

Aan de voorzitter en de leden
van de Vaste Commissie voor Economische Zaken en
Klimaat van de Tweede Kamer der Staten Generaal
Postbus 20018
2500 EA Den Haag

Adres/Address

'Maliatoren'

Bezuidenhoutseweg 12
Den Haag

Postadres/Postal Address

Postbus 93002
2509 AA Den Haag

Telefoon/Phone

070 349 03 79

Briefnummer

20/10.066/SD/Mge

Onderwerp

Wet Ongewenste Zeggenschap
Telecommunicatie (35 153)

Den Haag

25 februari 2020

Telefoonnummer

070-3490410

E-Mail

drion@vnoncw-mkb.nl

Geachte dames en heren,

Volgende week staat bovengenoemd wetsvoorstel geagendeerd voor plenaire behandeling. VNO-NCW heeft een aantal kanttekeningen bij de Nota naar aanleiding van het Verslag en de Nota van Wijziging die eind vorig jaar zijn gepubliceerd. Zij verzoekt u die bij de verdere behandeling van het wetsvoorstel te betrekken.

Doel van het wetsvoorstel

Doel van het wetsvoorstel is voorkomen dat ongewenste partijen die handelen op basis van geopolitieke motieven zodanige zeggenschap verwerven over vitale delen van de telecommunicatie-infrastructuur of dienstverlening dat daar misbruik van kan worden gemaakt om de Nederlandse regering onder druk te zetten door te dreigen met uitval met maatschappelijk ontwrichtende effecten of deze zeggenschap misbruiken om op grote schaal de vertrouwelijkheid van de communicatie te schenden.

Systematiek van het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel geeft de Minister van Economische Zaken en Klimaat de bevoegdheid het verkrijgen of houden van overwegende zeggenschap in een telecommunicatiepartij te verbieden indien het verkrijgen of houden van deze zeggenschap naar zijn oordeel leidt tot een bedreiging van het publiek belang.

Ook kan de Minister het houden van overwegende zeggenschap verbieden als hij ná de verkrijging van de zeggenschap constateert dat de feiten of omstandigheden op grond waarvan hij van oordeel is dat het publiek belang bedreigd kan worden pas na zijn beslissing om geen verbod op te leggen bekend zijn geworden. Hiermee heeft de Minister dus de bevoegdheid om achteraf, nadat een overname heeft plaatsgevonden, deze alsnog te verbieden en een afbouw van de aldus verboden zeggenschap te gelasten.

Positie VNO-NCW

VNO-NCW ondersteunt de gedachte dat de overheid de vitale delen van de telecommunicatie-infrastructuur of dienstverlening wil beschermen. Deze infrastructuur vormt een cruciaal fundament van onze digitale economie. De beschikbaarheid en integriteit van de telecominfrastructuur en -diensten zijn van vitaal belang voor het goed functioneren van onze economie en samenleving. Grootschalige uitval kan leiden tot maatschappelijke ontwrichting.

VNO-NCW onderkent dat het in het landsbelang nodig kan zijn om in te grijpen in de open markteconomie. Van landsbelang kan sprake zijn wanneer een overname met geopolitieke of criminele motieven in de vitale infrastructuur dreigt die een bedreiging vormt voor de nationale veiligheid en openbare orde.

Echter, de internet- en telecommunicatie infrastructuur in Nederland is van zeer hoog niveau: kwalitatief hoogwaardig, innovatief en met betrouwbare en snelle verbindingen. Dit is mede tot stand gekomen door grote buitenlandse investeringen, die gedaan konden worden door onze open economie. Bescherming van onze infrastructuur moet dan ook zo worden vormgegeven dat die in balans is met die open economie. De in het wetsvoorstel voorgestelde maatregelen, en in het bijzonder de mogelijkheid om achteraf in te grijpen in eigendomsverhouding, staan hiermee op gespannen voet. Een dergelijk ingrijpen is slechts in uitzonderlijke en duidelijk afgebakende gevallen te rechtvaardigen. Aan de Minister worden in het wetsvoorstel vergaande bevoegdheden toegekend om in te grijpen in private verhoudingen. Het is van belang dat er volstrekte duidelijkheid bestaat over de wijze waarop en de gevallen waarin die bevoegdheden (mogen) worden uitgeoefend. Alleen dan kunnen de negatieve effecten op de bereidheid van investeerders om in de Nederlandse telecominfrastructuur te investeren, worden beperkt. Met het oog op de aanstaande uitrol van nieuwe technologieën is dit van groot belang.

In de Nota naar aanleiding van het Verslag en de Nota van Wijziging is een aantal welkome verbeteringen aangebracht. De belangrijkste daarvan zijn:

- Als de houder van overwegende zeggenschap niet binnen de gestelde termijn de zeggenschap terugbrengt of beëindigt, is het niet langer de telecommunicatiepartij die de zeggenschap moet terugbrengen, maar moet de Minister daarvoor zorgdragen. Daaruit voortvloeiend is de telecommunicatiepartij ook niet langer verantwoordelijk voor de daaruit voortvloeiende schade.
- Er is een vrijstelling opgenomen voor beschermingsstichtingen van de meldplicht van het voornemen om overwegende zeggenschap te verkrijgen.
- Het verbod of het afsluiten van langdurige beheersovereenkomsten zonder toestemming van de Minister is geschrapt.

Er resteert echter nog een aantal punten van zorg, onder andere:

- De definities en de criteria op basis waarvan de Minister kan oordelen over voorgestelde overnames in de telecomsector zijn zeer ruim, onvoldoende duidelijk of nog niet ingevuld. De Minister krijgt hiermee een te ruime discretionaire bevoegdheid om in te grijpen in de zeggenschaps- en eigendomsverhoudingen bij bedrijven. Dat kan – zoals de Raad van State aangeeft – ook de kans op publicitaire

druk vergroten. Het wetsvoorstel bevat onvoldoende waarborgen om dat te voorkomen.

- Door het ontbreken van duidelijke definities en criteria zal het besluit van de Minister door de rechter slechts marginaal kunnen worden getoetst. Daarom dienen de criteria te worden aangescherpt. Daarmee wordt ook een inhoudelijker toetsing door de rechter mogelijk.
- De Minister kan ook achteraf nog ingrijpen bij een overname. Dit leidt tot rechtsonzekerheid, en daarmee tot investeringsonzekerheid, ook bij bonafide investeerders.
- Onduidelijk is of ook andere Europese landen een systeem van achteraf ingrijpen bij een overname kennen. Daar moet duidelijkheid over worden verschaft. Nederland moet hier geen uitzonderingspositie innemen.
- De Minister kan eenzijdig een persoon aanwijzen die opdrachten geeft aan de bestuurders. Niet geregeld is dat die bestuurders niet aansprakelijk zijn als zij die opdrachten uitvoeren.

De punten van zorg worden in de bijlage nader toegelicht.

Hoogachtend

Mevrouw G. Dolsma
Plaatsvervangend directeur Beleid
VNO-NCW

Bijlage

bij brief d.d. 25 februari 2020 met kenmerk 20/10.066/SD/Mge

Toetsingscriteria voor Minister

Artikel 14a.4 bevat de toetsingscriteria voor de Minister voor het bepalen of sprake is van een bedreiging van het publieke belang die moet leiden tot een verbod tot het houden resp. verkrijgen van overwegende zeggenschap in een telecommunicatiepartij.

VNO-NCW meent dat die criteria te ruim zijn, onvoldoende duidelijk of nog niet ingevuld en dat de Minister daarmee een te ruime discretionaire bevoegdheid krijgt om in te grijpen in zeggenschaps- en eigendomsverhoudingen.

Die ruime discretionaire bevoegdheid wordt geïllustreerd door de volgende passage in de Nota naar aanleiding van het Verslag¹ [onderstreping VNO-NCW]: *“In artikel 14a.4, tweede lid, onder a en b, is bepaald dat een verbod op overwegende zeggenschap niet alleen kan worden opgelegd als bekend is dat de overnemende partij de intentie heeft een telecommunicatiepartij te beïnvloeden om misbruik of opzettelijke uitval mogelijk te maken, maar ook als er gronden zijn om een dergelijke intentie te vermoeden. Hiermee is tot uitdrukking gebracht dat de Minister niet hoeft te bewijzen dat de overnemende partij daadwerkelijk kwade bedoelingen heeft, bijvoorbeeld door het kunnen tonen van documenten waarin de overnemende partij zijn plannen heeft vastgelegd. Het is voldoende dat er (goede) gronden zijn om te vermoeden dat een partij dergelijke bedoelingen heeft, zoals bijvoorbeeld het feit dat de overnemende partij is gevestigd in een land met wetgeving die commerciële of particuliere partijen verplicht samen te werken met de overheid van dat land, in het bijzonder met staatsorganen die zijn belast met een inlichtingen- of militaire taak.”*

VNO-NCW meent dat een dergelijke ruime bevoegdheid van de Minister op basis van vage criteria (“gronden om te vermoeden”) ongewenst is, temeer omdat die ook lastig rechterlijk toetsbaar is. Het gegeven voorbeeld in de laatste cursief geciteerde volzin is op zijn beurt zelf een goed voorbeeld van een te ruim en vaag geformuleerd criterium, dat daardoor in de praktijk tot onduidelijkheid leidt.

Verbod achteraf*Inhoud regeling*

Artikel 14a.4 lid 6 bepaalt dat de Minister in twee gevallen achteraf de verkregen zeggenschap kan verbieden op dezelfde gronden waarop hij vooraf een voorgenomen verkrijging van zeggenschap kan verbieden (ook een verbod achteraf is dus mogelijk op basis van dezelfde vage gronden als hiervoor onder ‘toetsingscriteria’ aangegeven):

1. als aan de Minister onjuiste of onvolledige informatie is verstrekt, of
2. als de feiten en omstandigheden zijn gewijzigd en wel dusdanig dat bij een toetsing onder die omstandigheden een verbod zou worden opgelegd, bijvoorbeeld als geopolitieke omstandigheden in de loop der tijd zodanig veranderen dat een reeds langer bestaande overwegende zeggenschap een bedreiging kan gaan vormen voor de openbare orde of de nationale veiligheid.

¹ TK 35 153, 7 p. 25

Permanente onzekerheid

VNO-NCW meent dat het zeer ongewenst is dat de minister achteraf alsnog kan verplichten tot het ongedaan maken van een voltooide overname, aangezien hij dat ook kan doen bij wijziging van omstandigheden die buiten de risicosfeer van de verkrijger of houder liggen. Het verbod achteraf treft namelijk niet alleen de kwaadwillende partijen die het feitelijke doel vormen van het wetsvoorstel. Ook goedwillende partijen - en dat is de meerderheid - worden er door getroffen: indien bijvoorbeeld een goed bekend staande partij waartegen geen bezwaren bestaan overwegende zeggenschap verwerft in een telecombedrijf en in de regio waar die verwervende partij is gevestigd wordt de veiligheidssituatie “onzeker of slecht”, kan dat er op grond van het wetsvoorstel toe leiden dat de Minister bepaalt dat daarom de verwerving alsnog - zoveel jaar na dato - ongedaan moet worden gemaakt. Dat betekent dat er voor kopende partijen - en voor de telecompartijen - sprake is en blijft van een permanente onzekerheid terwijl zij hierover bovendien van tevoren geen enkele risico-inschatting kunnen maken. Per saldo zal dat uiteindelijk slecht zijn voor de Nederlandse economie.

Onjuiste/onvolledige informatie

VNO-NCW meent dat het criterium ‘als aan de Minister onjuiste of onvolledige informatie is verstrekt’ nuancering behoeft. De formulering van het criterium maakt geen onderscheid in de mate of soort van onvolledigheid. Dat zorgt voor extra onzekerheid. Doorslaggevend dient te zijn of het feit dat niet de juiste of onvolledige informatie is verstrekt de Minister – als hij die informatie wel had gehad – tot een andere beslissing had geleid. Met andere woorden, de materialiteit van de onjuiste / onvolledige informatie is van belang. VNO-NCW meent dat de tekst zou dienen te luiden ‘als aan de Minister onjuiste of onvolledige informatie is verstrekt, *terwijl de juistheid of volledigheid van die informatie redelijkerwijs van materieel belang was voor de Minister ten tijde van het nemen van zijn beslissing.*’

Ontvlechting

Indien de Minister achteraf een verkregen zeggenschap verbiedt moeten partijen weer worden ontvlochten. Terecht wordt in de Nota naar aanleiding van het Verslag² gesignaleerd dat hoe groter de verwevenheid van de telecommunicatie-aanbieder en de houder die onder het verbod valt, des te moeilijker het is om beide partijen weer te ontvlechten. Gesuggereerd lijkt te worden dat door het nemen van ‘de nodige tijd’ voor het ontvlechtingsproces dit tot een goed einde kan worden gebracht. VNO-NCW meent dat dat een te optimistische voorstelling van zaken is. In de praktijk zullen overnemer en overgenomen zo snel mogelijk worden geïntegreerd zowel uit kosten- als uit efficiëntie oogpunt. Bij een ontvlechting zal die integratie ongedaan moeten worden gemaakt. Beide partijen zullen vervolgens ook weer zelfstandig moeten kunnen functioneren. ‘De nodige tijd’ kan in de praktijk dan ook wel eens een hele lange tijd zijn. Dat besef blijkt niet uit de Nota naar aanleiding van het Verslag.

Rechterlijke toetsing

Een besluit tot het opleggen van een verbod, gebaseerd op de genoemde criteria zal – aldus de Nota naar aanleiding van het Verslag³ – net als alle andere besluiten die de Minister neemt, goed moeten worden gemotiveerd en het staat open voor bezwaar en beroep, waardoor (de motivering van) dit besluit onafhankelijk getoetst kan worden.

² TK 35 153, 7 p. 41, vraag 125

³ TK 35 153, 7 p. 22

VNO-NCW meent dat een dergelijke toetsing echter slechts marginaal kan zijn zeker bij de ruime (of vage) criteria als de onderhavige. Daarbij speelt ook een rol dat hier sprake is van gedeeltelijk politieke beslissingen van de Minister. Dat wordt geïllustreerd door de passage in de Nota naar aanleiding van het Verslag⁴. In antwoord op de vraag waarom de beslissing over het al dan niet opleggen van een verbod niet aan een onafhankelijk orgaan kan worden opgedragen, antwoordt de Minister dat *“het inschatten van de risico’s voor de openbare orde en nationale veiligheid dat dient plaats te vinden berust (deels) op een politieke waardering van feiten en omstandigheden. Een dergelijke belangenafweging past naar mijn opvatting niet bij een politiek onafhankelijk orgaan”*. VNO-NCW meent dat daaruit ook voortvloeit dat ook de rechter niet kan oordelen over die belangenafweging en dus ook niet over de inhoud van de motivering.

VNO-NCW is van mening dat de ruime criteria en daarmee de ruime beoordelingsmarges die de Minister heeft ongewenst zijn. Zoals de Raad van State aangeeft⁵ hebben die ruime marges ook tot gevolg dat de kans op publicitaire druk toeneemt. Hoe helderder de criteria, hoe duidelijker het voor iedereen – de Minister zelf, de belanghebbenden en andere betrokkenen – is wat het kader is waarbinnen de Minister zich bij het nemen van zijn besluiten kan bewegen. Juist bij ingrijpende beslissingen als in het wetsvoorstel aan de orde zijn is het van belang, niet alleen voor de betrokken marktpartijen maar ook voor de politiek en de samenleving, dat sprake is van een voorspelbare overheid.

Concluderend meent VNO-NCW dat de criteria dienen te worden aangescherpt. Daarmee wordt ook een inhoudelijker toetsing door de rechter mogelijk. Zij meent dat dat essentieel is.

Regelingen in andere Europese landen

In de Nota naar aanleiding van het Verslag⁶ wordt verwezen naar de wettelijke regelingen binnen de Europese Unie. Bij de in de Nota naar aanleiding van het Verslag⁷ genoemde landen Duitsland, Frankrijk en Het Verenigd Koninkrijk wordt niet gerept van een toetsing achteraf. Bij Frankrijk wordt zelfs expliciet gesproken over een vóórafgaande goedkeuring. VNO-NCW meent dat een duidelijk overzicht dient te worden verstrekt waaruit blijkt in welke Europese landen het mogelijk is dat buitenlandse investeringen achteraf worden verboden zodat de transactie moet worden teruggedraaid, onder welke voorwaarden dat mogelijk is en aan wie de beslissingsbevoegdheid daartoe toekomt. Indien zou blijken dat Nederland zich met deze verbodsmogelijkheid achteraf in een uitzonderingspositie binnen Europa zou bevinden, meent VNO-NCW dat dit uiterst ongewenst is omdat het kan leiden tot het vertrek uit Nederland van bedrijven die onder de reikwijdte van de wet vallen.

Opdrachten van door de Minister aangewezen persoon

Artikel 14a.9 regelt dat ingeval na een verbod van de Minister de zeggenschap moet worden teruggebracht of beëindigd, de Minister een of meer personen kan aanwijzen die opdrachten kunnen verstrekken aan de betrokken partij. In de Memorie van Toelichting noch in de Nota naar aanleiding van het Verslag wordt aandacht besteed aan de positie van bestuur en commissarissen die die opdrachten moeten uitvoeren. VNO-NCW meent dat moet worden verduidelijkt dat zij niet aansprakelijk zijn als zij dergelijke opdrachten uitvoeren.

⁴ TK 35 153, 7 p. 21, vraag 41 e.a.

⁵ TK 35 153, 4 p. 13

⁶ TK 35 153, 7 p. 10, vraag 13 en 14

⁷ idem