

Vergaderjaar 2018–2019

35 153

Wijziging van de Telecommunicatiewet met betrekking tot ongewenste zeggenschap in telecommunicatiepartijen (Wet ongewenste zeggenschap telecommunicatie)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 21 augustus 2018 en het nader rapport d.d. 25 februari 2019, aangeboden aan de Koning door de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 23 april 2018, nr. 2018000745, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 21 augustus 2018, nr. W18.18.0097/IV, bied ik U hierbij aan.

De tekst van het advies treft u hieronder aan, met tussengevoegd de reactie daarop.

Het voorstel strekt ertoe in de Telecommunicatiewet (Tw) te voorzien in een bevoegdheid voor de Minister van EZK om het verkrijgen of houden van overwegende zeggenschap in een telecommunicatiepartij te verbieden.

De Afdeling advisering van de Raad van State onderkent dat het, gegeven de vitale functie die telecommunicatie-infrastructuur en -diensten vervullen in de samenleving, van belang is dat de overheid beschikt over een adequaat instrumentarium om te voorkomen dat deze infrastructuur en diensten niet langer naar behoren functioneren. De Afdeling is echter niet overtuigd van de in het voorstel gekozen benadering. Hierin wordt aangegrepen bij de zeggenschap in de onderneming, maar het uiteindelijk zeker te stellen belang, te weten het blijvend adequaat functioneren en de integriteit van de betreffende vitale functie, wordt met het voorstel niet verzekerd. Het voorstel voorziet immers niet in maatregelen die de

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

infrastructuur en diensten van de telecommunicatiesector zelf kunnen beschermen, zodat de gekozen benadering weinig effectief zal zijn.

Doordat de telecommunicatie-infrastructuur en -diensten (vrijwel) volledig in private handen zijn, zal elk instrument van de overheid om de beschikbaarheid en integriteit daarvan zeker te stellen per definitie in potentie (diep) ingrijpen in private zeggenschaps- en eigendomsverhoudingen. Bij dergelijke ingrijpende maatregelen is het van belang dat dit met voldoende nauwkeurigheid plaatsvindt. Dat betekent ook dat ingrijpen slechts in bijzondere omstandigheden plaatsvindt. Het is lastig om op voorhand heel precies af te bakenen in welke gevallen de Minister zal ingrijpen: de beschikbaarheid en integriteit van de infrastructuur en diensten kan immers om tal van redenen in het geding komen en de risico's zullen pas in concrete gevallen goed beoordeeld kunnen worden. Dit gegeven vereist dat normen worden gekozen die enige ruimte bieden om, waar nodig, in te kunnen grijpen. Het wetsvoorstel bevat evenwel een opsomming van vaag omschreven omstandigheden waarin ondernemingen een voornemen tot verwerving van zeggenschap moeten melden en waarin de Minister vervolgens een verbod zal kunnen uitvaardigen. Deze benadering leidt tot een ruime mate van onzekerheid en doet vragen rijzen over de verhouding tot de bescherming van het eigendomsrecht van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en tot de verschillende vrijverkeersbepalingen van het VWEU, alsmede over de mogelijke gevolgen voor de sectoren de Minister.

De Afdeling heeft een aantal opmerkingen over de gekozen aanpak die van dien aard zijn dat zij adviseert het voorstel niet in zijn huidige vorm aan de Tweede Kamer te zenden.

1. De aanleiding voor het voorstel

Door de snelle technologische ontwikkelingen van de afgelopen twintig jaar is het belang van de beschikbaarheid en integriteit van telecommunicatievoorzieningen en -diensten sterk toegenomen. De telecommunicatiesector, die doorgaans bestaat uit private partijen, is onderdeel van de vitale infrastructuur van ons land geworden. Het toegenomen belang van de telecommunicatiesector maakt ook dat de gevolgen van het niet beschikbaar zijn van de infrastructuur en diensten ingrijpender zijn geworden. Daarmee wordt het laten uitvallen van de infrastructuur, of het dreigen daarmee, voor kwaadwillenden mogelijk aantrekkelijker.

De aanleiding voor het wetsvoorstel om in te kunnen grijpen bij overnames in telecommunicatiepartijen is gelegen in de schuivende economische machtsverhoudingen in de wereld. Deze schuivende verhoudingen maken, zo stelt de toelichting, dat het niet langer vanzelfsprekend is dat investeringen in de Nederlandse telecommunicatiesector (enkel) zijn ingegeven door bedrijfseconomische gronden.² Niet uitgesloten kan worden dat investeringen en overnames in de Nederlandse telecommunicatiesector (mede) zijn ingegeven door geopolitieke motieven. Een (buitenlandse) derde partij zou zijn zeggenschap in een Nederlandse telecommunicatiepartij als politiek instrument kunnen gebruiken om druk uit te oefenen op de Nederlandse overheid. Daarbij zijn twee afzonderlijke risico's te onderkennen die samenhangen met de vitale functies die partijen in de telecommunicatiesector vervullen. In de eerste plaats gaat het om het risico dat een partij de vitale functies van het bedrijf (doelbewust) laat uitvallen of daarmee zal dreigen. In de tweede plaats gaat het om het risico dat een partij inbreuk maakt op de vertrouwelijkheid en continuïteit van specifieke communicatiediensten, zoals die

² Toelichting, paragraaf 1.

van de veiligheidsdiensten, van defensienetwerken en van het noodcommunicatienet.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft begrip voor de zorgen van de regering over de mogelijkheid dat kwaadwillende partijen of mogendheden de Nederlandse overheid onder druk zouden kunnen zetten door te dreigen met het doen laten uitvallen van telecommunicatiediensten. De beschikbaarheid en betrouwbaarheid van dergelijke diensten is in de huidige samenleving van vitaal belang.

2. Het voorstel

De regering overweegt dat de risico's voor de vitale functies vervuld door telecommunicatiesector niet goed tegen te gaan zijn met de bestaande wet- en regelgeving. Het enige effectieve middel is, volgens de regering, te voorkómen dat een kwaadwillende partij zodanige zeggenschap in een telecommunicatiepartij verwerft dat daarvan misbruik kan worden gemaakt, of als een dergelijke partij over zodanige zeggenschap beschikt, ervoor te zorgen dat die zeggenschap wordt beëindigd.³ Het voorstel voorziet daarom in een meldplicht voor ondernemingen en de mogelijkheid voor de Minister om een verbod op het verkrijgen en houden van overwegende zeggenschap in een telecommunicatiepartij op te leggen.

Degene die het voornemen heeft overwegende zeggenschap in een telecommunicatiepartij te verkrijgen, zal dit moeten melden bij de Minister indien deze zeggenschap leidt tot relevante invloed op de telecommunicatiesector.⁴ Van overwegende zeggenschap is volgens het wetsvoorstel, onder meer, sprake wanneer de houder of verkrijger van die zeggenschap alleen of met anderen met wie in overleg wordt gehandeld rechtstreeks of middellijk beschikt over meer dan 30% van de stemmen in de algemene vergadering, of als diegene meer dan de helft van de bestuurders kan benoemen.⁵ Van relevante invloed op de telecommunicatiesector is vervolgens sprake wanneer – kort samengevat – een partij met overwegende zeggenschap in staat is om vitale telecommunicatievoorzieningen te destabiliseren.⁶ Het kan dan gaan om een onrechtmatige inbreuk op de bescherming van persoonsgegevens of vertrouwelijkheid van de communicatie, maar ook om een (langdurige) onderbreking van internet- of telefoondiensten.

De Minister zal een verbod opleggen tot het verkrijgen dan wel houden van overwegende zeggenschap indien dit naar zijn oordeel kan leiden tot een bedreiging van het publiek belang. Het publieke belang is hierbij ruim gedefinieerd: het gaat om het belang van de openbare orde, de openbare veiligheid, en de wezenlijke belangen van veiligheid van de staat, als bedoeld in de uitzonderingsclausules van de vrijverkeersbepalingen van het VWEU.⁷ Om over te kunnen gaan tot het opleggen van een verbod dient sprake te zijn van een overwegende zeggenschap die leidt tot relevante invloed, zoals hiervoor omschreven, én van bepaalde omstandigheden die op de verkrijger of houder van overwegende zeggenschap van toepassing zijn.⁸ Verkort weergegeven gaat het dan om situaties waarin:

³ Toelichting, paragraaf 1.

⁴ Artikel 14a.2, eerste lid, Tw.

⁵ Artikel 14a.3 Tw.

⁶ Artikel 14a.4, derde lid, Tw.

⁷ Artikel 14a.1 Tw verwijst naar de artikelen 45, derde lid, 52, eerste lid, 65, eerste lid, onderdeel b, en 346, eerste lid, onderdeel a, VWEU.

⁸ Artikel 14a.4, vijfde lid, Tw.

- de eigendomsverhoudingen van de verkrijgende partij onvoldoende transparant zijn;
 - de invloed van een derde op de verkrijgende partij onvoldoende transparant of ongewenst is;
 - de verkrijgende partij geen goede staat van dienst heeft ten aanzien van zijn bedrijfsuitoefening;
 - de verkrijgende partij nauwe banden onderhoudt met een ongewenst persoon;
 - de veiligheidssituatie in het land van vestiging van de verkrijgende partij of de omliggende regio onzeker of slecht is;
 - bekend is of het vermoeden bestaat dat de verkrijgende partij oneigenlijke intenties heeft;
 - onvoldoende informatie beschikbaar is over de verkrijgende partij.
- Een verbod tot het verkrijgen dan wel houden van overwegende zeggenschap kan de Minister niet alleen opleggen naar aanleiding van een melding, maar ook op zijn eigen initiatief, alsmede indien zich na het besluit tot het niet opleggen van een verbod omstandigheden voordoen die aanleiding geven tot het opleggen van een verbod.⁹

3. De gekozen benadering

De Afdeling onderkent dat het, gegeven de vitale functie die telecommunicatie-infrastructuur en -diensten vervullen in de samenleving, van belang is dat de overheid beschikt over een adequaat instrumentarium waarmee voorkomen kan worden dat deze infrastructuur en diensten niet langer naar behoren functioneren. De bestaande risico's vergen dat de overheid op enigerlei wijze moet kunnen ingrijpen in de onderneming die de infrastructuur in deze sector exploiteert en diensten verleent.

De Afdeling is echter niet overtuigd van de in het voorstel gekozen benadering. Het wetsvoorstel beoogt te voorkomen dat in bepaalde situaties door bepaalde partijen overwegende zeggenschap wordt verkregen in een Nederlandse telecommunicatiepartij. Dit is een «indirecte» manier om de genoemde risico's te beperken: het gaat immers niet om de (ongewenste) zeggenschap in die onderneming als zodanig, als wel om de invloed die daarmee op het functioneren van de betreffende vitale infrastructuur en diensten kan worden uitgeoefend. Het uiteindelijk zeker te stellen belang, te weten het blijvend adequaat functioneren en de integriteit van de betreffende vitale functie, is met het voorstel echter nog niet verzekerd, nu het zich primair richt op degene die zeggenschap verkrijgt of houdt in een telecommunicatiepartij, en niet op het zekerstellen van het adequaat functioneren van de vitale telecommunicatie-infrastructuur en -diensten zelf. Dat betekent dat deze indirecte aanpak niet onder alle omstandigheden adequaat kan zijn en daarvoor aanvullende instrumenten nodig zullen zijn. Daarbij komt dat betwijfeld kan worden of de Minister op het moment van melden over voldoende informatie beschikt om een goede inschatting te kunnen maken van de bedreiging die een verkrijgende partij later eventueel gaat vormen voor de telecommunicatie-infrastructuur. Partijen die zeggenschap willen verwerven in een onderneming zullen doorgaans niet op voorhand blijf geven erop uit te zijn het adequaat functioneren en de integriteit van de vitale infrastructuur van de telecommunicatiesector te gaan verstoren.

De Afdeling veronderstelt dat het wetsvoorstel de overheid het instrumentarium moet bieden om te voorkomen dat de telecommunicatienetwerken en -diensten, vanwege de vitale functie in de samenleving, niet langer naar behoren functioneren. Het doel van het wetsvoorstel is echter

⁹ Artikel 14a.4, eerste en zesde lid, Tw.

anders. Er bestaan reeds afdoende maatregelen in de Telecommunicatiewet die de integriteit en continuïteit van het netwerk en de diensten verzekeren (artikel 11.2a en hoofdstuk 11a van de Telecommunicatiewet). Alleen voor situaties waarbij kwaadwillende partijen het voor het zeggen hebben schieten deze maatregelen tekort, omdat bijvoorbeeld geopolitiek gemotiveerde partijen die er op uit zijn de regering onder druk te zetten door te dreigen met uitval van vitale telecomnetwerken en -diensten, niet zullen worden afgeschrikt door boetes, dwangsommen of dwingende aanwijzingen. De Afdeling heeft blijkens haar advies ook begrip voor deze zorgen van de regering, maar gaat er in haar advies ten onrechte van uit dat het doel van het wetsvoorstel is om de continuïteit van de vitale netwerken en diensten in zijn algemeenheid te verzekeren. Gezien de bescherming die de bestaande telecommunicatieregulering ten aanzien daarvan reeds biedt, is het doel van dit wetsvoorstel beperkt tot het bieden van een oplossing voor die situaties waarin een kwaadwillende partij zo veel zeggenschap in vitale onderdelen van de telecomsector verkrijgt, dat dit de regering in een chantabele positie kan brengen dan wel op andere manieren de nationale veiligheid en openbare orde in gevaar kan brengen. Juist het toetsen van overnames stelt de regering in staat te voorkomen dat zij in die positie komt. Door te voorkomen dat de zeggenschap in handen van kwaadwillenden komt, kan deze immers ook niet worden misbruikt. Het kabinet deelt de opvatting dat ingrijpen in de zeggenschap te indirect is, en daarmee niet effectief, dan ook niet. Bovendien gaat de Afdeling met deze kritiek voorbij aan de brede wens in de politiek, die tevens in het regeerakkoord is vastgelegd, om overnames in vitale sectoren, waaronder de telecomsector, waar nodig te kunnen toetsen en tegen te houden. Het in het wetsvoorstel gekozen instrument past bovendien in Europese en wereldwijde ontwikkelingen waarin nationale overheden, gelet op de verschuivende geopolitieke verhoudingen, grip willen krijgen op ongewenste overnames en buitenlandse investeringen¹⁰.

Tegen de achtergrond van deze opmerking over de gekozen benadering van het wetsvoorstel vraagt de Afdeling waarom, gelet op de terechte zorgen waarvoor het voorstel een oplossing beoogt te bieden, er niet voor is gekozen om nauwer aan te sluiten bij het achterliggende doel, namelijk de bescherming van de betreffende vitale infrastructuur zelf. Indien immers de beschikbaarheid en integriteit van de infrastructuur en diensten in beginsel te allen tijde is veiliggesteld, zal de vatbaarheid voor een eventuele door geopolitieke motieven ingegeven dreiging met het laten uitvallen van die infrastructuur in belangrijke mate kunnen worden beperkt. Ook het risico dat een derde partij inbreuk maakt op de vertrouwelijkheid en continuïteit van specifieke communicatiediensten, zoals die van de veiligheidsdiensten, van defensienetwerken en van het noodcommunicatienet, kan met een meer directe benadering effectiever worden gemitigeerd.

Een alternatieve benadering zou, in het verlengde van de huidige bepalingen in hoofdstuk 14 van de Tw, bijvoorbeeld de Minister de bevoegdheid kunnen toekennen om aanbieders van telecommunicatienetwerken en -diensten aanwijzingen te geven om de instandhouding, exploitatie en integriteit van het netwerk en de dienst te verzekeren.¹¹ Een dergelijke benadering sluit direct aan bij de relevante vitale functies. Zij

¹⁰ Duitsland, het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk kennen bijvoorbeeld investeringstoetsen, daarnaast wordt gewezen op de FDI-verordening die voorziet in Europese uitwisseling in verband met het toetsen van directe investeringen uit derde landen.

¹¹ In dit verband kan bijvoorbeeld worden gewezen op het uitgebreide toezichtsinstrumentarium in het financieel toezicht, dat in het bijzonder ook is gericht op het veiligstellen van de continuïteit en betrouwbaarheid van essentiële maatschappelijke en economische functies. Het vereist wel dat bij de toezichthouder heel specifieke kennis van de sector en de werking van de infrastructuur aanwezig is.

grijpt daarmee weliswaar in potentie diep in in private eigendomsrechten, maar dat geldt voor de in het voorstel gekozen benadering evenzeer.¹² In de alternatieve benadering is evenwel vooraf duidelijk dat ingrijpen, met alle consequenties van dien, slechts in bijzondere omstandigheden plaats zal vinden. Een veelheid aan mogelijke bedreigingen kan hiermee worden ondervangen. Bovendien kan dan worden ingegrepen op het moment dat concrete aanwijzingen omtrent een dreiging bestaan en wordt niet – zoals in de gekozen benadering – ingegrepen al op het moment dat bijvoorbeeld onvoldoende informatie beschikbaar is over de verkrijgende partij enkel omdat die potentieel in staat is de vitale functie te bedreigen. In een alternatieve, meer directe aanpak weten partijen aldus dat, indien vitale functies in gevaar komen, er kan worden ingegrepen om deze veilig te stellen. Een dergelijke benadering is veel gericht en daarmee naar het oordeel van de Afdeling beter te rechtvaardigen dan de in het voorstel gekozen aanpak.

De Afdeling adviseert de in het voorstel gekozen benadering te heroverwegen.

De Afdeling stelt een alternatieve benadering voor, waarbij geen bevoegdheid om in te grijpen bij ongewenste overnames wordt gecreëerd, maar de Minister uitsluitend de bevoegdheid wordt verleend om, in bijzondere omstandigheden (bij concrete aanwijzingen omtrent een dreiging), aanbieders van telecommunicatienetwerken en -diensten aanwijzingen te geven om de instandhouding, exploitatie en integriteit van het netwerk en de dienst te verzekeren.

In de door de Afdeling voorgestelde alternatieve benadering kan pas worden ingegrepen op het moment dat zich een concrete dreiging voordoet. Het risico is groot dat op het moment van ingrijpen in de alternatieve benadering het kwaad al is geschied. Bovendien wordt, naarmate de zeggenschap langer heeft geduurd, en de kwaadwillende aandeelhouder zijn invloed op het telecombedrijf heeft kunnen doen gelden, de kans groter dat een op dat moment opgelegde aanwijzing van de Minister niet wordt opgevolgd of technisch onmogelijk wordt gemaakt. Handhaven van de verplichting om de aanwijzing op te volgen zal niet effectief zijn: boetes en dwangsommen zullen een kwaadwillende partij niet afschrikken. Verdergaande handhavingsmogelijkheden, zoals de onderbewindstelling van besturen, zullen alleen een tijdelijke oplossing bieden. Voor de langere termijn is het noodzakelijk dat de bron van de dreiging wordt weggenomen, te weten de invloed van de kwaadwillende aandeelhouder.

Overigens bevat dit wetsvoorstel een instrument dat lijkt op hetgeen de Afdeling voorstelt, in de bevoegdheid voor de Minister om in aanloop naar de effectuering van het verbod op het houden van overwegende zeggenschap een persoon aan te wijzen die de betrokken telecommunicatiepartij, het bestuur, personen die de feitelijke leiding hebben en andere medewerkers opdrachten kan geven. Het grote verschil met het voorstel van de Afdeling is dat het hier slechts een tijdelijke maatregel betreft, en dat dit instrument altijd wordt toegepast in combinatie met een verbod op zeggenschap. De reden hiervoor is dat het geven van opdrachten geen effectieve, duurzame oplossing biedt. Het pakt immers alleen de symptomen aan, en niet de oorzaak van de dreiging, namelijk: de invloed die een kwaadwillende partij heeft verkregen door diens overwegende zeggenschap in een telecommunicatiepartij.

¹² De Afdeling gaat daar in paragraaf 4 nader op in.

4. De gevolgen van de gekozen benadering

Doordat de voor de vitale functie relevante infrastructuur (vrijwel) volledig in private handen is, zal elk instrument van de overheid om de beschikbaarheid en integriteit daarvan zeker te stellen per definitie in potentie (diep) ingrijpen in private zeggenschaps- en eigendomsverhoudingen. Bij dergelijke ingrijpende maatregelen is het van belang dat met voldoende nauwkeurigheid wordt bepaald wanneer en onder welke omstandigheden zulke ingrepen in de private sfeer zullen kunnen plaatsvinden. Dat betekent ook dat ingrijpen slechts in bijzondere omstandigheden plaatsvindt en zodra er concrete aanwijzingen zijn dat de vitale infrastructuur wordt bedreigd. Anderzijds zal het lastig zijn om op voorhand heel precies af te bakenen in welke gevallen de Minister zal ingrijpen: de beschikbaarheid en integriteit van de infrastructuur en diensten kan immers om tal van redenen in het geding komen. Dit gegeven vereist dat normen worden gekozen die enige ruimte bieden om, waar nodig, in te kunnen grijpen. Indien kan worden ingegrepen zonder concrete aanwijzingen van een bedreiging kan dat evenwel leiden tot meer onzekerheid, voor zowel private partijen als voor de overheid.

De Afdeling gaat in deze paragraaf nader in op deze aspecten (ingrijpen in private sector, ruime normen, onzekerheid) in het licht van het voorstel. Daarbij spelen ook vragen over de verhouding tot de bescherming van het eigendomsrecht van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en tot de verschillende vrijverkeersbepalingen van het VWEU, alsmede over de mogelijke gevolgen voor de sector en de Minister. Deze aspecten zullen overigens ook in elke alternatieve benadering moeten worden gewogen. Wel is de Afdeling van oordeel, zoals hiervoor opgemerkt, dat in een meer gerichte en effectieve benadering dan waarvoor in het wetsvoorstel is gekozen een ingrijpen beter te rechtvaardigen zal zijn.

a. Ruime normen

De reikwijdte van het voorstel is ruim, doordat onder de definitie van «telecommunicatiepartij» in het wetsvoorstel niet alleen aanbieders van openbare netwerken vallen, maar ook die van hostingdiensten, internet-knooppunten en datacenters, alsmede niet-openbare netwerken en diensten.¹³ Bovendien worden partijen die overwegende zeggenschap hebben in een telecommunicatiepartij, zelf vervolgens weer als telecommunicatiepartij aangemerkt. Voor de vraag of een partij overwegende zeggenschap heeft of verkrijgt, dient niet alleen te worden gekeken naar verschillende directe zeggenschapsverhoudingen, maar ook naar situaties waarin partijen zonder overwegende zeggenschap samenwerken, al dan niet op basis van bijvoorbeeld een stemovereenkomst.

Verder definieert het voorstel het «publieke belang» niet nader, maar volstaat met een verwijzing naar relevante bepalingen in het VWEU,¹⁴ en geeft een aantal situaties waarin die belangen in het geding komen.¹⁵ In de relevante omschrijvingen worden vervolgens begrippen gehanteerd, die niet op voorhand een duidelijke betekenis en reikwijdte hebben. Te denken valt aan «een belangrijke mate van onderbreking van de beschikbaarheid of betrouwbaarheid»,¹⁶ invloed van een derde is «onvoldoende

¹³ Artikel 14a.1 Tw.

¹⁴ Artikel 14a.1 Tw.

¹⁵ Artikel 14a.4, tweede lid, Tw.

¹⁶ Artikel 14a.4, derde lid, onderdeel c, Tw. De criteria in artikel 14a.4, derde lid, kunnen op grond van het vierde lid wel bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nader worden uitgewerkt.

transparant of ongewenst»,¹⁷ de houder of verkrijger heeft «geen goede staat van dienst»,¹⁸ de veiligheidssituatie in een land is «onzeker of slecht». ¹⁹ Daarnaast kan uit de opzet van artikel 14a.4 Tw worden afgeleid dat het aan de ministerie om te beoordelen of, gelet op de risico's, de overwegende zeggenschap kan leiden tot een bedreiging van het publiek belang.²⁰ Uit de toelichting blijkt dat niet vereist is dat een daadwerkelijk gevaar voor het publiek belang wordt bewezen.

De voorgestelde aanpak bevat een begrippen- en beoordelingskader met een ruime reikwijdte en vaag omschreven omstandigheden en dit leidt tot onzekerheden, die zowel partijen die overwegende invloed in een telecommunicatiepartij kunnen krijgen, als de Minister raken.

Met betrekking tot de ruime reikwijdte is het ten eerste van belang dat de meldplicht en de verbodsbevoegdheid zich richten op partijen die overwegende zeggenschap willen verkrijgen in telecommunicatiepartijen (en dus niet op de telecommunicatiepartijen zelf). Vervolgens vallen alleen partijen die met die verkrijging van overwegende zeggenschap tevens relevante invloed verkrijgen in de telecommunicatiesector onder de meldplicht en verbodsbevoegdheid. Dit betekent dat het uitsluitend gaat om investeerders die met het verkrijgen van overwegende zeggenschap in een of meer telecommunicatiepartijen zichzelf in een positie brengen dat zij, indien zij dat zouden willen, de openbare orde of nationale veiligheid in gevaar zouden kunnen brengen. Alleen die situaties moeten worden gemeld en getoetst.

Om te voorkomen dat een kwaadwillende partij zichzelf in de positie brengt waarin hij de nationale veiligheid of openbare orde in gevaar kan brengen, dienen belangrijke investeringen in alle schakels die ervoor kunnen zorgen dat internet en telefonie op grote schaal kunnen uitvallen, te worden getoetst. Om die reden is het begrip «telecommunicatiepartij» ruim geformuleerd: hieronder vallen niet alleen aanbieders van internet- en telefonienetwerken en -diensten, maar ook aanbieders van datacenters, hostingdiensten en vertrouwensdiensten.

Een verkrijging van overwegende zeggenschap in een telecommunicatiepartij valt zoals gezegd uitsluitend onder de meldplicht, en kan indien ongewenst worden verboden, indien hiermee «relevante invloed in de telecommunicatiesector» wordt verkregen. De Afdeling maakt bezwaar tegen de formulering van de criteria aan de hand waarvan wordt bepaald of relevante invloed in de telecommunicatiesector wordt verkregen. Volgens de Afdeling is het hierdoor voor betrokkenen onzeker en onvoorspelbaar of en wanneer zij moeten melden. Om te voorkomen dat er bij investeerders onzekerheid ontstaat over de vraag of zij moeten melden en of zij te maken kunnen krijgen met een verbod, zullen objectief meetbare criteria worden opgesteld om te bepalen wanneer een investeerder relevante invloed in de telecommunicatiesector verkrijgt (drempelwaarden in de vorm van het aantal eindgebruikers of, ten aanzien van datacenters bijvoorbeeld, het «marktaandeel» gemeten in energieverbruik). Omdat de drempelwaarden hiervoor in de tijd kunnen verschuiven worden deze op lager niveau (bij algemene maatregel van bestuur) vastgesteld. In artikel 14a.4, derde lid, van het wetsvoorstel zijn de criteria aan de hand waarvan wordt vastgesteld of sprake is van relevante invloed in de telecommunicatiesector naar aanleiding van deze opmerking van de Afdeling op enkele punten aangescherpt, en er is in artikel 14a.4, vierde

¹⁷ Artikel 14a.4, vijfde lid, onderdeel b, Tw.

¹⁸ Artikel 14a.4, vijfde lid, onderdeel c, Tw.

¹⁹ Artikel 14a.4, vijfde lid, onderdeel e, Tw.

²⁰ Artikel 14a.4, eerste lid, Tw.

lid, nadrukkelijker bepaald dat de criteria nog verder zullen worden uitgewerkt bij algemene maatregel van bestuur. De Afdeling merkt op dat het beoordelingskader, aan de hand waarvan de Minister beslist of een verkrijging van overwegende zeggenschap wordt verboden, onduidelijk en vaag omschreven is. Naar aanleiding van deze opmerking zijn de omstandigheden betreffende de beoogd verkrijger van overwegende zeggenschap, op basis waarvan de Minister kan oordelen dat de zeggenschap het publiek belang kan bedreigen en dus verboden moet worden, opnieuw tegen het licht gehouden. Dit heeft geleid tot een scherpere formulering, waardoor de criteria (in artikel 14a.4, tweede lid) minder abstract zijn geworden en een duidelijkere relatie hebben met de bedreiging van het publiek belang die uitgaat van een verkrijging door de betreffende persoon.

b. Aantasting eigendomsrecht

In de toelichting wordt onderkend dat de maatregelen een aantasting opleveren van het recht op eigendom als bedoeld in het Eerste Protocol van het EVRM.²¹ De Afdeling onderschrijft dat er, zoals wordt gesteld, sprake is van regulering, en niet van onteigening. Ook onderschrijft zij dat onder omstandigheden deze regulering gerechtvaardigd kan zijn. Hetgeen de Afdeling hiervoor over het voorstel heeft opgemerkt, leidt er toe, dat eerst de vraag moet worden beantwoord of de maatregel voldoende toegankelijk, precies en voorzienbaar in de uitoefening is, en vervolgens of er een «fair balance» is getroffen tussen het doel dat het wetsvoorstel beoogt te bereiken en de (eigendoms)belangen van de betrokken bedrijven of individuen.²²

Zoals hiervoor is uiteengezet schept het gehanteerde begrippen- en beoordelingskader voor partijen die zeggenschap willen verkrijgen of hebben onzekerheid omtrent de reikwijdte van de (met een forse boete te handhaven) meldplicht mee. Deze onzekerheid speelt niet alleen wanneer geïnteresseerde partijen voornemens hebben tot het verwerven van overwegende zeggenschap, maar ook daarna, bij het houden ervan. Dit maakt voor betrokkenen onzeker en onvoorspelbaar of en wanneer zij moeten melden. Als gevolg daarvan betwijfelt de Afdeling of de inbreuk op het eigendomsrecht in voldoende mate voor de betrokkenen voorzienbaar is.

De gevolgen van het opleggen van een verbod op overwegende zeggenschap en van de verplichting tot vervreemding van zeggenschap kunnen voor de betrokkenen bij de onderneming en voor de verkrijger van zeggenschap aanzienlijk zijn. Niet alleen kunnen het verbod en de verplichting tot vervreemding van zeggenschap, leiden tot (mogelijk aanzienlijk) waardeverlies, maar ook tot een doorkruising van strategische bedrijfsbelangen voor zowel degene die de zeggenschap kwijtraakt, als de betreffende onderneming en andere betrokkenen. Zo rijst de vraag of betrokken partijen bijvoorbeeld in het vervolg nog kapitaal kunnen aantrekken? Daar komt bij, zoals hiervoor aan de orde is geweest, dat het voorstel slechts in beperkte mate bijdraagt aan het te bereiken doel, namelijk het voorkomen van aantasting van vitale infrastructuur. Dit leidt ertoe dat vraagtekens kunnen worden gezet bij de evenredigheid van de verhouding tussen aan de ene kant het verbod tot verkrijging of behoud van zeggenschap en het daarmee te bereiken doel en aan de andere kant de zwaarte van de aantasting van het eigendomsrecht.

De Afdeling concludeert daarom dat de gekozen benadering spanning oproept met het eigendomsrecht van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM.

²¹ Toelichting, paragraaf 4, slot.

²² Zie bijvoorbeeld HR 3 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BC281 6, r.o. 3.8.1.

Zoals hiervoor is uiteengezet zullen de criteria om te bepalen of een beoogd verkrijger van overwegende zeggenschap in een telecommunicatiepartij, daarmee relevante invloed in de telecommunicatiesector verkrijgt, en dus getoetst wordt, uitgewerkt worden in objectief meetbare maatstaven. Het beoordelingskader voor de Minister bij de toets is bovendien zo veel mogelijk aangescherpt. Het is echter onvermijdelijk dat de Minister een bepaalde mate van beoordelingsvrijheid houdt, omdat het beoordelingskader toegepast moet kunnen worden op situaties die nu nog niet bekend zijn. Door de aangescherpte reikwijdte en toetsingscriteria is de maatregel voldoende toegankelijk, precies en voorzienbaar in de uitoefening.

Daar komt bij dat de Afdeling uit lijkt te gaan van een ander, veel breder doel, van het wetsvoorstel, namelijk het voorkomen van aantasting van vitale infrastructuur in den brede, waardoor zij de voorstelde maatregelen niet effectief acht. Gelet echter op het doel dat het kabinet met dit wetsvoorstel wenst te bereiken, namelijk te voorkomen dat het publiek belang wordt bedreigd door geopolitiek gemotiveerde overnames, acht het kabinet het middel wel degelijk effectief. Dit leidt ook tot een ander oordeel ten aanzien van de fair balance tussen het doel dat het wetsvoorstel beoogt te bereiken en de belangen van de betrokken bedrijven en individuen.

c. Belemmeringen voor de verkeersvrijheden

In de toelichting op het wetsvoorstel wordt ook ingegaan op de verhouding van de voorgestelde maatregelen tot de Europese vrijverkeersbepalingen.²³ Onderkend wordt dat het vrij verkeer van kapitaal en diensten en de vrijheid van vestiging belemmerd kunnen worden als gevolg van de invoering van een meldplicht en een verbod op het verkrijgen of houden van een overwegende zeggenschap in een telecommunicatiepartij. Zulke belemmeringen dienen gerechtvaardigd te worden met een beroep op een specifieke rechtvaardigingsgrond die ofwel is opgenomen in de betreffende verdragsbepaling ofwel kan worden aanvaard als dwingende reden van algemeen belang volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU. Slechts in meer algemene zin verwijst het wetsvoorstel nu naar de bescherming van de openbare veiligheid, de openbare orde en de wezenlijke belangen van veiligheid van de staat zoals bedoeld in de artikelen 45, 52, 65 en 346 van het VWEU.²⁴ Daarmee is op voorhand niet duidelijk welk algemeen belang nu precies in een gegeven situatie wordt nagestreefd.

Het wetsvoorstel verwijst weliswaar in de definitie van «publiek belang» in artikel 14a.1 naar de genoemde verdragsbepalingen, maar wat daar bij de toepassing van de bevoegdheden in dit wetsvoorstel onder wordt verstaan wordt vervolgens uitgewerkt in artikel 14a.4, tweede lid. Hierin wordt namelijk bepaald dat in het kader van dit wetsvoorstel, van een bedreiging van het publiek belang slechts sprake kan zijn als overwegende zeggenschap leidt tot relevante invloed in de telecommunicatiesector als bedoeld in het derde lid, en bovendien een of meer van de in het tweede lid limitatief opgesomde omstandigheden betreffende de houder of verkrijger van toepassing zijn. Hiermee is het te beschermen algemeen belang juist veel nauwkeuriger uitgewerkt dan in andere lidstaten die een vergelijkbare toets ten behoeve van «de nationale veiligheid» kennen.

²³ Toelichting, paragraaf 4.

²⁴ Artikel 14a. 1 Tw.

Voorzover de belemmering van het vrije verkeer kan worden gerechtvaardigd op grond van een van de genoemde publieke belangen volgt verder uit de rechtspraak van het Hof van Justitie dat sprake moet zijn van een «werkelijke en voldoende ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving aantast».²⁵

De omstandigheden, zoals genoemd in het voorgestelde artikel 14a.4, vijfde lid, die gecombineerd met de relevante invloed als bedoeld in het derde lid een bedreiging van het publieke belang kunnen opleveren, duiden hooguit op een verhoogd risico en op de enkele mogelijkheid van toekomstig misbruik en opzettelijke uitval. Hier lijkt eerder sprake van een algemeen vermoeden dan van een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging. Dat is niet voldoende om een belemmering te kunnen rechtvaardigen.²⁶ Ten slotte volgt uit hetgeen hiervoor is opgemerkt over de gekozen benadering en over de vooraf bepaalde en vaag omschreven omstandigheden dat ook kan worden betwijfeld of de maatregelen geschikt zijn om het doel dat daarmee wordt nagestreefd te waarborgen en niet verder gaan dan noodzakelijk is voor het bereiken van dat doel.²⁷ De Afdeling betwijfelt aldus of er een voldoende rechtvaardiging kan worden geboden voor de belemmering die het wetsvoorstel teweegbrengt voor de verschillende vrijverkeersbepalingen van het VWEU.

Door de meldplicht en de bevoegdheid een verbod op te leggen alleen van toepassing te laten zijn in die gevallen waarin de overnemer daadwerkelijk grip krijgt op de telecommunicatiesector in Nederland, blijft de wet beperkt tot situaties waarin de gevolgen van een eventueel misbruik van telecommunicatievoorzieningen ook daadwerkelijk groot zijn. De ernst van dit gevaar rechtvaardigt de relatief zware maatregel (het verbod op het verkrijgen van overwegende zeggenschap) om dit misbruik te voorkomen. Minder vergaande maatregelen, zoals bijvoorbeeld het opleggen van boetes bij misbruik van de zeggenschap, zijn niet effectief, zodat de voorgestelde maatregelen niet verder gaan dan noodzakelijk voor het beoogde doel.

De Afdeling lijkt te suggereren dat ingrijpen pas mogelijk is als er zich daadwerkelijk een incident voordoet, en dat preventief ingrijpen nooit te rechtvaardigen is in het licht van het Eerste Protocol bij het EVRM en het VWEU. Dat is mijns inziens niet juist. Uit het door de Afdeling aangehaalde arrest van het Hof kan dit niet worden afgeleid. Dat een beperking van de vrijheid van kapitaal slechts gerechtvaardigd kan worden als sprake is van «een werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging, die een fundamenteel belang van de samenleving aantast» (arrest *Église de scientology*) betekent dat een algemeen, niet op het concrete geval toegespitst verbod niet is toegestaan, maar niet dat preventief ingrijpen in een concrete casus (waarin een verhoogd risico is vastgesteld) niet mogelijk is.

De Afdeling haalt ook het arrest *Leur-Bloem* (C-28/95) aan, dat bepaalt dat een voorschrift van algemene strekking waarbij bepaalde categorieën van rechtshandelingen automatisch van belastingvoordeel worden uitgesloten op basis van bepaalde criteria, «ongeacht of er werkelijk sprake is van belastingfraude of -ontwijking», verder gaat dan noodzakelijk om belastingfraude of -ontwijking te voorkomen. In het wetsvoorstel wordt echter niet voorgeschreven dat uit de toepasbaarheid van een van de

²⁵ Zie onder andere HvJ EU 14 maart 2000, C-54/99, *Église de scientologie*, ECLI:EU:C:2000:1 24, punten 17 t/m 22.

²⁶ Vergelijk HvJ EU 17 juli 1997, C-28/95, *Leur-Bloem*, ECLI:EU:C:1997:369, punt 44.

²⁷ De vraag is of het wetsvoorstel voldoet aan het vereiste dat «objectieve en specifieke omstandigheden» worden aangeduid voor de rechtvaardiging van het vrije verkeer, zie bijvoorbeeld HvJ EU 4 juni 2002, C-483/99, *Commissie/Frankrijk*, ECLI:EU:C:2002:327, punt 50.

daarin opgenomen gronden automatisch een verbod volgt. De Minister beoordeelt volgens het wetsvoorstel namelijk per geval of de toepasbaarheid van een of meer van de gronden leidt tot de conclusie dat het publiek belang kan worden bedreigd. Alleen als dat naar het oordeel van de Minister het geval is, moet de Minister een verbod opleggen. Om te voorkomen dat de omstandigheden aan de hand waarvan vastgesteld moet worden of het publiek belang kan worden bedreigd, onbedoeld zo kunnen worden geïnterpreteerd dat zij de facto automatisch leiden tot een verbod zijn deze verder aangescherpt. Het belang dat het wetsvoorstel beoogt te beschermen vormt, gelet op de voorwaarden waaraan het opleggen van een verbod op het houden of verkrijgen van overwegende zeggenschap in een concreet geval moet voldoen, op deze manier een voldoende rechtvaardiging voor de inbreuk op de verkeersvrijheden die dit wetsvoorstel met zich mee kan brengen.

d. Gevolgen voor de telecommunicatiesector

Bij een mogelijk verbod op het verkrijgen of houden van overwegende zeggenschap in een telecommunicatiepartij kan onzekerheid ontstaan over de koers en de strategie die de onderneming zou moeten varen. De mogelijkheid geconfronteerd te worden met zo'n verbod kan zijn weerslag hebben op de bereidheid van andere partijen om in de onderneming te investeren, of bijvoorbeeld op de bereidheid van financiers, leveranciers en afnemers om langer lopende contracten aan te gaan. Het investeringsklimaat in de telecommunicatiesector kan op die manier in negatieve zin worden geraakt. Daarmee kan ook de bedrijfseconomische continuïteit van telecommunicatiepartijen die een vitale functie uitoefenen zelf geraakt worden. In de toelichting op het wetsvoorstel wordt geen aandacht besteed aan deze aanzienlijk negatieve gevolgen voor de telecommunicatiesector zelf.

De zwaarte van de bedrijfseconomische gevolgen hangt sterk af van de verwachte onzekerheid over het al dan niet onder het wetsvoorstel vallen en de vraag in welk geval een verbod wordt opgelegd. Zoals eerder is uitgelegd zullen de criteria die bepalen of een investering onder het wetsvoorstel valt bij algemene maatregel van bestuur worden uitgewerkt, in de vorm van objectieve maatstaven. Hierdoor zal het voor degene die overwegende zeggenschap in een telecommunicatiepartij houdt of wenst te verkrijgen objectief vast te stellen zijn of hij onder het wetsvoorstel valt. Bovendien zal het aantal investeerders dat hieronder zal vallen zeer gering zijn. Het zal immers alleen gaan om situaties waarin een investeerder zichzelf in de positie brengt waarin hij – indien hij dat zou willen – de telecomvoorzieningen in Nederland grootschalig zou kunnen verstoren. Dit leidt ertoe dat ik niet verwacht dat het wetsvoorstel grote gevolgen zal hebben voor het investeringsklimaat in de telecommunicatiesector.

Overigens zal van de bevoegdheid om het verkrijgen of houden van overwegende zeggenschap te verbieden uiteraard terughoudend gebruik worden gemaakt, en zal daarbij altijd het daarmee beoogde doel, de bescherming van de vitale functie van de telecommunicatiesector, in het oog worden gehouden. Het kabinet verwacht dat de bedrijfseconomische gevolgen van het wetsvoorstel voldoende afgebakend, en daarmee beperkt, zijn, en zeker niet zullen leiden tot gevaar voor de continuïteit van de vitale infrastructuur zelf. Desalniettemin valt niet uit te sluiten dat een situatie zoals geschetst door de Afdeling zich voordoet. In dat geval zullen deze negatieve gevolgen moeten worden meegewogen, en kan in overleg met de betrokken telecommunicatiepartij worden bekeken welke aanvullende maatregelen nodig zijn om te voorkomen dat de vitale functie die door de betrokken partij wordt vervuld in gevaar wordt gebracht.

e. *Uitvoerbaarheid en de positie van de Minister*

Een ander gevolg van de ruim omschreven omstandigheden waarin partijen een meldplicht hebben en de beoordelingsvrijheid van de Minister om volgens het wetsvoorstel in te grijpen is dat betrokken partijen (om de nodige zekerheid te verkrijgen) uit voorzorg een melding bij de Minister zullen doen. De Minister zal dan van geval tot geval een inschatting moeten maken van de mogelijke risico's van de verkrijging van zeggenschap door een bepaalde partij voor het publiek belang. Daarbij is nog niet duidelijk aan de hand van welke maatstaven de Minister de meldingen zal beoordelen. Hij zal een balans moeten vinden tussen het voorkomen van ongewenste beïnvloeding die een risico kan opleveren voor beschikbaarheid en integriteit van telecommunicatie-infrastructuur en het belang van het zoveel mogelijk ongemoeid laten van het investeringsklimaat. Tegelijkertijd kan hij in een voorkomend geval worden geconfronteerd met politieke druk of ophef. Hij zal zich daartegen moeilijk kunnen verweren: hij beschikt immers over ruime beoordelingsmarges om een verbod op te leggen. Het tegengaan van risico's kan dan, politiek gezien, een veilig optie zijn. Het gevaar van publicitaire druk op concrete besluiten wordt daarmee in potentie aanzienlijk. Het risico van (overheids)aansprakelijkheid neemt daarmee navenant toe. De Minister kan, kortom, bij het al dan niet toepassen van zijn wettelijke bevoegdheden in een kwetsbare positie komen.

Zoals al eerder is uitgelegd (ten aanzien van onderdeel c) wordt in het wetsvoorstel de beoordelingsvrijheid van de Minister om een verbod op te leggen wel degelijk ingeperkt. Waar andere lidstaten volstaan met «bedreiging van de nationale veiligheid en openbare orde» als criterium, is in artikel 14a.4, tweede en derde lid, een limitatieve opsomming gegeven van gronden waaruit deze bedreigingen moeten bestaan. Hiermee wordt voorkomen dat het wetsvoorstel de Minister de ruimte biedt om onder politieke of publicitaire druk een verbod op te leggen op grond van andere overwegingen, zoals gevolgen voor de werkgelegenheid of protectionisme.

Daarbij komt dat, omdat het voorstel zich bij uitstek richt op buitenlandse partijen die overwegende zeggenschap in een Nederlandse telecommunicatiepartij verkrijgen of houden, de vraag relevant is op welke wijze de nakoming van verplichtingen die uit het wetsvoorstel voortvloeien, wordt verzekerd. Waar het gaat om het verbod om de zeggenschap uit te oefenen, is er nog voldoende aanknopingspunt indien de besluitvorming over de betreffende telecommunicatieactiviteiten plaatsvindt in Nederland. Is dat niet het geval, en bevindt de partij zich in een ander land, dan is de vraag welk aanknopingspunt de Minister in Nederland heeft om verplichtingen op te leggen. Zo kan worden gewezen op artikel 14a.10 Tw dat bepaalt dat degene aan wie een verbod is opgelegd verplicht is zijn zeggenschap terug te brengen of te beëindigen. Indien die partij niet meewerkt, wordt deze last verschoven naar de betrokken partij, de betreffende telecommunicatiepartij zelf. De vraag is of die wel in staat is om een en ander te bewerkstelligen, in het bijzonder wanneer er meer schakels zitten tussen de telecommunicatiepartij in Nederland en de uiteindelijke partij met overwegende zeggenschap op wie het verbod zich richt. Ook hierop en op de hiervoor aangegeven gevolgen voor de Minister wordt in de toelichting niet ingegaan.

De artikelen 14a.12 tot en met 14a.14 bevatten een specifieke regeling voor deze situatie. Zij maken het mogelijk om een verbod op het houden van overwegende zeggenschap en een gedwongen verkoop te effectueren indien de houder zich in het buitenland bevindt. De artikelsgewijze toelichting bij deze artikelen gaat hier reeds uitgebreid op in. Overigens is

dit stelsel ontleend aan het wetsvoorstel Uitvoeringswet Verdrag van Almelo (niet ingediend, maar wel gepubliceerd in Staatscourant 2017, nr. 32226), en in dat verband reeds getoetst door de Afdeling en door internationale advocatenkantoren en financiële instellingen.

f. Conclusie

Uit het voorgaande volgt dat het in het voorstel gekozen instrument om in te grijpen in de telecommunicatiesector de nodige onzekerheid voor alle betrokken partijen oproept en niet onder alle omstandigheden adequaat kan zijn. Het gevolg is dat vooraf een veelheid van situaties in kaart moet worden gebracht, en dat vooraf moet worden beoordeeld of bepaalde zeggenschapsverhoudingen een ontoelaatbaar risico vormen of in de toekomst een zodanig risico kunnen gaan vormen voor de vitale infrastructuur. Voor partijen die zeggenschap willen verkrijgen is onduidelijk wanneer zij tot melding moeten overgaan. Het instrument kan weerslag hebben op de bedrijfseconomische continuïteit van de onderneming, en uiteindelijk de voortzetting van de (onderdelen van de) vitale infrastructuur zelf op het spel zetten. Ook de Minister wordt, zoals hiervoor is weergegeven, door het gehanteerde begrippen- en beoordelingskader in een lastige en kwetsbare positie gebracht. Juist door de ruime reikwijdte, de vaag omschreven omstandigheden en de verschillende na te streven publieke belangen is onduidelijk wanneer hij zou moeten ingrijpen. Daarbij komt dat het nog onduidelijk is hoe de Minister de zeggenschap in een telecommunicatiepartij kan verbieden als de betrokken persoon of onderneming zich in het buitenland bevindt.

De Afdeling is er, gelet hierop, niet van overtuigd dat de gekozen maatregelen geschikt zijn om de nagestreefde doelen te bereiken en de maatregelen niet verder gaan dan noodzakelijk.

De Afdeling betwijfelt of de inbreuken op het eigendomsrecht en de beperkingen van het vrije verkeer voor de betrokken partijen voldoende kunnen worden gerechtvaardigd. Dat is anders wanneer, zoals omschreven in punt 3, bedreigingen voor de vitale infrastructuur van de telecommunicatiesector gericht en effectiever worden voorkomen en bestreden zodra voor zulke bedreigingen concrete aanwijzingen bestaan.

De Afdeling adviseert, gelet meer specifiek op de gevolgen die het gehanteerde begrippen- en beoordelingskader met zich meebrengt, de gekozen benadering te heroverwegen.

De kritiek van de Afdeling lijkt voor een groot deel te berusten op een misverstand over het doel dat het kabinet met het wetsvoorstel wenst na te streven. Zoals gezegd is het doel om te voorkomen dat ongewenste partijen zeggenschap in de telecommunicatiesector kunnen misbruiken om de regering onder druk te zetten door te dreigen met uitval of misbruik van netwerken of diensten. Alleen door het verkrijgen van overwegende zeggenschap te toetsen in gevallen waarin deze zeggenschap de verkrijger relevante invloed in de telecomsector verschaft, kan worden voorkomen dat de regering in een dergelijke kwetsbare positie komt. Met de door de Afdeling voorgestelde alternatieve benadering wordt deze doelstelling niet bereikt. Het kabinet ziet dan ook geen reden om als gevolg van dit advies af te stappen van het in het wetsvoorstel voorgestelde instrument om ongewenste zeggenschap te kunnen verbieden en houdt vast aan het voornemen in het regeerakkoord om zeggenschap in vitale bedrijven waar nodig te kunnen toetsen.

Wel is het wetsvoorstel, zoals hiervoor reeds werd toegelicht, op enkele punten verduidelijkt en aangescherpt. Daarnaast is van de gelegenheid gebruik gemaakt om partijen die duurzaam beheersmacht hebben over een telecommunicatienetwerk niet langer onder de definitie van telecommunicatiepartij te laten vallen. In plaats daarvan is in artikel 14a.15 een regeling opgenomen die ervoor zorgt dat het afsluiten, verlengen of vernieuwen van een langdurige beheersovereenkomst met een telecommunicatiepartij in bepaalde gevallen wordt onderworpen aan een toestemmingsvereiste. Het gaat om situaties waarin een beheersovereenkomst wordt afgesloten met een telecommunicatiepartij waarvan misbruik of opzettelijke uitval kan leiden tot de gevolgen, genoemd in artikel 14a.4, derde lid, onder a tot en met d (met andere woorden: een telecommunicatiepartij met relevante invloed in de telecommunicatiesector). Het toetsen van de beheersovereenkomst zelf, in plaats van het toetsen en kunnen verbieden van overwegende zeggenschap in de beheerder, sluit beter aan bij hetgeen nodig is om het publieke belang in dit type situaties te beschermen. Hiermee ontstaat een preciezere en passendere maatregel, die niet verder gaat dan noodzakelijk ter bescherming van het in die situatie te beschermen belang. Voor beheersovereenkomsten die zijn gesloten voor de datum waarop het wetsvoorstel in werking treedt wordt van rechtswege toestemming verleend. Net als op het moment van inwerkingtreding reeds verkregen overwegende zeggenschap, kunnen de beheersovereenkomsten tot uiterlijk acht maanden na inwerkingtreding nog worden verboden op grond van reeds bekende informatie, daarna alleen op basis van nieuwe feiten of ontwikkelingen.

5. Overige opmerkingen

Hieronder maakt de Afdeling nog enkele meer technische opmerkingen over het voorstel.

a. Overleg

De toelichting vermeldt, dat als de Minister overweegt een verbod op te leggen, hij daarvan kan afzien indien de verkrijger of houder bereid en in staat is, zodanige maatregelen te treffen dat de bezwaren van de Minister komen te vervallen.²⁸ De Afdeling begrijpt deze aanpak, maar merkt op dat het voorstel zelf hiervoor geen voorziening heeft getroffen. Zij adviseert het voorstel op dit punt aan te vullen.

Het staat partijen vrij om tijdens de beoordeling van een melding door de Minister uit eigen beweging of op verzoek van de Minister mitigerende maatregelen voor te stellen. In de toelichting is benoemd dat de verkrijger of houder in de gelegenheid zal worden gesteld om hierover in gesprek te gaan met de Minister. Op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zal de Minister voorstellen voor mitigerende maatregelen meenemen in de zorgvuldige voorbereiding van de beslissing over het al dan niet opleggen van een verbod.

b. Betrokken partij

Artikel 14a. 1 Tw definieert een «betrokken partij» als een telecommunicatiepartij waarop een verbod als bedoeld in artikel 14a.4, eerste lid, Tw betrekking heeft. Artikel 14a.7, eerste lid, Tw regelt dat ingeval een verbod is opgelegd, door degene tot wie het verbod zich richt, te weten degene die overwegende zeggenschap heeft of beoogt te verwerven, de zeggenschap niet wordt uitgeoefend. Artikel 14a.8, eerste lid, Tw bepaalt vervolgens, dat een betrokken partij gevolg geeft aan een verbod als

²⁸ Toelichting, paragraaf 2.1.

bedoeld in artikel 14a.7 Tw. Dit is evenwel niet mogelijk: de telecommunicatiepartij is gelet op de hiervoor genoemde bepalingen niet degene die overwegende zeggenschap in die telecommunicatiepartij uitoefent en is dus ook niet in staat gevolg te geven aan het verbod. De Afdeling adviseert het voorstel op dit punt aan te passen.

In het voorgestelde artikel 14a.8 wordt met het «gevolg geven aan het verbod» (voor de duidelijkheid aangepast in «gevolg geven aan de schorsing»), bedoeld dat de telecommunicatiepartij, als organisator van de aandeelhoudersvergadering, er voor dient te zorgen dat de geschorste aandeelhouder geen gebruik kan maken van zijn geschorste stemrechten. De telecommunicatiepartij moet hem de toegang tot de aandeelhoudersvergadering weigeren en geen informatie bestemd voor aandeelhouders verstrekken. Dit blijkt reeds duidelijk uit de toelichting op dit artikel.

c. Opdrachten

Artikel 14a.9 Tw biedt de mogelijkheid aan de Minister om een persoon aan te wijzen die opdrachten oplegt aan de betrokken partij, dat wil zeggen de betreffende telecommunicatiepartij. Volgens de toelichting beoogt deze bepaling te regelen dat een bewindvoerder kan worden aangesteld om het na te streven publieke belang te verzekeren. Uit de wettekst komt dit naar het oordeel van de Afdeling niet naar voren. Volgens het eerste lid van de voorgestelde bepaling worden de opdrachten gegeven om de medewerking van degene aan wie het verbod is opgelegd te verzekeren of om de zeggenschap op te schorten. Het geeft daarmee op zichzelf slechts een bevoegdheid om het verbod op het uitoefenen van zeggenschap te handhaven. Vervolgens wordt in het derde lid van de voorgestelde bepaling bepaald dat de door de Minister aangewezen persoon uitsluitend opdrachten verstrekt ter bescherming van het publieke belang. Hiermee wordt echter nog geen zelfstandige bevoegdheid geboden tot het geven van dergelijke opdrachten. Artikel 14a.9 beoogt aldus verschillende doelstellingen na te streven (handhaving verbod én waarborging van de publieke belangen) en roept de vraag op of het voldoende mogelijkheden biedt om de continuïteit van de dienstverlening en de andere belangen die het wetsvoorstel uiteindelijk beoogt te beschermen, te verzekeren, indien het de bedoeling is om mogelijk te maken dat een bewindvoerder wordt aangesteld die zo nodig aanwezig geeft met het oog op de behartiging van publieke belangen, is het nodig dat in het eerste lid te verduidelijken. Daarbij dient dan ook duidelijker te worden omschreven waarop die aanwijzingen precies betrekking kunnen hebben en voor welke concrete doelen deze gegeven kunnen worden.²⁹ Voorts vergt dit voorzieningen voor rechtsbescherming; de telecommunicatiepartij wordt immers geconfronteerd met ingrijpende maatregelen (in wezen onderbewindstelling) voor de handhaving van een maatregel (verbod) dat is gericht op een andere partij, namelijk degene met overwegende zeggenschap in die telecommunicatiepartij.

De Afdeling adviseert het voorstel op dit punt, mede in samenhang met hetgeen zij hiervoor in paragraaf 3 heeft opgemerkt, opnieuw te bezien.

Dit advies is overgenomen. De bepaling met betrekking tot de aangewezen persoon (artikel 14a.9) is verder uitgewerkt, zodat de bevoegdheden van deze persoon duidelijker worden beschreven en voorzien

²⁹ Die publieke belangen zijn in het voorstel niet gedefinieerd, maar er wordt slechts verwezen naar de bepalingen in het VWEU. De casusposities, opgesomd in artikel 14a.4 Tw helpen niet, aangezien dat artikellid en de daaruit voortvloeiende omschrijvingen in deze context niet van toepassing zijn.

wordt in de rechtsbescherming tegen opdrachten van de aangewezen persoon.

6. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft blijkens het vorenstaande bezwaar tegen de opzet van het voorstel van wet en geeft U in overweging dit niet aldus te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

*De vice-president van de Raad van State,
Th.C. de Graaf*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat,
M.C.G. Keijzer