



Consultatie van het voorontwerp voor een

Wet voorkoming ongewenste zeggenschap

telecommunicatie

Reactie van KPN

KPN
Contactpersonen: mr. J. Spanbroek / mr. P.C. Knol
Postbus 30 000
2500 GA Den Haag
jasper.spanbroek@kpn.com / paul.knol@kpn.com

Kenmerk: GCO/17/U/010

30 maart 2017

Samenvatting

Maatregelen die 'ongewenste zeggenschap' in de telecommunicatiemarkt tegen zouden moeten gaan, dienen proportioneel te zijn en voor alle partijen zo voorspelbaar mogelijk. KPN is van mening dat het huidige voorstel te complex is en doet waar mogelijk concrete voorstellen voor een meer proportionele regeling.

Gezien de vitale rol van telecommunicatie in de Nederlandse maatschappij, begrijpt KPN dat de overheid, indien de nationale veiligheid in het geding is, de mogelijkheid wil hebben om 'ongewenste zeggenschap' in de telecommunicatiemarkt tegen te gaan.

Daarbij moet echter wel worden voorkomen dat er maatregelen worden genomen die een negatief effect kunnen hebben op het investeringsklimaat in Nederland. Onze open economie is een grote verworvenheid van de Nederlandse samenleving. Deze zorgt ervoor dat internationale ondernemingen en financiers in Nederland willen investeren. Dat is positief voor werkgelegenheid, innovatiekracht en welvaart. Het Nederlandse vennootschapsrecht biedt volgens KPN al belangrijke mogelijkheden voor vennootschappen om zich te wapenen tegen ongewenste overnames.

De drie belangrijkste bezwaren van KPN tegen het huidige voorstel zijn:

- De voorgestelde regeling kent geen verplicht voorafgaand toezicht en bevat veel open normen. Daardoor is er voor partijen bij een eventuele overname onvoldoende zekerheid over de toelaatbaarheid van hun transactie. Bovendien kan verkrijging van zeggenschap zelfs achteraf nog verboden worden. De wet moet het mogelijk maken om vooraf meer zekerheid te krijgen, en ingrijpen achteraf zou beperkt moeten worden tot zeer specifieke en welbepaalde omstandigheden.
- De gestelde regels gelden niet alleen voor de verschillende telecommunicatiepartijen, maar ook voor diverse toeleveranciers. De reikwijdte is daarmee veel te ruim, en bovendien onzeker. De wet moet veel duidelijker maken voor welke partijen hij van toepassing is.
- De voorgestelde maatregelen, in het bijzonder een eventuele verplichting om een reeds verkregen belang weer af te stoten, zijn naar de mening van KPN onnodig complex en verstrekkend. Er zijn minder vergaande alternatieven, zoals het van rechtswege schorsen van zeggenschap, waarmee de gedetailleerde regels over verkoop van de eigendom kunnen vervallen.

KPN zal deze punten in deze reactie nader uitwerken, en waar mogelijk concrete voorstellen doen voor een meer proportionele regeling.

Inhoud

SAMENVATTING	1
INHOUD	2
1. INLEIDING	3
2. HOOFDLIJNEN WETSVOORSTEL	4
3. <i>'VERBIEDEN'</i> (ART. 14A.2 LID 1)	5
4. <i>'OVERWEGENDE ZEGGENSCHAP'</i> (ART. 14A.3)	7
5. <i>'TELECOMMUNICATIEPARTIJ'</i> (ART. 14A.2 LID 3)	7
6. <i>'RELEVANTE INVLOED IN DE TELECOMMUNICATIESECTOR'</i> (ART. 14A.2 LID 4)	8
7. <i>'NATIONALE VEILIGHEID OF OPENBARE ORDE'</i> (ART. 14A.4)	9
8. AANBESTEDINGEN DOOR DE OVERHEID	9
9. UITWERKING VAN VERPLICHTINGEN	10
10. ARTIKELSGEWIJS DETAILCOMMENTAAR	13

1. Inleiding

KPN heeft kennisgenomen van het voorontwerp voor een ‘Wet voorkoming ongewenste zeggenschap telecommunicatie’. Het voorontwerp bevat de uitwerking van het al eerder geuite beleidsvoornemen om een wettelijke basis te creëren om ‘ongewenste zeggenschap’ te kunnen voorkomen in ondernemingen die een belangrijke maatschappelijke rol innemen in de telecommunicatiesector.

De concrete aanleiding voor dit wetsvoorstel was gelegen in de poging van América Móvil om KPN over te nemen in 2013. Deze poging is destijds gestrand omdat KPN en América Móvil niet tot overeenstemming konden komen over de voorwaarden voor een dergelijke transactie. De Stichting Preferente Aandelen KPN speelde destijds een belangrijke rol in het proces door de uitoefening van haar call optie, met als doel de onderhandelingen tussen KPN en América Móvil te bevorderen.

Het uitgangspunt: open investeringsklimaat

KPN is primair van mening dat de open economie een grote verworvenheid is van de Nederlandse maatschappij, die er aan bijdraagt dat internationale ondernemingen en financiers in Nederland willen investeren. Dat is positief voor werkgelegenheid, innovatiekracht en welvaart.

De keuze om een beursnotering te verkrijgen – een keuze die voor KPN door haar toenmalige aandeelhouder, de Nederlandse staat, is gemaakt – hangt vooral samen met de mogelijkheid om te kunnen profiteren van dit investeringsklimaat: het maakt het makkelijker om externe financiering, uit binnen- en buitenland aan te trekken.

Een beursnotering impliceert ook de mogelijkheid om overgenomen te kunnen worden. In het Nederlandse systeem is bij een dergelijke overnamepoging de opinie van bestuur en commissarissen van groot belang: zij dienen te bepalen of de overname in het belang van de onderneming is, rekening houdende met de belangen van alle stakeholders. Dat gebeurt veelal op basis van redelijke onderhandelingen tussen de potentiële koper en de over te nemen onderneming. Als die onderhandelingen niet slagen, en een koper besluit om ‘vijandig’ verder te gaan, hebben beursvennootschappen in veel gevallen beschermingsconstructies ingericht, zoals de genoemde Stichting bij KPN.

Bij niet beursgenoteerde ondernemingen is een overname het gevolg van onderhandelingen tussen één of meerdere verkopers en de koper. Daarbij vinden daadwerkelijke onderhandelingen plaats, en zal niet snel sprake zijn van een ‘overval’.

Dit systeem, gebaseerd op privaatrechtelijke uitgangspunten, werkt. Het maakt grote investeringen in de Nederlandse economie mogelijk, op basis van redelijke onderhandelingen tussen de verkoper of de over te nemen vennootschap en de koper. Het leidt er soms toe dat Nederlandse ondernemingen ‘in buitenlandse handen vallen’. Maar het omgekeerde is ook vaak het geval: Nederlandse bedrijven zijn in staat overnames te doen in andere landen.

Het voorontwerp

Het onderhavige voorontwerp beoogt in dit systeem in te grijpen via een publiekrechtelijk middel: de minister kan een overname verbieden met het oog op de nationale veiligheid of openbare orde. KPN begrijpt de behoefte daaraan in het licht van ontwikkelende geopolitieke verhoudingen en de vitale rol van telecommunicatie in onze maatschappij.

Ook in andere sectoren zijn soms dergelijke bijzondere maatregelen ingevoerd, steeds met het oog op een welbepaald en specifiek doel: de Wft voor de stabiliteit van het financieel stelsel, de Gas- en Electriciteitswet voor de bescherming van leveringszekerheid en openbare veiligheid. In het thans geconsulteerde ontwerp zijn echter enkele opvallende verschillen met die voorbeelden opgenomen, die

naar de mening van KPN de balans tussen het open investeringsklimaat en de bescherming van specifieke belangen onnodig verstoren, en bovendien onnodige lasten opleggen aan het bedrijfsleven. Die verschillen betreffen vooral de mate van zekerheid die een overnemende partij kan krijgen bij een investering, de reikwijdte van de te reguleren ondernemingen en het detailniveau van de maatregelen.

Bijzondere situatie: Aanbestedingen

Een deel van de zorgen over ongewenste zeggenschap heeft betrekking op het gebruik dat verschillende overheidsdiensten maken van elektronische communicatiediensten, en de bijzondere risico's die dat met zich meebrengt. Het voorontwerp besteedt ten onrechte geen aandacht aan de meest voor de hand liggende wijze om aan deze zorgen het hoofd te bieden, namelijk de aanbesteding en contractering van dergelijke diensten. Het ligt immers voor de hand dat, indien de overheid zorgen heeft over onheuse invloeden op de aan haar geleverde diensten, zij die zorgen, bijvoorbeeld middels zogenaamde 'change of control' regelingen of andere bijzondere voorschriften in haar inkoopovereenkomsten afdekt. Een goede bezinning op de aanbestedingsstrategie voor dergelijke diensten zou hier op zijn plaats zijn.

KPN's bezwaren

Gelet op de al bestaande privaatrechtelijke beschermingsmogelijkheden en de positieve aspecten van de open economie dienen aanvullende instrumenten volgens KPN louter een 'ultimum remedium' te zijn. De bedrijfsvoering van telecomondernemingen – met inbegrip van de mogelijkheden om te kunnen investeren, innoveren en snel op de wijzigende marktomstandigheden te kunnen inspelen – moeten daardoor niet negatief worden beïnvloed. KPN waardeert in dit verband de aanpassingen ten opzichte van het aanvankelijk aangekondigde beleidsvoornemen, maar is van mening dat het voorontwerp nog een aantal belangrijke aanpassingen behoeft om het beoogde evenwicht verder te verbeteren.

Ontbreken regeling schadeloosstelling bij onjuist gebruik bevoegdheid

Het voorontwerp bevat voor Nederland ongekend diepgaande mogelijkheden tot ingrijpen in eigendomsverhoudingen. Mede gezien de vele open normen zal er achteraf discussie ontstaan over de legitimiteit als de minister op basis van de te geven bevoegdheden gaat ingrijpen. Er zal daarom meer duidelijkheid moeten worden gegeven over de aansprakelijkheid van de staat wegens een te ruim gebruik van de bevoegdheden. Het algemene bestuursrecht kent geen afdoende regeling voor de type onteigeningsopdrachten die uit deze wet kan voortvloeien.

KPN zal deze punten in deze reactie nader uitwerken, en waar mogelijk concrete voorstellen doen voor een meer proportionele regeling.

2. Hoofdpijnen wetsvoorstel

De hoofdpijn van het wetsvoorstel laat zich als volgt samenvatten: De minister kan *verbieden* de verkrijging of de instandhouding van (cumulatief)

- *overwegende zeggenschap* (volgens de criteria van art. 14a.3),
- in een *telecommunicatiepartij* (zoals afgebakend in art. 14a.2 lid3),
- die leidt tot *relevante invloed in de telecommunicatiesector* (zoals aangegeven in art. 14a.2 lid 4) en
- waardoor *de nationale veiligheid of openbare orde* bedreigd kan worden (art. 14a.4).

De verdere bepalingen van de wet geven de minister vooral mogelijkheden om te achterhalen of deze situaties zich voordoen en geven uitwerking aan de gevolgen van het verbod. Daarbij is van belang te constateren dat het verbod zowel voor verkrijging van de zeggenschap kan worden opgelegd als achteraf (zonder beperking in tijd).

In het navolgende zal op de uitwerking van elk van gecursiveerde begrippen worden gereageerd en vervolgens op de uitwerking van enkele van de verplichtingen.

3. 'Verbieden' (art. 14a.2 lid 1)

Behoefte aan zekerheid

Het voorontwerp gaat uit van een verbodsstelsel, op initiatief van de minister. Een dergelijk verbod kan door de minister op ieder moment worden uitgesproken – zowel voor het aangaan van een transactie als op een later moment.

In een eerdere fase werd een stelsel van een verklaring van geen bezwaar overwogen, waarmee een voorafgaande toetsing plaatsvond. KPN herkent zich in de argumentatie dat een dergelijk stelsel, waarin ook als er geheel geen dreiging is van ongewenste zeggenschap allerlei belastende procedures moeten worden gevolgd, disproportioneel is.

Het gekozen verbodsstelsel heeft het voordeel van een grotere flexibiliteit, dat alleen is in te zetten als dat nodig is. Tegelijkertijd kan het leiden tot onzekerheid voor partijen bij een transactie. Een koper van een telecommunicatiepartij heeft in de opzet van het voorontwerp geen mogelijkheid om vooraf zekerheid te krijgen of zijn overname niet zal stuiten op bezwaren van de minister. Die kan immers op ieder moment besluiten een verbod uit te vaardigen, ook jaren na de transactie. Door de veelheid aan open normen – en de verbodsgrounden die deels buiten de invloed van een koper liggen – is het voor een potentiële koper bovendien zeer moeilijk hierover zelf een goede risicoafweging op uit te voeren. Bij omvangrijke investeringsbeslissingen – zoals de overname van een grote onderneming – is de mate van zekerheid over het welslagen van de transactie voor een koper van eminent belang. Het risico bestaat dat ook 'goede' investeringen niet doorgaan vanwege deze onzekerheid.

KPN pleit er dan ook voor een (facultatieve) mogelijkheid toe te voegen om tijdig – vooraf – meer zekerheid te kunnen verkrijgen, bijvoorbeeld in de vorm van een optionele verklaring van geen bezwaar. Het zou mogelijk moeten zijn dat partijen aan de minister verzoeken om zich, voordat de transactie heeft plaatsgevonden, uit te spreken over de toelaatbaarheid van de transactie op de in de wet genoemde gronden. Een uitspraak van de minister zou bindend zijn en partijen zekerheid moeten bieden, tenzij achteraf blijkt dat onjuiste of onvolledige informatie is verstrekt. Door de toetsing facultatief te maken kunnen partijen er voor kiezen deze niet uit te laten voeren en de voorkeur te geven aan snelheid. Ze hebben dan echter minder zekerheid.

Als achteraf ingrijpen mogelijk is zou dat in de visie van KPN uiterst terughoudend moeten worden gebeuren. Daarmee wordt immers ingegrepen in bestaande eigendomsverhoudingen. Dat een nieuwe toets kan plaatsvinden bij een wijziging in de zeggenschap van de (ultieme) eigenaar is denkbaar (naar analogie van het mededingingsrecht), maar KPN acht het moeilijker uitlegbaar als een buitenlandse eigenaar van een telecommunicatiepartij na jaren gedwongen zou worden zijn belang af te stoten omdat (bijvoorbeeld) de veiligheidssituatie in de regio waarin hij gevestigd is verslechtert.

Ook de meeste andere rechtssystemen die KPN heeft kunnen identificeren, waarin een vergelijkbare mogelijkheid wordt gecreëerd als in het onderhavige voorstel, gaan primair uit van toetsing vooraf.

Er lijken geen praktische bezwaren te bestaan om een dergelijke voorafgaande mogelijkheid te creëren, nu bij de overgang van zeggenschap in de meeste gevallen ook een 'ex ante' mededingingstoetsing moet plaatsvinden. In dat kader moeten de betrokken partijen ook op gedetailleerde wijze informatie

verstrekken over de vorm en wijze van zeggenschap. Omdat partijen die van een dergelijke facultatieve manier om te voren zekerheid te krijgen er een belang bij hebben dit snel af te ronden zal het in zo'n fase ook makkelijker zijn van hen medewerking aan de informatieverstrekking te krijgen dan bij een beoordeling achteraf.

Standpunt KPN:

In de wet moet de mogelijkheid worden opgenomen dat partijen bij verkrijging van overwegende zeggenschap de minister tevoren een oordeel over die verkrijging kunnen vragen. Alleen bij onjuistheid of onvolledigheid van de bij die vraag verstrekte informatie, of in geval van zeggenschapswijzigingen bij de houder, zou de minister op dat oordeel mogen terugkomen.

Maatregel: zeggenschap vs. kapitaalbelang

De minister kan na een opgelegd verbod de uitoefening van zeggenschap verbieden (art. 14a.7). Dat lijkt op zich al een proportionele en effectieve sanctie en het is niet duidelijk waarom dat niet als hoofdregel wordt gesteld. In plaats daarvan wordt een uitvoerige en complexe regeling voor *verkoop* van het aandelenbelang uitgewerkt. Dat lijkt verder te gaan dan noodzakelijk voor het doel: zoals de titel van de wet al aangeeft gaat het om het tegengaan van (ongewenste) *zeggenschap*. Ingrijpen in de eigendomsverhouding – hetgeen veel verder gaat – hoeft daarvoor in de meeste gevallen niet aan de orde te zijn. Met een beperking van de zeggenschap wordt de deelneming beperkt tot een puur financiële investering. En dat zal in de meeste gevallen weinig problematisch zijn.

De beperking van de zeggenschap zou dan simpelweg kunnen worden bereikt door een schorsing van die zeggenschap van rechtswege als rechtsgevolg van een verbodsbeslissing door de minister. De zeggenschap *kan* dan vennootschapsrechtelijk niet meer worden uitgeoefend. Het huidige voorstel van een verbod van de minister laat de mogelijkheid open dat de zeggenschap wel wordt uitgeoefend met schending van het verbod. Dat kan de telecomunicatiepartij in een moeilijke positie brengen, als zij bijvoorbeeld onder druk wordt gezet door een partij met zeggenschap. Als extra slot op de deur zou nog kunnen worden bepaald dat een besluit dat is genomen door uitoefening van verboden zeggenschap op vordering van de minister kan worden vernietigd. Dat is overeenkomstig de regeling zoals die ten aanzien van de verklaring van geen bezwaar-plicht in de Wft is opgenomen.

Met een dergelijke schorsing van stemrecht wordt een effectieve manier van het tegengaan van ongewenste zeggenschap bereikt, die proportioneel is dan de voorgestelde complexe uitwerking en in de meeste situaties gewoon zal volstaan. We komen op dat laatste nader terug.

Standpunt KPN:

De voorgestelde mogelijkheid voor de minister om de verkoop van een belang te gelasten moet worden vervangen tot een schorsing (van rechtswege) van de bevoegdheid om zeggenschap uit te oefenen. Dit kan daarmee het primaire gevolg van een verbod zijn. Alleen in zeer uitzonderlijke gevallen zou ook een verkoopverplichting kunnen worden uitgesproken.

Aanvulling bij AMvB - achteraf

Hoewel binnen de doelstelling van de wet begrijpelijk is dat wordt gekozen voor een flexibel stelsel wordt de toepassing van de wet – ondanks het in de toelichting op diverse punten aangegeven limitatieve karakter van de criteria – moeilijk voorspelbaar door de open criteria. Die geven de minister een erg ruime discretionaire bevoegdheid. Naast de opgenomen open criteria biedt het voorontwerp op veel punten nog de mogelijkheid om bij AMvB nadere criteria toe te voegen. Daarbij wordt niet duidelijk gemaakt in hoeverre dergelijke via delegatie opgenomen aanvullende criteria ook zouden kunnen worden toegepast op transacties die zich al voordeden voor de normstelling bij AMvB. Waar de concre-

tisering van de normstelling pas later plaatsvindt zou de zeggenschap dus achteraf verboden kan worden op gronden die ten tijde van de verkrijging nog niet bekend waren. Dit lijkt een ongewenst effect. Bovendien is in geen enkele vorm van parlementaire betrokkenheid (bijv. via een voorhangprocedure) bij het opstellen van die regels voorzien.

Standpunt KPN:

Opgenomen dient te worden dat nader bij AMvB toe te voegen criteria niet kunnen gelden voor transacties waarvan de zeggenschap al voorafgaand aan de normstelling plaatsvindt, ook waar de vervulling van die criteria later plaatsvindt.

4. 'Overwegende zeggenschap' (art. 14a.3)

Op zich kan KPN zich vinden in de criteria voor het bepalen van overwegende zeggenschap. Het criterium in artikel 14a.3 onder b zal evenwel – zeker zonder actieve medewerking van de betrokken partijen of zelfs eventueel betrokken derden – soms moeilijk zijn aan te tonen. Zoals we hierna (par. 9) nog nader zullen aangeven is het ook voor het redelijk uitgewerkte stelsel van verkrijging van zeggenschap in beursgenoteerde ondernemingen in de praktijk niet of nauwelijks te achterhalen of en op welke wijze individuele aandeelhouders samenwerken.

Dit artikel bevat als een van de weinige van het voorontwerp een gesloten lijst van gevallen waarin aan het begrip 'overwegende zeggenschap' is voldaan. In die zin is de regeling van dit artikel meer limitatief dan de bepalingen waarin een opsomming wordt besloten met een nadere delegatiegrondslag (AMvB). Daarmee lijkt in tegenspraak dat de toelichting (p. 17) aan geeft dat in dit artikel 'een aantal gevallen [wordt] genoemd waarin sprake is van overwegende zeggenschap'.

Standpunt KPN:

De toelichting moet worden aangepast teneinde het limitatieve karakter van de opsomming van art. 14a.3 te onderstrepen.

5. 'Telecommunicatiepartij' (art. 14a.2 lid 3)

Het voorontwerp beschouwt het in art. 14a.2 nader omschreven begrip 'telecommunicatiepartij' als het te reguleren rechtssubject. Dat begrip is veel breder dan het elders in de wet gebruikte begrip 'aanbieder van een openbare telecommunicatiedienst', doordat het ook hosting, internetknooppunten, vertrouwensdiensten, datacenters en andere bij AMvB aan te wijzen diensten toevoegt. Bovendien blijkt uit de toelichting (p. 16) dat uit de woorden 'direct of indirect feitelijke macht kan uitoefenen' voortvloeit dat ook ingeschakelde derden die – bijv. als montage-, installatie-, onderhouds-, bewerkings-, beheersactiviteit – werkzaamheden aan 'het netwerk' verrichten, gelden als telecommunicatiepartij. Al dergelijke activiteiten kunnen op enig moment tot een vorm van (veelal beperkt) 'feitelijk beheer' over een netwerk of dienst leiden.

Daarmee is de reikwijdte van het voorontwerp veel breder dan aanvankelijk werd aangekondigd en komt de vraag op of dat niet kan leiden tot marktverstoringen. Voor een bedrijf dat bijvoorbeeld een centraal IT-systeem voor energiebedrijven, de NS, de luchthaven Schiphol, Post NL, grote banken en verzekeraars of andere belangrijke maatschappelijke diensten beheert gelden geen bijzondere regels, maar voor een bedrijf dat een vergelijkbaar systeem beheert van 'een telecommunicatiepartij' zou de wet ineens onverkort gelden. Een vergelijkbare regeling komt niet voor in parallelle beschermingsbepalingen in wetten zoals de Wft, de Gaswet of de Electriciteitswet. Dat is een niet goed te verklaren verschil in behandeling dat makkelijk negatieve gevolgen kan hebben. Immers, een bedrijf dat dergelijke ondersteunende taken verricht zal ineens ook rekening moeten houden met toepassing van deze wet –

met alle daaraan verbonden potentiële gevolgen – als het besluit een opdracht voor een telecommunicatiepartij te aanvaarden.

Volgens KPN brengt deze oprekking van de reikwijdte van de wet veel te veel bedrijven onder de wettelijke regels. Veel van de toeleveringsbedrijven van de onder a-c genoemde partijen hebben op enige manier een rol bij het ‘feitelijk beheer van het netwerk’ zoals in de toelichting genoemd. Anders dan de exploitanten van de netwerken en diensten zelf hebben de toeleveranciers louter contractuele rechten en verplichtingen om feitelijk beheer uit te voeren. Het lijkt niet proportioneel of noodzakelijk om dergelijke bedrijven ook onder de reikwijdte van deze wet te laten vallen. Bovendien creëert de huidige formulering veel onduidelijkheid voor dergelijke bedrijven (vallen zij er onder of niet), waar dergelijke duidelijkheid in overname situaties juist onontbeerlijk is. KPN betwijfelt of dergelijke bedrijven zich thans, op basis van het huidige voorontwerp, reeds realiseren dat dit het geval kan zijn.

Standpunt KPN:

Het begrip ‘telecommunicatiepartij’ moet duidelijker worden afgebakend. Alleen de bedrijven die direct voor de onder a-c genoemde diensten verantwoordelijk zijn moeten onder de wettelijke regeling vallen - en niet hun toeleveranciers.

6. ‘Relevante invloed in de telecommunicatiesector’ (art. 14a.2 lid 4)

Het voorontwerp beperkt de mogelijkheid tot het verbieden van overwegende zeggenschap in een telecommunicatiepartij tot de gevallen waarin die zeggenschap leidt tot ‘een relevante invloed in de telecommunicatiesector’. Uit de opsomming in art. 14a.2 lid 4 blijkt dat die invloed zowel kan bestaan in inbreuken op of verstoringen van de dienstverlening aan consumenten en bedrijven, als in dienstverlening specifiek aan de overheid. Ook hier is de opsomming niet werkelijk limitatief, omdat de gronden bij AMvB kunnen worden aangevuld. In lid 4 onderdeel a en lid 5 wordt een grondslag gegeven om de genoemde factoren nader in te vullen (volgens de toelichting met kwantitatieve criteria).

De verhouding tussen deze criteria en de criteria van art. 14a.4 voor het bepalen wanneer sprake is van een bedreiging van de nationale veiligheid en de openbare orde is niet erg duidelijk. Nu de beide eisen cumulatief moeten worden toegepast is dat op zich geen bezwaar, maar het lijkt op het eerste gezicht logischer om niet de eigendomsverhoudingen op zich (art. 14a.4 onder a), maar het risico op inbreuken op de continuïteit (art. 14a.2 lid 4 onder a) als inbreuk op de openbare orde en nationale veiligheid te zien.

Uit de voetnoten 1 en 2 bij de toelichting blijkt dat de criteria (deels) kwantitatief zullen worden ingevuld. Dat maakt het in elk geval voor betrokken ondernemingen die direct aan eindgebruikers leveren toetsbaar of ze daaronder vallen. Zonder een nadere afbakening zou dat te onduidelijk zijn. Voor ondernemingen die niet rechtstreeks contracteren met eindgebruikers, maar wel van een zodanig belang zijn dat er meer eindgebruikers van hun diensten feitelijk gebruik dan de aangegeven aantallen, zou het wenselijk zijn duidelijker aan te geven hoe in hun situatie beoordeeld moet worden dat zij ook relevante invloed hebben.

Standpunt KPN:

Bij de uitwerking van de criteria van art. 14a.2 lid 4 bij AMvB moet duidelijk worden aangegeven hoe de beoogde kwantitatieve criteria moeten worden toegepast voor aanbieders die niet of slechts gedeeltelijk hun diensten rechtstreeks aan eindgebruikers leveren.

7. 'Nationale veiligheid of openbare orde' (art. 14a.4)

De doelstelling van de wet is het tegengaan van de mogelijkheid om vanuit geopolitieke motieven de nationale veiligheid of openbare orde (zoals gedefinieerd in art. 14a.1) te bedreigen (aanhef art. 14a.4). Maar de definitie van 'nationale veiligheid of openbare orde' blijft erg abstract. Ook de verwijzing naar de vergelijkbare begrippen in het VWEU maakt dit weinig concreter, omdat de begrippen ook daar niet verder zijn ingekaderd.

Bij de uitwerking van die doelstelling in verschillende omstandigheden en de toelichting daarop blijkt bovendien dat de aanduiding 'nationale veiligheid of openbare orde' zeer breed moet worden verstaan. Onduidelijkheden in zeggenschapsstructuren (art. 14.4 onderdelen a en b), het 'geen goede staat van dienst hebben inzake beveiliging van communicatie' (onderdeel c), het afkomstig zijn uit een land of regio met een 'onzekere veiligheidssituatie' (onderdeel e) zijn allemaal op zich al gronden waarop de minister het verkrijgen of houden van overwegende zeggenschap kan verbieden. Bovendien is de opsomming opnieuw niet limitatief – zoals de toelichting op p. 19 wel stelt – omdat bij AMVB zonder beperking gronden kunnen worden toegevoegd. In enige vorm van parlementair toezicht (voorhangprocedure) op die extra gronden is niet voorzien.

Een verbod (of schorsing van zeggenschap), laat staan een gedwongen verkoop, is echter wel een vergaande maatregel, die alleen gerechtvaardigd is als er daadwerkelijk sprake is van een bedreiging van de nationale veiligheid of de openbare orde. Dat is ook van belang met oog op Europees recht, op grond waarvan – kort gezegd – belemmeringen van het vrij verkeer slechts in beperkte mate mogen worden opgelegd, zoals in het geval van bedreigingen voor de nationale veiligheid en openbare orde. Uit (de toelichting op) de omstandigheden van art. 14.a.4 lijkt echter te volgen dat de genoemde omstandigheden hoe dan ook een grond opleveren voor een verbod, dus zonder dat daarnaast nog een beoordeling wordt gemaakt of inderdaad sprake is van een bedreiging van de nationale veiligheid en openbare orde in de zin van het Europese recht in concrete omstandigheden. Toch zijn er voldoende omstandigheden denkbaar waarin wel aan één van de criteria is voldaan, maar geen sprake is van een dergelijke dreiging. Volgens KPN zouden niet deze gronden op zich, maar alleen een op deze gronden aannemelijk gemaakte dreiging de grondslag voor een verbod mogen zijn. De wet moet daarom een expliciete verplichting aan de minister opleggen om bij het opleggen van een verbod te motiveren dat niet alleen in algemene zin de nationale veiligheid of openbare orde in het geding kan komen, maar op basis van de genoemde grondslagen concreet aannemelijk maken dat de nationale veiligheid of openbare orde (inclusief de voldoende beschikbaarheid van de betrokken telecomdiensten) in het geding komen.

Standpunt KPN:

De tekst van art. 14a.4 moet tot lid 1 worden gemaakt. Vervolgens moet een tweede lid worden toegevoegd waarin is bepaald: 'De omstandigheden van het eerste lid moeten aannemelijk maken dat de overname kan leiden tot de in artikel 14a.2, vierde lid, bedoelde risico's.'

8. Aanbestedingen door de overheid

In de algemene inleiding van de memorie van toelichting wordt ingegaan op de bijzondere positie van de overheid als afnemer van communicatiediensten en wordt gewezen op de bijzondere risico's die dit met zich meebrengt, gelet op de afhankelijkheid die de overheid hier soms heeft. Hiermee wordt niet alleen verwezen naar publieke communicatiediensten (vaste of mobiele telefonie, internet, etc.) maar ook naar bijzondere, vaak voor de overheid in het leven geroepen, voorzieningen, zoals de noodcommunicatievoorziening (NCV), communicatiedienstverlening aan Defensie en dienstverlening ten behoeve van C2000. Dit betreft dus veelal vitale infrastructuur waarvan de overheid gebruikt maakt en die een belangrijke bijdrage leveren aan de openbare orde en nationale veiligheid. Het is daarom terecht

dat hiervoor aandacht wordt gevraagd. In recente aanbestedingen met betrekking tot het C-2000 netwerk heeft de overheid dit element gezien de uitkomst daarvan niet mee laten wegen.

Het voorontwerp beoogt deze bijzondere risico's eveneens te mitigeren via deze wettelijke regeling. Daarvoor worden deze (gedeeltelijke) niet-publieke elektronische communicatiediensten ook onder de definitie telecommunicatiepartij gevat. KPN is van mening dat dit niet de meest effectieve noch de meest proportionele wijze is om dit doel te bereiken.

Een veel directere en meer proportionele manier om dit te regelen lijkt het om deze risico's in aanbestedingen en contracten te ondervangen, bijvoorbeeld via een 'change of control' bepaling. Op die manier kan veel specifieker en meer toegesneden op de concrete situatie worden vastgelegd aan welke vereisten de gecontracteerde telecommunicatiepartij moet (blijven) voldoen om dienstverlener voor de overheid te kunnen zijn. Het voorontwerp onderbouwt onvoldoende waarom het noodzakelijk is die belangen via dit wetsvoorstel te verzekeren.

Bovendien merkt KPN hierbij op dat het onder het voorontwerp mogelijk blijft dat buitenlandse leveranciers van vitale infrastructuur in Nederland een klein bijkantoor openen met enkele medewerkers, terwijl de daadwerkelijke kennis over, en/of technologie voor, deze vitale infrastructuren zich bevindt bij moederbedrijven gevestigd in andere landen. In die situaties beschermt het voorontwerp slechts het lokale bijkantoor - en creëert daarmee een schijnzekerheid. Zo wordt bovendien gedurende een aanbesteding een ongelijk speelveld gecreëerd voor nationale leveranciers van vitale infrastructuur, die de volledige gevolgen dragen van de beoogde wetgeving, en leveranciers die alleen een bijkantoor openen.

Het is daarom aan te raden om naast of in plaats van wettelijke waarborgen een beleid te ontwikkelen waarbij bij overheidsaanbestedingen van vitale infrastructuur zwaarwegend rekening wordt gehouden met de nationale veiligheid als gevolg van geopolitieke motieven. Tot op heden is dat, voor zover KPN heeft kunnen waarnemen, nauwelijks het geval geweest.

Standpunt KPN:

De overheid dient een strategie ontwikkelen voor aanbestedingen van vitale infrastructuur van de overheid, waarbij voldoende rekening wordt gehouden met geopolitieke ontwikkelingen en ongewenste zeggenschap.

9. Uitwerking van verplichtingen

Het voorontwerp bevat een verdere uitwerking van een opgelegd verbod die volgens KPN onnodig en te complex is. We bespreken die punten in deze paragraaf.

Gedwongen verkoop

In paragraaf 2 van deze reactie is aangegeven dat een stelsel gebaseerd op schorsing van zeggenschap de voorkeur verdient boven een gedwongen verkoop. Daarmee wordt de uitgebreide regeling voor de gedwongen afbouw van verboden zeggenschap ook overbodig. Het is dan aan de houder van aandelen of deze gezien de beperkingen van zeggenschap zijn belang wil terugbrengen. In de regel zal daartoe dan een duidelijke prikkel aanwezig zijn.

Als toch (al dan niet als optioneel middel) wordt gekozen voor de mogelijkheid dat de minister een last kan opleggen om bij overwegende zeggenschap het aandelenbelang binnen een bepaalde redelijke termijn te beëindigen, zou de wettelijke regeling ons inziens tot die algemene verplichting moeten worden beperkt. In aanvulling op alle genoemde waarborgen is in het voorontwerp echter ook nog een

uitgebreide en bijzonder complexe regeling opgenomen voor het geval een partij geen gevolg geeft aan een dergelijke last (art. 14.a.11 tot en met 14.a.14). Deze regeling behelst onder meer:

- een bepaling op grond waarvan de laatste geïdentificeerde partij in – kort gezegd – de ‘investeringsketen’ wordt aangemerkt als de houder van zeggenschap, indien de identiteit van de houder van de zeggenschap niet met zekerheid is vast te stellen;
- een bepaling dat de desbetreffende telecommunicatiepartij verplicht is op basis van een wettelijke machtiging de zeggenschap te vervreemden of terug te brengen namens de houder van de zeggenschap (of de laatste geïdentificeerde partij);
- een bepaling die beoogt te bewerkstelligen dat deze vervreemding kan worden geëffectueerd door een verplichting voor bepaalde partijen in de investeringsketen om daaraan – kort gezegd – mee te werken (onder meer wat betreft de uitlevering van aandelen);
- een bepaling die regelt wat de gevolgen zijn als een partij in de investeringsketen niet meewerkt.

In dit verband moet worden opgemerkt dat de wetgever noch in de Gaswet en de Electriciteitswet, noch in de Wft (voor wat betreft zonder vvgb gehouden zeggenschap) een dergelijke voorziening nodig heeft geacht. Ook bijvoorbeeld in de openbaar bod regeling is een dergelijke voorziening niet opgenomen. Op grond van art. 5:73 Wft kan de Ondernemingskamer ingeval van een houder van overwegende zeggenschap (30%) die – kort gezegd – verplicht is een openbaar bod uit te brengen een aantal maatregelen opleggen. Het betreft onder andere schorsing van stemrecht, een verbod tot deelname aan de AvA en tijdelijke overdracht van de aandelen aan een derde ten titel van beheer. Een ingewikkelde regeling voor het zonder medewerking kunnen laten overgaan van die aandelen is er niet. Er is geen indicatie dat het ontbreken van zulke regels problemen opleveren.

De voorgestelde voorzieningen zijn bovendien niet effectief. Zo bieden alle bepalingen die inhaken op de investeringsketen (aanmerken van de laatste geïdentificeerde partij in de ‘investeringsketen’ als houder van zeggenschap, overdracht door medewerking partijen in de investeringsketen) alleen een mogelijke oplossing bij beursvennootschappen. Maar ook voor die vennootschappen valt te bezien of een verplichte verkoop daadwerkelijk kan worden geëffectueerd zonder medewerking. Zo zullen buitenlandse partijen op grond van deze Nederlandse wet in beginsel niet gedwongen kunnen worden tot medewerking. Partijen zullen bovendien niet snel genegen zijn medewerking te verlenen, onder meer gezien de daaraan verbonden aansprakelijkheidsrisico’s.

De voorzieningen zijn niet alleen disproportioneel en niet effectief, ze maken de wet ook onnodig uitgebreid en complex. Het mechanisme in de Gaswet en de Electriciteitswet is neergelegd in één kort artikel met vier leden. Het Consultatievoorstel bevat veertien lange artikelen, beslaande zes volle pagina’s. De complexiteit wordt in het bijzonder veroorzaakt door de bepalingen over de gedwongen vervreemding van de overwegende zeggenschap zonder medewerking.

Standpunt KPN:

Indien de wetgever toch zou besluiten tot gedwongen verkoop als mogelijke consequentie van een verbod, dient de gedetailleerde regeling die thans wordt voorgesteld te worden geschrapt, aangezien de proportionaliteit en de effectiviteit betwijfeld moet worden en de voorgestelde regeling (daarmee) onnodig complex is.

Onevenredige verplichtingen voor telecommunicatiepartijen

Het voorontwerp strekt tot voorkoming van ongewenste zeggenschap in verband met de staatsveiligheid en openbare orde, maar legt in dit kader vergaande verplichtingen op aan de telecommunicatie-aanbieders zelf:

- telecommunicatiepartijen dienen als de minister vermoedt dat sprake is van ongewenste zeggenschap een onderzoek in te stellen naar identiteit van de houder van zeggenschap, waarbij

wat betreft beursvennootschappen wordt aangeknoopt bij de in de Wte opgenomen procedure voor identificatie van aandeelhouders;

- telecommunicatiepartijen dienen gevolg te geven aan een verbod dat is opgelegd aan een houder van ongewenste zeggenschap;
- telecommunicatiepartijen zijn verplicht op basis van een wettelijke machtiging de zeggenschap te vervreemden of terug te brengen als de houder van ongewenste zeggenschap dit zelf niet doet.

Het ligt niet in de rede om telecommunicatiepartijen deze taken te laten verrichten ter bescherming van door de minister vastgestelde risico's. De overheid is daartoe veel meer geëquipeerd dan de desbetreffende telecommunicatiepartij.

- Er wordt in de toelichting ook niet gemotiveerd waarom de telecommunicatiepartij het onderzoek zou moeten uitvoeren. Het lijkt bovendien een onnodige extra schakel via welke de informatie bij de minister terecht moet komen. Dat de in de Wge opgenomen mogelijkheden om aandeelhouders te identificeren rechten van de vennootschap zijn hoeft ook geen belemmering te zijn. In de onderhavige wet kan die mogelijkheid immers vrij eenvoudig aan de minister worden toegekend.
- Disproportioneel – en willekeurig – is ook dat een telecommunicatiepartij wordt verplicht de verboden zeggenschap van een ander terug te brengen. Zoals gezegd is een regeling voor verplichte overdracht op zich al onnodig. Er wordt ook niet uitgewerkt op welke wijze hieraan uitvoering zou moeten worden gegeven. Het is bij een buitenlandse aandeelhouder maar zeer de vraag of de desbetreffende partij verkoop langs deze weg wel kan effectueren. Bovendien roept de verplichting een aanzienlijk aansprakelijkheidsrisico voor de telecommunicatiepartij in het leven: de kans dat de (voormalig) eigenaar zal stellen dat het belang tegen ongunstige voorwaarden is verkocht, lijkt zeer reëel. Zou al een dergelijke procedure worden ingevoerd dan lijkt het in de rede te liggen dat de overheid deze taak zelf op zich neemt.
- Ten aanzien van de bepaling dat een telecommunicatieaanbieder gevolg moet geven aan een verbod is in de toelichting opgenomen dat 'de verantwoordelijkheid voor de effectieve tenuitvoerlegging van een verbod' wordt neergelegd bij de telecommunicatieaanbieder. Van de desbetreffende telecommunicatieaanbieder wordt onder meer verwacht dat deze registratie van de houder van zeggenschap voor een algemene vergadering weigert en deze zelfs fysiek de toegang tot de vergadering ontzegt. Het is onduidelijk hoe deze verwachtingen zich verhouden tot dwingende regels uit het ondernemingsrecht. Het kan de telecommunicatiepartij in ieder geval in een lastige positie brengen. Als gezegd: het zou effectiever zijn als wordt opgenomen dat een verbod van rechtswege schorsing van de uitoefening van zeggenschap inhoudt. Net als in de openbaar bod regeling kan nog worden toegevoegd dat een dergelijke partij geen toegang heeft tot de AvA. Dan is een medewerkingsplicht voor de vennootschap ook niet nodig.

Met het voorontwerp wil de overheid publieke belangen te beschermen. Het licht dan ook voor de hand dat de uitvoering van daartoe getroffen maatregelen zoveel mogelijk door publieke handen worden uitgevoerd.

Standpunt KPN:

De verplichtingen die in het voorontwerp zijn opgenomen voor telecommunicatiepartijen om een rol te spelen in de afdwinging van het verbod moeten worden heroverwogen. Voor zover zij worden opgenomen, dienen ze door de minister zelf te worden uitgevoerd, en niet door de telecommunicatiepartij.

10. Artikelsgewijs detailcommentaar

In aanvulling op het hiervoor weergegeven commentaar maakt KPN nog enkele detailopmerkingen bij afzonderlijke artikelen van het voorontwerp.

Artikel 14a.1

De definitie van een ‘aandeel’ omvat ook opties. Het is onduidelijk waarom dit nodig is. Gevaar voor publieke belangen is immers moeilijk denkbaar in verband met bezit van slechts opties.

Door de verwijzing naar art. 5:33 lid 1 sub d en art. 5:45 Wft in de definitie van ‘stemmen’, komen niet alleen opties in scope, maar ook trackers, swaps en andere derivaten. Het is onduidelijk waarom dit nodig is.

Het is niet duidelijk waarom in de definitie van ‘nationale veiligheid of openbare orde’ wordt verwezen naar art. 45, derde lid, VWEU. Hiermee wordt de indruk gewekt dat ook belangen van het vrij verkeer van werknemers onder de beschermingsomvang van de wettelijke regeling vallen. Dat lijkt onjuist en dient dan ook te worden geschrapt.

Bij de definitie van ‘personen met wie in onderling overleg wordt gehandeld’ wordt aangesloten bij de Wft definitie. Dat is op zichzelf niet onbegrijpelijk, maar voor zover KPN bekend is er wel veel discussie over de uitleg van dit begrip in de Wft. Het is de vraag of het wenselijk is die onduidelijkheid in de Telecommunicatiewet te introduceren.

De bepalingen over de identificatie van aandeelhouders en de gedwongen vervreemding moeten – in het licht van het eerdere commentaar – worden geschrapt. Dit zou leiden tot een aanzienlijk minder complexe regeling, waarbij ook een groot deel van de definities niet meer nodig is.

Artikel 14a.3

Ten opzichte van de openbare biedingsregels voegt het voorontwerp enkele vormen van zeggenschap toe, namelijk de bevoegdheid om de helft van de bestuurders en commissarissen te ontslaan en het beschikken over één of meer aandelen met een bijzonder statutair recht inzake de zeggenschap. Het is onduidelijk waarom deze toevoegingen nodig worden geacht. Verder is onduidelijk wat er met het bijzondere statutaire recht precies wordt bedoeld. Er zijn bijzondere statutaire rechten die vele verschillende bevoegdheden kunnen toekennen, die niet steeds beogen controle te kunnen uitoefenen. Het lijkt dan ook niet proportioneel om ieder bijzonder statutair recht op zeggenschap hieronder te vatten.

Het criterium ‘als vennoot volledig jegens schuldeisers aansprakelijk wordt’ lijkt ontleend aan art. 2:24a BW, maar in de context van dit wetsvoorstel enigszins arbitrair. Dat een vennoot volledig aansprakelijk is, wil niet zeggen dat deze overwegende zeggenschap (30%) heeft.

Artikel 14a.7

Zoals in par. 2 van deze reactie is aangegeven verdient het voorkeur om de mogelijkheid van een verbod van de minister om zeggenschap uit te oefenen te wijzigingen in een schorsing van deze mogelijkheden van rechtswege, tenzij de minister anders besluit. In aanvulling daarop kan worden opgenomen dat de houder van zeggenschap geen toegang heeft tot de algemene vergadering.

Artikel 14a.8

Deze bepaling is niet nodig als wordt uitgegaan van een schorsing van rechtswege (zie 14.a.7).

Artikel 14a.9

Het zou in de rede liggen de wettekst te beperken tot de in de toelichting genoemde omstandigheden waarin een bewindvoerder kan worden aangesteld.

Het is de vraag waarom een bewindvoerder iets toevoegt als er vanuit wordt gegaan dat de partij met ongewenste zeggenschap en de desbetreffende telecomunicatiepartij niet gevoelig zijn voor het reeds bestaande toezichtrechtelijke instrumentarium.

De bepaling over aansprakelijkheid van beleidsbepalers van bijkantoren is onduidelijk. Jegens wie is de beleidsbepaler aansprakelijk? Wat zijn de precieze gronden voor aansprakelijkheid? Hoe wordt omgegaan met rechtspersoon-bestuurders? Onduidelijk is ook waarom het noodzakelijk is deze nog niet bestaande grond voor bestuurdersaansprakelijkheid in te voeren.