

Reactie Stichting Dutch Data Center Association (DDA) op de consultatie

WET
ONGEWENSTE
ZEGGENSCHAP
TELECOMMUNICATIE

DUTCH DATA CENTER ASSOCIATION
DIGITAL GATEWAY TO EUROPE

T 020-3037860
E sgrove@dutchdatacenters.nl
W www.dutchdatacenters.nl
W www.digitalgateway.eu
A Anthony Fokkerweg 61, 1059 CP Amsterdam, NL

De Dutch Data Center Association (DDA) dankt het Ministerie voor de mogelijkheid een zienswijze te kunnen geven op het voorontwerp van het wetsvoorstel Wet Ongewenste Zeggenschap Telecommunicatie.

Inleiding

De DDA is de brancheorganisatie van datacenters in Nederland, fundament van de digitale economie en de basis voor het toekomstig verdienmodel van Nederland. Wij verbinden inmiddels 90% van de marktleidende datacenters in Nederland met een missie: het versterken van de duurzame, economische groei en het profileren van de datacenter sector naar de overheid, media en samenleving. Wij verwoorden de standpunten van de industrie met betrekking tot regelgeving en beleidskwesties en werken daarin in een zo'n breed mogelijke coalitie.

De DDA heeft drie focusgebieden: Energie & Duurzaamheid, Onderwijs & Werkgelegenheid en Digitale Economie & Mainport. We zetten ons in op het verbeteren en vergroenen van onze stroomvoorziening en we zijn actief op het gebied van duurzaamheid, met name op het hergebruik van datacenter restwarmte. In goede samenwerking met het onderwijs enthousiasmeren we leerlingen om voor deze industrie te kiezen. Tot slot promoten we onze industrie middels events en publicaties in binnen- en buitenland, en onze positie als Digital Gateway to Europe als digitale mainport.

We leveren tevens een bijdrage aan technische normen waarmee de datacenter industrie zich in Nederland en daarbuiten verder kan onderscheiden en we faciliteren onze leden en partners actief met informatie over relevante marktontwikkelingen tijdens onze vele (interne) events en via vele mediakanalen.

Over datacenters

Datacenters fungeren in de praktijk als verhuurders van technische ruimten die zorgen voor fysieke beveiliging, koeling en stroom onder hoge eisen aan kwaliteit en continuïteit. Datacenters verzorgen in de regel de interne bekabeling tussen de klant en de netwerkprovider.

Datacenters kunnen multi-tenant of single tenant zijn. De eerste categorie wordt ook wel colocatie datacenters genoemd. Dit zijn colocatie aanbieders die er hun businessmodel van hebben gemaakt om andere bedrijven te faciliteren door middel van de verhuur van datacenter ruimte aan derden. Single tenant datacenters faciliteren alleen in de behoeften van het eigen bedrijf. Denk bijvoorbeeld aan een bank of overheidsdienst die haar eigen IT-infrastructuur in-house verzorgt. Deze datacenters worden daarom ook wel bedrijfsdatacenters genoemd. Datacenters leveren diensten aan bedrijven. Datacenters leveren zelf geen elektronische communicatienetwerken en – diensten.

Algemeen commentaar

Wet Ongewenste Zeggenschap Telecommunicatie (35 153) staat in maart geagendeerd voor plenaire behandeling. DDA heeft een aantal kanttekeningen bij de Nota naar aanleiding van het Verslag en de Nota van wijziging die eind vorig jaar zijn gepubliceerd. Zij verzoekt u die bij de verdere behandeling van het wetsvoorstel te betrekken.

Doel van het wetsvoorstel

Doel van het wetsvoorstel is voorkomen dat ongewenste partijen die handelen op basis van geopolitiek motieven zodanige zeggenschap verwerven over vitale delen van de telecommunicatie-infrastructuur of dienstverlening dat daar misbruik van kan worden gemaakt om de Nederlandse regering onder druk te zetten door te dreigen met uitval met maatschappelijk ontwrichtende effecten of deze zeggenschap misbruikt om op grote schaal de vertrouwelijkheid van de communicatie te schenden.

Systematiek van het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel geeft de Minister van Economische Zaken en Klimaat de bevoegdheid het verkrijgen of houden van overwegende zeggenschap in een telecommunicatiepartij te verbieden indien het verkrijgen of houden van deze zeggenschap naar zijn oordeel leidt tot een bedreiging van het publiek belang.

Ook kan de Minister het houden van overwegende zeggenschap verbieden als hij ná de verkrijging van de zeggenschap constateert dat de feiten of omstandigheden op grond waarvan hij van oordeel is dat het publiek belang bedreigd kan worden pas na zijn beslissing om geen verbod op te leggen bekend zijn geworden. Hiermee heeft de Minister dus de bevoegdheid om achteraf, nadat een overname heeft plaatsgevonden, deze alsnog te verbieden en een afbouw van de aldus verboden zeggenschap te gelasten.

Positie DDA

DDA ondersteunt de gedachte dat de overheid de vitale delen van de digitale of telecommunicatie-infrastructuur of dienstverlening wil beschermen. Deze infrastructuur vormt een cruciaal fundament van onze digitale economie. De beschikbaarheid en integriteit van de digitale of telecom infrastructuur en -diensten zijn van vitaal belang voor het goed functioneren van onze economie en samenleving. Grootschalige uitval kan leiden tot maatschappelijke ontwrichting.

DDA onderkent dat het in het landsbelang nodig kan zijn om in te grijpen in de open markteconomie. Van landsbelang kan sprake zijn wanneer een overname met geopolitieke of criminele motieven in de vitale infrastructuur dreigt die een bedreiging vormt voor de nationale veiligheid en openbare orde.

Echter in de gedachte moet worden meegenomen dat datacenters hebben door de opzet en ontwerp van de digitale infrastructuur een mindere vitale rol hebben dan ze worden toegedicht. Dit heeft met name te maken met het verschil tussen datacenter providers (verantwoordelijk voor het gebouw en de facilitaire services) en klanten die eigenaar zijn van de IT-apparatuur. Primair zullen de klanten van datacenters verantwoordelijk zijn voor het zorgen voor een juiste continuïteit en veiligheid van hun vitale processen. Zij zullen kiezen voor het niveau van redundantie die zij voor hun IT-infrastructuur nodig achten. Datacenters worden daarbij ingeschakeld om deze IT-systemen te faciliteren om uitval te minimaliseren, dan wel bij meerdere geografisch gescheiden datacenters of eventueel, in de meest gedegen geval, bij juridisch gescheiden datacenter operators. Het is dus een misvatting dat datacenters bij de data kunnen gezien alleen toegankelijk is van hun klanten. En daarnaast zijn er door de insteek om vitale processen op meerdere locaties

teplaatsen nauwelijks 'single points of failure'. De reikwijdte van de wet is in dit voorstel wel heel erg breed en de DDA is van oordeel dat datacenters gezien de aangehaalde bovenstaande punten, niet geclassificeerd hoeven te worden als vitale infrastructuur.

De internet- en telecommunicatie-infrastructuur in Nederland is van zeer hoog niveau: kwalitatief hoogwaardig, innovatief en met betrouwbare en snelle verbindingen. Dit is mede tot stand gekomen door grote buitenlandse investeringen, die gedaan konden worden door onze open economie. Bescherming van onze infrastructuur moet dan ook zo worden vormgegeven dat die in balans is met die open economie. De in de wet voorgestelde maatregelen, en in het bijzonder de mogelijkheid om achteraf in te grijpen in eigendomsverhouding, staan hiermee op gespannen voet. Een dergelijk ingrijpen is slechts in uitzonderlijke en duidelijk afgebakende gevallen te rechtvaardigen. Aan de Minister worden in het wetsvoorstel vergaande bevoegdheden toegekend om in te grijpen in private verhoudingen. Het is van belang dat er volstrekte duidelijkheid bestaat over de wijze waarop en de gevallen waarin die bevoegdheden (mogen) worden uitgeoefend. Alleen dan kunnen de negatieve effecten op de bereidheid van investeerders om in de Nederlandse digitale infrastructuur te investeren, worden beperkt. Met het oog op de aanstaande uitrol van nieuwe technologieën is dit van groot belang.

In de Nota naar aanleiding van het Verslag en de Nota van Wijziging is een aantal welkome verbeteringen aangebracht. De belangrijkste daarvan zijn:

- Als de houder van overwegende zeggenschap niet binnen de gestelde termijn de zeggenschap terugbrengt of beëindigt, is het niet langer de telecommunicatiepartij die de zeggenschap moet terugbrengen, maar moet de Minister daarvoor zorgdragen. Daaruit voortvloeiend is de telecommunicatiepartij ook niet langer verantwoordelijk voor de daaruit voortvloeiende schade.
- Er is een vrijstelling opgenomen voor beschermingsstichtingen van de meldplicht van het voornemen om overwegende zeggenschap te verkrijgen.
- Het verbod of het afsluiten van langdurige beheersovereenkomsten zonder toestemming van de Minister is geschrapt.

Er resteert echter nog een aantal punten van zorg:

- De definities en de criteria op basis waarvan de Minister kan oordelen over voorgestelde overnames in de telecomsector zijn zeer ruim, onvoldoende duidelijk of nog niet ingevuld. De Minister krijgt hiermee een te ruime discretionaire bevoegdheid om in te grijpen in de zeggenschaps- en eigendomsverhoudingen bij bedrijven. Omdat het besluit volledig bij de Minister ligt, is dit besluit vatbaar voor politieke overwegingen.
- De Minister kan ook achteraf nog ingrijpen bij een overname. Dit leidt tot rechtsonzekerheid, en daarmee tot investeringsonzekerheid, ook bij bonafide investeerders.
- Onduidelijk is of ook andere Europese landen een systeem van achteraf ingrijpen bij een overname kennen. Daar moet duidelijkheid over worden verschaft. Nederland moet hier niet een uitzonderingspositie innemen.
- De toepassing van de bevoegdheid door de Minister zal door de rechter slechts marginaal kunnen worden getoetst. Daardoor bestaat het risico dat besluiten onder politieke druk worden genomen.
- De Minister kan eenzijdig een persoon aanwijzen die opdrachten geeft aan de bestuurders, niet geregeld is dat die bestuurders niet aansprakelijk zijn als zij die opdrachten uitvoeren.

Deze punten worden in de bijlage nader toegelicht.

De DDA verzoekt het ministerie de aanbevelingen mee te nemen in het wetsvoorstel en de memorie van toelichting en blijft graag betrokken bij het vervolg van het regelgevend proces.

Met vriendelijke groet,

Stijn Grove
Managing Director

DUTCH DATA CENTER ASSOCIATION

DIGITAL GATEWAY TO EUROPE

T 020-3037860

E sgrove@dutchdatacenters.nl

W www.dutchdatacenters.nl

W www.digitalgateway.eu

A Anthony Fokkerweg 61, 1059 CP Amsterdam, NL

BIJLAGE

Toetsingscriteria voor Minister

Artikel 14a.4 bevat de toetsingscriteria voor de Minister voor het bepalen of sprake is van een bedreiging van het publieke belang die moet leiden tot een verbod tot het houden resp. verkrijgen van overwegende zeggenschap in een telecommunicatiepartij.

DDA meent dat die criteria te ruim zijn, onvoldoende duidelijk of nog niet ingevuld en dat de Minister daarmee een te ruime discretionaire bevoegdheid krijgt om in te grijpen in zeggenschaps- en eigendomsverhoudingen.

Die ruime discretionaire bevoegdheid wordt geïllustreerd door de volgende passage in de Nota naar aanleiding van het Verslag¹ [onderstreping DDA]: "In artikel 14a.4, tweede lid, onder a en b, is bepaald dat een verbod op overwegende zeggenschap niet alleen kan worden opgelegd als bekend is dat de overnemende partij de intentie heeft een telecommunicatiepartij te beïnvloeden om misbruik of opzettelijke uitval mogelijk te maken, maar ook als er gronden zijn om een dergelijke intentie te vermoeden. Hiermee is tot uitdrukking gebracht dat de Minister niet hoeft te bewijzen dat de overnemende partij daadwerkelijk kwade bedoelingen heeft, bijvoorbeeld door het kunnen tonen van documenten waarin de overnemende partij zijn plannen heeft vastgelegd. Het is voldoende dat er (goede) gronden zijn om te vermoeden dat een partij dergelijke bedoelingen heeft, zoals bijvoorbeeld het feit dat de overnemende partij is gevestigd in een land met wetgeving die commerciële of particuliere partijen verplicht samen te werken met de overheid van dat land, in het bijzonder met staatsorganen die zijn belast met een inlichtingen- of militaire taak."

DDA meent dat een dergelijke ruime bevoegdheid van de Minister op basis van vage criteria ("gronden om te vermoeden") ongewenst is, temeer omdat die ook lastig rechterlijk toetsbaar is. Het gegeven voorbeeld in de laatste cursief geciteerde volzin is op zijn beurt zelf een goed voorbeeld van een te ruim en vaag geformuleerd criterium, dat daardoor in de praktijk tot onduidelijkheid leidt.

Verbod achteraf

Inhoud regeling: Artikel 14a.4 lid 6 bepaalt dat de Minister in twee gevallen achteraf de verkregen zeggenschap kan verbieden op dezelfde gronden waarop hij vooraf een voorgenomen verkrijging van zeggenschap kan verbieden (Ook een verbod achteraf is dus mogelijk op basis van dezelfde vage gronden als hiervoor onder 'toetsingscriteria' aangegeven):

1. als aan de Minister onjuiste of onvolledige informatie is verstrekt, of
2. als de feiten en omstandigheden zijn gewijzigd, en wel dusdanig dat bij een toetsing onder die omstandigheden een verbod zou worden opgelegd, bijvoorbeeld, als geopolitieke omstandigheden in de loop der tijd zodanig veranderen dat een reeds langer bestaande overwegende zeggenschap een bedreiging kan gaan vormen voor de openbare orde of de nationale veiligheid.

Permanente onzekerheid

DDA meent dat het zeer ongewenst is dat de minister achteraf alsnog kan verplichten tot het ongedaan maken van een voltooide overname, aangezien hij dat ook kan doen bij wijziging van omstandigheden die buiten de risicosfeer van de verkrijger of houder liggen. Het verbod achteraf treft namelijk niet alleen de kwaadwillende partijen die het feitelijke doel vormen van het wetsvoorstel. Ook goedwillende partijen - en dat is de meerderheid - worden erdoor getroffen: indien bijvoorbeeld een goed bekendstaande partij waartegen geen bezwaren bestaan overwegende zeggenschap verwerft in een telecombedrijf en in de regio waar die verwervende partij is gevestigd wordt de veiligheidssituatie "onzeker of slecht", kan dat er op grond van het wetsvoorstel toe leiden dat de Minister bepaalt dat daarom de verwerving alsnog - zoveel jaar na dato - ongedaan moet worden gemaakt. Dat betekent dat er voor

¹ TK 35153.7 p. 25

kopende partijen - en voor de telecompartijen - sprake is en blijft van een permanente onzekerheid terwijl zij hierover bovendien van tevoren geen enkele risico-inschatting kunnen maken. Per saldo zal dat uiteindelijk slecht zijn voor de Nederlandse economie.

Onjuiste/onvolledige informatie

DDA meent dat het criterium 'als aan de Minister onjuiste of onvolledige informatie is verstrekt' nuancering behoeft. De formulering van het criterium maakt geen onderscheid in de mate of soort van onvolledigheid. Dat zorgt voor extra onzekerheid. Doorslaggevend dient te zijn of het feit dat niet de juiste of onvolledige informatie is verstrekt de Minister – als hij die informatie wel had gehad – tot een andere beslissing had geleid. Met andere woorden, de materialiteit van de onjuiste/ onvolledige informatie is van belang. DDA meent dat de tekst zou dienen te luiden 'als aan de Minister onjuiste of onvolledige informatie is verstrekt, terwijl de juistheid of volledigheid van die informatie redelijkerwijs van materieel belang was voor de Minister ten tijde van het nemen van zijn beslissing.'

Ontvlechting

Indien de Minister achteraf een verkregen zeggenschap verbiedt moeten partijen weer worden ontvlochten. Terecht wordt in de Nota naar aanleiding van het Verslag² gesignaleerd dat hoe groter de verwevenheid van de telecommunicatie-aanbieder en de houder die onder het verbod valt des te moeilijker het is om beide partijen weer te ontvlochten. Gesuggereerd lijkt te worden dat door het nemen van 'de nodige tijd' voor het ontvlechttingsproces dit tot een goed einde kan worden gebracht. DDA meent dat dat een te optimistische voorstelling van zaken is. In de praktijk zullen overnemer en overgenomen zo snel mogelijk worden geïntegreerd zowel uit kosten- als uit efficiëntie oogpunt. Bij een ontvlechting zal die integratie ongedaan moeten worden gemaakt. Beide partijen zullen vervolgens ook weer zelfstandig moeten kunnen functioneren. "De nodige tijd" kan in de praktijk dan ook wel eens een hele lange tijd zijn. Dat beseft blijkt niet uit de Nota naar aanleiding van het Verslag.

Rechterlijke toetsing

Een besluit tot het opleggen van een verbod, gebaseerd op de genoemde criteria zal – aldus de Nota naar aanleiding van het Verslag³ - , net als alle andere besluiten die de Minister neemt, goed moeten worden gemotiveerd en zij staan open voor bezwaar en beroep, waardoor (de motivering van) dit besluit onafhankelijk getoetst kan worden.

DDA meent dat een dergelijke toetsing echter slechts marginaal kan zijn zeker bij de ruime (of vage) criteria als de onderhavige. Daarbij speelt ook een rol dat hier sprake is van gedeeltelijk politieke beslissingen van de Minister. Dat wordt geïllustreerd door de passage in de Nota naar aanleiding van het Verslag⁴: In antwoord op de vraag waarom de beslissing over het al dan niet opleggen van een verbod niet aan een onafhankelijk orgaan kan worden opgedragen, antwoordt de Minister dat "het inschatten van de risico's voor de openbare orde en nationale veiligheid dat dient plaats te vinden berust (deels) op een politieke waardering van feiten en omstandigheden. Een dergelijke belangenafweging past naar mijn opvatting niet bij een politiek onafhankelijk orgaan". DDA meent dat daaruit ook voortvloeit dat ook de rechter niet kan oordelen over die belangenafweging en dus ook niet over de inhoud van de motivering. Daarmee blijft het dus een beslissing waarbij de Minister bloot kan staan aan politieke of publicitaire druk zonder dat dat adequaat in rechte kan worden getoetst.

DDA meent dat het wetsvoorstel onvoldoende waarborgen biedt om te voorkomen dat onder politiek druk een verbod wordt opgelegd. Daarom dienen de criteria te worden aangescherpt. Daarmee wordt ook een inhoudelijker toetsing door de rechter mogelijk. Zij meent dat dat gewenst is.

² TK 35153.7 p. 41, vraag 125

³ TK 35153.7 p. 22

⁴ TK 35153.7 p. 21, vraag 41 e.a.

Regelingen in andere Europese landen

In de Nota naar aanleiding van het Verslag⁵ wordt verwezen naar de wettelijke regelingen binnen de Europese Unie. Bij de in de Nota naar aanleiding van het Verslag⁶ genoemde landen Duitsland, Frankrijk en Het Verenigd Koninkrijk wordt niet gerept van een toetsing achteraf. Bij Frankrijk wordt zelfs expliciet gesproken over een vóórafgaande goedkeuring. DDA meent dat een duidelijk overzicht dient te worden verstrekt waaruit blijkt in welke Europese landen het mogelijk is dat buitenlandse investeringen achteraf worden verboden zodat de transactie moet worden teruggedraaid, onder welke voorwaarden dat mogelijk is en aan wie de beslissingsbevoegdheid daartoe toekomt. Indien zou blijken dat Nederland zich met deze verbodsmogelijkheid achteraf in een uitzonderingspositie binnen Europa zou bevinden, meent DDA dat dit uiterst ongewenst is omdat het kan leiden tot het vertrek uit Nederland van bedrijven die onder de reikwijdte van de wet vallen.

Opdrachten van door de Minister aangewezen persoon

Artikel 14a.9 regelt dat ingeval na een verbod van de Minister de zeggenschap moet worden teruggebracht of beëindigd, de Minister een of meer personen kan aanwijzen die opdrachten kunnen verstrekken aan de betrokken partij. In de Memorie van Toelichting noch in de Nota naar aanleiding van het Verslag wordt aandacht besteed aan de positie van bestuur en commissarissen die die opdrachten moeten uitvoeren. DDA meent dat moet worden verduidelijkt dat zij niet aansprakelijk zijn als zij dergelijke opdrachten uitvoeren.

⁵ TK 35153.7 p. 10. vraag 13 en 14

⁶ idem