

## Position paper Eurofiber i.c. het wetsvoorstel ongewenste zeggenschap telecom

### Algemeen

Nederland staat in termen van digitale connectiviteit aan de top van Europa en zelfs de wereld. Dit is niet zomaar tot stand gekomen, maar het gevolg van marktwerking binnen de kaders die door de wetgever geschapen zijn. Die marktwerking is niet alleen gevoed met kapitaal vanuit Nederland zelf. Vrijwel alle grote partijen actief op de Nederlands telecommunicatie markt zijn immers in handen van buitenlandse partijen. Tot op heden zijn de omstandigheden dermate positief geweest dat er vele miljarden zijn geïnvesteerd, echter dit biedt geen zekerheid voor de toekomst. Indien de regelgevende kaders nadelig worden beïnvloed, wordt het minder interessant om te blijven investeren in Nederland. Daarmee kunnen de mogelijkheden van aanbieders in Nederland om te investeren worden beperkt en worden ze ook direct geraakt in de bestaande waarde van hun onderneming.

Eurofiber begrijpt dat er in de huidige tijd met een constante stroom nieuws over geopolitieke ontwikkelingen een roep komt voor meer controle en zekerheid als het gaat om de vitale infrastructuur van Nederland. Wat Eurofiber betreft kan er reden zijn voor de overheid om maatregelen te treffen teneinde de continuïteit van diensten te waarborgen. Daarbij ziet ook Eurofiber dat de telecomindustrie vanwege haar grote maatschappelijk en economisch toegevoegde waarde een interessant doelwit kan zijn van kwaadwillenden. Voor de eventuele implementatie van nieuwe regulering zou dan moeten gelden dat het doel op voorhand duidelijk is, de bestaande wetgeving aantoonbaar ontoereikend is en de beoogde maatregel naar alle waarschijnlijkheid effectief zal zijn. De vraag is of de in het huidige wetsvoorstel gekozen aanpak deze toets doorstaat. Eurofiber is daarvan niet overtuigd.

### Onduidelijke en ruime definities

Alleen met een rationele blik kan er op een zinvolle manier gekeken worden of maatregelen effectief en passend zijn. Met het huidige voorstel is dit niet goed mogelijk omdat de definities veelal zo zijn opgeschreven dat de Minister een zo maximaal mogelijke discretionaire macht wordt gegeven, zonder deze concreet in te kaderen. Daarbij komt nog dat de drempel die de Minister zichzelf oplegt bijzonder laag is, er hoeft immers indien er wordt ingegrepen niet aangetoond te worden dat er daadwerkelijk sprake zal zijn van misbruik indien er geen verbod wordt opgelegd. Deze onduidelijkheid maakt het lastig om op voorhand goed te bepalen wat de impact zal zijn, maar de verwachting is dat het huidige wetsvoorstel een grote drempel zal vormen bij nieuwe investeringen in Nederland.

Eurofiber zal niet puntsgewijs alle definities nalopen. In algemene zin kan gesteld worden dat alle gegeven definities opzettelijk zeer ruim zijn en vaak ook niet heel concreet zijn omschreven. Het voorstel biedt tevens de mogelijkheid om deze later middels een AMvB verder te verruimen.

Tezamen zorgt dit ervoor dat er veel onzekerheid wordt gecreëerd omtrent het verloop van het proces om tot goedkeuring van een overname te komen. Waar bij de mededingingstoets het vooraf voor partijen helder is wat de criteria zijn voor het moeten melden van een overname, is dit bij de voorgestelde toets omtrent zeggenschap onduidelijk. Ter illustratie: er wordt in het wetsvoorstel bij

de bepaling of er sprake is van relevante invloed eerst gesproken over een percentage van 30 procent van de stemmen om vervolgens te stellen dat er ook bij 20 procent of zelfs 10 procent al sprake kan zijn van overwegende zeggenschap.

## Doel

Uit de memorie van toelichting blijkt dat het voornaamste doel van het wetsvoorstel is het voorkomen van opzettelijke uitval van diensten en het waarborgen van de vertrouwelijkheid van communicatie. Het gaat dus niet om het voorkomen van zeggenschap door ongewenste partijen maar om het voorkomen van daadwerkelijke uitval van diensten. Dit dient dan ook de toetssteen te zijn voor de effectiviteit van de voorgestelde maatregel.

## Noodzaak

De Staatssecretaris meent dat het bestaande kader ten aanzien van continuïteit van dienstverlening en vertrouwelijke communicatie met dwangsommen en boetes een op basis van geopolitieke motieven handelende partij niet zal afschrikken en er dus additionele maatregelen nodig zijn. Bewijsvoering voor het feit dat het waarschijnlijk is dat partijen via deze weg de continuïteit van de dienstverlening zullen willen beïnvloeden en dat de huidige maatregelen daarom onvoldoende zijn ontbreken. Er is ook geen reële inschatting gemaakt van de waarschijnlijkheid dat de noodzaak zich voor zal doen dat de Minister zal moeten ingrijpen. In de praktijk zien we dat bij de oorspronkelijke aanleiding voor het wetsvoorstel, de overname van KPN door Carlos Slim, de telecompartij zonder tussenkomst van de overheid in staat bleek om de ongewenste overname tegen te gaan.

## Effectiviteit van de voorgestelde maatregel

De Staatssecretaris gaat er vanuit dat een partij met 30 procent van de stemmen reeds in staat zou zijn om een telecom partij te bewegen om bestaande verplichtingen op basis van hoofdstukken 9 (Universele dienst), 11a (Continuïteit) en 14 (Buitengewone omstandigheden) van de wet te negeren ten faveure van de wens van deze partij "met kwade intenties". Dit miskent de daadwerkelijke verhouding tussen eigenaren/aandeelhouders enerzijds en bestuurders/medewerkers van telecompartijen anderzijds. Het is niet zo dat een partij met een belang van 30 procent een opdracht kan geven en dat deze direct door een bestuur zal worden uitgevoerd. Zelfs bij een belang van 100 procent is het niet waarschijnlijk dat het bestuur van een telecompartij een dergelijke opdracht zomaar zal gaan uitvoeren.

## Onderschatting impact regeldruk

De gemaakte inschatting van de regeldruk vertegenwoordigt een onderschatting van de daadwerkelijke kosten van het wetsvoorstel. Er wordt enkel geschat wat de kosten zijn van het melden van een voornemen om overwegende zeggenschap te verkrijgen.

De belangrijkste kosten zijn echter het feit dat Nederlandse telecompartijen minder aantrekkelijk worden voor investeerders ten opzichte van landen waar geen sprake is van dezelfde type onduidelijke en verstrekkende regulering als is neergelegd in het huidige voorstel. Daarmee worden partijen direct geraakt in de waarde van hun bedrijf en de mogelijkheden om kapitaal aan te trekken voor toekomstige investeringen. Dit effect wordt genegeerd in de analyse.

Ook wordt er geen inschatting gemaakt van de impact die er zal zijn wanneer de Minister pas later tot de conclusie komt dat goedkeuring dient te worden ingetrokken en dat de overname dient te worden ontbonden. Men zou verwachten dat een dergelijke inschatting wel zou zijn gemaakt. Het is immers sterk de vraag of de Minister in staat zal zijn om vooraf tot een goede beoordeling te komen. Indien er sprake is van kwade wil zal een dergelijk partij hier vooraf niet openlijk over zijn en zal zich dit naar verwachting pas later manifesteren.

Het is Eurofiber niet duidelijk hoe de Staatssecretaris tot het oordeel komt dat partijen slechts eens in de vijf jaar met het wetsvoorstel in aanraking zullen komen, temeer de zeer brede reikwijdte van het voorstel waarbij bijvoorbeeld ook aanpassingen in het aandeelhouderschap van buitenlandse moederbedrijven onder het wetsvoorstel vallen en tevens vrijwel alle uitbestedingen, waaronder die aan groepsmaatschappijen, onder het vereiste van voorafgaande toestemming vallen.

### RvS advies

Ook de Raad van State uit zich kritisch ten opzichte van het huidige wetsvoorstel:

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

In feite zegt de Raad van State dat het huidige wetsvoorstel een te grote negatieve impact heeft, terwijl de toegevoegde waarde beperkt zal zijn omdat deze slechts indirect is. Het doel is immers om de continuïteit van de dienstverlening te waarborgen. De Raad van State heeft om die reden ook terecht voorgesteld het wetsvoorstel niet naar de Kamer te sturen. Daarbij doet de Raad van State een voorstel voor een maatregel die zowel effectiever als minder ingrijpend is, namelijk om de Minister de bevoegdheid te geven om aanbieders van telecommunicatienetwerken en -diensten aanwijzingen te geven om de instandhouding, exploitatie en integriteit van het netwerk en de dienst te verzekeren.

Met het huidige wetsvoorstel negeert de Staatssecretaris het advies van de Raad van State en doet zij het voorkomen alsof de Raad van State niet begrijpt wat het doel van het wetsvoorstel is.

## Conclusie

Wanneer de Kamer het met de Staatssecretaris eens is dat er vanwege geopolitieke ontwikkelingen een noodzaak is om additionele maatregelen te treffen om de continuïteit en vertrouwelijkheid te waarborgen dient er goed gekeken te worden naar de effectiviteit van de voorgestelde maatregelen.

Het huidige voorstel grijpt zwaar in op fundamentele eigendomsrechten, terwijl de effectiviteit onzeker is en het onduidelijk is of er überhaupt een noodzaak is voor aanvullende regelgeving. Daarbij riskeert het huidige voorstel het investeringsklimaat in de Nederlandse telecomsector zeer nadelig te beïnvloeden waardoor niet alleen toekomstige investeringen op het spel gezet worden maar ook de waardering van reeds gedane investeringen negatief zal worden beïnvloed.

Wat Eurofiber betreft heeft de Staatssecretaris niet aannemelijke kunnen maken dat er een noodzaak is voor het wetsvoorstel en dat de gekozen aanpak effectief zal zijn. Daarbij ziet Eurofiber wel dat er aanzienlijke nadelen kleven aan het huidige wetsvoorstel. Eurofiber pleit daarom voor een diepgaandere analyse ten aanzien van de vraag of aanvullende regelgeving überhaupt noodzakelijk is. Als er na die analyse al aanleiding zou bestaan om aanvullende regulering te implementeren dan biedt het voorstel van de Raad van State hiervoor een beter vertrekpunt.