

GECOMBINEERDE COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT

van de
Nederlandse orde van advocaten
en de
Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Advies inzake

de consultatieversie van het wetsvoorstel ‘Wijziging van de Telecommunicatiewet ter voorkoming van ongewenste zeggenschap over elektronische communicatienetwerken en –diensten waarvan misbruik of uitval de nationale veiligheid of openbare orde kan bedreigen (Wet voorkoming ongewenste zeggenschap telecommunicatie)’

1. Inleiding

- 1.1 Op 16 februari 2017 is het voorontwerp van het wetsvoorstel Wet voorkoming ongewenste zeggenschap telecommunicatie ter consultatie aangeboden. De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht (hierna: GCV) maakt hierbij graag van de gelegenheid gebruik om op het voorontwerp te reageren.
- 1.2 De aanleiding van het voorontwerp wordt uiteengezet in de inleiding van de conceptmemorie van toelichting (p. 1-2). Kern daarvan is de constatering dat de maatschappij, waaronder consumenten, bedrijven en de overheid, ‘erg afhankelijk’ is geworden van goed functionerende telecommunicatie-infrastructuur en de daarover geboden diensten. Het consultatievoorstel beoogt de openbare orde en de nationale veiligheid te beschermen, door te voorkomen dat een op geopolitieke motieven handelende partij zodanige zeggenschap verwerft dat daar misbruik van kan worden gemaakt - of als een dergelijke partij onverhoopt toch overwegende zeggenschap heeft verworven, ervoor te zorgen dat aan die zeggenschap een einde komt. De minister van Economische Zaken kan het houden of verkrijgen van overwegende zeggenschap verbieden indien door deze zeggenschap relevante invloed in de telecommunicatiesector wordt verkregen en door de zeggenschap de nationale veiligheid of openbare orde in gevaar kan komen.

2. Algemeen

Wenselijkheid

- 2.1 De GCV gaat niet in op de (politieke) wenselijkheid van het voorontwerp, maar leidt uit de toelichting en ook uit berichten in diverse media af dat vergelijkbare wetgeving voor andere sectoren (bijvoorbeeld de nucleaire sector) is te verwachten. De minister merkt op dat in verband met de noodzakelijke proportionaliteit van maatregelen die de marktwerking beïnvloeden een algemeen sectoroverschrijdende wet op buitenlandse investeringen niet de geëigende aanpak is (p. 8). De GCV kan dit niet beoordelen, maar is wel enigszins verrast door de timing van het voorontwerp, in die zin dat de uitkomsten van een lopend WODC-onderzoek over ‘Toegang en

invloed buitenlandse investeringen in Nederlandse vitale sectoren', toch het onderwerp van het voorontwerp, kennelijk niet zijn afgewacht.¹

- 2.2 De GCV acht het van belang dat, in het kader van het bewerkstelligen van een *level playing field*, er consistentie zal zijn tussen de diverse wetgeving die op dit punt verschijnt.

Techniek: ontbreken meldingsregeling, geen vvgb

- 2.3 Het voorontwerp gaat niet uit van een regeling op grond waarvan een partij die overwegende zeggenschap gaat verwerven, dit moet melden aan de Minister. Om zicht te houden op de zeggenschapsverhoudingen binnen een telecommunicatiepartij zal de Minister gebruik maken van meldingen op grond van art. 34 Mededingingswet en, waar het beursgenoteerde telecommunicatiepartijen betreft de meldingen inzake zeggenschap die ex art. 5:49 Wft aan de AFM worden gedaan (p. 4-5). De GCV meent dat het voorkeur verdient dat in de voorgestelde regeling zelf een meldingsregeling wordt opgenomen. Vooral als het om niet beursgenoteerde partijen gaat, is het nog maar de vraag of bij verwerving van overwegende zeggenschap steeds een melding op grond van de Mededingingswet zal worden gedaan.

- 2.4 Het lijkt de GCV raadzaam dat de Minister dit aspect, dat eigenlijk essentieel is voor een effectief gebruik van de voorgestelde wet, in eigen hand houdt. Dat wordt nog versterkt doordat het voorontwerp niet uitgaat van een systeem van voorafgaande goedkeuring door middel van een verklaring van geen bezwaar (p. 7). Een meldingssysteem kan bovendien zo worden ingericht dat hiervan geen of nagenoeg geen lastenverzwaring voor het bedrijfsleven uitgaat.

Uitwerking bij AMvB op essentiële onderdelen

- 2.5 Het valt de GCV op dat op meerdere punten het voorontwerp niet uitputtend is, maar in een nadere regeling bij algemene maatregel van bestuur voorziet. Het gaat om: art. 14a.2 lid 4 sub f (wanneer is sprake van relevante invloed) en lid 4 (gevolgen van misbruik/opzettelijk uitval), art. 14a.4 sub h (omstandigheden waaruit bedreiging nationale veiligheid/openbare orde kan bestaan), art. 14a.5 lid 5 (nadere regels mbt identificatieprocedure), art. 14a.8 lid 6 (nadere regels m.b.t. wijze waarop verbod wordt opgelegd en duur daarvan) en art. 14a.13 lid 6 (machtiging tot uitlevering van effecten uit giraal systeem).
- 2.6 Hoewel vanuit het oogpunt van flexibiliteit voor deze aanpak veel te zeggen is, roepen met name de delegatiemogelijkheden in art. 14a.2 en art. 14a.4 vragen op in verband met de rechtszekerheid, omdat daarmee het bereik van de regeling aanzienlijk kan worden vergroot.
- 2.7 Des te opmerkelijker is het dan ook dat de delegatiemogelijkheid in art. 14a.2 lid 4 sub f in de toelichting niet wordt genoemd, laat staan toegelicht (zie p. 16-17). Wat art. 14a.4 betreft, kan de GCV de opmerking in de toelichting (p. 18) dat sprake is van een 'limitatieve opsomming' niet volgen: lid 4 sub h biedt nu juist de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur nog andere omstandigheden te omschrijven die reden kunnen zijn voor de minister om over te gaan tot een verbod op het verkrijgen of houden van overwegende zeggenschap.

Overwegende zeggenschap

- 2.8 De eerste voorwaarde om binnen het bereik van de regeling te vallen, is het verkrijgen of houden van 'overwegende zeggenschap'. Het voorontwerp omschrijft in art. 14a.3 wanneer daarvan sprake is. Sub a van deze bepaling, 30% van de stemrechten, is ontleend aan de definitie in art. 1:1 Wft. Dat criterium is wellicht goed toe te passen op beursgenoteerde vennootschappen, waar sprake is van een verspreid aandelenbezit en absenteïsme op de algemene vergadering, maar of dat ook voor niet-beursvennootschappen een zinvol criterium is, betwijfelt de GCV. Bij een BV,

¹ Zie www.wodc.nl/onderzoeksdatabase.

met doorgaans een beperkt aantal aandeelhouders, levert het beschikken over 30% van de stemrechten meestal juist geen overwegende zeggenschap op; daarvoor is een meerderheid van stemrechten (> 50%) vereist.

- 2.9 Op grond van art. 14a.3 sub c levert ook het houden van een aandeel met een bijzonder statutair recht inzake de zeggenschap altijd overwegende zeggenschap op. Betekent dit dat wanneer een minderheidsaandeelhouder in een BV het (aan zijn letteraandeel gekoppelde) recht heeft om één van de drie bestuurders te benoemen of om een bepaald bestuursbesluit goed te keuren, deze aandeelhouder overwegende zeggenschap houdt?
- 2.10 Het voorontwerp beoogt met overwegende zeggenschap tot uitdrukking te brengen dat het gaat om ‘daadwerkelijke controle over de aanbieder’ (p. 4). De GCV betwijfelt of daarvan sprake is in de hiervoor door haar aangeduide situaties (die moeiteloos nog kunnen worden uitgebreid met andere situaties).
- 2.11 De GCV merkt verder nog op dat negatieve controle, dat wil zeggen het kunnen tegenhouden van besluiten door bijvoorbeeld een vetorecht, ook een vorm van controlerende zeggenschap kan zijn. In het voorontwerp komt dit niet tot uitdrukking.

Gehanteerde terminologie

- 2.12 Het valt de GCV op dat in het voorontwerp niet altijd juridische terminologie wordt gebruikt, hetgeen vragen oproept; zij wijst in dit verband op onder meer:
- art. 14a.4 sub b: “de invloed is [...] onvoldoende transparant of ongewenst”; wanneer is invloed ongewenst? Als die wordt uitgeoefend door een ongewenst persoon?
 - art. 14a.4 sub e: “de veiligheidssituatie is [...] onzeker of slecht”; wat is een ‘slechte’ veiligheidssituatie?

3. Artikelsgewijs commentaar

- 3.1 De omschrijving van ‘telecommunicatiepartij’ in art. 14a.2 lid 3 roept bij de GCV de vraag op of daaronder ook bedrijven vallen die zich bezighouden met beveiliging van digitale netwerken en/of digitale gegevens.
- 3.2 In de voetnoot bij het voorgestelde art. 14a.2 lid 5 wordt sub a gerefereerd aan ‘datacenters die 30% of meer van het aangeboden aantal vierkante meters aan housing aanbieden’; is een dergelijk oppervlakte-criterium niet te eenvoudig te beïnvloeden?
- 3.3 In het voorgestelde art. 14a.7 lid 1 is het verbod tot uitoefening van zeggenschap en rechten geregeld dat de Minister kan opleggen. Uit het voorstel blijkt niet welke rechtsmiddelen de betrokkenen daartegen kunnen aanwenden. De GCV veronderstelt dat de bezwaar- en beroepsprocedure uit de Algemene wet bestuursrecht daarop van toepassing is, maar een verduidelijking daarvan in de wet of de toelichting zou waardevol zijn.
- 3.4 In art. 14a.1 wordt voor de definitie ‘personen met wie in onderling overleg wordt gehandeld’ verwezen naar die definitie in art. 1:1 Wft. De GCV signaleert dat er onduidelijkheid bestaat rondom die definitie.² In de toelichting (p. 15) wordt ‘voor het overige’ verwezen naar ‘de jurisprudentie’ met betrekking tot dit begrip; de GCV is echter niet bekend met jurisprudentie daarover.
- 3.5 De definitie van ‘zeggenschap’ in art. 14a.1 verwijst wat betreft de rechtsvormen vereniging en coöperatie naar ‘lidmaatschap’ terwijl voor NV/BV wordt uitgegaan van ‘stemmen’. In de

² Zie de dissertatie van J.H.L. Beckers, *De acting in concert-regeling inzake het verplicht bod op effecten*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 136, Kluwer, Deventer 2016.

toelichting (p. 15) wordt opgemerkt dat zeggenschap bij een vereniging of coöperatie de vorm van een lidmaatschap heeft. De GCV meent dat ook voor deze rechtsvormen moet worden aangesloten bij stemmen, omdat de leden via stemrecht zeggenschap uitoefenen binnen de vereniging (art. 2:38 BW) en coöperatie (art. 2:38 jo. 2:53a BW). Dat is bovendien ook in lijn met het voorgestelde art. 14a.3 sub a.

Den Haag, 29 maart 2017