

Vergaderjaar 2013–2014

24 095

Frequentiebeleid

Nr. 368

BRIEF VAN DE MINISTER VAN ECONOMISCHE ZAKEN

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 10 juni 2014

Met deze brief kom ik, mede namens de Minister van Veiligheid en Justitie, tegemoet aan de toezegging om te bezien of ten behoeve van de effectieve borging van publieke belangen, in het bijzonder de nationale veiligheid, aanvullende voorzieningen nodig zijn bij een overname van een telecommunicatiebedrijf als KPN. Deze toezegging vloeit voort uit een Kamerbrief (Kamerstuk 24 095, nr. 356) en antwoorden op Kamervragen (Aanhangsel Handelingen II 2013/14, nrs. 534 en 535) die zijn gestuurd rond de overnamepoging van KPN door América Móvil in 2013 en het Algemeen Overleg Telecommunicatie van 30 januari 2014 (Kamerstuk 24 095, nr. 365).

1. Inleiding

De Nederlandse telecommunicatievoorzieningen behoren tot de beste van de wereld. De hoge kwaliteit is voor een belangrijk deel terug te voeren op het goed functioneren van de Nederlandse telecommunicatiemarkt. Buitenlandse investeringen spelen op die markt een belangrijke positieve rol. Zonder deze investeringen zou er niet zo'n concurrerende telecommunicatiemarkt zijn als nu het geval is. Zo zijn twee van de huidige drie grote bedrijven op het gebied van mobiele communicatie onderdeel van een buitenlands concern en zijn de aandelen van KPN voor het merendeel in handen van buitenlandse partijen. Dat geldt ook voor de grote kabelbedrijven.

Mede door de ruime beschikbaarheid van goede telecommunicatievoorzieningen is de maatschappij inmiddels erg afhankelijk geworden van het goed functioneren van de telecommunicatie-infrastructuur en de daarover geboden diensten. Het is vanwege deze afhankelijkheid niet meer dan logisch dat de vraag opkomt wat een overname van een telecommunicatiebedrijf, en zeker een belangrijke infrastructuurspeler als KPN, betekent voor de borging van publieke belangen. De Kamer is in september 2013 geïnformeerd over de overnamepoging van KPN door América Móvil (Kamerstuk 24 095, nr. 356). In de brief concludeerde het kabinet dat de

publieke belangen over het algemeen voldoende zijn geborgd door bestaande wet- en regelgeving. Publieke belangen zoals keuzevrijheid, een goede prijs/kwaliteitverhouding en innovatie, waaronder investeringen in de continuïteit en kwaliteit van netwerken, zijn het best geborgd door een goed werkende en concurrerende telecommarkt. Om een goede werking van de telecommarkt te kunnen borgen, houdt de Autoriteit Consument en Markt (ACM) toezicht op de naleving van de Telecommunicatie- en de Mededingingswet. Het fusietoezicht van de ACM op grond van de Mededingingswet borgt dat de concurrentie op de markt, als gevolg van een eventuele overname van KPN of een ander bedrijf, wordt beschermd. Op deze manier blijven voldoende prikkels bestaan om te investeren in (blijvend) kwalitatief goede netwerken en diensten tegen concurrerende prijzen.

Naast voornoemde publieke belangen spelen er in de telecommunicatie-sector ook belangen aangaande de nationale veiligheid. Dit betreft ten eerste de mogelijke uitval en/of misbruik van telecommunicatie-infrastructuur. Voorts verschaffen telecombedrijven op wettelijke gronden informatie aan de Nederlandse inlichtingen- en opsporingsdiensten en worden netwerken gebruikt om vertrouwelijke informatie te versturen. In algemene zin worden deze nationale veiligheidsaspecten geadresseerd door de Telecommunicatiewet, de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 en de Wet veiligheidsonderzoeken. In eerder genoemde brief over de overnamepoging van KPN is ook geconstateerd dat in het specifieke geval van een overname van KPN door een partij onder oneigenlijke invloed, er gevolgen kunnen zijn voor de nationale veiligheid. Deze brief gaat nader in op een dergelijk specifiek geval.

In de context van deze brief is het overigens goed te beseffen dat voor statelijke actoren die oneigenlijk toegang willen verkrijgen tot informatie, naast verwerving van zeggenschap in telecombedrijven, het inzetten van capaciteiten van inlichtingendiensten (bijvoorbeeld door beïnvloeding van leveranciers van apparatuur) ook een manier is om digitale spionage te faciliteren. Dit geldt ook voor het inschakelen van cybercriminelen die toegang zoeken via beveiligingslekken in apparatuur en software om bepaalde informatie te verkrijgen. Dit onderstreept het belang van het reeds in gang gezette beleid gericht op het versterken van de betrouwbaarheid en integriteit van netwerken en diensten, zoals verwoord in de Nationale Cybersecurity Strategie (Kamerstuk 26 643, nr. 291) en de Visie op telecom, media en internet (Kamerstuk 26 643, nr. 300). Een belangrijk onderdeel daarin is het beheersen van risico's als gevolg van het infiltreren van netwerken via gecompromitteerde apparatuur. Hiertoe wordt samen met de sector gewerkt aan het verkrijgen van meer inzicht in risico's die zijn verbonden aan apparatuur of softwaretools en de mogelijke maatregelen.

2. Ontwikkelingen

Zoals gezegd spelen buitenlandse investeringen een belangrijke rol in de Nederlandse telecommunicatiesector. Tot nu toe zijn deze investeringen vooral afkomstig van Europese en Noord-Amerikaanse partijen die investeren op bedrijfseconomische gronden. Met de verschuivende economische machtsverhoudingen in de wereld kunnen overnames mede ingegeven door geopolitieke motieven vaker voorkomen¹. In die specifieke gevallen zou de huidige wet- en regelgeving of de handhaving ervan tekort kunnen schieten omdat partijen minder op basis van bedrijfseconomische motieven handelen, maar meer op basis van geopolitieke of

¹ AIV (2013), *Azië in opmars. Strategische betekenis en gevolgen*

ideologische motieven². Dat kan gelden voor buitenlandse staatsbedrijven of partijen die aan buitenlandse overheden of aan politiek-ideologische organisaties verbonden zijn. Dit kan risico's met zich meebrengen voor het functioneren van vitale telecommunicatie-infrastructuur en daarmee voor de nationale veiligheid in Nederland. Door de inmiddels grote afhankelijkheid van de huidige informatiemaatschappij van ICT heeft groot-schalige uitval van telecommunicatienetwerken niet alleen gevolgen voor het functioneren van de telecommunicatiesector, maar ook voor andere (vitale) sectoren en de Nederlandse samenleving. Het is tegen deze achtergrond dat telecommunicatievoorzieningen van vitaal belang zijn geworden. Veranderende geopolitieke ontwikkelingen, maar ook de politieke aandacht³ voor een bredere weging van publieke belangen (waaronder nationale veiligheid) zijn aanleiding geweest om nog eens kritisch te bezien of de nationale veiligheid voldoende is gewaarborgd indien partijen die mede op basis van geopolitieke motieven opereren overwegende zeggenschap verkrijgen over vitale telecommunicatie-infrastructuur.

3. Potentiële risico's

Voor de beoordeling van de vraag of de nationale veiligheid voldoende is gewaarborgd wanneer partijen die op basis van geopolitieke motieven opereren overwegende zeggenschap verkrijgen over vitale telecommunicatie-infrastructuur, zijn aansluitend bij de brief over Staatsfondsen (Kamerstuk 31 350, nr. 1) twee soorten risico's gewogen: geopolitieke en veiligheidsrisico's.

(1) Geopolitiek risico: vijandige actie met risico voor de continuïteit
De mogelijkheid bestaat dat een partij die handelt op basis van geopolitieke motieven zeggenschap in een bedrijf hanteert als politiek instrument. Het bedrijf waarin een belang wordt genomen is relevant vanwege de mogelijkheid om via zeggenschap over vitale telecommunicatie-infrastructuur druk uit te kunnen oefenen op de Nederlandse overheid. Dit kan door bijvoorbeeld (te dreigen met) een vijandige actie, zoals het uit laten vallen van (vitale delen van) de telecommunicatie-infrastructuur. De zeggenschap werkt in dit geval als machtsmiddel. Dit risico is vooral aanwezig wanneer er sprake is van op korte termijn onvoldoende substitutiemogelijkheden van vitale telecommunicatie-infrastructuur en bovendien de mogelijkheid bestaat om overwegende zeggenschap te krijgen in een bedrijf dat deze niet substitueerbare infrastructuur bezit. Dat is met name voor KPN het geval. KPN bezit namelijk een belangrijk gedeelte van de vaste telecommunicatienetwerken in Nederland. Van die netwerken zijn andere telecomaanbieders en vitale overheidsdiensten voor hun functioneren deels afhankelijk.

(2) Veiligheidsrisico: toegang tot kennis en informatie
Het eerste veiligheidsrisico betreft het mogelijk schenden van de vertrouwelijkheid van de inhoud van de communicatie die over telecommunicatienetwerken gaat. Het tweede veiligheidsrisico betreft een mogelijke inbreuk op de vertrouwelijkheid van de werkwijze van veiligheid- en opsporingsdiensten met betrekking tot het opvragen van telecomgegevens en het bevoegd aftappen van telecommunicatieverkeer. Deze vertrouwelijkheid van informatie kan onder druk komen te staan indien overwegende zeggenschap over belangrijke infrastructuur wordt verworven door een partij die handelt vanuit geopolitieke motieven. Met een dergelijke vorm van zeggenschap kan toegang tot gevoelige kennis en informatie eenvoudig worden. Met name waar het vertrouwelijke

² SER (2012), *Verschuivende Economische Machtverhoudingen*

³ O.a. de Parlementaire Onderzoekscommissie privatisering overheidsdiensten

informatie van de Staat betreft, raakt dit de nationale veiligheid. KPN heeft hier een bijzondere positie waar het de levering van vitale overheidsdiensten betreft.

Continuïteit vitale overheidsdienstverlening door KPN

KPN heeft een bijzondere positie ten aanzien van een aantal diensten die van belang zijn voor het goed functioneren van de overheid en voor de nationale veiligheid. Dit punt kwam ook naar voren rond de overnamepoging van KPN door América Móvil (Kamerstuk 24 095, nr. 356). Te denken valt daarbij aan de huidige dienstverlening ten behoeve van C2000 en aan diensten zoals de noodcommunicatievoorziening (NCV) en de communicatiedienstverlening aan Defensie, waaronder het Nederlands Armed Forces Integrated Network (NAFIN). Ook levert KPN het Diginetwerk⁴. Veel van deze diensten levert KPN zelf. In gevallen waar diensten aanbesteed zijn aan andere partijen, wordt in de meeste gevallen gebruik gemaakt van het netwerk van KPN. Door deze afhankelijkheid kan de continuïteit van voornoemde dienstverlening onder druk komen te staan mocht KPN besluiten te stoppen met deze dienstverlening. Het is daarom van belang te verzekeren dat KPN, ongeacht de identiteit van zijn aandeelhouders, de hier bedoelde dienstverlening blijft leveren of in ieder geval zo lang blijft leveren tot dat andere partijen deze dienstverlening op termijn zo nodig kunnen overnemen.

4. Huidige regelgeving

Deze paragraaf beziet in hoeverre de in §3 benoemde risico's kunnen worden ondervangen door bestaande wet- en regelgeving. Gestart wordt met de risico's voor de continuïteit zoals in §3 geschetst onder (1) en meer specifiek de continuïteit van vitale overheidsdienstverlening. Daarna wordt ingegaan op de twee veiligheidsrisico's als geschetst onder (2).

Geopolitieke risico en continuïteit van dienstverlening door KPN

Op basis van hoofdstuk 9 (universele dienst) van de Telecommunicatiewet (Tw) is een minimumaanbod van telecommunicatiediensten aan consumenten geborgd. Hoofdstuk 11a van de Tw verplicht aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken en diensten maatregelen te nemen om de veiligheid en integriteit van hun netwerken en diensten te beheersen. Inbreuken op de veiligheid en integriteit worden in het kader van hoofdstuk 11a gezien als risico's voor onderbreking van de continuïteit van de dienstverlening. Op basis van hoofdstuk 11a kan de Minister van Economische Zaken een aanbieder van netwerken en diensten verplichten om binnen een bepaalde termijn technische en organisatorische maatregelen te treffen met betrekking tot de veiligheid en integriteit van het netwerk en de geboden diensten.

Ten aanzien van geopolitieke risico's kunnen hoofdstukken 9 en 11a niet voorkomen dat een kwaadwillende partij die overwegende zeggenschap heeft verworven, de (dis)continuïteit van de dienstverlening gebruikt om de overheid onder druk te zetten. Indien de op basis van hoofdstuk 9 opgelegde leveringsplicht voor bepaalde basisdiensten niet wordt nagekomen kan een boete worden uitgedeeld, maar dit kan een partij met kwade intenties onvoldoende afschrikken. De mogelijkheden van de Minister van EZ om op basis van Hoofdstuk 11a in te grijpen gaan niet zo ver dat hij de aanbieder kan beletten bepaalde dienstverlening te staken. Op basis van hoofdstuk 11a kan bijvoorbeeld niet afgedwongen worden dat KPN voor de overheid vitale dienstverlening blijft bieden. In het geval

⁴ Netwerk voor onderlinge overheidscommunicatie dat een centrale rol speelt bij de informatie-uitwisseling van de overheid met burgers en bedrijven

dat verstoring van de continuïteit leidt tot zeer ernstige maatschappelijke ontwrichting, zogeheten buitengewone omstandigheden, kan de Minister van Economische Zaken op basis van artikel 14.2 van de Tw een telecom-aanbieder aanwijzingen geven. Ook hier geldt dat de effectiviteit van dergelijke aanwijzingen beperkt kan zijn bij een partij met kwade intenties.

Vertrouwelijkheid van communicatie

De artikelen 11.2 en 11.2a van de Telecommunicatiewet zien toe op bescherming van de vertrouwelijkheid van communicatie via elektronische communicatienetwerken. Artikel 11.2 roept een zorgplicht in het leven voor aanbieders van elektronische communicatienetwerken en diensten. Dergelijke aanbieders moeten zorg dragen dat persoonsgegevens en de persoonlijke levenssfeer van hun abonnees en gebruikers van hun netwerk en dienst beschermd zijn. Artikel 11.2a bevat, kort gezegd, een verbod op aftappen, opslaan, afluisteren of anderszins onderscheppen van de communicatie via de netwerken of diensten. Indien vastgesteld wordt dat de zorgplicht wordt geschonden of het zojuist genoemde verbod wordt overtreden, kan de ACM een boete opleggen. Een partij die er op uit is om de vertrouwelijkheid van communicatie te schenden, zal zijn invloed kunnen gebruiken om schendingen zoveel mogelijk te verhullen. Bovendien valt niet uit te sluiten dat in een dergelijk geval boetes onvoldoende afschrikwekkend werken omdat gebruikelijke bedrijfseconomische belangen (reputatieschade) een ondergeschikte rol spelen.

Vertrouwelijkheid van de werkwijze van inlichtingen- en veiligheidsdiensten

Om structurele kennisname van Staatsgeheimen te voorkomen, is het mogelijk functies aan te wijzen als vertrouwensfuncties op basis van de Wet veiligheidsonderzoeken. Op grond van deze wet mogen op deze functies alleen personen worden benoemd van wie uit een veiligheidsonderzoek blijkt dat zij geen veiligheidsrisico vormen bij het vervullen van de functie. Het stelsel van vertrouwensfuncties, als sluitstuk van veiligheidsmaatregelen van organisatorische en fysieke aard, draagt bij aan het vertrouwelijk houden van de werkwijze van inlichtingen- en veiligheid (I&V) diensten.

5. Beleidsrespons

In algemene zin zijn publieke belangen gedekt door bestaande wet- en regelgeving. Zoals beschreven brengt het specifieke geval dat partijen met oneigenlijke motieven zeggenschap verwerven over vitale telecommunicatie-infrastructuur bepaalde risico's met zich mee voor de continuïteit van netwerken en diensten en de veiligheid van informatie. Om die risico's te beperken is behoefte aan een aanvullend instrument waarmee het verkrijgen van overwegende zeggenschap getoetst wordt aan de nationale veiligheid. Dit instrument moet enerzijds de nationale veiligheid afdoende borgen, maar anderzijds investeringen op bedrijfseconomische gronden niet afschrikken. Deze investeringen zijn nodig voor het behoud van een concurrerende en innovatieve telecommunicatiemarkt in Nederland.

Het instrument dat wordt voorzien kent een aantal bevoegdheden toe aan de Minister van Economische Zaken waarmee hij, mede op basis van een veiligheidsadvies van de Ministers van V&J, BZK en Defensie⁵, het verkrijgen van zeggenschap in vitale telecommunicatie-infrastructuur kan

⁵ Dit advies zal mede worden gebaseerd op een analyse van de I&V diensten

beoordelen op de gevolgen voor de nationale veiligheid. Het gaat om de volgende bevoegdheden:

- de mogelijkheid om (Nederlandse) rechtspersonen die beschikken over vitale telecommunicatie-infrastructuur als zodanig aan te wijzen. Op dit moment komt KPN hiervoor in aanmerking;
- het afgeven van een verklaring van geen bezwaar voor het verwerven van overwegende zeggenschap in een aangewezen rechtspersoon. De Minister kan een eenmaal afgegeven verklaring intrekken bij een risico voor de nationale veiligheid; de partij die het betreft kan haar zeggenschap dan niet langer uitoefenen. De Minister zal een verklaring van geen bezwaar afgeven tenzij hij goede gronden heeft om aan te nemen dat het verwerven van zeggenschap door de betrokken partij risico's met zich meebrengt voor de veiligheid en continuïteit van de betrokken vitale infrastructuur waardoor de nationale veiligheid in het geding kan komen;
- het afgeven van een verklaring van geen bezwaar ten aanzien van een eventuele (door)verkoop van vitale infrastructuur van een aangewezen onderneming;
- het afgeven van een verklaring van geen bezwaar (op basis van een integriteitstoets) ten aanzien van de benoeming van bestuur en raad van commissarissen (rvc) in een aangewezen onderneming en de mogelijkheid de afgegeven verklaring in te trekken bij een risico voor de nationale veiligheid. De zeggenschap over de dagelijkse gang van zaken binnen een bedrijf wordt uitgeoefend door het bestuur. Daarnaast kan de rvc een belangrijke rol spelen. Deze rol is des te groter indien de aan te wijzen rechtspersoon een structuurvennootschap is; een groot aantal belangrijke beslissingen worden dan alleen genomen indien de rvc met die beslissingen instemt. Voorts heeft de rvc onder het volledige structuurregime de bevoegdheid om bestuurders te benoemen en ontslaan.

Waarom is gekozen voor deze bevoegdheden? In de financiële sector is al een verklaring van geen bezwaar van de Minister van Financiën of De Nederlandse Bank vereist voor het verkrijgen van een bepaalde mate van zeggenschap in bepaalde financiële instellingen en voor de benoeming van bestuurders en commissarissen in zulke instellingen. Verder kennen enkele van de ons omringende landen, zoals Duitsland en het Verenigd Koninkrijk, een instrument om een overname van (onder andere) telecommunicatiebedrijven te toetsen op de gevolgen voor de nationale veiligheid.

In andere vitale netwerksectoren in Nederland, zoals drinkwater, gas, elektriciteit en spoor, is de overheid via een volledige deelneming eigenaar van het netwerk. Dit is vanwege het belang van deze netwerken en het feit dat de netwerken een monopolie vormen (slechts één netwerk). Het feit dat de telecommunicatienetwerken in Nederland volledig in private handen zijn, is te verklaren doordat de telecommunicatiesector, anders dan de andere genoemde netwerksectoren, geen monopolie kent voor wat betreft de infrastructuur. Er liggen (deels) meerdere infrastructuur van verschillende aanbieders naast elkaar; er is sprake van infrastructuurconcurrentie. Tegelijkertijd is dit zeker niet overal het geval: KPN is nog steeds de belangrijkste netwerkaanbieder in Nederland en er zijn belangrijke delen waar niet direct een alternatief netwerk voorhanden is. Om ongewenste zeggenschap te voorkomen, zou een alternatief kunnen zijn dat de overheid weer aandelen KPN koopt. Het kabinet overweegt dit echter niet. Het zou de liberalisering van de telecommunicatiemarkt terugdraaien en kan het gelijke speelveld op die markt aantasten. Tevens zou het een forse investering van de Staat vereisen, terwijl de (beoogde) wet- en regelgeving publieke belangen voldoende kan borgen. De optie om verregaande zeggenschap van de Staat te verbinden aan een beperkt aandelenpercentage (een zogenaamd gouden aandeel) past niet

binnen de huidige Nederlandse wet- en regelgeving en het is te onzeker of een gouden aandeel Europeesrechtelijk stand houdt.

De hier gekozen beleidsrespons is in overeenstemming met en een sectorale uitwerking van de conclusies en aanbevelingen uit de eindrapportage van de werkgroep Economische Veiligheid. De Minister van Veiligheid en Justitie, mede namens de Minister van Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking en ondergetekende, informeert de Tweede Kamer gelijktijdig met deze brief hierover.

Continuïteit vitale overheidsdienstverlening door KPN

Het andere punt dat aandacht verdient, is het borgen van de continuïteit van een aantal door de overheid afgenomen diensten die van vitaal belang zijn voor het goed functioneren van de Staat, zoals de NCV en dienstverlening aan Defensie. Het kabinet maakt op het gebied van vitale overheidsdiensten in overleg met KPN aanvullende contractuele afspraken, waarbij gebruik wordt gemaakt van de rijksbrede ervaring met relevante bepalingen. Daarnaast zal worden bekeken welke wettelijke waarborgen nodig zijn om te voorkomen dat de vitale dienstverlening wordt gestaakt voordat er een alternatief voorhanden is.

6. Vervolgstappen

Bij de uitwerking van de maatregelen zal uitgebreid aandacht worden besteed aan de toetsing aan het Europeesrechtelijk kader. Bovenstaande maatregelen raken namelijk aan de bepalingen inzake de interne markt en de mededingingsregels van de Europese Unie. Dat betekent dat in het geval van de interne markt concrete maatregelen te allen tijde gerechtvaardigd moeten kunnen worden met een beroep op een toepasselijke verdragsexceptie (openbare orde en openbare veiligheid) of met een beroep op een of meerdere dwingende redenen van algemeen belang.

Daarnaast zal bij de uitwerking rekening worden gehouden met de verplichtingen die Nederland is aangegaan in de Algemene Overeenkomst inzake de Handel in Diensten («GATS») en de uitgangspunten als non-discriminatie, transparantie, proportionaliteit en aanspreekbaarheid, zoals zijn te vinden in OESO richtlijnen over de beoordeling van inkomende investeringen op nationale veiligheid.

Ik onderken het belang om in het voorgenomen wetsvoorstel duidelijkheid te geven over de criteria en het proces rondom het afgeven en intrekken van een verklaring van geen bezwaar zodat marktpartijen weten waar zij aan toe zijn. Dit is mede van belang voor partijen die reeds voor de inwerkingtreding van de wet beogen een dusdanig groot aandelenbelang in een aan te wijzen onderneming te verkrijgen, dat zij onder het toepassingsbereik van de wet zullen komen te vallen. Dit instrument moet immers een balans vinden tussen het borgen van de nationale veiligheid en het blijven aantrekken van investeringen op bedrijfseconomische gronden. Voor potentiële investeerders moet daarom duidelijk zijn dat de eisen en beperkingen die zullen worden verbonden aan het aandeelhouderschap in een aangewezen onderneming niet enkel van toepassing zullen zijn op aandeelhouders die na de inwerkingtreding van de wet een bepaald belang verkrijgen. Bij de verdere uitwerking zullen marktpartijen daarom nauw worden betrokken. Het voornemen van het kabinet is om de in deze brief geschetste beleidslijn nader uit te werken in een wetsvoorstel dat in het voorjaar van 2015 aan uw Kamer zal worden aangeboden.

De Minister van Economische Zaken,
H.G.J. Kamp