gewapend conflict tussen derde landen.

Het gevolg van deze toegenomen geopolitieke dreigingen is dat ook de Nederlandse overheid zich actief aan het voorbereiden is op een dergelijk conflict. Los van het inkopen van militaire goederen, het versterken van de internationale samenwerking,⁴ het realiseren van nieuwe defensiefaciliteiten⁵ etc. omvat dit ook de modernisering van het staatsnoodrecht en het introduceren van nieuwe wettelijke kaders. In dit verband kan gewezen worden op het wetsvoorstel Wet financiële defensieverplichtingen,⁶ het kader met algemene uitgangspunten voor de modernisering van het (staats)nood- en crisisrecht,⁷ de routekaart voor deze modernisering,⁸ het geconsulteerde wetsvoorstel tot wijziging van de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden in verband met de modernisering daarvan⁹ en het wetsvoorstel Wet weerbaarheid defensie en veiligheid gerelateerde industrie.¹⁰

Voor Nederlandse ondernemingen is het daarom van belang om zich rekenschap te geven van het mogelijke overheidsingrijpen in geval van crises die kunnen uitmonden in een oorlog of een gewapend conflict en welke overheidsmaatregelen getroffen kunnen worden in geval van oorlog of een gewapend conflict. Daarnaast zijn ook een aantal kaders en bevoegdheden in ontwikkeling die relevant zijn als voorbereiding op dergelijke crises en oorlogssituaties. Deze bijdrage probeert een

2. Art. 2 lid 1, 3 en 4 Handvest van de Verenigde Naties, San Francisco (Verenigde Staten), 26 juni 1945, *Stb.* 1945, 253.
3. 'Baas Nederlandse landmacht waarschuwt voor oorlog met Rusland', *rtl.nl*, 27 december 2023, ([rtl.nl/nieuws/artikel/5426518/nederlandse-landmacht-waarschuwing-oorlog-rusland-samenleving-vorbereiden](https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/landmacht/artikelen/2023/12/27/baas-nederlandse-landmacht-waarschuwt-voor-oorlog-met-rusland-samenleving-vorbereiden)).
4. Brief Ministers van Buitenlandse Zaken en Defensie van 23 februari 2024 (Kamerbrief Staat van Oorlog Europa, *Kamerstukken II* 2023/24, 21501-20, nr. 2019, p. 8 e.v.).
5. 'Omwonenden mogelijke locaties nieuwe munitieopslagplaatsen ongerust', *nos.nl*, 15 juli 2024 ([nos.nl/artikel/2528914-omwonenden-mogelijke-locaties-nieuwe-munitieopslagplaatsen-ongerust](https://www.nos.nl/artikel/2528914-omwonenden-mogelijke-locaties-nieuwe-munitieopslagplaatsen-ongerust)).
6. *Kamerstukken II* 2023/24, 36353, nr. 6.
7. Brief van de Minister van Justitie en Veiligheid van 6 december 2022 (*Kamerstukken II* 2022/23, 29668 en 26956, nr. 69).
8. Brief van de Minister van Justitie en Veiligheid van 10 oktober 2023 (*Kamerstukken II* 2023/24, 29668 en 26956, nr. 70).
9. internetconsultatie.nl/cwu/b1.
10. internetconsultatie.nl/wetweerbaarheiddefensieenveiligheidgerelateerdeindustrie/b1.

inzicht hierin te geven over wat thans de geldende kaders zijn en zal daarbij de reeds aangekondigde modernisering en nieuwe kaders betrekken.

2 **Bron van de bevoegdheden bij nood en oorlog**

Het optreden van de overheid in geval van een uitzonderingstoestand waarbij staatsnoodrecht wordt geactiveerd en het optreden van de overheid in geval een oorlog of gewapend conflict is uitgebroken, liggen in elkaars verlengde. Oorlog of een gewapend conflict is de ultieme exponent van een uitzonderingstoestand die de toepassing van noodwetgeving legitimeert. Voor beide bevat de Nederlandse Grondwet de noodzakelijke aanknopingspunten.

In artikel 103 lid 1 Grondwet is een grondslag voor organieke wetgeving opgenomen die regelt in welke gevallen ter handhaving van de uit- of inwendige veiligheid een door de wet als zodanig aan te wijzen uitzonderingstoestand kan worden afgekondigd. De gevolgen van een dergelijke uitzonderingstoestand wordt ook in die wetgeving geregeld. De afkondiging van een uitzonderingstoestand geschiedt volgens artikel 103 lid 1 Grondwet bij koninklijk besluit. In het tweede lid van artikel 103 Grondwet wordt duidelijk gemaakt dat deze wetgeving afwijkingen met zich mee kan brengen ten opzichte van de bevoegdheden van de besturen van provincies, gemeenten, waterschappen en andere openbare lichamen. Voor ondernemingen betekent dat dat daar waar normaliter bepaalde overheidsbesluiten door een provincie of gemeente worden genomen, in geval van een uitzonderingstoestand de bevoegdheid voor deze of daarmee vergelijkbare besluiten op rijksniveau komt te liggen.

Naast deze afwijking in bevoegdheidsverdeling met medeoverheden, geeft artikel 103 lid 2 Grondwet aan dat de wetgeving die de uitzonderingstoestand en de gevolgen daarvan regelt, ook afwijkingen van bepaalde grondwettelijk gewaarborgde grondrechten kan voorzien. Het gaat dan om afwijkingen van de godsdienstvrijheid voor zover de uitoefening daarvan buiten gebouwen en besloten plaatsen plaatsvindt, de vrijheid van meningsuiting en drukpers, het recht tot vereniging, het recht tot vergadering en betoging, het vereiste van voorafgaande mededeling van het doel en overleggen van legitimatie bij het binnentreden van woningen met verslag van het binnentreden, en de bescherming van het brief- en telecommunicatiegeheim. Tot slot geeft artikel 103 lid 2 Grondwet aan dat afgeweken kan worden van het beginsel dat de berechting van strafbare feiten en het opleggen van de straf van vrijheidsbeneming door de rechter plaatsvindt.

De opdracht neergelegd in artikel 103 Grondwet is ten uitvoer gelegd door de vaststelling van de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden, de vaststelling van de Oorlogswet voor Nederland en de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag. Daarnaast heeft de vaststelling plaatsgevonden van een groot aantal specifieke noodwetten die – naast de Oorlogswet – de materiële noodbevoegdheden regelen in geval van een uitzonderingstoestand (bijvoorbeeld de Vorderingswet of de Wet medewerking verdedigingsvoorbereiding).

Voor ondernemingen hebben deze afwijkingsmogelijkheden ten aanzien van de grondrechten maar beperkt effect met uitzondering van de mogelijkheid tot inperking van de vrijheid van meningsuiting en drukpers, het recht tot vereniging, het recht tot vergadering en betoging en de bescherming van het brief- en telecommunicatiegeheim. Op deze punten kunnen de activiteiten van ondernemingen worden geraakt, omdat bijvoorbeeld bepaalde evenementen worden verboden, de overheid vergt dat informatie uit poststukken en dataverkeer beschikbaar wordt gesteld en bepaalde reclame-uitingen worden verboden. Deze inbreuken op de grondrechten kunnen direct of indirect de business case van ondernemingen dus (negatief) raken.

Tot slot dient deze grondwettelijke inkadering te worden genuanceerd: naast het staatsnoodrecht met een grondwettelijke grondslag en wettelijke inkadering door middel van reeds vastgelegde wettelijke instrumenten en bevoegdheden bestaat er ook het staatsnoodrecht dat ad hoc naar gelang de behoefte met spoed tot stand komt en wordt toegepast.¹¹ Eerder in deze bundel is al stilgestaan bij de Londense wetsbesluiten die hier een voorbeeld van zijn. Een meer recent voorbeeld is Machtigingswet inkomensvorming en bescherming werkgelegenheid 1974¹² die werd vastgesteld als reactie op de oliecrisis. Het meest recente voorbeeld dat hieronder geschaard zou kunnen worden is de Tijdelijke wet maatregelen COVID-19.¹³ Voor ondernemingen is het belangrijk te beseffen dat los van het reeds vastgelegde staatsnoodrecht, de Nederlandse overheid genoodzaakt kan zijn om ad hoc staatsnoodrecht vast te stellen met soms forse implicaties in de bedrijfsvoering en voor het voortbestaan van ondernemingen.

3 **Bevoegdheden bij nood en oorlog in internationale en EU-context**

3.1 **Inkadering**

Hoewel staatsnoodrecht en oorlogsrecht hoofdzakelijk gericht zijn op het faciliteren van nationale overheden om datgene te kunnen doen wat in het belang is van de nationale veiligheid en het beschermen van vitale belangen en het reageren op crisissituaties, bevatten het internationaal recht en het EU-recht een aantal relevante kaders en zelfs bevoegdheden die hun werking hebben op de bevoegdheden en wettelijke kaders van staten die noodbevoegdheden activeren, omdat ze bijvoorbeeld in een gewapend conflict verkeren. Vanuit het perspectief van ondernemingen is relevant dat internationale verdragen, volkenrechtelijke besluiten of het Unierecht onder omstandigheden de rechtmatigheid van nationale wet- en regelgeving kunnen aantasten ingevolge doorwerking van het internationale recht in de Nederlandse rechtsorde ingevolge artikel 93 en 94 Grondwet. Ook kan het Unierecht dit effect hebben gelet op de voorrang en rechtstreekse werking van het Unierecht. Deze internationale en Europese kaders kunnen bescherming bieden

11. D.J. Elzinga, G. Hoogers & R. de Lange (red.), *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

12. *Stb.* 1974, 1.

13. *Stb.* 2020, 441.

tegen te drastisch overheidsingrijpen dat disproportionele effecten op de getroffen ondernemingen heeft.¹⁴

Tegelijkertijd is deze bescherming relatief, omdat deze kaders ook rekening houden met de noodzaak van overheidsingrijpen bij vraagstukken van nationale veiligheid en oorlog. Het Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten bepaalt in artikel 4 lid 1 dat bij ‘een algemene noodtoestand, die een bedreiging vormt voor het bestaan van het volk en die officieel is afgekondigd, de Staten die partij zijn bij dit Verdrag maatregelen [kunnen] nemen, die afwijken van hun verplichtingen ingevolge dit Verdrag’. Wel geldt daarvoor een proportionaliteitsvereiste, een verplichting overig internationaal recht niet te schenden en een verbod op discriminatie uitsluitend op grond van ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst of maatschappelijke afkomst. Het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) kent met artikel 15 een vergelijkbare bepaling met dien verstande dat expliciet gemarkeerd is dat inbreuk op leven (behalve in het kader van rechtmatige oorlogshandelingen) en een inbreuk op het folterverbod en het verbod op slavernij nimmer is toegestaan. Inbreuken op bijvoorbeeld de bescherming van het eigendomsrecht zoals neergelegd in artikel 1, Eerste Protocol bij het EVRM zijn dus *prima facie* zeer wel toegestaan.

Het Unierecht houdt ook uitdrukkelijk rekening met de situatie dat een of meer lidstaten in een uitzonderingstoestand kunnen verkeren of in de staat van oorlog. Dat is ook begrijpelijk, omdat de bescherming van de nationale veiligheid en territoriale integriteit bij de lidstaten ligt.¹⁵ Allereerst kent de Unie een solidariteitsverplichting: indien een lidstaat op zijn grondgebied gewapenderhand wordt aangevallen, rust op de overige lidstaten de plicht deze lidstaat met alle middelen waarover zij beschikken hulp en bijstand te verlenen overeenkomstig artikel 51 Handvest van de Verenigde Naties.¹⁶ Dit is vergelijkbaar, doch iets verdergaand, dan de solidariteitsverplichting neergelegd in het Noord-Atlantisch Verdrag dat een veel uitgebreidere regeling van collectieve zelfverdediging kent.¹⁷

Vervolgens kent het Unierecht een bijzonder soevereiniteitsvoorbehoud in samenhang met een overlegverplichting verbonden aan de werking van de interne markt: lidstaten zijn verplicht onderling overleg te plegen teneinde gezamenlijk de regelingen te treffen die noodzakelijk zijn om te voorkomen dat de werking van de interne markt ongunstig wordt beïnvloed door de maatregelen waartoe een lidstaat zich genoopt kan voelen, in geval van ernstige binnenlandse onlusten waardoor de openbare orde wordt verstoord, in geval van oorlog of van een ernstige internationale spanning welke oorlogsgevaar inhoudt, of om te voldoen aan de verplichtingen die hij met het oog op het behoud van de vrede en van de internationale veiligheid heeft aangegaan.¹⁸ Dit soevereiniteitsvoorbehoud impliceert

14. Zie in dit verband een aardig overzichtsartikel in de context van de COVID-19-epidemie en met focus op het EVRM: Jan Peter Loof, ‘Coronacrisis, staatsnood(recht) en mensenrechten: beeld van een driehoeksverhouding’, *Ars Aequi* juli 2021, bijzonder nummer.

15. Art. 4 lid 2 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU).

16. Zie art. 42 lid 7 VEU.

17. *Kamerstukken II* 1948/49, 1237, nr. 2.

18. Art. 347 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU).

dat in voorkomend geval een lidstaat tijdelijk de bevoegdheden kan uitoefenen die voorbehouden zijn aan de EU-instellingen.¹⁹

In de derde plaats kent het Unierecht een soevereiniteitsvoorbehoud ten aanzien van het delen van inlichtingen waarvan de verbreiding naar de mening van de lidstaat strijdig zou zijn met de wezenlijke belangen van zijn veiligheid.²⁰ Tevens kan elke lidstaat de maatregelen nemen die hij noodzakelijk acht voor de bescherming van de wezenlijke belangen van zijn veiligheid en die betrekking hebben op de productie van of de handel in wapenen, munitie en oorlogsmateriaal. Wel geldt de beperking dat die maatregelen de mededingingsverhoudingen op de interne markt niet mogen wijzigen voor producten die niet bestemd zijn voor specifiek militaire doeleinden.²¹

Voor beide soevereiniteitsvoorbehouden geldt dat de Europese Commissie tezamen met de betrokken staat onderzoekt onder welke voorwaarden de getroffen maatregelen kunnen worden aangepast aan de EU-verdragsverplichtingen, indien door de getroffen maatregelen de mededingingsverhoudingen op de interne markt worden vervalst. Mocht dat geen soelaas bieden, dan kan de Europese Commissie of iedere andere lidstaat rechtstreeks naar het Hof van Justitie stappen als het vermoeden bestaat dat er misbruik wordt gemaakt van deze soevereiniteitsvoorbehouden.²²

Tot slot moet nog worden opgemerkt dat ook secundair Unierecht rekening kan houden met uitzonderingstoestanden die een tijdelijke afwijking toestaan van hetgeen door de EU is vastgesteld. Een goed voorbeeld hiervan is de Schengengrenscore.²³ De Schengengrenscore regelt zowel de afwezigheid van grenstoezicht ten aanzien van personen die de binnengrenzen tussen de lidstaten van de Unie overschrijden alsmede het grenstoezicht bij de overschrijding door personen van de buitengrenzen van de Unie. In de Schengengrenscore is bijvoorbeeld geregeld dat de lidstaten, wanneer een groot aantal migranten op onrechtmatige wijze, massaal en met geweld probeert hun buitengrenzen te overschrijden, de nodige maatregelen kunnen nemen om de veiligheid en de openbare orde te handhaven.²⁴ De Schengengrenscore staat ook toe tijdelijke herinvoering of verlenging van het grenstoezicht aan de binnengrenzen in geval van een ernstige bedreiging voor de openbare orde of de binnenlandse veiligheid. Dat omvat bijvoorbeeld terroristische incidenten of bedreigingen en bedreigingen die uitgaan van ernstige georganiseerde criminaliteit of grootschalige of belangrijke internationale gebeurtenissen.²⁵ Ook hiervoor geldt – net als bij bovengenoemde soevereiniteitsvoor-

19. Zie European Central Bank, 'Opinion of the European Central Bank of 7 January 2020 on national defence', (CON/2020/2), randnummers 2.2 en 2.3 en HvJ EU 19 december 1968, Case 13/68, ECLI:EU:C:1968:54 (*Salgoil*).

20. Art. 346 lid 1 onderdeel a VWEU.

21. Art. 346 lid 1 onderdeel b VWEU.

22. Art. 349 VWEU.

23. Verordening (EU) 2016/399 van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2016 betreffende een Uniecode voor de overschrijding van de grenzen door personen (Schengengrenscore), PbEU 23 maart 2016, L 77, p. 1-52.

24. Art. 5 lid 3, tweede zin, Schengengrenscore.

25. Art. 25 en art. 25bis Schengengrenscore.

behouden – dat de herinvoering slechts tijdelijk is en onderworpen is aan procedures en toezicht door de Europese Commissie.

3.2 Internationaal en Europees optreden

Staatsnoodrecht is strikt genomen niet voorbehouden aan staten. Ook internationale organisaties kunnen bevoegdheden en middelen hebben om op te treden in geval van een (dreigend) gewapend conflict of in geval van uitzonderlijke omstandigheden. In sommige gevallen gaat het om het machtigen van (lid)staten om namens de internationale organisatie op te treden. Een goed voorbeeld hiervan zijn de verschillende resoluties van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties na de gewapende inval door Noord-Korea van Zuid-Korea: niet alleen werd Noord-Korea opgeroepen om de vijandelijkheden direct te staken en zich terug te trekken tot de 38^{ste} breedtegraad,²⁶ maar ook werden de leden van de Verenigde Naties opgeroepen om (militaire) bijstand te verlenen aan Zuid-Korea²⁷ en uiteindelijk werd de Verenigde Staten verzocht om een geïntegreerde commandovoering op zich te nemen van de aangeboden militaire bijstand voor Zuid-Korea.²⁸ Een meer recent voorbeeld betrof de resolutie van de Veiligheidsraad ten aanzien van de gewapende inval door Irak van Koeweit waar vergelijkbare oproepen werden gedaan.²⁹ De rechtstreekse impact van dergelijke resoluties op het Nederlandse bedrijfsleven is beperkt. Het is het gewapend conflict zelf dat de meeste economische effecten veroorzaakt waar het Nederlandse bedrijfsleven rekening mee dient te houden. Resoluties die wel rechtstreeks het Nederlandse bedrijfsleven kunnen raken, zijn de resoluties waarmee economische sancties worden opgelegd. In de bijdrage in deze bundel van Patrick Ploeger en Jasper Strijder, ‘Geopolitiek, oorlogsdreiging, internationale handel en economische sancties’ wordt daar uitgebreid bij stilgestaan.

Nog meer dan de Verenigde Naties is voor het Nederlandse bedrijfsleven de Europese Unie de meest relevante internationale organisatie die maatregelen kan treffen die het Europese en daarmee het Nederlandse bedrijfsleven rechtstreeks kunnen raken. Net als de Verenigde Naties kan ook de Europese Unie sanctiemaatregelen vaststellen, maar de Europese Unie kan ook rechtstreeks werkende maatregelen afkondigen die direct effect hebben in de rechtsorde van de lidstaten van de Europese Unie. Een goed voorbeeld van een noodmaatregel die de Europese Unie kan opleggen in geval van een onvoorziene omstandigheid was de schorsing van de invoer van bepaalde landbouwproducten afkomstig uit derde landen ten gevolge van het ongeluk in de kernenergiecentrale van Tsjernobyl.³⁰ Een ander recent voorbeeld betrof het juridisch kader in de vorm van een verordening dat de Europese Unie met spoed vaststelde om op gecoördineerde wijze over te gaan tot vrijwillige en zo nodig verplichte gasvraagreductie in de Europese Unie gelet op de aanzienlijk verminderde uitvoer van Russisch aardgas via pijpleidingen en

26. Resolutie 82 van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties (25 juni 1950), *UN Doc S/RES/82*.

27. Resolutie 83 van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties (27 juni 1950), *UN Doc S/RES/83*.

28. Resolutie 84 van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties (7 juli 1950), *UN Doc S/RES/84*.

29. Resolutie 678 van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties (29 november 1990), *UN Doc S/RES/678*.

30. Verordening (EEG) nr. 1388/86 van de Raad van 12 mei 1986 inzake schorsing van de invoer van bepaalde landbouwproducten van oorsprong uit bepaalde derde landen, *PbEG* 13 mei 1986, L 127, p. 1 e.v.

opvallend lage gasvoorraden in de ondergrondse gasopslagen.³¹ Om deze maatregel te kunnen vaststellen heeft de EU gebruikgemaakt van de bevoegdheid neergelegd in artikel 122 lid 1 VWEU:

‘Onverminderd de overige procedures waarin de Verdragen voorzien, kan de Raad op voorstel van de Commissie in een geest van solidariteit tussen de lidstaten bij besluit de voor de economische situatie passende maatregelen vaststellen, met name indien zich bij de voorziening van bepaalde producten, in het bijzonder op energiegebied, ernstige moeilijkheden voordoen.’

Naast deze inzet op vraagreductie heeft de EU ook bij verordening maatregelen getroffen om functioneren van de ondergrondse gasopslagen en het vullingsniveau van deze opslagen met spoed te verbeteren.³² Met deze maatregelen schrijft de EU een minimumpercentage voor waarmee de ondergrondse gasopslagen per 1 november van elk jaar gevuld moeten zijn en zijn er diverse verplichtingen in het leven geroepen om voldoende voorraden en capaciteit beschikbaar te hebben ook voor die lidstaten die geen ondergrondse gasopslaginstallaties of LNG-installaties hebben. Deze maatregelen werden gebaseerd op de bevoegdheid inzake het gemeenschappelijke energiebeleid.³³ Hoewel uit de rechtsgrondslag niet af te leiden, blijkt ook hier weer dat normale wetgevingsprocessen gebruikt kunnen worden om toch met spoed ingrijpende maatregelen te treffen: de duur tussen het voorstel van de Europese Commissie en publicatie van de verordening was iets meer dan drie maanden. Ongehoord snel voor de reguliere wetgevingsprocedure van de EU.

In Nederland hebben beide EU-maatregelen onder meer geleid tot de openstelling van een subsidiemodule om de vulling van de ondergrondse gasopslag Bergermeer te ondersteunen³⁴ en een subsidie aan Energie Beheer Nederland B.V. om gas op te slaan in deze opslag voor dat deel dat niet door marktpartijen werd opgepakt evenals het uitwerken van twee maatregelen van het Bescherm- en Herstelplan Gas (BH-G).³⁵ Het betreft de besparingstender gas (BH-G maatregel 3) en de afschakelstrategie (BH-G maatregel 7). Deze maatregelen kunnen worden ingezet als ten gevolge van een tekort aan gas dat niet meer met marktgebaseerde maatregelen kan worden ondervangen en het hoogste niveau van gascrisis (noodsituatie) wordt afgekondigd.³⁶ Een vrijwillige en onder omstandigheden verplichte gasvraagreduc-

31. Verordening (EU) 2022/1369 van de Raad van 5 augustus 2022 inzake gecoördineerde maatregelen ter reductie van de gasvraag, *PbEU* 8 augustus 2022, L 206, p. 1 e.v.

32. Verordening (EU) 2022/1032 van het Europees Parlement en de Raad van 29 juni 2022 tot wijziging van Verordeningen (EU) 2017/1938 en (EG) nr. 715/2009 wat betreft gasopslag, *PbEU* 30 juni 2022, L 173.

33. Art. 194 lid 2 VWEU.

34. Regeling van de Minister voor Klimaat en Energie van 25 mei 2022, nr. WJZ/ 22208367, houdende wijziging van de Regeling nationale EZK- en LNV-subsidies en de Regeling openstelling EZK- en LNV-subsidies 2022 in verband met de invoering van een subsidiemodule betreffende het verstrekken van subsidies voor het vullen van de gasopslag Bergermeer, *Stcrt.* 2022, 14408.

35. Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, ‘Bescherm- en Herstelplan Gas. Handvat tijdens (een dreiging van) een aanzienlijke verslechtering van de gaslevering’, 2023 (eerstekamer.nl/overig/20240327/bescherm_en_herstelplan_gas_2023/document).

36. Brief van de Minister voor Klimaat en Energie en de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van 9 december 2022 (*Kamerstukken II* 2022/23, 29023, nr. 384).

tie heeft een direct effect op de industrie, de energievoorziening en huishoudens die maar in beperkte mate op korte termijn kunnen switchen naar een andere energiebron.³⁷

De Europese Unie heeft naast deze specifieke maatregelen ten gevolge van de Oekraïne-oorlog en de daaruit voortvloeiende energiecrisis en de COVID-19-pandemie ook een meer horizontaal instrument uitgewerkt.³⁸ Kerndoel van het voorstel is het vaststellen van mechanismen en procedures ter voorbereiding op en ter bestrijding van potentiële crises en verstoringen van de goede werking van de interne markt en het beperken tot een minimum van de belemmeringen voor het vrije verkeer binnen de EU in tijden van crisis. De behandeling van het voorstel is inmiddels afgerond³⁹ en deze verordening samen met wijzigingen van een aantal relevante richtlijnen zal binnenkort in werking treden waarna de lidstaten achttien maanden hebben om de noodzakelijke implementatie- en uitvoeringswetgeving vast te stellen.

Tot slot zijn een bijzonder voorbeeld van een zowel geïntegreerde internationale als Europese aanpak van een crisissituatie, de kaders rondom de strategische olievoorraden en de inzet van deze voorraden ten tijde van crises en tekorten. Op internationaal niveau is de Overeenkomst inzake een Internationaal Energieprogramma⁴⁰ vastgesteld. Deze overeenkomst is tot stand gekomen tussen de leden van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) en kent inmiddels 31 leden, dertien geassocieerde leden en vijf kandidaat-leden. De meeste leden zijn grote afnemers van ruwe aardolie en aardolieproducten en (mede)afhankelijk van import van aardolie. Doel van de overeenkomst is het waarborgen van de voorzienings- en leveringszekerheid van aardolie tegen redelijke en rechtvaardige voorwaarden. Niet toevallig kwam deze overeenkomst tot stand na de eerste oliecrisis van 1973. Deze eerste oliecrisis omvatte een aanzienlijke prijsverhoging door Arabische olieproducerende landen jegens Westerse landen evenals een olieboycot voor sommige Westerse landen die Israël actief hadden ondersteund bij de Yom Kippoer-oorlog.

De overeenkomst kent in de kern een preventieve component en een reactieve component en een institutioneel raamwerk waarmee onder andere het Internationaal Energie Agentschap is opgericht. De preventieve component ziet op het verplicht stellen van de aanleg van strategische voorraden, aardolieproductiecapaciteit of omschakelingscapaciteit om in geval van nood en disruptie van de olievoorziening te kunnen voorzien in de meest noodzakelijke behoefte aan aardolie.⁴¹ Tot de preventieve component behoort ook het opzetten van een informatie- en rapportagesysteem over de ontwikkelingen op de oliemarkt,⁴² een dialoog met

37. Zie in dit verband ook de Brief van de Minister voor Klimaat en Energie en de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van 22 april 2022 (*Kamerstukken II* 2021/22, 29023, nr. 302).

38. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van een noodinstrument voor de eengemaakte markt en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 2679/98 van de Raad, COM(2022) 459 final.

39. Persmededeling Raad van de Europese Unie, 'Crisisparaatheid: Raad neemt wet inzake noodsituaties en veerkracht voor interne markt aan', 26 september 2024, consilium.europa.eu/nl/press/press-releases/2024/09/26/crisis-preparedness-council-adopts-the-internal-market-emergency-and-resilience-act/.

40. *Trb.* 1975, 47.

41. Hoofdstuk I Overeenkomst inzake een Internationaal Energieprogramma.

42. Hoofdstuk V Overeenkomst inzake een Internationaal Energieprogramma.

oliemaatschappijen⁴³ en internationale samenwerking met olieproducerende staten en andere netto consumptie staten.⁴⁴ Tot de reactieve component behoort het voorzien in een vraagreductieprogramma teneinde de behoefte aan aardolie in geval van crisis (drastisch) te kunnen reduceren,⁴⁵ het verdelen en uitslaan van de strategische voorraden⁴⁶ en het activeren (en deactiveren) van de noodmaatregelen van vraagreductie en uitslaan en verdelen van de voorraden.⁴⁷

Binnen de Europese Unie is een andere uitwerking en implementatie van deze verplichtingen gerealiseerd via Richtlijn 2009/119/EG van de Raad van 14 september 2009 houdende verplichting voor de lidstaten om minimumvoorraden ruwe aardolie en/of aardolieproducten in opslag te houden.⁴⁸ De richtlijn voorziet in een gedetailleerdere uitwerking van de voorraadverplichting door niet alleen strategische voorraden van ruwe aardolie verplicht te stellen, maar juist ook door de aanleg van voorraden van specifieke aardolieproducten van specifieke voorraden te faciliteren.⁴⁹ Daarnaast bevat de richtlijn gedetailleerde voorschriften over hoe de voorraden en de voorraadplicht berekend moeten worden en voorziet de richtlijn in flexibiliteit in hoe marktdeelnemers aan hun voorraadverplichtingen kunnen voldoen.⁵⁰ Tegelijkertijd kan een lidstaat een zeer vergaande voorraadplicht opleggen aan marktdeelnemers, zoals bijvoorbeeld het in voorraad nemen van aardolieproducten of ruwe aardolie die normaal niet tot de bedrijfsvoering van een marktdeelnemer horen.⁵¹ De richtlijn kent tot slot een uitwerking van de crisisprocedures die weinig toevoegt aan de Overeenkomst inzake een Internationaal Energieprogramma.

In Nederland zijn de overeenkomst en richtlijn ten uitvoer gelegd via twee wetgevingscomplexen. De voorraadvorming zoals voorzien in de overeenkomst en de richtlijn is geregeld in de Wet voorraadvorming aardolieproducten 2012.⁵² In deze wet is onder andere Stichting Centraal Orgaan Voorraadvorming Aardolieproducten (COVA) ingesteld die de rol van centrale entiteit vervult en daarmee de bevoegdheid is gegeven om te handelen met het oog op het kopen, in stand houden en verkopen van olievoorraden, met inbegrip van veiligheidsvoorraden en speciale voorraden.⁵³ De wet regelt de wettelijke voorraadverplichting en voorziet ook in het regime hoe marktdeelnemers aan wie een voorraadplicht is opgelegd, hieraan kunnen voldoen.⁵⁴ Tevens regelt de wet hoe moet worden omgegaan met de voorraden die ten behoeve van andere landen in Nederland worden aangehouden.⁵⁵

43. Hoofdstuk VI Overeenkomst inzake een Internationaal Energieprogramma.

44. Hoofdstuk VIII Overeenkomst inzake een Internationaal Energieprogramma.

45. Hoofdstuk II Overeenkomst inzake een Internationaal Energieprogramma.

46. Hoofdstuk III Overeenkomst inzake een Internationaal Energieprogramma.

47. Hoofdstuk IV Overeenkomst inzake een Internationaal Energieprogramma.

48. PbEG 9 oktober 2010, L 265, p. 9-23.

49. Respectievelijk art. 3 en art. 9 Richtlijn 2009/119/EG.

50. Art. 8 Richtlijn 2009/119/EG.

51. HvJ EU 30 april 2024, gevoegde zaken C-395/22 en C-428/22, overwegingen 64-69 en 72-90 (*Trade Express e.a.*).

52. Stb. 2013, 15.

53. Art. 1 en art. 20-27 Wet voorraadvorming aardolieproducten 2012.

54. Art. 13 en art. 14 Wet voorraadvorming aardolieproducten 2012.

55. Art. 28-30 Wet voorraadvorming aardolieproducten 2012.

De wijze waarop gehandeld moet worden in geval een (dreigende) crisis zich voordoet, is geregeld in de Wet uitvoering Internationaal Energieprogramma.⁵⁶ Deze wet behoort tot het Nederlandse staatsnoodrecht, maar kent de bijzonderheid dat de inwerkingstelling van deze wet niet geschiedt bij koninklijk besluit door de Nederlandse Regering, maar door de inwerkingstelling van de reactieve maatregelen krachtens de Overeenkomst inzake een Internationaal Energieprogramma.⁵⁷ Ook dient een voortgezette werking van deze wet niet bij wet te worden voorzien, maar volgt het de dynamiek van de overeenkomst. Het gevolg hiervan is dat de minister, indien de crisismaatregelen overeenkomstig de overeenkomst of een EU-besluit zijn geactiveerd, de marktpartijen kan opdragen bepaalde aardolieproducten te leveren aan aangewezen ontvangers of de eigendom van aardolieproducten van marktdeelnemers kan vorderen en voor de vordering van eigendom gebruik kan maken van de bepalingen van de Vorderingswet die van overeenkomstige toepassing zijn verklaard.⁵⁸ Naast de verdelings- en vorderingsbevoegdheden van de minister, kan de minister ook gebruikmaken van distributiebevoegdheden die zijn neergelegd in de Distributiewet, hetgeen wel een voorafgaande inwerkingstelling van die wettelijke bevoegdheden neergelegd in de Distributiewet vergt.⁵⁹ Ten slotte bevat de Wet uitvoering Internationaal Energieprogramma een recht voor de minister om informatie op te vragen bij marktdeelnemers en deze indien nodig te delen met het Internationaal Energie Agentschap.⁶⁰ Overtreding van de wettelijke verplichtingen en de aanwijzingen en besluiten van de minister gebaseerd op de Wet uitvoering Internationaal Energieprogramma zijn strafbaar ingevolge de Wet op de economische delicten.⁶¹

4 Staatsnoodrecht in Nederland

4.1 Algemeen kader

Uitdrukkingen zoals noodtoestand, staat van oorlog of staat van beleg worden nog steeds gebruikt om aan te duiden dat bijzondere omstandigheden aan de hand zijn in de samenleving die een toepassing van bijzondere bevoegdheden legitimeren. In het Nederlandse staatsnoodrecht staan twee begrippen centraal: noodtoestand en buitengewone omstandigheden. Het begrip noodtoestand wordt gebruikt in de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden.⁶² De Coördinatiewet kent twee vormen van noodtoestanden: de beperkte noodtoestand en de algemene noodtoestand.⁶³ Een noodtoestand kan worden uitgeroepen zowel in verband met de inwendige als uitwendige veiligheid en is dus ook van toepassing als er oorlog of een gewa-

56. Stb. 1979, 187.

57. Zie art. 3 lid 1 Wet uitvoering Internationaal Energieprogramma dat verwijst naar de inwerkingstelling van hoofdstuk III van de Overeenkomst overeenkomstig de procedure van hoofdstuk IV van de Overeenkomst inzake een Internationaal Energieprogramma.

58. Respectievelijk art. 3 en art. 6 lid 1, 4 en 7 Wet uitvoering Internationaal Energieprogramma.

59. Art. 2 Wet uitvoering Internationaal Energieprogramma. Door een ongelukkige omissie bij wijziging van de Distributiewet met de Wet van 2 december 2004 tot modernisering noodwetgeving Verkeer en Waterstaat en Economische Zaken is de verwijzing in art. 2 Wet uitvoering Internationaal Energieprogramma naar art. 24 niet gewijzigd in een verwijzing naar art. 22c.

60. Art. 10-12 Wet uitvoering Internationaal Energieprogramma.

61. Art. 1 onder 3° en art. 2 lid 2 en 3 WED.

62. Stb. 1996, nr. 368.

63. Art. 1 lid 1 Coördinatiewet uitzonderingstoestanden.

pend conflict uitbreekt: ook dan is er formeel sprake van een noodtoestand en niet van een ‘staat van oorlog’ volgens de toepasselijke kaders. Het verschil tussen de beperkte en algemene noodtoestand is gelegen in welke noodbevoegdheden kunnen worden ingezet. Bij een beperkte noodtoestand kunnen de bevoegdheden die zijn opgesomd in de bijlage Lijst A in werking worden gesteld. Bij de algemene noodtoestand kunnen de bevoegdheden die zijn opgesomd in de bijlage Lijst B in werking worden gesteld.⁶⁴ De ratio achter dit verschil is de gedachte dat bij een beperkte noodtoestand minder vergaande inbreuken op de grondrechten nodig en gelegitimeerd zijn dan bij een algemene noodtoestand. Sowieso geldt dat het alleen uitroepen van de beperkte of algemene noodtoestand een inbreuk op de grondrechten opgesomd in artikel 103 lid 2 Grondwet toestaat.⁶⁵ Het kabinet heeft het voornemen dit onderscheid tussen noodtoestanden te laten vervallen en nog maar één noodtoestand te willen regelen in het staatsnoodrecht.⁶⁶

De Coördinatiewet uitzonderingstoestanden regelt de besluitvorming over en afkondiging van de toepasselijke noodtoestand en de democratische controle hierop. De beperkte of algemene noodtoestand wordt bij koninklijk besluit, op voordracht van onze minister-president, afgekondigd.⁶⁷ Het koninklijk besluit wordt (in ieder geval) geplaatst in het Staatsblad,⁶⁸ maar de werking is daar niet afhankelijk van: het koninklijk besluit regelt de eigen bekendmaking. De werking van de noodtoestand kan niet eerder ingaan dan de datum van publicatie van het koninklijk besluit.⁶⁹ Terugwerkende kracht is dus niet mogelijk. Het koninklijk besluit wordt ook terstond aan de Staten-Generaal medegedeeld. De Staten-Generaal kunnen de afgekondigde noodtoestand opheffen door in verenigde vergadering te besluiten dat deze toestand moet worden opgeheven of niet langer mag duren dan een bepaalde termijn.⁷⁰ Uiteraard kan ook de minister-president de beperkte of algemene noodtoestand opheffen door middel van een koninklijk besluit.⁷¹ Ook is voorzien dat een algemene noodtoestand een beperkte noodtoestand opheft en vice versa.⁷²

Met de afkondiging van de beperkte of algemene noodtoestand is de relevante en noodzakelijke noodwetgeving nog niet in werking getreden. Dat vergt een tweede koninklijk besluit dat de relevante bevoegdheden uit de specifieke noodwetten in werking stelt.⁷³ Deze dubbelslag wenst het kabinet met de modernisering van het staatsnoodrecht af te schaffen door in één koninklijk besluit zowel de relevante noodtoestand af te kondigen als de relevante bevoegdheden uit de relevante

64. Respectievelijk art. 7 en art. 8 Coördinatiewet uitzonderingstoestanden.

65. Het gaat dan om de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging (buiten gebouwen en besloten plaatsen), de vrijheid van meningsuiting, het recht op vereniging, het recht op vergadering en betoging, het huisrecht en het brief- en telecommunicatiegeheim.

66. Brief van de Minister van Justitie en Veiligheid, 6 december 2022, *Kamerstukken II* 2022/23, 29668 en 26956, nr. 69, p. 3, eerste drie alinea's.

67. Art. 1 lid 1 Coördinatiewet uitzonderingstoestanden.

68. Art. 1 lid 3 Coördinatiewet uitzonderingstoestanden.

69. Art. 1 lid 2 Coördinatiewet uitzonderingstoestanden.

70. Respectievelijk art. 2 en art. 3 onder a Coördinatiewet uitzonderingstoestanden.

71. Art. 3 onder b Coördinatiewet uitzonderingstoestanden.

72. Art. 4 Coördinatiewet uitzonderingstoestanden.

73. Respectievelijk art. 7 en art. 8 Coördinatiewet uitzonderingstoestanden.

noodwetten in werking te stellen.⁷⁴ Kortom voor het bedrijfsleven zijn de echte mogelijke effecten van het staatsnoodrecht pas inzichtelijk en voelbaar wanneer de bijzondere bevoegdheden uit relevante noodwetten in werking treden en worden toegepast.

Echter het Nederlandse staatsnoodrecht kent ook de bijzonderheid van de separate inwerkingstelling van noodbevoegdheden: de bevoegdheden in noodwetten of de in reguliere wetgeving vastgelegde noodbevoegdheden kunnen door een koninklijk besluit op voordracht van de minister-president in werking worden gesteld. Een voorbeeld hiervan is de vorderingsbevoegdheid neergelegd in artikel 3a Vorderingswet. Deze bevoegdheid kan ook los van het afkondigen van een beperkte of algemene noodtoestand in werking worden gesteld.⁷⁵ In zulke gevallen is wel vereist dat er sprake is van buitengewone omstandigheden. Wat buitengewone omstandigheden zijn is niet wettelijk gedefinieerd, maar bewust opengelaten.⁷⁶

Voorts dient na het koninklijk besluit direct een wetsvoorstel aan de Tweede Kamer te worden gezonden om het voortduren van de werking van de bij dat besluit in werking gestelde noodbevoegdheid te handhaven. Mochten de Staten-Generaal het wetsvoorstel verwerpen, dan dient de minister-president een koninklijk besluit voor te dragen waarmee de inwerkingstelling ongedaan wordt gemaakt.⁷⁷ Dat ook dergelijke bevoegdheden vergaande gevolgen kunnen hebben voor bijvoorbeeld het bedrijfsleven, blijkt al uit het aangehaalde voorbeeld van de Vorderingswet. Artikel 3a Vorderingswet bepaalt dat alle ministers bevoegd zijn om, indien dit noodzakelijk is voor de bescherming van de belangen waarmee zij belast zijn, ten behoeve van de staat, andere lichamen of personen het eigendomsrecht op of een recht tot gebruik van zaken te vorderen.

4.2 Oorlogswet voor Nederland en de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag

In geval van oorlog of gewapend conflict of de dreiging daarvan zijn in de eerste plaats twee meer ‘algemene’ noodwetten relevant. De Oorlogswet voor Nederland (hierna: Oorlogswet) en de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag (hierna: Wbbbg) zijn elkaars spiegelbeeld en kennen vergelijkbare bevoegdheden. De Oorlogswet en de Wbbbg kunnen op twee manieren in werking worden gesteld. De eerste manier is via het uitroepen van de beperkte of algemene noodtoestand overeenkomstig de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden en het vaststellen van de noodzakelijke koninklijke besluiten tot inwerkingstelling. In dat geval kunnen alle bevoegdheden die in deze wetten zijn opgesomd worden geactiveerd. Bij de tweede manier kunnen diverse bevoegdheden via koninklijke besluiten zelfstandig in werking worden gesteld. Voor deze tweede manier geldt wel een beperking: niet

74. Brief van de Minister van Justitie en Veiligheid, 6 december 2022, *Kamerstukken II* 2022/23, 29668 en 26956, nr. 69, p. 3, eerste drie alinea's.

75. Art. 3 lid 1 Vorderingswet.

76. Brief van de Minister van Justitie en Veiligheid, 6 december 2022, *Kamerstukken II* 2022/23, 29668 en 26956, nr. 69, p. 5.

77. Zie bijv. art. 3 lid 2 en 3 Vorderingswet.

alle bevoegdheden neergelegd in deze wetten kunnen in werking worden gesteld⁷⁸ en dat hangt nauw samen met de bescherming van de grondrechten aangehaald in artikel 103 lid 2 Grondwet.

Zo kan een zelfstandige inwerkingstelling wel de Minister van Defensie de bevoegdheid geven om de toegang tot of het gebruik van bepaalde gebouwen, verblijfplaatsen of terreinen voor een bepaalde of onbepaalde tijdsduur te beperken of geheel te verbieden,⁷⁹ maar niet het militair gezag de bevoegdheid geven tot het aanbrengen van veranderingen in, aan of op terreinen en opstallen voor te schrijven, te beperken of te verbieden, onder zo spoedig mogelijke verstrekking van een schriftelijk bewijsstuk.⁸⁰ Hetzelfde geldt voor de Wbbbg waarbij de inwerkingstelling van de bevoegdheid van de Minister van Veiligheid en Justitie om de vertoning in het openbaar, dan wel in tegenwoordigheid van meer dan tien personen van alle, dan wel van door de minister niet met name toegelaten films voor een door hem daarbij te bepalen tijdsduur te verbieden, vergt dat eerst een beperkte of algemene noodtoestand is afgekondigd.⁸¹

Dat overigens tot een zelfstandige inwerkingstelling bij koninklijk besluit kan worden overgegaan, betekent niet dat die inwerkingstelling en de daarmee uitgeoefende bevoegdheid onaantastbaar is. Zo is bij uitspraak in kort geding de staat opgedragen de inwerkingstelling van artikel 8 lid 1 en 3 Wbbbg en de daarop gebaseerde Tijdelijke regeling landelijke avondklok COVID-19 ongedaan te maken. Kernargument daarvoor was het ontbreken van een spoedeisend belang. De rechter in kort geding stelde zich op het standpunt dat alleen bij acute spoed een dergelijke bevoegdheid in werking gesteld kon worden.⁸² In hoger beroep heeft het gerechtshof dit standpunt van de kortgedingrechter gecorrigeerd en afstand genomen van de gedachte dat artikel 8 lid 1 en 3 Wbbbg alleen bij acute spoedeisendheid inzetbaar is. Ook wees het gerechtshof de notie af dat voor inwerkingstelling van artikel 8 lid 1 en 3 Wbbbg eerst de beperkte of algemene noodtoestand moet worden afgekondigd.⁸³ Deze feuilleton geeft aan dat de inzet van noodbevoegdheden verre van zeker is.

Zowel de Oorlogswet als de Wbbbg kennen ook de bijzonderheid dat in een aantal gevallen de bijzondere bevoegdheden rechtstreeks worden geattribueerd aan anderen dan de bevoegde minister. Zo bepaalt artikel 14 Wbbbg dat de autoriteiten die daartoe door de Minister van Veiligheid en Justitie zijn aangewezen, bevoegd zijn elk aan de post of aan andere instellingen van vervoer of aan een inrichting van telecommunicatie toevertrouwd stuk of bericht in beslag te nemen, af te luisteren of op te nemen, te onderzoeken, achter te houden, geheel of gedeeltelijk te vernietigen, te wijzigen, onleesbaar te maken of te verhinderen dat het zijn bestemming bereikt. Artikel 71 lid 1 Postwet verplicht de verlener van de universele postdienst (dat is thans PostNL) de aangewezen autoriteiten alle medewerking

78. Zie art. 1 lid 1 Oorlogswet en de daarin aangehaald artikelen en art. 1 lid 1 Wbbbg.

79. Art. 10 Oorlogswet.

80. Art. 17 Oorlogswet.

81. Art. 12 Wbbbg.

82. Rb. Den Haag 16 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1100, zie in het bijzonder r.o. 4.7.

83. Hof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:285, zie in het bijzonder r.o. 6.11.

te verlenen, daaronder begrepen het uitvoeren van door die autoriteiten gegeven opdrachten.⁸⁴

In de Wbbbg worden bevoegdheden ook rechtstreeks aan de burgemeester geattributioneerd. Zo kan de burgemeester alle plaatsen, ook tegen de wil van de recht-hebbende, betreden dan wel door ambtenaren van politie of buitengewone opsporingsambtenaren te doen betreden en aldaar onderzoek of een doorzoeking te verrichten of door die ambtenaren te doen verrichten, voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van hun taak nodig is. Zo nodig verschaffen zij zich de toegang met behulp van de sterke arm.⁸⁵ De commissaris van de koning heeft bij onverwijld spoed de vergaande de bevoegdheid om tot onmiddellijke internering over te gaan van iedere persoon ten aanzien van wie gegrond vermoeden bestaat dat hij de openbare orde en veiligheid in gevaar zal brengen.⁸⁶

In de Oorlogswet komt naast de Minister van Defensie het militair gezag in beeld als organisatie die de in Oorlogswet opgesomde bevoegdheden kan uitoefenen wanneer sprake is van een beperkte of algemene noodtoestand. Het militair gezag wordt in de Oorlogswet gedefinieerd als het gezag dat wordt uitgeoefend door militaire autoriteiten, die door de Minister van Defensie als militaire gezagsdragers worden aangewezen.⁸⁷ Diezelfde aanwijzing door de minister regelt ook de hiërarchische verhouding van de militaire gezagsdragers met betrekking tot de uitoefening van de bevoegdheden.⁸⁸ Het militair gezag functioneert onder de verantwoordelijkheid van de Minister van Defensie en overeenkomstig de Instructie voor het militair gezag.⁸⁹ Zo kan het militair gezag slechts maatregelen treffen die verstreckende politieke of financiële gevolgen kunnen hebben na instemming verkregen te hebben van onze Minister van Defensie, tenzij de omstandigheden de nakoming van deze verplichting tot voorafgaande toestemming niet mogelijk maken.⁹⁰ Wat moet men zich nu voorstellen bij militaire gezagsdragers? Dat is op voorhand niet duidelijk, maar je kan bijvoorbeeld denken aan een hoge officier belast met de verdediging van een bepaald gebiedsdeel van Nederland. Deze hoge officier delegeert de uitoefening van bepaalde bevoegdheden dan weer aan een lagere officier etc.

Net als bij de Wbbbg komt het militair gezag vergaande bevoegdheden toe wanneer de beperkte of algemene noodtoestand is afgekondigd en de benodigde bevoegdheden in werking zijn gesteld. Zo kan het militair gezag gebieden geheel of gedeeltelijk ontruimen,⁹¹ het verlaten van gebieden verbieden door niet-militairen die voor de verdediging nuttig kunnen zijn,⁹² het verlaten van een gebied te verbieden, of onroerende en roerende zaken te gebruiken of te vorderen.⁹³ Bijzonder is

84. Zie voor een vergelijkbare spiegelbeeldige regeling art. 31 Oorlogswet en art. 71 lid 2 Postwet.

85. Zie bijv. art. 16 lid 1 Wbbbg.

86. Art. 18 lid 1 Wbbbg.

87. Art. 4 lid 1 Oorlogswet.

88. Art. 4 lid 2 Oorlogswet.

89. Art. 5 Oorlogswet en de Instructie voor het militair gezag, *Stb.* 1998, 140.

90. Art. 3 Instructie voor het militair gezag.

91. Art. 21 lid 1 Oorlogswet.

92. Art. 22 lid 1 Oorlogswet.

93. Art. 18 lid 1 Oorlogswet.

ook de bevoegdheid van het militair gezag om het opleggen van werkzaamheden, welke niet-militairen die de leeftijd van 18 jaar hebben bereikt, in het belang van de taak van de krijgsmacht moeten verrichten. Dit mag niet het verrichten van krijgshandelingen inhouden.⁹⁴ Als je deze bevoegdheden in samenhang beziet, dan is het volgende scenario zeer wel denkbaar: het militair gezag vordert van een Nederlands bouwbedrijf het gebruik van kranen, kiepwagens en bulldozers, verbiedt de werknemers en de bedrijfsleiding het gebied waarvoor het militaire gezag bevoegd is te verlaten, gelast de ontruiming van een aantal woningen langs een sloot en draagt de werknemers en bedrijfsleiding van het bouwbedrijf op om de sloot uit te diepen en te verbreden tot een tankgracht. Belangrijk hierbij is te beseffen dat als er eenmaal sprake is van inwerkingstelling van deze bevoegdheden die het militair gezag kan uitoefenen, het gewapend conflict aanstaande is of al is uitgebroken.

Nu suggereert de spiegelbeeldige regeling van de bevoegdheden in de Wbbbg en de Oorlogswet dat deze wetten elkaar uitsluiten, namelijk dat of de Wbbbg van toepassing is of de Oorlogswet. Dat is niet het geval.⁹⁵ De Oorlogswet voorziet – voor zover mogelijk – in overleg met de organen van het burgerlijk gezag voordat de bevoegdheden krachtens de Oorlogswet worden uitgeoefend.⁹⁶ Omgekeerd informeren de organen van burgerlijk gezag onze Minister van Defensie en het militair gezag over de maatregelen welke zij krachtens de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag hebben gegeven respectievelijk gelast.⁹⁷ Tevens geldt er een voorrangsregeling: als het vanuit militair oogpunt noodzakelijk is, blijven de maatregelen van de organen van het burgerlijk gezag buiten toepassing indien zij botsen met de maatregelen en handelingen die krachtens de Oorlogswet door de Minister van Defensie of het militair gezag zijn vastgesteld of verricht.⁹⁸

Zowel de Wbbbg als de Oorlogswet kennen zeer vergaande bevoegdheden, maar de burger of ondernemer is niet zonder enige rechtsbescherming. In het geval bijvoorbeeld het gebruik van een goed wordt gevorderd, wordt zo spoedig mogelijk een schriftelijk bewijsstuk overhandigd. Zodra het gebruik van het goed niet meer nodig wordt geacht, wordt het weer ter beschikking gesteld aan de rechthebbende.⁹⁹ Bovendien bevat de Oorlogswet een voorziening voor schadeloosstelling.¹⁰⁰ In geval van de reeds aangehaalde bevoegdheid van internering krachtens de Wbbbg, is een hele procedure voorzien waardoor een geïnterneerde rechtsbescherming kan krijgen via een rechtbank.¹⁰¹ Tot slot is ook de inwerkingstelling van deze bijzondere bevoegdheden zelf vatbaar voor procedures bij de rechter zoals bleek bij de COVID-avondklok.

94. Art. 24 lid 1 Oorlogswet.

95. *Kamerstukken II* 1993/94, 23788, nr. 3 (memorie van toelichting), par. 2.2, p. 3-4.

96. Art. 7 lid 1 Oorlogswet.

97. Art. 7 lid 3 Oorlogswet.

98. Art. 7 lid 5 Oorlogswet.

99. Art. 18 lid 1 en 2 Oorlogswet.

100. Hoofdstuk III Oorlogswet.

101. Art. 18-22 Wbbbg.

4.3 ‘Amateurs bespreken tactiek, professionals bespreken logistiek’¹⁰²

De wijze waarop een land oorlog voert kent een nauwe samenhang tussen de economische en technologische ontwikkeling en capaciteiten van een land en de vormgeving, bewapening, strategie en tactiek van de strijdkrachten. In moderne oorlogen, zeker wanneer er sprake is van een grote conventionele oorlog zoals bijvoorbeeld thans wordt gevoerd in Oekraïne, wordt de gehele economie van de betrokken belligerenten ingezet om de oorlogsinspanningen te ondersteunen en voort te kunnen zetten. Zonder wapens, munitie, voedsel en een groot aantal andere goederen en diensten, kan een leger de strijd niet voortzetten. Het gevolg hiervan is dat een zogeheten ‘oorlogseconomie’ ontstaat waarbij de economie geheel of gedeeltelijk ondergeschikt wordt gemaakt en ten dienste komt te staan van de oorlogsinspanning.

Productiemiddelen worden ingezet en prioriteit wordt gegeven aan hetgeen nodig is voor de oorlogsinspanning. De allocatie van grondstoffen, arbeid en tijd geschiedt primair door de overheid. Welke goederen en diensten worden geproduceerd, wordt primair door de overheid bepaald. Een overheid maakt daarbij gebruik van noodwetgeving en -bevoegdheden om rechtstreeks in te grijpen in het economisch verkeer. Gedurende de Burgeroorlog van de Verenigde Staten werd door de toenmalige President van de Verenigde Staten Lincoln een ‘war powers’ doctrine ontwikkeld die de president bevoegdheden gaf om internering op te leggen, de habeas corpus op te heffen, manschappen te mobiliseren en in ultimo de slaven op het territorium van de Confederatie te bevrijden bij proclamatie in 1863. Gedurende de Eerste en Tweede Wereldoorlog zijn zware ingrepen in het economisch verkeer via noodwetgeving mogelijk gemaakt. Ook nu kent het Nederlandse staatsnoodrecht nog diverse wettelijke kaders die het de overheid mogelijk maken om in het geval van een noodtoestand de economie te mobiliseren om de betreffende noodtoestand het hoofd te bieden en – in geval van oorlog – de oorlogsinspanning te ondersteunen. Hierna worden ter illustratie enkele wettelijke kaders behandeld.

Een eerste belangrijke wet is de Distributiewet. Deze wet biedt diverse mogelijkheden om de verdeling van goederen en productie van goederen te organiseren en schaarste te verdelen en voorrang te geven aan de oorlogsinspanning.¹⁰³ Als startpunt moet worden geïdentificeerd welke goederen onderworpen zijn aan de verplichtingen krachtens deze wet. Dat geschiedt door een aanwijzing van de Minister van Economische Zaken (of als het gaat om de voedselvoorziening de Minister van Landbouw, Visserij, Voedselzekerheid en Natuur). Voor deze goederen wordt een distributieregeling vastgesteld.¹⁰⁴ In het verlengde hiervan kan de minister verbieden dat deze goederen worden gekocht, verkocht, te koop aangeboden, afgeleverd, of voorhanden of in voorraad gehouden worden in afwijking van de toepasselijke distributieregeling.¹⁰⁵

102. Napoleon Bonaparte.

103. Zie voor deze voorrang art. 4 laatste zin Distributiewet.

104. Art. 4 Distributiewet in samenhang met art. 1 Distributiewet.

105. Art. 5 lid 1 Distributiewet.

Vervolgens ligt het voor de hand dat de Distributiewet ook bevoegdheden bevat ten aanzien van het gebruik van distributiegoederen en ten aanzien van de voorraden van distributiegoederen. Dat is ook het geval: de minister kan regels stellen met betrekking tot het gebruik, het verbruik, de bewerking of de verwerking van distributiegoederen. Hij kan daarbij het gebruik, het verbruik, de bewerking of de verwerking van de distributiegoederen voor bepaalde doeleinden verbieden, dan wel uitsluitend voor bepaalde doeleinden toestaan, al dan niet voorwaardelijk.¹⁰⁶ Daarnaast kan de minister iedereen die distributiegoederen voorhanden of in voorraad heeft, verplichten tot het verstrekken van informatie over de aard, hoeveelheid en plaats van de distributiegoederen.¹⁰⁷

Meer verstreckende bevoegdheden kunnen in de Distributiewet worden aange troffen onder paragraaf 1a: Prestatieplicht. In artikel 10a Distributiewet is in de kern geregeld dat de minister ondernemingen door middel van een aanwijzing kan verplichten om binnen een bij de aanwijzing gestelde termijn een daarbij aangegeven hoeveelheid distributiegoederen te winnen, te vervaardigen, te bewerken, te verwerken, of te herstellen, alsmede te leveren aan de staat, dan wel aan een andere rechtspersoon of natuurlijke persoon.¹⁰⁸ Aanvullend kan de minister ook de verplichting opleggen om andere handelingen te verrichten.¹⁰⁹ Gelukkig voor ondernemend Nederland gebeurt dit niet gratis: de Distributiewet kent daarvoor twee regimes. Het eerste regime gaat ervan uit dat voor de productie en levering van de desbetreffende distributiegoederen of andere handelingen die worden opgedragen een vergelijkbare prestatie onder marktomstandigheden wordt geleverd. In zo'n geval dient dan de gebruikelijke prijs te worden gehanteerd. In de kern komt dit neer op het benchmarken van de vergoeding die moet worden betaald voor het geproduceerde goed of de handeling die wordt verricht.¹¹⁰ Het tweede regime gaat uit van een door de minister te bepalen vorm van nadeelcompensatie.¹¹¹ Afsluitend kan nog worden opgemerkt dat ook de Distributiewet via eigenstandige inwerkingstelling per koninklijk besluit kan worden geactiveerd.¹¹²

Een tweede belangrijke wet die aansluit bij de Distributiewet is de Vorderingswet. Op grond van deze wet zijn alle ministers bevoegd om indien dit noodzakelijk is met het oog op de behartiging van de belangen waar zij elk voor verantwoordelijk zijn, ten behoeve van de staat, andere lichamen of personen het eigendomsrecht op of een recht tot gebruik van zaken te vorderen.¹¹³ De Vorderingswet voorziet wel dat de vordering door andere ministers dan de Minister van Economische Zaken niet kan zonder de instemming van de Minister van Economische Zaken die ook verplicht is in overleg te treden met andere ministers die mogelijk geraakt kunnen worden.¹¹⁴ De vordering geschiedt bij beschikking en kent diverse procedurele

106. Art. 6 Distributiewet.

107. Art. 8 Distributiewet.

108. Art. 10a lid 1 Distributiewet.

109. Art. 10a lid 2 Distributiewet.

110. Art. 10a lid 4 Distributiewet.

111. Art. 10a lid 5 Distributiewet.

112. Zie art. 22c Distributiewet.

113. Art. 3a Vorderingswet.

114. Art. 5 Vorderingswet.

waarborgen.¹¹⁵ De Vorderingswet regelt nauwkeurig het moment van overgang van eigendom of het moment van verkrijging van het gebruiksrecht, met inbegrip van registergoederen.¹¹⁶ Een vorm van medewerkingsplicht kan bij de vorderingsbeschikking worden opgelegd en de nakoming van een vordering kan via bestuursdwang worden afgedwongen.¹¹⁷ Ook bij de Vorderingswet is een regeling getroffen om het geleden nadeel te compenseren, maar dit gaat verder dan nadeelcompensatie: er is sprake van (volle) schadeloosstelling.¹¹⁸ Opvallend in de Vorderingswet is de mogelijkheid dat bij koninklijk besluit de Minister van Defensie in het belang van de uitvoering van de militaire taak rechtstreeks een vorderingsbevoegdheid toegekend kan krijgen voor onroerende zaken die in het koninklijk besluit zijn opgenomen. Hetzelfde geldt voor de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties voor zover dat nodig is voor de bestrijding van een ramp. Deze mogelijkheid bestaat alleen als niet op andere wijze de Distributiewetbevoegdheden in werking zijn gesteld.¹¹⁹

We hebben de spullen of kunnen de productie verplicht stellen, maar hoe kunnen we ervoor zorgen dat ze ook naar de plaats van bestemming komen? Naast de mogelijkheden die voornoemde Distributiewet en Vorderingswet bieden, is ook hiervoor specifiek staatsnoodrecht beschikbaar. Zo voorziet de Wet behoud scheepsruimte 1939 in bevoegdheden voor de Minister van Infrastructuur en Waterstaat om de transportcapaciteit en beschikbaarheid van binnenvaartschepen veilig te stellen. Zo kan de minister de eigendomsoverdracht van een binnenvaartschip verbieden of het afleggen van een reis die voor een deel buiten Nederland ligt, tenzij daarvoor een vergunning is afgegeven.¹²⁰ Door middel van de Vervoersnoodwet kan de Minister van Infrastructuur en Waterstaat houders van vervoermiddelen met deze vervoermiddelen het vervoer van bepaalde personen of goederen op te leggen en de vervoermiddelen daartoe volledig uitgerust op een aangewezen plaats ter beschikking te laten stellen.¹²¹ In het verlengde voorziet de Vervoersnoodwet dat de gebruikelijke tarieven en voorwaarden gelden voor de vergoeding van de kosten van het vervoer en als deze gebruikelijke tarieven en voorwaarden niet beschikbaar zijn, dan kan de minister dergelijke tarieven en voorwaarden vaststellen.¹²²

Zelfs als beschikbaarheid, productie en vervoer afgedekt is, is het ook noodzakelijk dat de communicatie hierover kan plaatsvinden met elektronische communicatiemiddelen. In tegenstelling tot de hiervoor behandelde staatsnoodwetgeving, zijn de noodzakelijke noodbevoegdheden opgenomen in een hoofdstuk van de Telecommunicatiewet.¹²³ In artikel 14.4 is de bevoegdheid geregeld voor de Minister van Economische Zaken om aanwijzingen te geven aan aanbieders van openbare

115. Art. 4, 7, 8 en 9 en art. 13 en 14 Vorderingswet.

116. Art. 11, 12 en 14 Vorderingswet.

117. Respectievelijk art. 6 en art. 10 Vorderingswet.

118. Art. 15-18 Vorderingswet.

119. Art. 23 Vorderingswet.

120. Art. 2 lid 1 onderdeel b, c en d Wet behoud scheepsruimte 1939.

121. Art. 10 lid 1 Vervoersnoodwet.

122. Art. 11 lid 1 Vervoersnoodwet.

123. Art. 14.2-14.6 Telecommunicatiewet.

telecommunicatienetwerken, openbare telecommunicatiediensten en aan gebruikers van de frequentieruimte aanwijzingen te geven met betrekking tot:

- a. de instandhouding en exploitatie van hun openbare telecommunicatienetwerken;
- b. het verzorgen en het gebruiken van hun openbare telecommunicatiediensten;
- c. de instandhouding en exploitatie dan wel beperking of beëindiging van het gebruik van hun radioapparaten.

In het kader van de uitoefening van deze bevoegdheid kan de minister afwijken van de wettelijke verplichtingen die krachtens de Telecommunicatiewet normaliter op deze aanbieders van toepassing zijn.¹²⁴ De aanwijzingen die de minister oplegt, zijn juridisch bindend voor de aanbieders en er is voorzien in de mogelijkheid van nadeelcompensatie.¹²⁵ Als de voor de aanbieders relevante bevoegdheden krachtens de Wbbbg of de Oorlogswet in werking zijn gesteld, geldt er voor de aanbieders een medewerkingsverplichting.¹²⁶

Een vergaande bevoegdheid ziet op de bevoegdheid van de minister om na overleg met de Ministers van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en van Defensie regels te stellen ten aanzien van de te nemen organisatorische en personele maatregelen en de te treffen bijzondere voorzieningen met betrekking tot de voorbereiding van het verzorgen van elektronisch transport van gegevens in buitengewone omstandigheden alsmede omtrent de aan onze minister daaromtrent te verstrekken informatie. Deze maatregelen hebben betrekking op de beschikbaarheid van openbare telecommunicatienetwerken dan wel delen daarvan, openbare telecommunicatiediensten en radioapparaten, de beveiliging van bepaalde onderdelen van een openbaar telecommunicatienetwerk of van radioapparaten, de afwikkeling van het elektronisch transport van gegevens over een openbaar telecommunicatienetwerk, en aanvullende infrastructurele voorzieningen voor het elektronisch transport van gegevens en de beveiliging daarvan.¹²⁷

Tot slot kan nog worden gewezen op de Noodwet financieel verkeer.¹²⁸ Alle plechtige toezeggingen van compensatie, schadeloosstelling en vergoeding tegen gebruikelijke prijzen ten spijt, als het financiële systeem niet functioneert kan dit niet gestand worden gedaan. De Noodwet financieel verkeer regelt allerlei noodbevoegdheden en voorzieningen om ervoor zorg te dragen dat een vorm van geldverkeer beschikbaar blijft en de financiële sector blijft functioneren.¹²⁹ Opmerkelijk is daarbij ook de bevoegdheid van de Minister van Financiën om eigenstandig te besluiten dat in overeenkomsten van levensverzekering het oorlogsrisko van een door hem vast te stellen tijdstip af wordt geacht mede te zijn verzekerd zelfs als dat expliciet is uitgesloten.¹³⁰

124. Art. 14.4 lid 2 Telecommunicatiewet.

125. Art. 14.4 lid 3 en 4 Telecommunicatiewet.

126. Art. 14.5 Telecommunicatiewet.

127. Art. 14.6 lid 1 en 4 Telecommunicatiewet.

128. Stb. 1978, nr. 348.

129. Zie bijv. het bankenmoratorium neergelegd in art. 4 en 5 of de mogelijkheid van noodgeld in art. 7-10 Noodwet financieel verkeer.

130. Art. 19 Noodwet financieel verkeer.

4.4 Voorbereiding voor oorlog

Hierboven zijn de ‘algemene’ noodwetten behandeld die ingezet kunnen worden om in tijden van (dreigende) oorlog en gewapend conflict evenals diverse noodwetten die de economie kunnen mobiliseren om de oorlogsinspanning te ondersteunen en de gevolgen en disrupties van oorlog voor de samenleving op te vangen. In aanvulling hierop zijn er enkele noodwetten die rechtstreeks zien op de voorbereiding op een noodtoestand met inbegrip van oorlog. Als eerste kan worden gewezen op de Wet beschikbaarheid goederen.¹³¹ Op grond van deze wet is iedere minister, indien dit naar zijn oordeel noodzakelijk is ter verzekering van het beschikbaar blijven van goederen ter voorbereiding op noodsituaties, bevoegd aan de rechthebbende bij algemeen of bijzonder bevel te gelasten dat bepaalde goederen ongewijzigd moeten blijven of juist gewijzigd moeten worden of een goed niet mag worden gebruikt of verwerkt zonder vergunning.¹³² Daarbij geldt dat als de Minister van Defensie een dergelijke verplichting oplegt ter uitvoering van de militaire taak, dat bevel voorrang heeft op alle andere bevelen.¹³³ Opmerkelijk is overigens dat de Wet beschikbaarheid goederen al inzetbaar is ter voorbereiding op noodsituaties.¹³⁴

Als tweede kan worden gewezen op de Wet medewerking verdedigingsvoorbereiding.¹³⁵ Deze wet voorziet in een bevoegdheid voor de Ministers van Economische Zaken, van Defensie of van Financiën om van eenieder medewerking te verlenen voor zover dat noodzakelijk is ter voorbereiding van de voorziening in geval van buitengewone omstandigheden in de behoeften van volkshuishouding en landsverdediging en de voorbereiding van de financiering hiervan.¹³⁶ In artikel 5 van deze wet is uitgeschreven wat deze medewerking kan inhouden. Hierbij kan worden gedacht aan informatie, het medewerken aan een persoonlijk onderzoek of het uitvoeren van het onderzoek naar de productiemogelijkheden of met de voorbereiding van de aanpassing ervan, het vormen en aanhouden van voorraden zoals bepaald door de ministers.

Als derde kan gewezen worden op de Inkwartieringswet.¹³⁷ Deze wet regelt de huisvesting voor militairen die op bepaalde locaties gelegerd moeten worden. Via tussenkomst van de burgemeester kunnen burgers en anderen verplicht worden militairen in huis op te nemen of in hun onroerend goed onderdak te verschaffen.¹³⁸ Voor het dulden en medewerken aan deze inkwartiering is een schadeloosstelling voorzien.¹³⁹

131. *Stb.* 1952, 407.

132. Art. 2 lid 1 Wet beschikbaarheid goederen.

133. Art. 2b Wet beschikbaarheid goederen.

134. Art. 2 aanhef Wet beschikbaarheid goederen.

135. *Stb.* 1939, 630.

136. Art. 2 Wet medewerking verdedigingsvoorbereiding.

137. *Stb.* 1953, 305.

138. Art. 1, 3 en 6 Inkwartieringswet.

139. Art. 11 Inkwartieringswet.

Tot slot is de Wet militaire inundatiën¹⁴⁰ relevant. Zoals uit de naamgeving al blijkt: op grond van deze wet kan de Minister van Defensie of de militaire autoriteit het onder water zetten van gebieden gelasten en het gebruik en eigendom van onroerende zaken gelasten als dat nodig is voor de inundatie.¹⁴¹ Dat deze wet sterke associaties oproept met de Nieuwe Hollandse Waterlinie is correct: deze wet dateert uit de 19^e eeuw. Ook na de Tweede Wereldoorlog was deze wet relevant in verband met de IJssellinie.¹⁴² Deze wet is overigens onderdeel van de moderniseringsoperatie van het staatsnoodrecht.¹⁴³

5 Si vis pacem, para bellum¹⁴⁴

In deze bijdrage is een brede schets gegeven van de bijzondere juridische instrumenten die de staat tot zijn beschikking heeft in geval van een (dreigend) gewapend conflict of oorlog. De drempel om deze instrumenten in te kunnen zetten is relatief hoog en dat is ook noodzakelijk gelet op de afwijkingen van de normale democratische processen, de ingrijpendheid van de bevoegdheden en de disruptie die de uitoefening van deze bevoegdheden met zich mee kan brengen. Verwacht zou mogen worden dat deze juridische instrumenten in orde zijn. Niets is minder waar helaas. Het kabinet zelf heeft al aangekondigd dat een modernisering van het staatsnoodrecht noodzakelijk is.¹⁴⁵ Diverse van de hiervoor behandelde wettelijke kaders zijn dringend aan modernisering toe. Het gaat daarbij zowel om de meer algemene wettelijke kaders zoals de Wbbbg en de Oorlogswet, maar ook om de Wet militaire inundatiën, de Wet op de lijkbezorging etc.¹⁴⁶ Dat dit dringend noodzakelijk is, blijkt uit het artikel van Jos Vink waarin diverse voorbeelden worden gegeven waaruit blijkt dat de organen, organisaties en coördinatiestructuren die nodig zijn om de vastgelegde noodbevoegdheden uit te oefenen formeel en feitelijk niet langer bestaan.¹⁴⁷ Verwacht kan worden dat dit bij de door het kabinet aangekondigde moderniseringsoperatie wordt meegenomen, maar op dat punt zijn de aangehaalde Kamerbrieven stil.

Tegelijkertijd blijkt uit de Defensienota 2024¹⁴⁸ dat de Nederlandse overheid op zeer snelle wijze en met veel inspanningen de eigen militaire slagkracht op peil wil brengen en de daarmee samenhangende afschrikking wil herstellen. In dat verband wordt ook gewezen op de inzet om het wetsvoorstel Wet op de gereedstelling¹⁴⁹ en het wetsvoorstel Wet weerbaarheid defensie en veiligheid gerelateerde

140. *Stb.* 1896, 71.

141. Art. 1a en art. 2 Wet militaire inundatiën.

142. nl.wikipedia.org/wiki/IJssellinie.

143. Brief van de Minister van Justitie en Veiligheid, 10 oktober 2023, *Kamerstukken II* 2023/24, 29668 en 26956, nr. 70.

144. Als je vrede wilt, bereid je dan voor op oorlog.

145. Brief van de Minister van Justitie en Veiligheid, 6 december 2022, *Kamerstukken II* 2022/23, 29668 en 26956, nr. 69.

146. Brief van de Minister van Justitie en Veiligheid, 10 oktober 2023, *Kamerstukken II* 2023/24, 29668 en 26956, nr. 70.

147. Jos Vink, 'Het Nederlandse staatsnoodrecht, Wat te doen met de EHBO trommel die niet op orde is?', *NJB* 2020/1134, p. 1308 e.v.

148. 'Defensienota 2024, Sterk, slim en samen', bijlage bij *Kamerstukken II* 2024/25, 36592, nr. 1.

149. Voor een beschrijving van wat de strekking van het wetsvoorstel is, zie *Introductiebundel Ministerie van Defensie voor bewindspersonen*, 2023, p. 9, te vinden op rijksoverheid.nl. Het omvat bijvoorbeeld ook meer fysieke ruimte voor defensie: defensie.nl/onderwerpen/ruimte-voor-defensie.

industrie, de herziening van de Oorlogswet voor Nederland en andere relevante wetgevingscomplexen snel ingevoerd of aangepast te krijgen.¹⁵⁰ Ook op EU-niveau is duidelijk een verhoogde inzet voorzien. Het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van het programma voor de Europese defensie-industrie en van een kader van maatregelen ter waarborging van de tijdige beschikbaarheid en levering van defensieproducten¹⁵¹ is een forse stap om op EU-niveau de productie- en innovatiecapaciteiten van de Europese defensie-industrie met spoed op peil te krijgen.

Voor het Nederlandse bedrijfsleven betekenen al deze ontwikkelingen dat de overheid sneller en vaker een beroep op hen zal moeten doen om de eigen gereedheid en operationele inzetbaarheid van defensie op peil te krijgen en de samenleving voor te bereiden op een grootschalig conflict. Ook is het daarbij van belang dat we al de grens van een gewapend conflict naderen: er zijn diverse operaties tegen Nederland gericht geweest in wat de 'grey zone' heet.¹⁵² Dit speelt niet alleen in Nederland, maar ook in omringende landen.¹⁵³ Dat betekent dat het Nederlandse bedrijfsleven nu al getroffen kan worden door cyberaanvallen, sabotagepogingen en andere heimelijke operaties die het functioneren van de Nederlandse samenleving proberen te ontregelen en de operationele inzetbaarheid van defensie aan te tasten.

Tot slot laat de oorlog in Oekraïne een belangrijke beweging zien in militaire technologie: gedurende decennia was er sprake van een spill over van zeer innovatieve technologie en systemen vanuit het domein van defensie en defensiebedrijven naar het civiele domein. Thans blijkt een steeds sterkere omgekeerde beweging en zullen ook civiele bedrijven soms onvermoed voor defensie relevante technologieën en systemen ontwikkelen en exploiteren. Drones zijn hier een goed voorbeeld van. Het gevolg hiervan is dat ook bedrijven die zich niet richten op defensietoepassingen sneller geconfronteerd zullen worden met een vraag en behoefte van defensie. In dat kader kan erop gewezen worden dat in de Defensienota 2024 expliciet ingezet wordt op het verbeteren van de aansluiting van de (operationele) behoefte Defensie op de innovaties in het civiele domein.¹⁵⁴

150. 'Defensienota 2024, Sterk, slim en samen', par. 7.6, bijlage bij *Kamerstukken II* 2024/25, 36592, nr. 1.

151. COM (2024) nr. 150.

152. Openbaar jaarverslag 2023 van de Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst, 18 april 2024, p. 5, 11-13.

153. C. Körömi & H. von der Burchard. 'German spy chief: Putin's covert operations reach unprecedented level', politico.eu, 14 oktober 2024 (politico.eu/article/germany-intelligence-spy-chief-warns-sabotages-russia-attack-nato-bruno-kahl-bnd/).

154. Zie par. 3.3 van de Defensienota 2024.

