

Wetsvoorstel Ongewenste Zeggenschap Telecommunicatie

Position paper

1. De Nederlandse open economie is een groot goed. We hebben er baat bij dat internationale investeringen mogelijk zijn. In de telecommunicatie-industrie moeten continue grote investeringen worden gedaan. Daarvoor is toegang tot de internationale kapitaalmarkt van groot belang. Met ingrepen in dit systeem moet dan ook zeer terughoudend worden omgegaan.
2. Het onderhavige wetsvoorstel betreft een dergelijke ingreep. KPN is van oordeel dat ondernemingen zich voldoende kunnen beschermen tegen door henzelf ongewenste overnames. KPN is zich echter bewust van de wens van de overheid om overnames met een geopolitiek motief, die een bedreiging vormen voor de nationale veiligheid, te kunnen tegengaan. Echter: wij kennen tot op heden geen situaties waarin een dergelijk instrument is gemist, terwijl overnames in deze sector geregeld voorkomen. Juist omdat de situatie waarvoor de wet is bedoeld zeer uitzonderlijk is en een inbreuk op de open kapitaalmarkt moet de wet alleen een *ultimum remedium* bieden – een noodrem. De wet mag niet de dagelijkse gang van zaken in telecommunicatieondernemingen bemoeilijken en niet breder toegepast kunnen worden dan ten aanzien van de bescherming van vitale infrastructuur en vitale diensten. Een bevoegdheid om in te grijpen moet geen twijfel oproepen over de toepasbaarheid daarvan. Onduidelijkheid over de toepassing kan bedrijven verhinderen om in Nederlandse telecommunicatieondernemingen te investeren, alleen al vanwege onzekerheid of lange procedures. Als de wet daartoe zou leiden, zou het doel voorbij worden gestreefd.
3. De Raad van State heeft juist op die gronden twijfel geuit aan de helderheid van de in het voorstel opgenomen criteria en de onzekerheid waartoe toepassing kan leiden. De Raad meent bovendien dat het voorstel verder gaat dan voor het na te streven doel nodig is en adviseerde het voorstel niet door te zetten. Het huidige voorstel is op drie belangrijke punten onvoldoende aan het commentaar aangepast:
 - de criteria die het voorstel geeft voor toepassing zijn vaag of nog niet ingevuld;
 - er is een meldsysteem vooraf, maar de Minister kan op verschillende gronden ook achteraf nog ingrijpen;
 - er is geen rol voor onafhankelijk toezicht op de toepassing.
4. Naast de onduidelijkheid waartoe het voorstel leidt, bevat het ook regels die onnodig complex en gedetailleerd zijn en te veel ingrijpen in de dagelijkse bedrijfsvoering:
 - er is een uitwerking gekozen voor de gevolgen van ingrijpen achteraf die te veel verantwoordelijkheden legt op de betrokken onderneming;
 - er wordt vanuit gegaan dat zeggenschap altijd teruggedraaid kan worden, maar in de praktijk zal na uitvoering van een transactie een onderneming al snel niet meer dezelfde zijn en is terugdraaien niet zonder schade voor de continuïteit van de onderneming mogelijk;
 - uitbesteding van – wat de wet noemt - beheersactiviteiten die bij misbruik tot uitval kunnen leiden vereisen in alle gevallen toestemming van de Minister, ook als geopolitieke motieven geen rol spelen;
 - bestaande beschermingsconstructies worden door deze wet gehinderd in hun werking.
5. Om deze redenen vindt KPN dat het wetsvoorstel aanpassing behoeft. De toetsing moet alleen vooraf plaatsvinden, aan de hand van duidelijker criteria en met een vorm van onafhankelijk toezicht op de toepassing. Deze punten worden hierna kort uitgewerkt.

Criteria te vaag en dus onduidelijk

6. De meldplicht is van toepassing als er sprake is van '*relevante invloed in de telecommunicatiesector*'. De in art. 14a.4 lid 3 genoemde abstracte criteria worden volgens lid 4 bij AMvB uitgewerkt. Zonder die AMvB kan niet goed worden beoordeeld wanneer die meldplicht geldt. Op zijn minst zou er een voorhangprocedure moeten zijn voor die AMvB, omdat de Kamer anders geen invloed heeft op die criteria.

7. De Minister kan op een melding een verbod uitspreken als er sprake is van *'een bedreiging van het publiek belang'*. Dat wordt ingevuld in art. 14a.4 lid 2. De daar genoemde criteria laten veel ruimte voor een subjectieve invulling. Het gaat over *'een vermoeden van een intentie'*, iemand die *'onder invloed staat'* of van wie er *'gronden zijn om banden te vermoeden'*, of iemand *'met een zodanige staat van dienst dat het risico [van de eerdergenoemde gronden] wordt vergroot'*. Hiermee krijgt de Minister zoveel subjectieve ruimte om een verbod uit te spreken dat de voorspelbaarheid van een beoordeling te klein wordt. Dat zal potentiële investeerders kunnen afschrikken, ook als ze helemaal geen geopolitieke motieven hebben. Het middel reikt dus verder dan het doel en zal daarmee negatieve effecten hebben. De onlangs gepubliceerde Verordening (EU) 2019/452 tot vaststelling van een kader voor de screening van buitenlandse directe investeringen in de Unie (PbEU 2019, L79/1) bepaalt veel concreter (art. 3 lid 1): Overeenkomstig deze verordening kunnen de lidstaten mechanismen voor de screening van buitenlandse directe investeringen om redenen van veiligheid of openbare orde op hun grondgebied handhaven, wijzigen of vaststellen. Het moet gaan om veiligheid en openbare orde en er moet aannemelijk zijn dat die concreet en daadwerkelijk in gevaar is. De criteria moeten in lijn daarmee concreter worden geformuleerd.
8. De vaagheid van de criteria is eens te meer een bezwaar doordat de bevoegdheid bij de Minister is gelegd en – zoals de Raad van State terecht aangeeft – daarmee een situatie kan ontstaan dat de Minister besluiten neemt *'onder politieke druk of ophef'*. Er zit in het gekozen systeem geen enkele vorm van onafhankelijk toezicht, noch inhoudelijk, noch op het proces. In de financiële sector ligt de toetsende rol bij de AFM. Verder weg gelegen – maar ook in het telecomdomein – illustreren de eerste ervaringen met de *Toetsingscommissie inzet bevoegdheden* (TIB) van de Wet op de inlichtingen en veiligheidsdiensten 2017 het grote belang van een onafhankelijke toetsing op besluiten met potentieel grote impact. Eveneens omwille van de rechtszekerheid zou moeten worden overwogen de beoordeling bij een onafhankelijk bestuursorgaan te beleggen in plaats van bij de Minister, of in elk geval een onafhankelijk orgaan een rol in het proces te geven.

Mogelijkheid om achteraf in te grijpen

9. De hoofdregel van het wetsvoorstel is dat een voornemen om zeggenschap te verwerven vooraf gemeld moet worden. Wanneer binnen een aangegeven periode niet is geconstateerd dat er een bezwaar is moet het voornemen uitgevoerd kunnen worden. KPN kan zich in dit systeem in beginsel vinden, omdat het duidelijkheid lijkt te bieden. De voorgenomen verkrijging zeggenschap zal vrijwel altijd ook bij mededingingsautoriteiten moeten worden gemeld. Praktisch is het van belang dat de termijnen en procedures van beide meldingen zoveel mogelijk zijn afgestemd.
10. Vervolgens geeft de wet de Minister echter ook de mogelijkheid om achteraf alsnog in te grijpen. KPN kan dit begrijpen als geen melding heeft plaatsgevonden – waar dat wel verplicht was – of waar onjuiste informatie is verstrekt bij de melding. Het wetsvoorstel biedt in art. 14a.4 lid 6 echter een bredere mogelijkheid van ingrijpen achteraf. Volgens de toelichting kunnen ook *'wijzigingen in de geopolitieke verhoudingen'* (MvT, p. 41) ertoe leiden dat een – misschien vele jaren eerder – toegestane zeggenschap alsnog verboden kan worden op gronden die buiten de invloedssfeer van de investeerder vallen – bijvoorbeeld een verandering in de politieke situatie van zijn (oorspronkelijke) thuisland. Dit zorgt voor zeer grote onzekerheden bij potentiële investeerders, omdat zij dit soort omstandigheden niet kunnen voorzien of beïnvloeden – maar deze wel hun volledige investering op het spel kunnen zetten. Een dermate grote onzekerheid, op grond van dezelfde vage gronden als hierboven aangeduid, is niet te rechtvaardigen. Achteraf ingrijpen is alleen denkbaar in geval van onvolledige of onjuiste informatieverstrekking van de investeerder zelf.
11. In dit verband merkt KPN nog op dat in het wetsvoorstel er veel te makkelijk vanuit gaat dat een vervreemding van zeggenschap achteraf simpel kan worden gerealiseerd. De praktijk leert dat juist in de telecommunicatiesector netwerken, technische en IT-voorzieningen of organisaties na een overname snel worden geïntegreerd, om synergievoordelen te behalen. Het ontrafelen daarvan zal veelal niet meer mogelijk zijn en zeker niet op korte termijn. Het verplicht overdragen van zeggenschap zal in de meeste gevallen niet het beoogde effect hebben: juist door de ongedaan making van de transactie kan een onderneming achterblijven die niet meer in staat is op korte termijn zelfstandig de continuïteit van dienstverlening te garanderen. De door de Minister kennelijk voor ogen gehouden situatie dat de overname slechts een soort belegging zal zijn is in de praktijk een uitzondering.

Onterechte verantwoordelijkheden (van de betrokken onderneming)

12. Het wetsvoorstel bevat in de artikelen 14a.5–14a.11 zeer gedetailleerde medewerkingsverplichtingen voor de betrokken onderneming en derden. Voor het grootste deel lijken deze verplichtingen overbodig: bij een zuiver meldplichtsysteem is het aan de aanmeldende verkrijger van zeggenschap om de benodigde informatie te verstrekken. Het gevolg van niet meewerken is dat hij tegen een verbod aanloopt zijn voornemen uit te voeren. Zo werkt dit bijvoorbeeld ook in het mededingingsrecht. Doordat het voorstel ruimte laat om de transactie uit te voeren voordat er een uitspraak is – en de Minister ook bevoegdheden geeft om achteraf in te grijpen – is het noodzakelijk geacht een gedetailleerde regeling op te nemen waarbij allerlei ondernemingen verplicht zijn tot medewerking en handelen. Het meest vergaand is dat nog in art. 14a.11, waar – bij een verbod dat achteraf is uitgesproken en de transactie moet worden teruggedraaid, maar de verkrijger niet meewerkt – aan de betrokken (overgenomen) onderneming wordt opgedragen om de zeggenschapsverkrijging terug te draaien. Daarbij wordt die betrokken partij *'bij uitsluiting onherroepelijk gemachtigd en verplicht om namens en voor rekening van de houder van de zeggenschap'* diens aandelen te vervreemden. Nog daargelaten de vraag of deze bij wet verleende last en volmacht wel buitenlandse ondernemingen altijd bindt, ontstaat hiermee een zeer groot aansprakelijkheidsrisico voor de betrokken telecommunicatiepartij. De te verkopen aandelen zullen vermoedelijk in waarde zijn gedaald door het handelen van de Minister en de gedwongen verkoop en het is aannemelijk dat degene die zeggenschap heeft eventuele waardevermindering zal willen verhalen. Het is niet gepast dat risico bij de betrokken onderneming te leggen, die vermoedelijk toch door de verplichte uitkoop al op de markt nadeel van de transactie ondervindt. Het systeem verzwakt daarmee – geheel contrair aan de bedoeling van de wet – de financiële positie van de Nederlandse betrokken telecompartij en de continuïteit van die onderneming.
13. Veel beter is dan ook een systeem, zoals ook in andere vergelijkbare wetgeving, waarbij de transactie pas na de beoordeling van de melding mag worden uitgevoerd en daar alleen op kan worden teruggekomen als gedrag van de onderneming die zeggenschap heeft verkregen daartoe aanleiding geeft. Daaronder vallen ook vervolgttransacties, die opnieuw moeten worden gemeld. In die andere wetgeving is er geen gedetailleerd proces uitgewerkt voor het teruggdraaien van zeggenschap met soms twijfelachtige verantwoordelijkheden. Als al iets moet worden teruggedraaid, moet de Minister zelf, of een door hem aan te wijzen derde, zo nodig dat teruggdraaien effectueren en niet de betrokken onderneming. Indien de Minister dergelijk ingrijpen noodzakelijke en gerechtvaardigd acht, dienen daaraan verbonden risico's ook bij de Minister c.q. de Staat te liggen.

Te vergaande beperking uitbestedingsmogelijkheden

14. Art. 14a.15 bepaalt dat uitbesteding van *'duurzame beheersmacht'* aan toestemming van de Minister is onderworpen. Dat begrip is niet gedefinieerd, maar volgens tekst van en toelichting op de bepaling gaat het om *'beheersovereenkomsten'* waarvan de uitvoering kan leiden tot de situaties als beschreven in art. 14a.4 lid 3, te weten potentiële uitval of compromittering van de diensten van de betrokken onderneming. Het toestemmingsvereiste geldt altijd, ook als zonneklaar is dat de gronden waarop de Minister de toepassing kan onthouden – te weten de publieke belangen van art. 14a.4 lid 2 (zie art. 14a.15 lid 2) – niet aan de orde zijn. Indachtig het uitgangspunt dat deze wet een *ultimum remedium* moet zijn, die geen onnodige verstoring van de bedrijfsvoering moet opleveren, is een dergelijke maatregel niet te rechtvaardigen. Feitelijke activiteiten voor onderhoud aan netwerken en diensten plegen in deze industrie zeer regelmatig te worden uitbesteed. Daarmee zouden al die overeenkomsten onder de reikwijdte van het toestemmingsvereiste komen, ook als duidelijk is dat de Minister toestemming niet kan weigeren. Door de procedurele vertraging en rompslomp van dit systeem worden telecommunicatiepartijen minder aantrekkelijke klanten voor de aanbieders van dit soort diensten dan klanten uit andere sectoren. De wet leidt daarmee tot een ongunstiger marktpositie ten aanzien van de inkoop van die diensten. Dat is onnodig en ongewenst. Het juiste systeem voor het beschermen van veiligheidsbelangen in dergelijke situaties is het stellen van duidelijke veiligheidseisen die de telecommunicatiepartij dient na te leven – ook als beheersactiviteiten worden uitbesteed. Het toestemmingsvereiste bij uitbesteding is geen evenredige maatregel.
15. Ook dit artikel kent delegatie van de voorschriften naar een AMvB, die de werking nog belastender kan maken. Ook hiervoor zou een voorhangprocedure moeten gelden.

Geen belemmering van bestaande beschermingsconstructies

16. Veel beursgenoteerde ondernemingen, waaronder KPN, kennen zelf reeds beschermingsconstructies, waarvan de meest bekend de 'Stichting Preferente Aandelen' is. De effectiviteit van een dergelijke constructie wordt mede bepaald door de snelheid waarmee de desbetreffende Stichting haar rechten kan uitoefenen. De tekst van de wet zoals thans voorgesteld maakt geen expliciete uitzondering voor dergelijke situaties, zodat de indruk zou kunnen ontstaan dat ook beschermingsstichtingen 8 weken voor de uitoefening van hun rechten een melding zouden moeten doen bij de Minister. Dat vermindert direct de kracht van de beschermingsconstructies en is zeer onwenselijk. We nemen aan dat dit niet is bedoeld en eenvoudig kan worden hersteld door de meldplicht voor dit soort situaties buiten toepassing te verklaren.

Conclusie

17. Het voorstel is ook met de na de consultatie aangebrachte aanpassingen onnodig gecompliceerd en raakt de betrokken ondernemingen ook als erg geen zorgen zijn waartegen wordt beschermd. Door de vage criteria is bovendien de toepassing in concrete omstandigheden te onvoorspelbaar. Dat leidt ertoe dat de ondernemingen die onder de wet vallen mogelijk minder aantrekkelijk worden en daarvan potentieel nadeel in hun financieringsmogelijkheden ondervinden. Om dat risico zoveel mogelijk te beperken dient de wet conform de gedane suggesties versimpeld te worden.