



Inbreng DINL: consultatie Wet ongewenste zeggenschap telecommunicatie

Inleiding

Bij deze reageert de Stichting Digitale Infrastructuur Nederland (DINL)¹ op het 16 februari jl. door de regering ter consultatie gepresenteerde voorstel voor een 'Wet ongewenste zeggenschap telecommunicatie'².

DINL is het met de regering van harte eens, zoals omschreven in de bijbehorende Memorie van Toelichting (MvT) op pagina 1, dat 'buitenlandse investeringen op de telecommunicatiemarkt een belangrijke positieve rol (spelen). Zonder deze investeringen zou er niet zo'n concurrerende telecommunicatiemarkt zijn als nu het geval is.' Immers, 'belangen zoals keuzevrijheid, een goede prijs/kwaliteitverhouding en innovatie, waaronder investeringen in de continuïteit en kwaliteit van netwerken, zijn in de regel het best geborgd door een goed werkende en concurrerende telecommarkt.'

DINL kan daarnaast begrip opbrengen voor de daaropvolgende overweging, dat de Nederlandse regering verantwoordelijk is voor de 'borging van publieke belangen', waaronder het 'beschermen' van 'de nationale veiligheid en de openbare orde'. De regering gebruikt in dat kader de poging tot overname van KPN door América Móvil in september 2013 als aanleiding om tot 'aanvullende wetgeving' te komen. Zij doet dat echter, volgens DINL, zonder aannemelijk te maken hoe indertijd de 'nationale veiligheid en openbare orde' in gevaar gebracht had kunnen worden bij een geslaagde overname. Op welke wijze was het 'investeren op bedrijfseconomische gronden' 'niet vanzelfsprekend'? Was er mogelijk ('mede') sprake, al dan niet 'onder invloed van een derde', van 'geopolitieke of criminele motieven'?

Het gaat DINL hier niet om de specifieke casuïstiek, maar het gebrek aan feitelijke onderbouwing is geen goed uitgangspunt voor een dergelijk verstrekkend voornemen van de regering. Daarop voortbordurend geeft DINL in deze reactie een aantal additionele argumenten waarom het huidige voorstel op hoofdpunten onvoldoende helder is omschreven, hetgeen de impact op de internationaal opererende 'telecommunicatie' sector minder voorspelbaar maakt, met als gevolg dat Nederland in de toekomst mogelijke buitenlandse investeringen misloopt. Dit is volgens DINL ongewenst, en DINL is dan ook geen voorstander van het wetsvoorstel zoals het er nu ligt.

¹ <https://www.dinl.nl/>

² <https://www.internetconsultatie.nl/telecommunicatie>



Ongewenste overnames

Artikel 14a.2 lid 1 van het voorstel luidt:

'1. Onze Minister kan het verkrijgen van overwegende zeggenschap in een telecommunicatiepartij verbieden indien deze zeggenschap leidt tot relevante invloed in de telecommunicatiesector en hierdoor de nationale veiligheid of openbare orde in gevaar kan komen. De eerste volzin is van overeenkomstige toepassing op het houden van overwegende zeggenschap indien de feiten of omstandigheden op grond waarvan Onze Minister vaststelt dat de nationale veiligheid of openbare orde in gevaar kan komen zich hebben voorgedaan na verkrijging of eerst na verkrijging bekend zijn geworden bij Onze Minister.'

Kernelementen lijken hier te zijn 'verkrijgen', 'overwegend', 'zeggenschap', 'telecommunicatiepartij', 'verbieden', 'relevante invloed in de telecommunicatiesector', 'nationale veiligheid of openbare orde' en 'in gevaar kan komen'.

Telecommunicatiepartij:

Volgens Artikel 14a2 lid 3 is een zogenaamde telecommunicatiepartij 'een in Nederland gevestigde rechtspersoon of vennootschap die, of bijkantoor dat, als aanbieder of anderszins, direct of indirect feitelijke macht kan uitoefenen over:

- a. een elektronisch communicatienetwerk of –dienst;
- b. een hostingdienst, internetknooppunt, vertrouwensdienst of datacenter; of
- c. een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen categorie netwerken of diensten.'

Er wordt als zodanig een geheel nieuwe term geïntroduceerd, en het is de vraag hoe deze zich verhoudt tot terminologie elders (e.g. Telecommunicatiewet, nieuwe Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten). Waarom wordt er überhaupt het archaische 'telecommunicatie' gebruikt, terwijl daar in de definitie zelf, terecht, geen sprake van is? Los daarvan is het geheel onduidelijk waarom in de definitie lid b. is opgenomen waarin een expliciete verwijzing staat naar specifieke categorieën aanbieders.

De MvT zegt op blz. 2 'ook niet openbare netwerken en diensten zijn (sic) een telecommunicatiepartij. Evenals hostingdiensten, internetknooppunten en datacenters. Verder bestaat de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur nog andere categorieën van netwerken of diensten aan te wijzen (zie artikel 14a.2, derde lid) die zijn te beschouwen als telecommunicatiepartij.'

Niet alleen worden hostingdiensten, internetknooppunten en datacenters (en 'vertrouwensdiensten') niet gedefinieerd in het voorstel, of wordt er naar andere wet-/regelgeving verwezen waarin dat wel gebeurt, ook suggereert de MvT dat deze typen aanbieders naast 'niet openbare netwerken en diensten' bestaan. Het is niet op te maken wat dat betekent, want 'openbaar' zijn genoemde aanbieders niet per se.

Belangrijker is dat er in de MvT geen enkele toelichting is waarom de operators in lid 3b expliciet genoemd worden. Zonder een dergelijke motivatie kun je ze niet noemen, aldus DINL. Bovendien leest het artikel, vanwege lid 3c., als een poging om toepassing van de bevoegdheid zo breed mogelijk te houden. Iedere 'categorie netwerken of diensten' kan er in de toekomst bij algemene maatregel van bestuur (AMvB) onder vallen, 'ongeacht de rechtsvorm'. Los van de vraag of dat



gewenst is, want mogelijk disproportioneel, als dat inderdaad de intentie is van de regering dan dient men dat ook als zodanig te formuleren en motiveren. Wat er wederom voor zou pleiten lid 3b weg te laten³.

Relevante invloed en Bedreiging van de nationale veiligheid of openbare orde

Bij de uit te oefenen 'invloed', dat wil zeggen om 'relevant' te zijn, gaat het om de mogelijke impact van 'misbruik of opzettelijke uitval van de telecommunicatiepartij'.

De MvT stelt op blz. 3: 'Bij het beantwoorden van de vraag of misbruik of opzettelijke uitval van een telecommunicatiepartij kan leiden tot bovengenoemde gevolgen moet ook worden overwogen of er op korte termijn alternatieven of substituten beschikbaar zijn die ervoor zorgen dat de gevolgen zich niet – of in minder vergaande mate – voordoen.'

Er lijkt geen heldere procedure te zijn in de MvT om vast te stellen of 'invloed' inderdaad 'relevant' is aan de hand van de criteria in artikel 14a2 lid 4. Ook wordt er niet uitgewerkt hoe de bijbehorende 'overweging' geschiedt: hoe wordt vastgesteld welke 'alternatieven' eventueel beschikbaar zijn, hoe lang is een zogenaamde 'korte termijn'?

Zie ook de voetnoot bij artikel 14a.2 lid 5:

'Het voornemen is om bij algemene maatregel van bestuur te bepalen dat wordt aangenomen dat deze gevolgen zich zullen voordoen bij misbruik of opzettelijke uitval van telecompactijen zijnde:

- a. datacenters die 30% of meer van het aangeboden aantal vierkante meters aan housing aanbieden
- b. vertrouwensdiensten met een marktaandeel van 30% of meer,
- c. internetknooppunten die het verkeer afhandelen voor meer dan 30% van de vanaf Nederlandse datacenters aangeboden diensten en toepassingen en waarvoor niet binnen een week een alternatief internetknooppunt beschikbaar is.'

Waarom een 30%, hoe te meten hoeveel 'verkeer' een 'internetknooppunt afhandelt van de vanaf Nederlandse datacenters aangeboden diensten en toepassingen'? Welke 'aangeboden diensten en toepassingen' gaat het hierover, vooral bij carrier-neutrale datacenters die enkel co-locatie aan derden leveren en dus niet betrokken zijn bij hetgeen hun klanten aan diensten leveren? Waarom een ultimatum van een week als het gaat om mogelijke 'alternatieve internetknooppunten'?

³ De MvT zegt zelf hierover op blz 7: 'Ook is er van afgezien om de partijen die onder het regime van hoofdstuk 14a vallen, vooraf aan te wijzen. De partijen ten aanzien waarvan de bevoegdheid tot het opleggen van een verbod van toepassing is worden niet van tevoren aangewezen, omdat de telecommunicatiemarkt daarvoor te veel in ontwikkeling is. Het vooraf aanwijzen heeft bovendien het risico in zich dat de overheid partijen niet op het netvlies heeft die wel degelijk kunnen leiden tot relevante invloed in de telecommunicatiesector, en dus een toets op de nationale veiligheid en openbare orde rechtvaardigen.' Waarom dan artikel 14a2 lid 3b?



Wanneer is er sprake van een 'alternatief'? Et cetera.⁴

Hoe dan ook, wanneer verkrijging van 'relevante invloed' vastgesteld wordt, is het 'gerechtvaardigd', aldus de MvT op blz. 5, 'dat getoetst wordt of de houder of verkrijger van overwegende zeggenschap een bedreiging voor de nationale veiligheid of openbare orde kan vormen'.

Op dezelfde pagina zegt de MvT: 'In artikel 14a.4 worden de omstandigheden opgesomd waaruit de bedreiging voor de nationale veiligheid of openbare orde die uitgaat van de overwegende zeggenschap van een bepaalde (rechts)persoon kan bestaan'. Het vereiste element van 'relevante invloed' lijkt hier opeens verdwenen. Misschien dat dat in de MvT hier per abuis is, maar DINL ziet dezelfde systematiek in de voorgestelde wetstekst. Daar staat bij artikel 14a.4 'Wanneer is sprake van overwegende zeggenschap waardoor de nationale veiligheid of openbare orde in gevaar kan komen?' Ook hier ontbreekt de link naar 'relevante invloed', en dus naar 'misbruik' of 'opzet', op basis waarvan aan de hand van de in art 14a.4 kan worden vastgesteld of de nationale veiligheid dan wel de openbare orde bedreigd wordt.

(Terzijde: DINL stelt vast dat 'in gevaar komen' en 'bedreigd worden' door de wetgever door elkaar worden gebruikt. Als die beiden hetzelfde betekenen, dan ziet DINL dat graag bevestigd in de MvT.)

Volgens DINL moet in het voorstel duidelijk en consequent geformuleerd worden, en dat doet de wetgever nu niet: eerst vaststellen of er 'overwegende zeggenschap' verkregen wordt, dan of dat mogelijk tot 'relevante invloed' leidt, en, zo ja, dan toetsen of 'hierdoor de nationale veiligheid of openbare orde in gevaar kan komen'. En dan eventueel die zeggenschap 'verbieden'. En daarbij alle beslismomenten helder en met objectieve en meetbare criteria afbakenen.

Onderzoeksplicht telecommunicatiepartij bij verdachte zeggenschap

Zoals gezegd worden in artikel 14a.4 de omstandigheden opgesomd, 'één of meer', waaruit de bedreiging voor de nationale veiligheid of openbare orde kan bestaan. Deze opsomming is limitatief, aldus de MvT op blz 5, en het zijn 'aanknopingspunten': 'Om een verbod op te leggen is niet vereist dat een gevaar voor de nationale veiligheid of openbare orde wordt bewezen'.

De MvT, op blz 6: 'Om te beoordelen of een partij die overwegende zeggenschap houdt of verkrijgt een bedreiging kan vormen voor de nationale veiligheid of openbare orde, zal de minister onderzoek moeten doen naar die partij. (...) De minister van Economische Zaken zal dus in kaart moeten brengen welke krachten er achter de rechtspersoon zitten en bij wie de uiteindelijke zeggenschap berust. De minister zal voor dit onderzoek informatie inwinnen bij commerciële partijen zoals groothandelsbanken, consultants en financiële adviseurs. Een veiligheidsonderzoek door de Algemene inlichtingen en veiligheidsdienst (AIVD), naar betrokken natuurlijke personen kan daarbij behulpzaam zijn.'

Daar blijft het dan bij, en vervolgens gaat de MvT in op de rechtsgevolgen van een verbod. Het is echter voor DINL de vraag hoe dit onderzoek dat de minister doet, zich verhoudt tot art. 14a5 lid 2

⁴ Datacenters en 'internetknooppunten' zijn in Nederland vooralsnog geen vitale aanbieders. (Het is opvallend dat 'hostingdiensten' nu niet in de tekst terugkeren). Hoe verhoudt deze voorgenomen 'Wet ongewenste zeggenschap telecommunicatie' zich tot het bestaande beschermingsprogramma voor vitale infrastructuur?



waarin staat dat 'een telecommunicatiepartij op verzoek van Onze Minister een onderzoek in (stelt) naar de identiteit van een houder van zeggenschap en de banden die deze heeft met derden'.

Wie doet er nu onderzoek: de minister of de 'telecommunicatiepartij'? Los daarvan, wellicht dat een betrokken partij gevraagd (verplicht) zou kunnen worden medewerking te verlenen, dat wil zeggen als het gaat om het verstrekken van informatie. Maar het onderzoek 'naar de identiteit van een houder van zeggenschap en de banden die deze heeft met derden' moet wat DINL betreft toch echt door de minister geïnitieerd en uitgevoerd worden.

DINL vindt de genoemde 'omstandigheden' in artikel 14a.4 niet goed afgebakend, onhelder, en daardoor rechtsonzekerheid introducerend. Wanneer is 'invloed' van een derde 'onvoldoende transparant of ongewenst'? Wat is een 'ongewenst persoon'? Wat is een 'onzekere' of 'slechte' 'veiligheidssituatie'? Wanneer is er sprake van 'onvoldoende informatie'? Lid h laat daarbij de opening om bij AMvB op een later moment 'andere nader aangeduide omstandigheden' te introduceren, hetgeen sterk afbreuk doet aan het limitatieve karakter van de opsomming.

De minister hoeft e.e.a. niet te bewijzen, maar waar moet een motivatie om tot een verbod te komen nu precies aan voldoen?

DINL kan zich vinden in het 'Een verbod op het houden of verkrijgen van overwegende zeggenschap is een voor bezwaar en beroep vatbaar besluit dat voor de Nederlandse bestuursrechter kan worden aangevochten' op blz 9 van de MvT. Dat is echter op zich weinig geruststellend: het zou niet de weg moeten zijn die je zou willen bewandelen, want een 'last resort'.

Tot slot

Het gaat in het wetsvoorstel in eerste instantie om 'verkrijging' van 'overwegende zeggenschap', echter de minister kan ook reeds bestaande zeggenschap verbieden: artikel 14a.2 is 'van overeenkomstige toepassing op het houden van overwegende zeggenschap indien de feiten of omstandigheden op grond waarvan Onze Minister vaststelt dat de nationale veiligheid of openbare orde in gevaar kan komen zich hebben voorgedaan na verkrijging of eerst na verkrijging bekend zijn geworden bij Onze Minister.'

In combinatie met de vastgestelde onduidelijkheid met betrekking tot criteria, omstandigheden en definities, maakt DINL zich oprecht zorgen wat de 'Wet ongewenste zeggenschap telecommunicatie' voor haar achterban betekent. Zo is een belangrijk deel van de grote datacenters in Nederland in buitenlandse handen. Wat betekent dit wetsvoorstel in dat kader, wat is de te verwachten impact? Eén en ander levert vooralsnog te veel vragen en onduidelijkheden op, en DINL kan niet anders dan de regering verzoeken het voorstel zoals het er nu staat in te trekken. Mocht dat niet kunnen dan dient het voorstel zodanig aangepast te worden dat rechtszekerheid geborgd is, het vestigingsklimaat ondersteund wordt, en dat daadwerkelijk een duidelijke bijdrage geleverd wordt aan het beschermen van de nationale veiligheid en openbare orde.