

Aan de voorzitter en de leden
van de Vaste Commissie voor Economische Zaken en Klimaat
van de Tweede Kamer der Staten-Generaal
Postbus 20018
2500 EA Den Haag

Den Haag, 15 mei 2019

Ref: B19.09

Betreft: Wetsvoorstel ongewenste zeggenschap telecommunicatie (Kamerstukken II 2018/19, 35
153, nr. 1 e.v.)

Geachte dames en heren,

Eumedion, het corporate governance en duurzaamheidsforum voor institutionele beleggers, heeft met belangstelling kennis genomen van het bij uw Kamer ingediende wetsvoorstel ongewenste zeggenschap telecommunicatie. Hoewel Eumedion de achterliggende gedachte van het wetsvoorstel steunt, heeft zij wel ernstige bedenkingen bij de uitwerking daarvan. Veel van deze bedenkingen heeft Eumedion eerder verwoord in haar consultatiereactie van 23 maart 2017 op het voorontwerp van het wetsvoorstel¹. Wij zouden het zeer op prijs stellen wanneer u onze gezichtspunten, die wij hieronder uiteenzetten, bij de schriftelijke behandeling van het wetsvoorstel zou willen betrekken.

1. Algemeen: reikwijdte van het wetsvoorstel zou klip en klaar moeten zijn

Het wetsvoorstel voorziet in een meldingsplicht voor degene die het voornemen heeft om overwegende zeggenschap in een telecommunicatiepartij te verkrijgen indien deze zeggenschap leidt tot relevante invloed in de telecommunicatiesector. De Minister van Economische Zaken en Klimaat (hierna: minister) kan op zijn beurt het verkrijgen of houden van overwegende zeggenschap in een telecommunicatiepartij verbieden wanneer er sprake is van een bedreiging van het publiek belang. Eumedion heeft eerder de voor- en nadelen voor institutionele beleggers afgewogen en is tot de conclusie gekomen dat de Nederlandse overheid de mogelijkheid zou moeten hebben om overnames van strategische Nederlandse telecommunicatiepartijen onder bepaalde uitzonderlijke omstandigheden te verbieden. Overheidsingrijpen zou wat Eumedion betreft alleen mogelijk moeten

¹ <https://www.eumedion.nl/nl/public/kennisbank/consultaties/2017/2017-03-commentaar-wetsvoorstel-voorkoming-ongewenste-zeggenschap-telecom.pdf>.

zijn bij telecommunicatiepartijen waarbij het maatschappelijk belang van (een deel van) de ondernemingsactiviteiten voldoende duidelijk, specifiek én substantieel is. Eén van de nadelen die kleeft aan een verbodsbevoegdheid voor de minister is dat kapitaalverschaffers mogelijk helemaal niet meer bereid zijn om te beleggen in Nederlandse telecommunicatiepartijen. Onbedoeld zouden hierdoor beleggingen in niet-strategische Nederlandse telecommunicatiepartijen kunnen worden afgeremd. Om dit te voorkomen, is het van belang dat het voor kapitaalverschaffers klip en klaar is op welke telecommunicatiepartijen het wetsvoorstel betrekking heeft en hoe de minister zijn bevoegdheden zal toepassen. Aan deze randvoorwaarden wordt volgens Eumedion nu niet voldaan.

Ten eerste is het door de ruime reikwijdte en het gebruik van vage begrippen voor kapitaalverschaffers niet duidelijk wanneer zij een melding moeten doen. De meldingsplicht richt zich op partijen die overwegende zeggenschap willen krijgen in Nederlandse telecommunicatiepartijen en daardoor relevante invloed krijgen. De definitie van telecommunicatiepartij is ruim, hieronder vallen niet alleen aanbieders van internet- en telefonienetwerken en -diensten, maar ook aanbieders van hostingdiensten en vertrouwensdiensten en beheerders van netwerken. En de reikwijdte van deze definitie kan bij algemene maatregel van bestuur nog verder worden uitgebreid. Niet alle verkrijgingen van overwegende zeggenschap in telecommunicatiepartijen worden door het wetsvoorstel geraakt, daar is alleen sprake van indien de verkrijging leidt tot relevante invloed in de telecommunicatiesector. Op grond van de wettekst is het onduidelijk wanneer daar sprake van is. Het begrip relevante invloed is vaag, zo is het voor Eumedion niet duidelijk wanneer er sprake is van “een onrechtmatige inbreuk op de vertrouwelijkheid van de communicatie”, “een onderbreking van de beschikbaarheid of verificatie van een aanzienlijk deel van de diensten en toepassingen die worden geleverd via het internet” of “een onderbreking van de beschikbaarheid, betrouwbaarheid of vertrouwelijkheid”. Het begrip relevante invloed kan nader worden uitgewerkt in lagere regelgeving. Eumedion meent dat de objectief meetbare criteria om te bepalen wanneer een kapitaalverschaffer relevante invloed in de telecommunicatiesector verkrijgt uit het wetsvoorstel zelf zouden moeten blijken en niet uit lagere regelgeving.

Ten tweede is het door het gebruik van onduidelijke en vage beoordelingscriteria niet duidelijk hoe de minister zijn verbodsbevoegdheid zal toepassen. De minister kan een verbod opleggen wanneer het verkrijgen dan wel houden van overwegende zeggenschap in een telecommunicatiepartij naar zijn oordeel kan leiden tot een bedreiging van het publiek belang. De in het wetsvoorstel opgenomen omschrijving van wanneer er sprake is van een dergelijke bedreiging blinkt – ondanks de scherpere formulering ten opzichte van het voorontwerp – nog steeds niet in helderheid uit. Daarnaast leidt de opmerking in de memorie van toelichting (p. 41) dat het ook mogelijk is dat zonder verkrijging van nieuwe zeggenschap naderhand alsnog een verbod wordt opgelegd, tot extra onduidelijkheid,

onzekerheid en juridische complicaties (bijvoorbeeld als een verworven divisie na de integratie toch weer moet worden verkocht).

Gelet op het voorgaande is het onzeker en onvoorspelbaarheid wanneer er gemeld moet worden en op welke wijze de minister gebruik zal maken van de verbodsbevoegdheid. Het wetsvoorstel staat daarmee op gespannen voet met Europees recht.²

2. Onduidelijk waarom er niet is gekozen voor een simpelere systematiek

Het wetsvoorstel voorziet in een uitgebreide procedure om te voorkomen dat een ongewenste partij overwegende zeggenschap verkrijgt of houdt in een telecommunicatiepartij. Eumedion vraagt zich af waarom niet is gekozen voor een simpelere systematiek. Eumedion zou meer voelen voor een systeem waarbij partijen een wijziging van zeggenschap vooraf moeten melden en deze wijziging vervolgens op grond van overwegingen van nationale veiligheid of openbare orde kunnen worden verboden of daaraan voorschriften kunnen worden verbonden. De rechtshandelingen die een partij in strijd met een opgelegd verbod of voorschrift verricht, zouden vervolgens moeten kunnen worden vernietigd via de rechter.³ Het is voor Eumedion niet duidelijk waarom niet gekozen is voor deze veel simpelere systematiek.

3. Vraagtekens bij uitvoerbaarheid en afdwingbaarheid van het wetsvoorstel

Op verzoek van de minister moet een telecommunicatiepartij een onderzoek instellen naar de identiteit van een houder van overwegende zeggenschap (art. 14a.5, lid 1). Daartoe kan de telecommunicatiepartij identificatieverzoeken doen aan de verschillende schakels van de bewaarketen. Alle schakels van deze keten, waaronder ook instellingen in het buitenland en buitenlandse instellingen met een functie vergelijkbaar met die van het centraal instituut, worden op hun beurt verplicht om daaraan mee te werken. Dit kan eventueel worden afgedwongen bij de rechter (art. 14a.5, lid 2, onderdeel d). Ook op andere plaatsen in het wetsvoorstel worden verplichtingen opgelegd aan buitenlandse partijen zoals in art. 14a.7, lid 2, art. 14a.8, lid 2 en art. 14a.11, lid 3. Hoewel Eumedion de achterliggende gedachte van deze bepalingen begrijpt, plaatst zij wel vraagtekens bij de afdwingbaarheid van de in het wetsvoorstel opgenomen bepalingen met extraterritoriale werking. In de memorie van toelichting (p. 24/25) wordt naar aanleiding van verschillende consultatiereacties op dit punt ingegaan. Ook na toevoeging van deze passage aan de memorie van toelichting wordt het helaas niet duidelijk in hoeverre voornoemde bepalingen in juridische zin afdwingbaar zijn. Eumedion vraagt zich daarom nog steeds af hoe effectief en afdwingbaar de in het wetsvoorstel opgenomen verplichtingen met extraterritoriale werking zijn.

² Zie ook Kamerstukken II 2018/19, 35 153, nr. 4, p.2 en 9.

³ Vgl. art. 86f Elektriciteitswet. Ook de Afdeling Advisering Raad van State is niet overtuigd van de in het wetsvoorstel gekozen benadering en heeft een alternatieve benadering voorgesteld (zie Kamerstukken II 2018/19, 35 153, nr. 4, p. 4 -6).

Soortgelijke vragen heeft Eumedion over de verplichting die wordt opgelegd aan de verschillende schakels van de bewaarketen om mee te werken aan de tenuitvoerlegging van de vervreemding van de aandelen (art. 14a.12, lid 3). In de memorie van toelichting (p. 49) valt te lezen dat deze medewerkingsplicht wordt gehandhaafd met bestuurlijke boetes. Het is Eumedion niet helemaal duidelijk op basis waarvan kan worden gehandhaafd en in hoeverre dat kan worden afgedwongen. Overigens geldt hetzelfde voor de opmerking in de memorie van toelichting (p. 50) dat de minister op grond van art. 14a.13 een last onder dwangsom kan opleggen indien één van de schakels in de bewaarketen geen uitvoering geeft of kan geven aan de uitlevering van aandelen. Eumedion vindt het wenselijk dat aan deze punten nadere aandacht wordt besteed.

4. Voorgestelde aantasting van rechten van onschuldige derden is disproportioneel

De minister kan de betrokken telecommunicatiepartij de opdracht geven om te achterhalen wie de ‘uiteindelijke’ houder van overwegende zeggenschap is (art. 14a.5). Indien de identiteit daarvan niet achterhaald kan worden, kan de minister een verbod opleggen aan de laatste entiteit die wel kon worden geïdentificeerd. Het primaire gevolg daarvan is dat het stemrecht van deze entiteit wordt geschorst. In de memorie van toelichting (p. 10) wordt opgemerkt dat een niet beoogd gevolg hiervan is dat wellicht ook niet-kwaadwillende partijen, wiens identiteit geheim wordt gehouden door de intermediair, worden getroffen. Dat is – aldus de memorie van toelichting – onvermijdelijk zolang de tussenpersoon weigert de identiteit van de houders van de rechten prijs te geven. Een dergelijke maatregel acht Eumedion disproportioneel temeer omdat een aandeelhouder vaak niet kan bepalen of buitenlandse schakels in de bewaarketen meewerken aan identificatieverzoeken.

Dezelfde bezwaren gelden voor de bevoegdheid van de minister om een last op te leggen aan de laatst geïdentificeerde partij om aandelen te verkopen en deze last eventueel te laten uitvoeren door de telecommunicatiepartij.⁴ Eumedion plaatst vraagtekens bij de proportionaliteit hiervan omdat onschuldige derden door de (uitvoering van de) last kunnen worden getroffen. Deze regeling druist ook in tegen de kritiek die de Raad van State eerder heeft geuit over de identificatieregeling waarop het wetsvoorstel is gebaseerd. Deze kritiek luidde als volgt: *“De Raad acht een handhavingsregeling waarbij niet degene wordt getroffen door een repressieve sanctie die in gebreke is gebleven in het naleven van de wettelijke plicht die op hem rust, maar een derde, en het vervolgens aan deze derde wordt overgelaten om de geleden schade te verhalen op degene die in gebreke is gebleven, buiten proportie, en daarmee niet aanvaardbaar. Een sanctie op niet-naleving van een in een wettelijke regeling neergelegde verplichting behoort naar zijn oordeel neer te slaan op diegene die daadwerkelijk in gebreke is gebleven.”*⁵ Deze kritiek had destijds weliswaar betrekking op het voorstel om als sanctie het dividendrecht te schorsen maar deze fundamentele kritiek geldt net zo goed voor de in het wetsvoorstel voorgestelde maatregel.

⁴ Zie art. 14a.10 en art. 14a.11.

⁵ Kamerstukken II 2008/09, 32 014, nr. 4.

5. Afsluitend: een aantal detailopmerkingen

Reikwijdte van het wetsvoorstel

- Voor de definitie van aandeel wordt verwezen naar de in art. 5:33, lid 1, onderdeel b, van de Wft opgenomen definitie van aandeel. Deze definitie uit de Wft heeft enkel betrekking op naamloze vennootschappen. Voor de toepassing van het wetsvoorstel moet aan deze definitie van aandeel een bredere uitleg worden gegeven. Uit de memorie van toelichting (p. 34) kan immers worden afgeleid dat het wetsvoorstel niet alleen ziet op naamloze vennootschappen maar ook op besloten vennootschappen. Eumedion vindt het verwarrend dat aan art. 5:33, lid 1, onderdeel b, van de Wft in het kader van het wetsvoorstel een van de Wft afwijkende uitleg wordt gegeven. Wat Eumedion betreft had het meer voor de hand gelegen om het begrip aandeel in het wetsvoorstel zelf te definiëren en de verwijzing naar art. 5:33, lid 1, onderdeel b, van de Wft te schrappen. Daarnaast is het voor Eumedion niet duidelijk hoe moeten worden omgegaan met aandelen waarover een persoon op grond van art. 5:45 van de Wft beschikt of wordt geacht te beschikken.⁶
- Het begrip personen met wie in onderling overleg wordt gehandeld, wordt gedefinieerd in art. 14a.1. In de memorie van toelichting (p. 33) valt te lezen dat deze definitie zowel van toepassing is op beursgenoteerde als op niet-beursgenoteerde telecommunicatiepartijen. Eumedion plaatst hier vraagtekens bij omdat de in het wetsvoorstel gehanteerde definitie naar de letter beperkt is tot de verwerving van overwegende zeggenschap in een naamloze vennootschap. Daarnaast wordt de reeds bestaande definitie van personen met wie in onderling overleg wordt gehandeld uit de Wft van toepassing verklaard. Uit de memorie van toelichting (p. 36) volgt dat de definitie uit de Wft alleen van toepassing is op beursgenoteerde ondernemingen maar dat de definitie in het kader van het wetsvoorstel breder moet worden toegepast. Eumedion vindt het verwarrend dat aan de reeds bestaande definitie van personen met wie in onderling overleg wordt gehandeld in het kader van het wetsvoorstel een van de Wft afwijkende uitleg wordt gegeven
- In art. 14a.1 wordt het begrip multilaterale handelsfaciliteit gedefinieerd. Eumedion vraagt zich af waarom het nodig is om dit begrip te definiëren. Het begrip wordt namelijk nergens anders in het wetsvoorstel gebruikt. Daarnaast heeft Eumedion nog een wat meer inhoudelijke opmerking. In het wetsvoorstel wordt aangesloten bij de reeds bestaande definitie van multilaterale handelsfaciliteit uit art. 1:1 van de Wft. Eumedion kan de opmerking In de memorie van toelichting (p. 32) niet plaatsen dat hier ook gereguleerde aandelenbeurzen als de Amsterdamse effectenbeurs of de New York Stock Exchange onder vallen. Eumedion meent dat gereguleerde aandelenbeurzen reeds onder het begrip

⁶ Vgl. de in het wetsvoorstel opgenomen definitie van stemmen en p. 34 van de memorie van toelichting.

gereguleerde markt vallen (art. 14a.1) en in de memorie van toelichting ten onrechte onder de reikwijdte van het begrip multilaterale handelsfaciliteit worden geschaard.

- De definitie van beursgenoteerde telecommunicatiepartij ziet zowel op telecommunicatiepartijen waarvan de aandelen worden verhandeld op een Nederlandse als op een buitenlandse gereguleerde markt. Het is Eumedion niet duidelijk waarom de wetgever ervoor heeft gekozen om telecommunicatiepartijen waarvan de aandelen worden verhandeld op een ander handelsplatform, zoals een multilaterale handelsfaciliteit, buiten de reikwijdte van het wetsvoorstel te laten vallen. Eumedion vindt het wenselijk dat dit nader wordt toegelicht.
- Op grond van art. 14a.2, lid 1, zal ook een beschermingsstichting die ten tijde van een (mogelijk) vijandig bod de vennootschap wil beschermen tegen een overname door een ongewenste partij middels het nemen van beschermingspreferente aandelen een melding bij de minister moeten doen. Dit komt de handelingsnelheid en effectiviteit van de beschermingsstichting niet ten goede. Wij dringen er daarom op aan om beschermingsstichtingen uit te zonderen van de meldingsplicht. Dit lijkt ons ook in lijn met de kabinetslijn dat een investeringstoets een instrument 'of last resort' moet zijn en dat private juridische beschermingsconstructies zoveel mogelijk eerst moeten worden benut.⁷
- In art. 14a.4, lid 3, wordt aangegeven wanneer er sprake is van relevante invloed. Hier is onder meer sprake van indien – kort gezegd – misbruik of opzettelijke uitval van de telecommunicatiepartij kan leiden tot een onderbreking van de internettoegangsdienst of telefoondienst van een bepaald aantal eindgebruikers. Thans wordt in het midden gelaten waar deze eindgebruikers woonachtig moeten zijn. Gelet op de doelstelling het wetsvoorstel – de bescherming van het publiek belang – zou het om Nederlandse eindgebruikers moeten gaan. Eumedion vindt het wenselijk dat wordt verduidelijkt dat het bij eindgebruikers gaat om Nederlandse eindgebruikers.

Verhouding met bestaande rechten van aandeelhouders

- Het wetsvoorstel (art. 14a.9) voorziet erin dat de minister kan besluiten om het bestuur of leden daarvan te laten vervangen door een door de minister aangewezen persoon. Eumedion vraagt zich af hoe deze bepaling zich verhoudt tot het reeds bestaande recht van aandeelhouders om bestuurders te benoemen.

Verhouding met bestaande regels over uitlevering

- Uit art. 14a.12 en art. 14a.13 volgt dat een telecommunicatiepartij onder bepaalde omstandigheden verplicht is om een verzoek tot uitlevering van aandelen uit het girodepot te doen en dat het (buitenlandse) centraal instituut deze aandelen vervolgens dient uit te

⁷ Kamerstukken II 2018/19, 30 821, bijlage bij nr. 72.

leveren. Deze bepalingen roepen enkele vragen op bij Eumedion. Ten eerste vraagt Eumedion zich af of een (buitenlands) centraal instituut op grond van de geldende wet- en regelgeving wel tot uitlevering mag overgaan. Enkele jaren geleden heeft de wetgever de uitlevering van effecten op grond van de Wge in beginsel onmogelijk gemaakt.⁸ Effecten kunnen alleen nog maar worden uitgeleverd in de in de wet (art. 45 Wge) opgesomde gevallen. Zo is uitlevering (onder meer) nog toegestaan indien dat noodzakelijk is voor de deelgenoot om een aan de effecten verbonden recht uit te kunnen oefenen.⁹ Kennelijk gaat de wetgever er vanuit dat gebruik kan worden gemaakt van één van de bestaande gronden voor uitlevering. Eumedion vindt het omwille van de rechtszekerheid wenselijk dat wordt verduidelijkt op welke bestaande grond voor uitlevering een beroep kan worden gedaan.

- Daarnaast vraagt Eumedion zich af hoe in het geval van uitlevering door het (buitenlands) centraal instituut moet worden omgegaan met de situatie waarin het beheerde depot een tekort heeft. Thans volgt uit de Wge dat in dat geval slechts zoveel effecten worden uitgeleverd als in verband met de rechten van de andere aangesloten instellingen mogelijk is.¹⁰ Het wetsvoorstel lijkt hiermee op gespannen voet te staan. Eumedion vindt het daarom wenselijk dat nader wordt ingegaan op de verhouding tussen art. 14a.12, lid 2 en 3 en de reeds bestaande regels voor uitlevering uit hoofde van de Wge. Aangezien de in art. 14a.12 opgenomen verplichting tot uitlevering ook ziet op buitenlandse centrale instituten vindt Eumedion het wenselijk dat ook wordt ingegaan op de toepasselijke buitenlandse wet- en regelgeving over uitlevering.

Wij zijn uiteraard graag bereid ons commentaar mondeling nader toe te lichten. Onze contactpersoon is Diana van Kleef (diana.vankleef@eumedion.nl, tel. 070 2040 302).

Met vriendelijke groet,

Drs. Rients Abma
Directeur Eumedion

Zuid Hollandlaan 7
2596 AL DEN HAAG

⁸ Kamerstukken II 2008/09, 31 830, nr. 1 e.v.

⁹ Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat het gaat om de situatie "waarin uitlevering nodig is om een aan de effecten verbonden recht jegens de uitgevende instelling, zoals stemrecht, recht op dividend etc., of in voorkomende gevallen jegens derden, zoals verkooprecht van minderheidsaandeelhouders etc., uit te kunnen oefenen" (Kamerstukken II 2009/10, 31 830, nr. 8).

¹⁰ Art. 45, lid 2, Wge.