

Weergave pilot beoordeling ongewenste kennis- en technologieoverdracht in relatie tot erkend referenten

Om een goed beeld te geven van de uitgetoetste beoordelingssystematiek is deze weergave geschreven. Hierin is departementaal vertrouwelijke informatie die mogelijk door kwaadwillenden misbruikt zou kunnen worden, verwijderd.

Aanleiding en achtergrond

In het lopende beleidstraject dat ziet op bescherming van de Nederlandse kennisveiligheid is met behulp van een proefopstelling bezien hoe erkend referenten getoetst kunnen worden op nationale veiligheidsaspecten. Er is ingezoomd op toetsing van bedrijven die actief zijn op het gebied van (zeer) sensitieve kennis en technologie en/of in vitale sectoren, en waar sprake is van een mogelijke band met een kwaadwillende statelijke actor. Dit met het uiteindelijke doel om een oordeel te kunnen vormen over de effectiviteit en proportionaliteit in relatie tot de te ondervangen risico's voor de nationale veiligheid in dit verband.

De bij de pilot betrokken partijen zijn het Bureau Toetsing Investerings (BTI), de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND), de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD), de Directie Migratiebeleid van het ministerie van Justitie en Veiligheid (DMB/JenV), de Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid vanuit het ministerie van Justitie en Veiligheid (NCTV/JenV) en het ministerie van Economische Zaken en Klimaat (EZK). De beoordeling van de effectiviteit en proportionaliteit gebeurde tevens in afstemming met het ministerie van Buitenlandse Zaken (BZ) en het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW).

De beoogde beoordelingssystematiek is er op gericht om te voorkomen dat statelijke actoren met kwade bedoelingen via bedrijven die erkend referent zijn, snel vreemdelingen kunnen inzetten om binnen de sector waarin het bedrijf opereert een netwerk op te bouwen en op zoek te gaan naar informatie over sensitieve kennis en technologie. De te beschermen sensitieve kennis en technologie zit voor wat dit traject betreft dus niet bij het bedrijf zelf (de erkend referent), dat i.c. ten slotte al mogelijk onder invloed staat van een statelijke actor, maar juist bij andere bedrijven binnen dezelfde sector. De beoordelingssystematiek richt zich dus enkel op het tegengaan van een specifiek deel van de dreiging in relatie tot ongewenste kennis- en technologieoverdracht bij bedrijven.¹

De beoordelingssystematiek houdt effectief in dat de IND eerst via een eerstelijnsbeoordeling/afbakening beziet welke bedrijven er in het kader van de erkenning als referent nader beoordeeld dienen te worden door een externe partij met specifieke kennis en expertise (i.c. het BTI) op een risico op ongewenste kennis- en technologieoverdracht en daarmee voor de nationale veiligheid, om deze vervolgens via een adviesprocedure aan hen ter inhoudelijke beoordeling voor te leggen.

In de pilot is bezien hoe deze beoordelingssystematiek zou kunnen worden geoperationaliseerd en of deze redelijkerwijs uitvoerbaar zou zijn: wat is daar dan in uitvoeringstechnische zin voor nodig en wat dient daarin eventueel te worden aangescherpt c.q. verduidelijkt. Daarbij is ook aandacht voor de samenwerking tussen IND en het BTI. Tijdens de pilot is ook gekeken naar de juridische inbedding en de effectiviteit en proportionaliteit van de systematiek. De pilot betreft nadrukkelijk geen ex-ante uitvoeringstoets (EAUT), aangezien er nog geen sprake is van een vastgesteld juridisch kader.

Systematiek

De pilot bestaat uit verschillende hoofddoelen, deze hoofddoelen vormen de basis voor de pilot. In deze weergave wordt aan de hand van de hoofddoelen de pilot toegelicht.

¹ Gelijktijdig is onder leiding van het ministerie van EZK onderzocht hoe risico's op ongewenste kennis- en technologieoverdracht door individuele internationale kenniswerkers binnen bedrijven kunnen worden gemitigeerd. De uitkomsten en vervolgstappen hiervan zijn gecommuniceerd in de voortgangsbrief van de kabinetsaanpak Economische Veiligheid.

1. Waar nodig aanscherpen van het conceptbeoordelingskader inzake risico's voor de nationale veiligheid i.r.t. erkend referenten door het koppelen van de geïdentificeerde criteria aan in de praktijk toepasbare indicatoren die een rol kunnen spelen bij het vaststellen van mogelijke risico's op ongewenste kennis- en technologieoverdracht welke een dreiging vormen voor de nationale veiligheid.
2. Uitwerken van een afbakening/eerstelijnsbeoordeling aan de hand van nader te bepalen criteria om, inzake (zeer) sensitieve technologie en de (mogelijke) link met een statelijke actor die de intentie heeft ongewenste beïnvloeding uit te oefenen in Nederland, te bepalen of een casus doorgezet moet worden naar het BTI voor advies (tweedelijnsbeoordeling).
3. Uitwerken tweedelijnsbeoordeling voor de gevallen die door de IND worden doorgeleid naar het BTI teneinde vast te stellen of er sprake is van een risico op ongewenste kennis- en technologieoverdracht/gevaar nationale veiligheid aan de hand van de criteria van het beoordelingskader.
4. Vaststellen of het mogelijk is voor de IND om de eerstelijnsbeoordeling uit te voeren, en of het BTI de tweedelijnsbeoordeling kan uitvoeren.
5. Vaststellen hoe het advies van het BTI aan de IND eruit zou moeten zien om de IND te voorzien van een gedegen onderbouwing voor het afwijzen op grond van de eventuele aanwezigheid van risico's op ongewenste kennis- en technologieoverdracht en daarmee gevaar voor de nationale veiligheid. Daarbij moet worden vastgesteld hoe de besluitvorming van de IND op grond van het advies het beste vormgegeven/gemotiveerd zou moeten worden bij een intrekking/afwijzing.
6. Vaststellen of de in de pilot uitgewerkte beoordelingssystematiek schaalbaar is naar de eerste inschatting van de omvang van de doelgroep.
7. Vaststellen of en zo ja, in welke mate met deze handelingsopties het gewenste effect, namelijk het mitigeren tot een acceptabel restrisico (en het daarbij vaststellen van wat een acceptabel restrisico is) van risico's op ongewenste kennis- en technologieoverdracht en daarmee gevaar voor de nationale veiligheid, wordt bereikt.

Daarnaast is voorafgaand aan de pilot vastgesteld dat de beoordelingssystematiek aan een aantal condities moet voldoen:

- Voor het kunnen uitvoeren van een eerstelijnsbeoordeling door de IND is randvoorwaardelijk dat deze eenvoudig en binnen een redelijk tijdbestek uitgevoerd kan worden door medewerkers die niet beschikken over specifieke/specialistische kennis en expertise. Het moet gaan om concrete criteria die zo objectief en feitelijk mogelijk te toetsen zijn.
- De procedure (vanaf eerstelijnsbeoordeling tot en met ontvangst van het advies BTI) moet binnen een redelijke behandeltermijn uit te voeren zijn. Hierbij wordt ook gekeken naar de duur van andere externe adviesprocedures die de IND kent, zoals bij de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RVO) in het kader van beoordeling continuïteit en solvabiliteit.
- Duidelijk moet zijn welke inrichting van het juridisch kader vanuit uitvoeringsperspectief de voorkeur geniet. Dit kader moet zodanig worden ingericht dat zo goed mogelijk geborgd wordt dat een besluit afdoende gemotiveerd kan worden en juridisch houdbaar is.
- De beoordeling moet het gewenste resultaat opleveren, namelijk dat er via/door het bedrijf waarvan de erkenning als referent is ingetrokken in relatie tot een mogelijk risico voor de nationale veiligheid geen risico's op ongewenste kennisoverdracht meer aanwezig zijn, of dat het risico daarop is gemitigeerd tot een acceptabel restrisico.

Gedurende de pilot is de systematiek getest door het onderwerpen van hypothetische testcasussen aan de beoordelingssystematiek om te bezien of, en zo ja hoe, de beoordelingssystematiek in de praktijk zou functioneren. De veronderstelling is namelijk dat met het doorlopen van casuïstiek waardevolle inzichten verkregen kunnen worden over de werking en het effect van de beoogde beoordelingssystematiek.

Bevindingen aan de hand van de hoofddoelen

1. Dreiging en criteria verband houdende met risico's over nationale veiligheid

Er zijn een aantal voorstelbare dreigingen die zien op ongewenste kennisoverdracht in relatie tot het erkend referentschap. Statelijke actoren kunnen bijvoorbeeld een bedrijf onder hun invloed als middel gebruiken om mensen binnen het sensitieve technologie ecosysteem van Nederland te krijgen. Dit betreft een mogelijke dreiging voor de nationale veiligheid wanneer dit gebeurt bij bedrijven waar unieke Nederlandse technologie en kennis ontwikkeld wordt die bijdraagt aan de Nederlandse geo-economische strategische positie. De betrokkene heeft dan geen daadwerkelijke intentie om hier de opgegeven functie te vervullen. Onbetrouwbare erkende referenten zullen in dit geval bijvoorbeeld niet melden dat betrokkene de functie niet daadwerkelijk uitvoert. Ook kunnen onbetrouwbare referenten in opdracht van een statelijke actor betrokkenen werven. Het is hierbij ook mogelijk dat dergelijke bedrijven gevestigd kunnen zijn binnen een generieke sector waarin zelf geen sensitieve kennis of technologie aanwezig is. Hierbij is relevant te beseffen dat personen en bedrijven onder sommige wetgeving van statelijke actoren verplicht zijn om medewerking te verlenen bij inlichtingenactiviteiten.

In relatie tot dit specifieke deel van de dreiging van ongewenste kennis- en technologieoverdracht bestaat ook de mogelijkheid dat van uitleenconstructies gebruik wordt gemaakt om verblijf te faciliteren. Zo kan, in theorie, door middel van het erkend referentschap van de uitlener (een payrollbedrijf) verblijf worden verworven door een coverbedrijf - onder invloed van de statelijke actor - dat zelf geen erkend referent is. Dit onderdeel wordt echter in een separaat traject geadresseerd; de implicaties daarvan worden aangehaald onder de sectie over effectiviteit en proportionaliteit.

In relatie tot de dreiging zoals hierboven toegelicht is in 2024 een conceptbeoordelingskader opgesteld om de met deze dreiging verband houdende kenmerken grofweg te vatten in criteria. Om deze criteria te verwerken in toetsbare indicatoren zijn deze als onderdeel van de voorbereiding van de pilot verwerkt in de eerste- en tweedelijns beoordelingsstadia - zie hierover de volgende twee secties.

2. Afbakening/ eerstelijnsbeoordeling en (4.) uitvoerbaarheid daarvan

De eerstelijnsbeoordeling door de IND dient er met name toe om te zorgen dat een afbakening gemaakt kan worden van de bedrijven die erkend referent zijn (meer dan 12.000) of willen worden (meer dan 1500 per jaar). Indien zij actief blijken te zijn op sensitieve technologie dan wel een vitale aanbieder te zijn, en er tevens sprake lijkt te zijn van een mogelijke band met een kwaadwillende statelijke actor, wordt de casus voor een nadere beoordeling (ter onderzoek van de daadwerkelijke band met de statelijke actor) doorgeleid naar de tweedelijnsbeoordeling door het BTI.

De eerstelijnsbeoordeling vindt plaats op basis van een formulier dat bedrijven die erkend referent zijn of willen worden dienen in te vullen, en een KvK-naslag. Het formulier omvat vragen en informatie die verband houden met hun bedrijfsactiviteiten, hun eigendoms- en bestuursstructuur en andere mogelijk relevante informatie die verband houdt met antecedenten of sancties. Wanneer een bedrijf aangeeft niet actief te zijn op een sensitief kennisgebied, noch een vitale aanbieder zegt te zijn en de IND geen reden heeft hieraan te twijfelen, wordt voor deze bedrijven de beoordeling afgesloten. Bij het invullen van het formulier verklaart het bedrijf de informatie naar waarheid te hebben verstrekt. Dit biedt mogelijkheden voor het herzien van een eventuele erkenning of aangifte tegen het bedrijf, in geval van verstrekking van valse verklaringen of het achterhouden van informatie.

Tijdens de pilot is deze systematiek getest, wat heeft geleid tot een aantal bevindingen. Hierbij moet worden opgemerkt dat, gezien getest is met fictieve casussen, de gegevens in de vragenlijsten en de beoordeling daarvan de werkelijkheid niet geheel kunnen nabootsen. Een eerste bevinding is dat de IND-medewerkers goed geïnstrueerd en mogelijk opgeleid moeten worden om de beoordeling goed te kunnen uitvoeren. De inschatting is dat het verrichten van een beoordeling behoorlijk tijdrovend zal zijn. Met name bij een groot internationaal bedrijf kan de

beoordeling erg veel tijd kosten, onder meer omdat alle bedrijven als opgenomen in het verschaft organogram bekeken moeten worden. Daarnaast is de verwachting dat sommige vragen in de vragenlijst bij de (potentiële) referenten (specifieke) vragen zullen oproepen, die IND medewerkers niet (allemaal) kunnen beantwoorden. Derhalve wordt een goede informatievoorziening aan de IND en een vraagbaak voor de IND bij de organisatie die de tweedelijsbeoordeling doet gezien als noodzakelijk. Ook zien zij noodzaak voor het toevoegen van handzame en overzichtelijke lijsten bij de categorieën goederen en technologieën in het aanvraagformulier dat bedrijven moeten invullen. Aangezien gewerkt is met fictieve casussen kan de IND enkel een inschatting maken van de benodigde tijd voor een eerstelijsbeoordeling. De inschatting is dat dit tussen een half uur en enkele uren per werknemer kan duren. Nadrukkelijk wordt opgemerkt dat ook nog moet worden bezien of het opgestelde kader voor de eerstelijsbeoordeling in zijn toepassing strijdigheid kan opleveren met het discriminatiebeginsel.

3. Tweedelijsbeoordeling en (4.) uitvoerbaarheid daarvan

Gedurende de pilot is in de tweedelijsbeoordeling door het BTI onderzocht of bedrijven die actief zijn op het gebied van sensitieve technologie en/of een vitale aanbieder zijn, die naar aanleiding van de eerstelijsbeoordeling zijn doorgeleid in verband met het vermoeden van een link met een kwaadwillende statelijke actor, daadwerkelijk verbonden zijn met de statelijke actor in kwestie en of dit een risico oplevert. Het BTI gaat daarbij in op de mate van invloed die mogelijk op het bedrijf kan worden uitgeoefend, al dan niet direct of indirect, juridisch of feitelijk, door de (overheidsorganen) van de statelijke actor. Daarbij hanteert het BTI het opgestelde beoordelingskader vooral als referentieleidraad, en kunnen de individuele criteria daarin onderdeel uitmaken van de uiteindelijke risicoschatting. Het BTI levert vervolgens een rapport op waarin de verschillende overwegingen bij een bedrijf uiteen worden gezet en waarin ter conclusie op een schaal van "laag – gemiddeld – hoog" het risico op verbondenheid met een kwaadwillende statelijke actor wordt weergegeven. Het BTI baseert zich in eerste instantie op dezelfde informatie die door het bedrijf middels het formulier is aangeleverd bij de IND. Indien nodig kan het BTI aanvullende informatie bij het bedrijf opvragen of ander aanvullend onderzoek doen.

Naast de mogelijke invloed van een statelijke actor is ook het daarbij komende risico op ongewenste kennis- en technologieoverdracht relevant. Onderzoek daarnaar zou zich moeten richten op het ecosysteem waarin het bedrijf zich bevindt, of de projecten waar zij aan meewerkt. Van daaruit kan worden gekeken om welke kennis en technologie het gaat, het belang daarvan en de wens van kwaadwillende statelijke actoren om deze technologie te bemachtigen. Het BTI acht zichzelf minder geschikt om het ecosysteem van het te toetsen bedrijf in kaart te brengen. Het advies van het BTI ziet daarom vooral op het risico van verbondenheid met een statelijke actor. Het BTI kan binnen de huidige werkwijze en capaciteit in hun advies echter geen oordeel geven over een daaruit voorkomend risico op ongewenste kennis- en technologieoverdracht en/of een gevaar voor de nationale veiligheid

Tijdens de pilot zijn door het BTI de fictieve casussen beoordeeld middels de beoordelingssystematiek voor het tweedelijsonderzoek, en aansluitend zijn er voor een aantal daarvan ook onderzoeksrapporten opgesteld. Omwille van de benodigde capaciteit is voor het overige deel van de casussen door BTI een grofmazige inschatting gemaakt van wat de door hen, als expertisepartij, vermoedde uitkomst van een daadwerkelijk nader onderzoek zou zijn geweest.

Op basis van deze beoordeling en de nabespreking in de werkgroep zijn een aantal bevindingen opgetekend. Hierbij dient te worden opgemerkt dat het BTI heeft moeten werken met gefictionaliseerde informatie die niet gelijk is aan wat in een echt scenario zou worden aangeleverd (zoals bestuurdersgegevens en eigendomsstructuur). Ook heeft het BTI voor het nadere onderzoek niet kunnen putten uit daadwerkelijk beschikbare gegevens. Het BTI heeft een inschatting moeten maken welke omstandigheden in een daadwerkelijke casus van toepassing zouden zijn, waardoor de in de pilot doorlopen tweedelijsbeoordeling vooral een beeld geeft van hoe de systematiek bepaalde dreigingen wel en niet kan onderkennen, maar minder geschikt is om een beeld te geven van hoe het daadwerkelijke tweedelijsonderzoek in de uitvoering zou verlopen. De systematiek lijkt op het eerste gezicht uitvoerbaar. Echter is het voor BTI lastig om een inschatting te maken

van de tijdsbesteding per casus, gezien in de pilot niet met daadwerkelijke informatie afkomstig van echte bedrijven kon worden gewerkt. Uitgebreide onderzoeken kunnen lang duren en naar verwachting ergens tussen dagen en weken in beslag nemen, dit is ook afhankelijk van hoe diepgravend een onderzoek is. Voor het nader in kaart brengen van preciezere doorlooptijden en de tijdsinvestering per casus per werknemer zou het verrichten van een ex-ante uitvoeringstoets noodzakelijk zijn.

Zoals gezegd heeft het BTI in het kader van de pilot gekeken naar het risico op verbondenheid van aanvragers van het erkend referentschap met statelijke actoren. Daar ligt de expertise van het BTI. Echter acht het BTI zichzelf minder geschikt om voor deze beoordeling het ecosysteem van het te toetsen bedrijf in kaart te brengen. Dit is wel van belang, omdat het iets zegt over de aard en gevoeligheid van de informatie die betrokkenen potentieel kunnen verzamelen ten behoeve van de statelijke actor. Het is dus niet mogelijk gebleken om een verdergaande conclusie te trekken over of de verbondenheid ook een daadwerkelijk risico oplevert op ongewenste kennis- en technologieoverdracht, of een gevaar voor de nationale veiligheid.

5. Product aan de IND n.a.v. tweedelijsbeoordeling en motivering van intrekking/afwijzing

Om bij een aanvraag om erkenning/bij een bestaand erkend referentschap over te kunnen gaan tot een afwijzing c.q. intrekking wanneer sprake is van een onwenselijke situatie zal het advies dat volgt uit de tweedelijsbeoordeling van het BTI verband moeten houden met een van de erkenningscriteria waaraan een bedrijf moet voldoen om erkend referent te zijn. Indien een bestaand criterium zich hier niet voor leent, zal er een nieuw wettelijk criterium moeten worden geïntroduceerd dat direct verband houdt met de scope van dit traject en het advies van het BTI uit de tweedelijsbeoordeling. Een belangrijk doel van de pilot was dan ook om inzichtelijk te maken of de beoordelingssystematiek als voorzien gestoeld kan zijn op een bestaand erkenningscriterium, of dat een nieuw criterium zal moeten worden gecreëerd.

In de eerdere uitwerking van de beoordelingssystematiek kwam naar voren dat het reeds bestaande betrouwbaarheidsvereiste, onder bepaalde voorwaarden, mogelijk in aanmerking zou kunnen komen voor gebruik onder de beoordelingssystematiek. In beginsel werd het namelijk uitlegbaar geacht dat dit betrouwbaarheidscriterium uit artikel 2c (en in het verlengde daarvan 2g) Vw ruimte biedt om nationale veiligheidsrisico's te betrekken bij de aanvraag tot of intrekking van het erkend referentschap. Echter is hierbij wel belangrijk dat ook daadwerkelijk in een beschikking moet kunnen worden gemotiveerd of een geapprecieerd risico voor de nationale veiligheid, of vastgestelde link met een statelijke actor, ook daadwerkelijk de betrouwbaarheid van de erkend referent aantast. Volgens de wetsgeschiedenis ziet het betrouwbaarheidscriterium onder andere op of het bedrijf de zogeheten MoMi-verplichtingen kan nakomen: namelijk de informatieverplichting over het correct en tijdig doorgeven van informatie over het bedrijf en de vreemdelingen in dienst, de bewaarplicht van relevante documenten die verband houden met de vreemdelingen in dienst, de administratieplicht die noopt tot het bijhouden van administratie die aantoonbaar voldoet aan de voorwaarden die bij de verblijfsvergunning van een migrant horen, en de zorgplicht waarbij moet worden gezorgd voor een zorgvuldige werving en selectie. Wanneer uit het expertisecoordeel in de tweedelijsbeoordeling geen daadwerkelijk vastgesteld 'gevaar voor de nationale veiligheid' blijkt, maar enkel een link is vastgesteld met een kwaadwillende statelijke actor, zal dit niet zonder meer voldoende zijn om de conclusie te kunnen trekken dat de erkend referent daarmee niet (meer) kan worden aangemerkt als een betrouwbare partner voor de IND. Dit wordt des te moeilijker als een bedrijf al lang erkend is door de IND en al die tijd aan zijn MoMi-verplichtingen heeft voldaan.

Nu tijdens de pilot gebleken is dat het BTI geen oordeel kan geven over de eventuele aard en impact van ongewenste kennis- en technologieoverdracht, maar zich moet beperken tot risico's die verband houden met de eigendomsstructuur, zoals de verbondenheid met een statelijke actor (middels een risicoscore) ligt het meer in de rede om een afwijzing/intrekking te stelen op een nieuw (wettelijk) erkenningscriterium dat zo ingericht kan worden dat het direct aansluit bij de conclusie uit deze beoordeling: bijvoorbeeld dat een erkend referent niet verbonden mag zijn aan een kwaadwillende statelijke actor.

De introductie van een nieuw erkenningscriterium dat sec verband houdt met het bestaan van een (risicovolle) link met een statelijke actor als voorwaarde voor het erkend referentschap heeft het voordeel dat zo'n criterium precies zo ingericht kan worden dat het zo passend mogelijk aansluit op de redeneerlijn van de IND bij de motivering van een afwijzing/intrekking, en daarmee ook naar verwachting de juridisch meest zuivere en minst kwetsbare optie is. Bij het introduceren van een nieuw criterium zal naast beleid ook hogere regelgeving/wetgeving moeten worden gewijzigd, en daarbij zullen het nut, de noodzaak, en proportionaliteit van de wijziging moeten worden gemotiveerd in het wetstraject dat hiervoor nodig is. Hoewel het regelen van een nieuw criterium een wijziging van hogere regelgeving/wetgeving zou vergen en daarmee tijd in beslag zal nemen, is hierbij wel de opmerking te plaatsen dat andere juridische wijzigingen om tot een beoordelingssystematiek te komen (zoals bijv. het inrichten van een grondslag voor toetsing door het BTI/de derde partij) ook wijziging van hogere regelgeving/wetgeving zal vereisen. De inschatting is daarnaast dat het gebruik van een nieuw wettelijk criterium onder bepaalde voorwaarden niet in de weg hoeft te staan aan het beoordelen van bestaande erkende referenten .

Zoals toegelicht kan het BTI alleen een onderbouwde risico inschatting op een schaal van "laag – gemiddeld – hoog" maken wat betreft de verbondenheid van een bedrijf met een kwaadwillende statelijke actor. De appreciatie van de juristen van DMB en de IND is dat bij deze wijze van formulering van de conclusie uit de tweedelijsbeoordeling in de meeste gevallen geen motivering rond te krijgen is waarmee/waardoor de IND in staat is om over te gaan tot een intrekking of afwijzing van de erkenning op grond van het betrouwbaarheidsvereiste. Omdat binnen het huidige kader op basis van deze conclusie geen potentiële afwijzings- en intrekkingsgrond wordt gezien, heeft het opstellen van een conceptbeschikking en expliciteren van een redeneerlijn voor een intrekking/afwijzing geen onderdeel uit kunnen maken van de pilot.

Duidelijk is dat onder het huidige wettelijk kader, en de huidige werkwijze, expertise en capaciteit van het BTI, in de meeste gevallen niet kan worden gekomen tot een conclusie/advies uit de tweedelijsbeoordeling waarop een intrekking of afwijzing van de erkenning door de IND kan worden gestoeld.

6. Schaalbaarheid

Belangrijk is dat een uiteindelijke beoordelingssystematiek uitvoerbaar is voor de eerstelijsbeoordeling (IND) en tweedelijsbeoordeling (BTI), maar ook dat deze organisaties in staat zijn de omvang van de doelgroep te verwerken (schaalbaarheid).

Eerstelijsbeoordeling

De te toetsen doelgroep omvat alle bedrijven die erkend referent willen worden en alle reeds erkend referenten. Op basis van cijfers van de afgelopen jaren gaat het jaarlijks om circa 1.600 nieuwe aanvragen, naast een groeiende bestaande populatie van >12.000 erkend referenten. Met een geschatte tijdsbesteding van een half uur tot enkele uren per bedrijf betekent dit grofmazig tussen de 6.000 en 36.000 uur om de bestaande populatie te beoordelen, plus tussen de 800 en 4.400 uur per jaar voor de nieuwe aanwas. Deze extra uren zijn aanzienlijk en niet uitvoerbaar binnen de huidige bezetting van Team Zakelijk Relatiemanagement van de IND. Jaarlijks zijn er welliswaar bedrijven die hun erkend referentstatus verliezen of opzeggen, maar dit valt op basis van de cijfers in het niet bij de jaarlijkse nieuwe aanwas. Een ex-ante uitvoeringstoets zou nodig zijn om de inschatting te verfijnen en de aanvullend benodigde capaciteit te bepalen.

Tweedelijsbeoordeling

Na de eerstelijsbeoordeling volgt een verdiepende beoordeling van de bedrijven waar mogelijk extra risico's spelen; de door de IND doorgeleide bedrijven omvatten dan ook de doelgroep van de tweedelijsbeoordeling. Hierbij worden twee criteria gehanteerd: (1) de aard van de activiteiten (gevoelige kennis/technologie of vitale aanbieders) en (2) indicaties van een mogelijke band met een kwaadwillende statelijke actor.

Voor criterium (1) sluit het beoordelingskader aan bij de Wet Vifo. De schatting is dat in totaal tussen de 1.750 en 3.190 bedrijven (+ het aantal vitale aanbieders), potentieel binnen het toepassingsbereik vallen. Een één-op-één-koppeling met het Register Erkend Referenten is echter niet mogelijk, waardoor onbekend is welk deel tevens aspirant of bestaand erkend referent is en derhalve onderdeel uitmaakt van de daadwerkelijke doelgroep. Het betreft naar verwachting een substantieel aantal bedrijven. Voor criterium (2) geldt dat een mogelijke band met een statelijke actor per bedrijf moet worden vastgesteld. In omvang gaat het vermoedelijk om honderden bedrijven, en hierbij moet worden opgemerkt dat dergelijke casuïstiek specialistisch en tijdsintensief is. Er is samen met het ministerie van EZK onderzocht of een fijnmazigere inschatting kan worden gegeven van het aantal bedrijven, maar dergelijke data is vooralsnog niet beschikbaar.

Indien de uitkomst van de beoordeling aanleiding geeft tot afwijzing of intrekking van de erkenning, neemt de IND daarnaast het besluit en handelt eventuele bezwaar- en beroepsprocedures af. De grofmazigheid van de inschatting, in combinatie met de beperkte inschatting die het BTI op dit moment kan maken voor de benodigde tijdsinvestering per casus, maakt dat nog geen sluitende conclusies kunnen worden getrokken over de schaalbaarheid van de tweedelijsbeoordeling. Waarschijnlijk is wel dat, gezien de benodigde specialistische kennis in de tweedelijsbeoordeling en de tijdsintensievere vorm van de beoordeling, een mogelijke doelgroep van honderden bedrijven zelfs met aanvullende capaciteit al snel tegen de grenzen van wat uitvoerbaar is aanloopt. Ook voor de tweedelijsbeoordeling zou een ex-ante uitvoeringstoets noodzakelijk zijn voordat nadere conclusies over de schaalbaarheid en capaciteitsbehoefte kunnen worden getrokken.

7. Gevolgen, effectiviteit en proportionaliteit

Een kernonderdeel van de pilot is ook om inzichtelijk te maken of de beoogde beoordelingssystematiek effectief zou zijn in het wegnemen/mitigeren van het beoogde deel van de dreiging, en of de daartoe benodigde inspanningen alles afgewogen proportioneel zouden zijn. Hieronder zijn de juridische en feitelijke gevolgen alsmede de effectiviteit en proportionaliteit uiteengezet.

Juridische gevolgen

Het intrekken of afwijzen van het erkend referentschap op grond van de beoordelingssystematiek brengt aanzienlijke juridische consequenties met zich mee:

- Een nog niet erkend bedrijf zou na een afwijzing van de erkenningsaanvraag geen erkend referent meer kunnen worden (met dezelfde bedrijfsstructuur). Dit betekent dat het bedrijf geen kennismigranten kan aantrekken onder de nationale kennismigrantenregeling. Echter is voorstelbaar dat een bedrijf (om de systematiek te omzeilen) wijzigingen aan kan brengen in de bedrijfsstructuur door bijvoorbeeld een bestuurder (op papier) te vervangen, waardoor een hernieuwd verzoek tot erkenning alsnog kan slagen.
- Een reeds erkend bedrijf verliest zijn erkend referentstatus en kan daardoor geen kennismigranten onder de nationale kennismigrantenregeling meer aantrekken. De verblijfsvergunningen regulier voor bepaalde tijd die zijn verleend onder een beperking verband houdend met het verrichten van arbeid als kennismigrant, worden, indien de erkenning van de referent is geschorst of ingetrokken, niet op grond van artikel 19 van de Wet, in samenhang met artikel 18, eerste lid, onder f, van de Wet, ingetrokken, dan nadat de vreemdeling die te goeder trouw is gedurende drie maanden in de gelegenheid is geweest om alsnog aan de beperking te voldoen.
- Dit betekent dus niet dat bij intrekking van het erkend referentschap direct de verblijfsvergunningen van alle kennismigranten in dienst van de erkend referent worden ingetrokken. In de meeste gevallen zullen zij nog 3 maanden hebben om op een andere grond verblijf te verwerven.
- Het uitgangspunt blijft overeind dat een onderneming als niet-erkende referent mag optreden (artikel 2a, eerste lid onder c Vv). Dit zou betekenen dat hetzelfde bedrijf in beginsel nog als niet-erkende referent voor dezelfde vreemdelingen zou kunnen (blijven)

optreden, waarbij wel relevant is wat dan de verblijfsvergunning is waaronder een vreemdeling gaat werken (bijvoorbeeld de Europese Blauwe Kaart, waarvoor geen erkend referentschap is vereist).

- In de toelichting bij art. 2g Vw staat wel: 'Intrekking van de erkenning zal ook leiden tot intensiever toezicht op de naleving door de betreffende onderneming of rechtspersoon van de wettelijke voorschriften als gewoon referent. Eventuele toelatingsaanvragen van een dergelijke referent na intrekking van de erkenning zullen integraal en nauwgezet worden beoordeeld'. Het gaat hier echter wel om de toetsing aan de verblijfsvoorwaarden t.a.v. de vreemdeling zelf, waarmee de risico's voor de nationale veiligheid die uitgaan van het bedrijf naar verwachting niet worden afgedekt.
- In art. 1.17 Vb staat wel voor de minister van Asiel en Migratie de mogelijkheid opgenomen om nadere regels te kunnen opnemen over de beëindiging van het erkend referentschap.
- Er lijkt dus mogelijk nog ruimte om in het Vv nadere regels op te nemen over het beëindigen van normaal referentschap, maar dan moet het er dus al zijn.
- Het is noodzakelijk om verder te onderzoeken of, indien het erkend referentschap wordt ingetrokken op grond van een gevaar voor de nationale veiligheid, het bedrijf ook kan worden uitgesloten om op te treden als niet-erkende referent voor andere arbeidsgerelateerde verblijfsdoelen. Indien dit niet mogelijk is brengt dit een significant omzeilingsrisico met zich mee. Ook zou het zoals gezegd voor een bedrijf (nog steeds) mogelijk zijn om de band met de statelijke actor (al dan niet op papier) te verbreken.
- Tot slot is het zo dat, ook als een bedrijf in zijn geheel niet meer mag optreden als erkend referent en 'gewone' referent, het bedrijf nog wel in Nederland economisch actief kan zijn en werknemers (niet zijnde derdelanders) in dienst kan nemen/houden.

Verwachte feitelijke consequenties

- Afhankelijk van de uiteindelijke consequentie voor het optreden van het bedrijf als niet-erkende referent zal het bedrijf voor de vreemdelingen die werkzaam zijn op basis van de nationale kennismigrantenregeling stappen zetten om deze alsnog rechtmatig te laten verblijven onder een ander arbeidsgerelateerd verblijfsdoel waarvoor geen erkend referentschap benodigd is.
- Weliswaar moet daarvoor ook aan andere vereisten worden voldaan, maar indien een statelijke actor daadwerkelijk met het oog op ongewenste kennis- en technologieoverdracht vreemdelingen aanwendt en te werk stelt onder het bedrijf dat onder zijn invloed staat, lijken deze voorwaarden makkelijk te vervullen. Zo zal dus alsnog een weg open blijven om via hetzelfde bedrijf toegang tot Nederland (en het technologische ecosysteem) te verschaffen.
- Daarbij ontstaat, zoals genoemd, een onwenselijke situatie: het bedrijf dat geen erkend referent meer mag worden/zijn omwille van mogelijke statelijke invloed kan dan alsnog middels relatief eenvoudige andere manieren (dezelfde) vreemdelingen naar Nederland halen.
- Echter, indien het bedrijf ook niet meer als 'gewone' referent mag optreden zullen na de zoekperiode van 3 maanden de bij het bedrijf werkzame vreemdelingen hun rechtmatige verblijf op grond van de nationale kennismigrantenregeling of andere verblijfsregelingen die verband houden met hun werkzaamheden bij het verblijf verliezen. Dit betekent, gezien de frequente afhankelijkheid van buitenlandse werknemers, in veel gevallen effectief dat het bedrijf ernstig belemmerd zal worden in het uitvoeren van bedrijfsactiviteiten in Nederland.
- In beide scenario's is het voorstelbaar dat dit ernstige diplomatieke gevolgen kan hebben voor de relatie met de statelijke actor die in verband staat met het bedrijf, hetgeen mogelijk ook vergeldingsrisico's meebrengt voor juist Nederlandse bedrijven actief in deze landen. Tenslotte wordt op grond van vermeende heimelijke beïnvloeding het referentschap van een aan deze staat te linken bedrijf ingetrokken. Voor kleinere, minder direct verbonden, bedrijven is dit mogelijk minder ingrijpend, maar voor grote internationale bedrijven die hier ook mee geconfronteerd kunnen worden zal dit vermoedelijk ook een politieke zaak zijn.

- Gezien het een formeel toetsingskader betreft zal er, omwille van de gelijke behandeling, geen directe mogelijkheid zijn om in een casus waarin dat toch wenselijk wordt bevonden af te zien van een intrekking/afwijzing indien de tweedelijsbeoordeling daartoe noopt. Dit maakt dergelijke politieke risico's moeilijk beheersbaar.
- Tot slot is op te merken dat, indien het bepaalde bedrijven in deze sensitieve sectoren bedrijfsmatig lastiger/onmogelijk wordt gemaakt om gezien hun band met een statelijke actor in Nederland te opereren door hen het referentschap te ontzeggen, dit ook significante consequenties kan hebben voor de nationale concurrentiepositie van deze vaak belangrijke nationale sectoren.

Effectiviteit en afdichting van risico's

Het risico dat met de beoordelingssystematiek dient te worden afgedekt is dat kwaadwillende bedrijven door een statelijke actor gebruikt kunnen worden om gemakkelijk (kwaadwillende) personen naar Nederland te halen die vervolgens in het ecosysteem van het bedrijf kunnen proberen om sensitieve kennis en/of technologie te verkrijgen, en/of andersoortige activiteiten ten behoeve van de statelijke actor te verrichten. De beoogde beoordelingssystematiek is erop gericht misbruik door kwaadwillende statelijke actoren tegen te gaan door bij bedrijven in sensitieve sectoren met een band met zo'n statelijke actor het erkend referentschap af te wijzen of in te trekken. Daardoor vervalt de mogelijkheid om via de nationale kennismigrantenregeling vreemdelingen naar Nederland te halen en die regeling als dekmantel voor inlichtingenactiviteiten te gebruiken.

Wanneer bedrijven als 'gewone' niet-erkende referent mogen blijven optreden, kunnen zij overstappen op andere arbeidsgerelateerde verblijfsdoelen waarvoor geen erkend referentschap vereist is, en zo toch mogelijk toegang tot Nederland en sensitieve sectoren verkrijgen. Daarnaast bestaan er verblijfsopties die niet aan het werk bij een bedrijf zijn gekoppeld. Bedrijven die buiten de doelgroepsafbakening vallen kunnen daarnaast via generieke (niet-sensitieve) sectoren alsnog verblijf onder de kennismigrantenregeling en erkend referentschap faciliteren. Ook deelname aan gesubsidieerde projecten kan toegang tot sensitieve omgevingen geven, zonder dat het bedrijf in essentie in een sensitief domein actief is. Daarnaast zullen meer genuanceerde constructies van statelijke invloed in de eerstelijsbeoordeling naar verwachting niet onderkend worden. Ook is de eerstelijsbeoordeling gebaseerd op de eigen verklaring van het bedrijf, waardoor informatie anders geformuleerd of verhuuld kan worden. Naast bovengenoemde risico's die niet afgedicht (kunnen) worden door de uitgetroefde beoordelingssystematiek zijn er verscheidene manieren geïdentificeerd om de systematiek te omzeilen, waardoor toegankelijke manieren om vreemdelingen naar Nederland te halen blijven bestaan, en waardoor restrisico's in stand blijven.

Proportionaliteit

De voorgestelde beoordelingssystematiek vraagt zware randvoorwaarden: juridisch (aanvulling van het vreemdelingenrecht met een nieuw erkenningscriterium) en organisatorisch, waarin het BTI of een nieuw in te richten organisatie geëquipeerd moet worden om adviezen te leveren waarmee de IND afwijzing/intrekking juridisch kan dragen. Daarnaast vergt de uitvoering aanzienlijke capaciteit voor eerste- en tweedelijsbeoordelingen bij een groot aantal bedrijven, met reële risico's dat doorlooptijden en volumes de uitvoerbaarheid zullen overstijgen.

Tegelijk wordt de feitelijke effectiviteit als beperkt ingeschat: de systematiek is tenslotte relatief eenvoudig te omzeilen. Dit roept bovendien een afbreukrisico op: waarom zouden bedrijven bij wie het erkend referentschap om veiligheidsredenen is ingetrokken toch in Nederland economisch actief mogen blijven en zonder wezenlijke belemmering vreemdelingen mogen aantrekken? Daar komt bij dat afwijzing/intrekking van de erkenning diplomatieke relaties en competitieve sectoren kan raken, terwijl bij een negatief tweedelijsadvies juridisch weinig ruimte bestaat om van een intrekking of afwijzing af te zien.

Tegen deze achtergrond lopen al aanvullende maatregelen: het aanscherpen van beleid rond uitleenconstructies binnen de kennismigrantenregeling (om misbruik via inlener/uitlener te

beperken)², de mogelijkheid voor IND om bij risicosignalen naslag te laten verrichten bij inlichtingen- en veiligheidsdiensten (Regeling naslag Wiv 2017)³, en de verkenning vanuit het ministerie van EZK gericht op het mitigeren van ongewenste kennis- en technologieoverdracht door individuele kenniswerkers. Breder gezien sluit dit aan op de kabinetsaanpak economische en nationale veiligheid met daarin o.a. intensivering van de dialoog met het bedrijfsleven, doorontwikkeling van het Ondernemersloket Economische Veiligheid (OLEV), bewustwordingscampagnes, verkenning van extra bevoegdheden voor de diensten, en de uitbreiding van de strafbaarheid van spionage.

Alles afwegend concluderen DMB, IND, BTI, AIVD, EZK, NCTV, SZW en BZ dat de uitgeprobeerde beoordelingssystematiek, gezien de vereiste middelen en de neveneffecten, niet geschikt en niet proportioneel is ten opzichte van de beoogde dreiging: zij dekt die dreiging onvoldoende af en is te makkelijk te omzeilen. Hierbij wordt weliswaar erkend dat de dreiging nooit volledig te neutraliseren is, en dat een beoordelingssystematiek hooguit onderdeel kan zijn van een breder pakket, alsook dat er mogelijk wel een afschrikwekkende werking van uitgaat. Tegelijk blijft het ongemak bestaan dat "minder welgevallige" bedrijven ogenschijnlijk gebruik kunnen blijven maken van de voordelen die aan het erkend referentschap zijn verbonden.

Conclusie en vervolgstappen

Op basis van bovenstaande is geconcludeerd dat de in de pilot uitgeprobeerde beoordelingssystematiek niet proportioneel en niet effectief is, en tegen de grenzen van uitvoerbaarheid aanloopt. De noodzakelijke aanpassingen van wet- en regelgeving en de hoge uitvoeringslasten wegen niet op tegen de beperkte te verwachten risico-reductie, met daarbij het risico op schijnveiligheid. Daarnaast is nog onzeker of toepassing van de beoordelingssystematiek in de praktijk strijdigheid kan opleveren met het discriminatiebeginsel. Ook is het zo dat toepassing van de beoordelingssystematiek aanzienlijke economische, diplomatieke en politieke gevolgen kan hebben. Tegen deze achtergrond ligt het meer voor de hand om de dreiging op een gerichte en minder ingrijpende wijze te mitigeren, met maatregelen die aansluiten op concrete risicosignalen en die uitvoerbaar zijn binnen bestaande wettelijke kaders en capaciteit, in plaats van inzet op een brede, capaciteit intensieve en mogelijk juridisch kwetsbare beoordelingssystematiek.

Met het oog op de genoemde bevindingen zijn onder andere de volgende aanbevelingen en vervolgstappen vastgesteld:

- De in de pilot uitgeprobeerde beoordelingssystematiek wordt niet verder uitgewerkt, daar deze alles beschouwd in de praktijk niet effectief, geschikt en proportioneel is in relatie tot de dreiging die zij beoogt te ondervangen.
- Binnen het spoor inzake bewustwording en communicatie naar bedrijven in de bredere kabinetsinzet op economische veiligheid wordt aanvullende aandacht gegeven aan het hier getracht te ondervangen ecosysteem risico binnen sensitieve sectoren. Zo moeten bedrijven en hun werknemers uiteindelijk weerbaarder worden tegen mogelijke inlichtingenactiviteiten binnen de sector die zijn gericht op het bewerkstelligen van heimelijke kennis- en technologieoverdracht.

² Kamerstukken II, 2024-25, 30573, nr. 218.

³ Kamerstukken II, 2023-24, 30573 nr. 209.