

DAGVAARDING

Art. 6:162 Burgerlijk wetboek, art. 10 EVRM, art. 1 Eerste protocol EVRM,
art. 6 lid 1 Machtigingsrichtlijn 2002/20/EG, artt. 28 en 49 EG-verdrag,
beginsel van *égalité devant les charges publiques*

Heden, de maart TWEEDUIZENDVIJF,
ten verzoeke van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **XS4ALL
Internet B.V.**, gevestigd te Amsterdam en kantoorhoudende te (1112 XH) Diemen op
het adres Eekholt 42, te dezer zake woonplaats kiezende te (1075 HH) Amsterdam
aan de De Lairesestraat 111-115, ten kantore van Brinkhof, van welk kantoor mr R.D.
Chavannes deze zaak behandelt, alsmede te (2514 GC) 's-Gravenhage aan het adres
Noordeinde 33, ten kantore van Houthoff Buruma Advocaten, van wie mr P.J.M. von
Schmidt auf Altenstadt ten deze door mijn requirante tot procureur wordt gesteld en
in na te melden geding als zodanig in rechte zal optreden,

GEDAGVAARD:

De Staat der Nederlanden, meer in het bijzonder het Ministerie van Economische
Zaken, zetelend te 's Gravenhage, aldaar aan het parket van de E.H.A. heer Procureur-
Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden mijn exploit doende, sprekende met en
afschrift dezes latende aan:

OM:

op woensdag, de drieëntwintigste maart TWEEDUIZENDVIJF om 10.00 uur, niet in
persoon doch vertegenwoordigd door een procureur, te verschijnen ter terechtzitting
van de Rechtbank te 's Gravenhage, welke zitting alsdan zal worden gehouden in het
Paleis van Justitie aan de Prins Clauslaan 60 te 's Gravenhage,

ONDER UITDRUKKELIJKE VERMELDING:

dat indien gedaagde niet op de eerste of op een door de rechter nader te bepalen
roldatum in het geding verschijnt dan wel verzuimt procureur te stellen, en de voor-
geschreven termijnen en formaliteiten in acht zijn genomen, de rechter verstek tegen
hem zal verlenen en de vorderingen zal toewijzen, tenzij deze hem onrechtmatig of
ongegrond voorkomen;

TENEINDE:

alsdan namens mijn requirante als eiseres te horen eis doen en concluderen als volgt:

1	Feitelijke grondslagen	3
1.1	<i>Inleiding</i>	3
1.2	<i>Partijen.....</i>	3
1.3	<i>Totstandkoming aftapwetgeving.....</i>	4
1.4	<i>De huidige wettelijke regeling van aftapbaarheid</i>	11
1.5	<i>De implementatie van aftapbaarheid.....</i>	13
1.6	<i>De kosten van aftapbaarheid.....</i>	18
2	Inleiding juridische grondslagen	22
3	Strijd met gemeenschapsrecht.....	23
3.1	<i>Vrij verkeer van goederen en diensten: EG-Verdrag</i>	23
3.2	<i>Harmonisatie ter versterking van vrij verkeer.....</i>	26
3.3	<i>Gemeenschapsrechtelijke rechtsbeginselen</i>	31
4	Strijd met EVRM	37
4.1	<i>1^e Protocol EVRM.....</i>	37
4.2	<i>Artikel 10 EVRM</i>	40
4.3	<i>EVRM en gemeenschapsrecht</i>	43
5	Buitenlandse rechtspraak	44
5.1	<i>Oostenrijk.....</i>	44
5.2	<i>Frankrijk.....</i>	45
6	Vorderingen	46
6.1	<i>Verklaringen voor recht.....</i>	46
6.2	<i>Schadevergoeding</i>	47
7	Verweer, bewijsmiddelen en procedurevoorstel	47

1 FEITELIJKE GRONDSLAGEN

1.1 Inleiding

- 1 Onderwerp van deze procedure is de regeling in de Telecommunicatiewet¹ (Tw) voor het aftappen van telecommunicatieverkeer, met name de verdeling van de in dat verband gemaakte kosten. De kosten van aftapbaarheid worden namelijk niet gedragen door de Staat maar afgewenteld op telecomaانبieders, terwijl de reden voor aftapbaarheid uitsluitend is gelegen in het algemene maatschappelijke belang van strafvordering en nationale veiligheid.
- 2 Blijkens artikel 13.6 lid 2 Tw worden de gemaakte administratiekosten en personeelskosten die rechtstreeks voortvloeien uit het voldoen aan een bepaalde taplast vergoed door de Staat. Artikel 13.6 lid 1 Tw bepaalt echter dat de investerings-, exploitatie- en onderhoudskosten voor de technische voorzieningen komen voor rekening van de aanbieders. Deze procedure gaat over artikel 13.6 lid 1 Tw.
- 3 XS4ALL stelt in deze zaak niet ten principale de noodzaak van aftappen ter discussie. Verder vraagt zij uw Rechtbank niet om in te gaan tegen de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot het toetsen van wetten in formele zin aan de Grondwet of aan Nederlandse rechtsbeginselen. Zij betoogt in deze procedure louter dat artikel 13.6 lid 1 Tw in strijd is met het Europese gemeenschapsrecht (de vrijheid van diensten, sectorspecifieke richtlijnen en gemeenschapsrechtelijke rechtsbeginselen) en het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (het eigendomsrecht en de uitingsvrijheid). In de kern gaat het daarbij om daarin neergelegde beginselen van gelijkheid voor de publieke lasten, evenredigheid en noodzakelijkheid, in het licht van het feit dat voor artikel 13.6 lid 1 Tw geen andere rechtvaardiging bestaat dan beperking van overheidsuitgaven. De relevante vorderingen zijn erop gericht artikel 13.6 lid 1 Tw onverbindend te verklaren of buiten werking te laten en vergoeding te verkrijgen van de terzake in het verleden gemaakte en in de toekomst nog verder te maken kosten.
- 4 In het hierna volgende worden deze gronden achtereenvolgens toegelicht. XS4ALL doet dat uitvoerig en gedocumenteerd, mede vanuit de wetenschap dat het opzij zetten van een wet in formele zin geen sinecure is. Dat doet niet af aan de overtuiging van XS4ALL dat artikel 13.6 lid 1 Tw geen stand kan houden.

1.2 Partijen

- 5 Eiseres (hierna: XS4ALL) is sinds 1993 actief in Nederland als een zogenaamde *internet service provider* (hierna: ISP), een aanbieder van internetdiensten aan consumenten en bedrijven. In 2003 behaalde zij een omzet van circa EUR 51 miljoen. Zij heeft circa 285 werknemers en bedient circa 250.000 zakelijke en particuliere klan-

¹ Stb. 1998, 610, per 1 september 2004 gewijzigd bij wet van 18 maart 2004, Stb. 2004, 105.

ten. Eiseres kan gezien haar dienstverlening worden aangemerkt als een aanbieder van openbare telecommunicatiediensten in de zin van artikel 1 sub ff Tw.

- 6 Het Ministerie van Economische Zaken is het Ministerie van de Staat dat blijkens artikel 15.1 lid 1 sub f Tw belast is met (het toezicht op de naleving van) de uitvoering van hoofdstuk 13 Tw.

1.3 Totstandkoming aftapwetgeving

- 7 De basis van het huidige Nederlandse aftapbeleid is een resolutie van de Europese Raad van 17 januari 1995.² Hierin verzoeken de ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken hun telecomministers met hen samen te werken om wetgeving in te voeren die de aftapbaarheid van telecommunicatie-infrastructuur verplicht stelt. Deze niet-bindende resolutie bevat een bijlage met vereisten van opsporingsdiensten voor het kunnen onderscheppen van telecommunicatie.
- 8 De resolutie gaat niet in op de vraag wie voor de kosten van de technische aftapbaarheid verantwoordelijk is. Tot 1995 werden alle kosten van aftapbaarheid gedragen door de Staat. Toen medio jaren '90 de telecommunicatiemarkt gefaseerd geliberaliseerd werd, waardoor niet langer alleen het staatsbedrijf PTT actief was maar ook alternatieve communicatienetwerken en -diensten hun intrede deden (mobiele telefonie, internet), zijn de eerste stappen genomen om de kosten van aftapbaarheid af te wentelen op de markt. De Wet mobiele telecommunicatie van 1994 bepaalde dat het netwerk van GSM-aanbieders technisch aftapbaar moest zijn.³ In 1995 werd vervolgens een wetsvoorstel ingediend dat de kosten voor het aftapbaar maken van de GSM-infrastructuur bij de vergunninghouders PTT en Libertel legde.⁴ Deze kostenverdeling tussen Staat en aanbieder lag volgens de Minister 'voor de hand' omdat

[het] hier immers geen kosten [betreft] die direct voortvloeien uit het aftappen zelf, maar kosten die de vergunninghouder moet maken om te voldoen aan de wettelijke vereisten. [...] Daarnaast spelen ook budgettaire overwegingen een rol. [...] Het aftappen brengt [...] in toenemende mate kosten voor de Staat met zich mee. Deze kostenstijging wordt enerzijds veroorzaakt doordat opsporingsinstanties bij de bestrijding van de criminaliteit vaker dan voorheen het middel van de telefoontap moeten gebruiken, en anderzijds doordat het af luisterbaar maken van nieuwe vormen van telecommunicatie steeds opnieuw investeringen vereist. De Staat heeft geen invloed op de technische ontwikkelingen op het gebied van de telecommunicatie, maar wordt wel geconfronteerd met de gevol-

² Pb C 329 van 4.11.1996, p. 1.

³ Artikel 13g WTV.

⁴ Wet aftappen GSM, *Stb.* 1995, 594. Een artikel 64a werd in de WTV geïntroduceerd dat bepaalde: "De investerings-, exploitatie en onderhoudskosten voor de technische voorzieningen die door de houder van een vergunning voor het door derden verzorgen van openbare mobiele telecommunicatie (...) zijn gemaakt teneinde te kunnen voldoen aan het bepaalde in artikel 64, komen te zijnen laste."

*gen daarvan in de vorm van steeds hogere voor rekening van de Staat komende kosten voor het aftappen van telecommunicatie.*⁵

- 9 Volgens de minister ligt het meer voor de hand, om de investerings- exploitatie- en onderhoudskosten verbonden met de technische aftapbaarheid ten laste van de GSM-vergunninghouder te brengen dan ten laste van de Staat:

*De houder van de vergunning is namelijk degene die het gebruik van het netwerk mogelijk maakt, en zal daarbij ook de kosten dienen te dragen die het mogelijke gebruik door criminele organisaties van dit netwerk oproept.*⁶

- 10 Het moge duidelijk zijn dat deze overwegingen, waarvan de laatst geciteerde een cirkelredenering is, karig onderbouwd en opportunistisch van aard zijn, vrijwel uitsluitend ingegeven door budgettaire overwegingen. De Staat merkt zelf op dat de kosten van aftapbaarheid afhangen van de mate waarin opsporingsinstanties gebruik maken van aftappen, maar koppelt daaraan niet de logische consequentie dat de kosten daarvan kosten van strafvordering zijn die (dus) door de Staat gedragen moeten worden. Als de kosten van aftappen voor de Staat niet meer opwegen tegen de baten in de vorm van effectievere opsporing, is dat een indicatie dat spaarzamer gebruik gemaakt zou moeten worden van de bevoegdheid tot aftappen, niet een indicatie dat de kosten op de aanbieders moeten worden afgewenteld.
- 11 De Raad van State adviseerde negatief over het voorstel voor de Wet aftappen GSM, op gronden waar XS4ALL zich geheel bij aansluit:⁷

In de toelichting wordt gesteld dat het aftappen van telecommunicatie in toenemende mate hoge kosten voor de Staat met zich brengt, enerzijds doordat opsporingsinstanties bij de bestrijding van de criminaliteit vaker dan voorheen het middel van de telefoontap moeten gebruiken en anderzijds doordat het af luisterbaar maken van nieuwe vormen van telecommunicatie steeds opnieuw investeringen vergt. Er wordt voor gekozen de investerings-, exploitatie- en onderhoudskosten van de technische voorzieningen ten behoeve van het aftappen ten laste te brengen van de houder van een vergunning, omdat deze het gebruik van het netwerk mogelijk maakt. Aan deze motivering ligt, zo constateert de Raad van State, kennelijk de gedachte ten grondslag dat het redelijk is dat degene — in dit geval de vergunninghouder — die bedrijfsmatig aan derden bepaalde diensten verleent, op voorhand en structureel bijdraagt in de kosten van opsporing van strafbare feiten waarvan deze derden eventueel verdacht zouden kunnen worden, indien de aan die dienstverlening — al of niet met enige kunstgrepen — gegevens kunnen worden ontleend die van be-

⁵ Kamerstukken II 1994/1995, 24108, nr. 3, p. 1-2.

⁶ Ibidem.

⁷ Kamerstukken II 1994/1995, 24108, nr. A, pp. 1-2.

lang kunnen zijn voor de opsporing. Deze opsporingskosten worden derhalve niet geheel gedragen door de overheid en ook niet verhaald op degenen die wegens die strafbare feiten zijn veroordeeld. Deze gedachtegang zou, indien ook toegepast in andere situaties waarin de overheid kosten maakt bij het opsporingsonderzoek, tot nauwelijks aanvaardbare consequenties leiden.

Op zichzelf genomen acht de Raad het niet onredelijk dat de overheid burgers ertoe kan verplichten medewerking te verlenen aan een strafrechtelijk opsporingsonderzoek, door de door de overheid verlangde inlichtingen of middelen te verschaffen. Daarbij dient echter voorop te staan dat de kosten die met het verlenen van die medewerking verband houden, uitzonderlijke gevallen daargelaten, in beginsel door de overheid dienen te worden gedragen, aangezien de opsporing en vervolging van strafbare feiten een overheidstaak bij uitstek is. Dit uitgangspunt ligt ook ten grondslag aan de Wet tarieven in strafzaken (Stb. 1963, 130), nu deze wet voorziet in een systeem van vergoedingen voor werkzaamheden, voor tijdverzuim alsmede voor daarmee verband houdende noodzakelijke kosten, en voor gemaakte reis- en verblijfkosten, voor zover voortvloeiende uit een verzoek of opdracht van Justitie ten behoeve van, onder meer, strafzaken (artikel 1 van die wet). Naar de mening van het college doet zich een uitzonderlijk geval als vorenbedoeld hier niet voor en kunnen louter budgettaire gronden het voorstel niet dragen.

- 12 Tijdens de plenaire behandeling wees de CDA-fractie ook terecht op drie fundamentele bezwaren:

Er zijn voor de CDA-fractie drie redenen om het woord te voeren over dit heel kleine wetsvoorstelletje dat eigenlijk niets anders doet dan de kosten die gemaakt moeten worden om het aftappen van GSM-telefonie mogelijk te maken, ten laste van de vergunninghouders, dus PTT en Libertel, te brengen. De eerste reden betreft het principiële punt dat op deze wijze opsporingskosten, kosten in het kader van misdaadbestrijding, in de vorm van de aftapvoorziening anders dan normaal niet geheel ten laste van de overheid komen. De tweede reden is het feit dat kennelijk over de financiële en de praktische problemen van deze aftapverplichtingen niet met het bedrijfsleven is overlegd. De derde reden is het feit dat er wel gewerkt wordt aan een Europese standaard, maar dat die Europese standaard er nog niet is. De vraag is hoe dat moet worden verenigd met de introductie van de aftapvoorziening per 1 januari a.s.

Ik wil duidelijk stellen dat wij het eens zijn met de bij wet opgelegde verplichting voor de houder van een vergunning tot het technisch mogelijk maken en het verlenen van medewerking aan het aftappen van GSM-telefonie in het kader van een justitieel opsporingsonderzoek, ook als dat betekent dat de vergunninghouder dient te zorgen voor de technische voorzieningen die dit aftappen mogelijk maken. De criminaliteitsbestrij-

ding moet ook na de introductie van nieuwe communicatiemiddelen, zoals GSM-telefonie, mogelijk blijven.

Waar wij bezwaar tegen hebben, is dat de specifieke kosten van deze verplichting die door de exploitanten moeten worden gemaakt en die een gevolg zijn van wat de overheid hen oplegt, ten laste wordt gebracht van een deel van de samenleving, namelijk de exploitant en waarschijnlijk dus de gebruikers van GSM-telefonie en dus het bedrijfsleven. En dit terwijl men bij criminaliteitsbestrijding uitgaat van de gedachte dat daarmee het algemeen belang wordt gediend en dat dit daarom dus ook ten laste moet komen van de overheid. Het betreft hier een kerntaak van de overheid. De keerzijde van die kerntaakgedachte is dat de overheid dan ook het monopolie heeft bij de opsporing en de vervolging van strafbare feiten. De motivering van de minister om van dit wezenlijke principe af te wijken vinden wij, alles lezend, niet overtuigend. De impliciete gedachte dat het kennelijk redelijk is dat degene die bedrijfsmatig aan derden bepaalde diensten verleent, op voorhand structureel bijdraagt in de kosten van opsporing van strafbare feiten waarvan deze derden eventueel verdacht zouden kunnen worden, indien aan die dienstverlening gegevens kunnen worden ontleend die van belang kunnen zijn voor de opsporing, is een gedachte die wij verwerpen. Wij moeten niet denken aan een verdere uitbouw of doortrekking van die gedachte. Je hoeft je maar bij het wegverkeer een aantal voorstellingen te maken. Het feit dat de kosten in toenemende mate stijgen, zoals de minister zegt, als gevolg van het feit dat steeds vaker moet worden afgetapt, rechtvaardigt in onze ogen deze unieke stap voor GSM-telefonie niet. Het argument roept zelfs de vraag op of wij voor andere telecommunicatiemiddelen straks dezelfde weg inslaan. Daar zullen immers ook steeds vaker aftapactiviteiten moeten worden ondernomen, gelet op de stijging van en de aard van de criminaliteit. Op een vraag van de CDA-fractie of wij inderdaad voor andere telecommunicatiemiddelen straks dezelfde weg gaan inslaan, worden wij niet gerustgesteld door de antwoorden van de minister. Zij antwoordt daar helemaal niet op en ik zou de minister toch graag die duidelijkheid op dit moment willen ontlokken.

Mijnheer de voorzitter! Het feit dat nieuwe vormen van telecommunicatie steeds nieuwe investeringen eisen, rechtvaardigt op zichzelf nog niet in een specifiek geval inbreuk op het uitgangsprincipe dat de overheid de kosten van opsporing en vervolging draagt. Het feit dat met de kosten-toedeling een prikkel wordt ingebouwd voor de vergunninghouders om op de meest voordelige wijze de aftapbaarheid te realiseren, lijkt redelijk en praktisch, maar het is ook niet overtuigend inbreuk te maken op dit principe. De opgevoerde kostenfactoren vinden wij juist bij uitstek aspecten waarover de minister met de vergunninghouders, het bedrijfsleven, overleg had kunnen en moeten voeren om na te gaan of men op andere manieren tot een inbouw van een prikkel had kunnen komen om de kosten zoveel mogelijk te beperken. Ook dat, mijnheer de voorzitter, vormt voor ons een punt van kritiek. Het gaat ons om het feit dat geen overleg is ge-

voerd met het bedrijfsleven over de financiële en de praktische problemen van de aftapverplichting. Wij ontvangen namelijk signalen waaruit blijkt dat dit niet is gebeurd. Kan de minister aangeven waarom zij dit overleg niet heeft gevoerd en of zij van plan is dat alsnog te voeren?

Mijnheer de voorzitter! Dat overleg zou in onze ogen ook nodig zijn geweest om de complicerende factor van het Europese streven naar uniformering van aftapvereisten met het bedrijfsleven te bespreken. Hiermee ben ik toe aan ons derde punt van kritiek.

Loopt het bedrijfsleven en lopen de exploitanten nu niet het risico investeringen te doen die op termijn als gevolg van Europese uniformering weer moeten worden aangevuld en in het ergste geval opnieuw moeten worden gedaan? Het zou de minister – en ik ken de minister als iemand die zo'n opmerking ter harte neemt – sieren als zij op dit punt met het bedrijfsleven tot afspraken zou kunnen komen over de mogelijke botsende consequenties van de Nederlandse stappen ten aanzien van de Europese maatregelen. Kortom, mijnheer de voorzitter, het is een klein voorstelletje met voor de CDA-fractie onoverzienbare consequenties ten aanzien van de toerekening van opsporingskosten en kosten voor de criminaliteitsbestrijding. Hiermee wordt dus principiële inbreuk gemaakt op overheidsverantwoordelijkheid met het oog op de criminaliteitsbestrijding. Dit is de reden waarom wij onder de in het wetsvoorstel opgevoerde condities niet akkoord kunnen gaan met de voorgestelde regeling.⁸

- 13 Het antwoord van de minister was kort en weinig overtuigend:

Wat mij betreft hebben wij het duidelijk over iets anders dan de opsporing zelf, namelijk over het mogelijk maken van opsporing en van het beschermen van de veiligheid van de staat. Er is een zeer goede vergelijking te maken, niet met de auto-industrie zelf, maar met de kentekenregistratie. Vroeger waren er maar weinig auto's en was kentekenregistratie niet nodig. Als er in een dorp vijf auto's rondrijden die ook nog verschillen van kleur, is het voor de politie buitengewoon eenvoudig om het systeem te handhaven. Zo was het eigenlijk ook met het oude telefoonsysteem. De politie had weinig instrumenten nodig om het te kunnen aftappen. Sterker nog, als iemand mij in mijn auto op ATF 3 belt, kunnen de kamerleden mij bijna zelf afluisteren; daar is nauwelijks apparatuur voor nodig. Maar de techniek staat niet stil. Er wordt een massamarkt gecreëerd, ook voor GSM, een zeer ingewikkelde techniek, en inmiddels is de auto-industrie gegroeid. Er rijden geen zes auto's meer in een dorp maar 6.000.000 in Nederland. Het is daardoor niet meer mogelijk om op het oog te handhaven en op te sporen. Daarom is er kentekenregistratie ingevoerd, die volledig en geheel betaald wordt door de automobilist en die er enkel en uitsluitend op gericht is om het de overheid mogelijk te maken

⁸ *Handelingen II 1995/1996, nr. 6, pp. 1120-1121.*

haar opsporingsbevoegdheid uit te oefenen. Wat mij betreft is daarin de overeenkomst met het huidige wetsvoorstel gelegen.

Ik vind dat de overheid mag vragen van bedrijven die investeren in informatie-infrastructuur, dat zij de technische mogelijkheden aanbrengen en betalen – ook het onderhoud daarvan – die de uitvoering van overheidstaken mogelijk maken. Ik zie er dus geen enkel principieel probleem in, sterker, ik vind dat het heel normaal is. Ik ben het eens met de opmerking die onder anderen mevrouw Roethof hierover heeft gemaakt. Het zou heel oneerlijk zijn om, als steeds ingewikkelder apparatuur de uitvoering van die taken steeds moeilijker maakt, de kosten daarvan over de belastingbetalers uit te smeren, terwijl niet elke belastingbetaler de keuze heeft om er vervolgens gebruik van te maken. Eén ding weten wij zeker: degenen die kwaad willen, maken altijd van de meest ingewikkelde apparatuur gebruik.

- 14 Enkele in het oog springende verschillen tussen kentekenregistratie en aftapbaarheid zijn het feit dat de kosten van kentekenregistratie laag, eenmalig en voorspelbaar zijn en het feit dat een kenteken uiteraard ook voor de eigenaar een nut heeft (herkenbaarheid van de eigen auto). Dit in tegenstelling tot aftapbaarheid, een systeem waarvan de kosten hoog, doorlopend en (mede door de overheid) onvoorspelbaar zijn en waar de aanbieder geen enkel eigen gebruik kan, wil of mag maken. Het kentekensysteem is een registratiesysteem dat veeleer te vergelijken met de eenmalige registratie die alle telecomaانبieders moeten doen bij toezichthouder OPTA, zie artikel 2.1 Tw. Naar het oordeel van XS4ALL is het allerm minst redelijk dat alleen de gebruikers van een bepaalde dienst of techniek opdraaien voor de kosten van het bestrijden van een strafbaar feit dat mogelijk is gepleegd door een persoon die ook gebruiker is van die dienst of techniek. Flitspalen en de boten van de waterpolitie worden ook door wandelaars gefinancierd. Als een verdachte te voet wordt geschaduwd, betalen ook binnenblijvers daaraan mee. Het nadeel dat een mens ondervindt van criminaliteit via internet is niet afhankelijk van de vraag of men zelf een aansluiting heeft; de hele samenleving heeft baat bij criminaliteitsbestrijding en dient daarvoor ook gezamenlijk te betalen.
- 15 Ondanks het negatieve advies van de Raad van State en verzet van enkele fracties is de wet toch aangenomen. Deze wijze van kostenverdeling is, zoals de Raad van State en de CDA-fractie vreesden, vervolgens uitgebreid naar alle vormen van telecommunicatie (netwerken en diensten) in het door de regering opgestelde Beleidsvoornemen bevoegd aftappen telecommunicatie van 4 april 1996. Voornemen 5 luidde dat de investerings-, exploitatie- en onderhoudskosten voor de technische voorzieningen in verband met het aftappen en de informatieverstrekking alsmede in verband met de beveiliging ten laste dienen te komen van de netwerkbeheerders respectievelijk de dienstenleveranciers.

- 16 Dit beleidsvoornemen werd op dezelfde wijze gerechtvaardigd als de Wet aftappen GSM, waarbij bovendien werd gewezen op het feit dat deze benadering voor GSM inmiddels geldend recht was.⁹ Voor enkele bestaande netwerken en diensten voorziet het Beleidsvoornemen in een eenmalige tegemoetkoming in de kosten.¹⁰ Ratio hiervan is dat de kosten voor het aftapbaar maken achteraf veelal veel hoger zullen uitvallen dan wanneer reeds bij de ontwikkeling van de telecommunicatiesystemen hiermee rekening zou zijn gehouden.¹¹ De term internet wordt in het Beleidsvoornemen nog nergens genoemd. De vraag of internetdiensten aftapbaar moeten zijn en, zo ja, op wiens kosten, komt derhalve ook niet aan de orde.
- 17 Het Beleidsvoornemen bevoegd aftappen werd uitgewerkt bij de herziening van de WTV die uiteindelijk resulteerde in de Telecommunicatiewet 1998.¹² In de toelichting op het voorgesteld artikel 13.6 Tw schreef de minister:¹³

Toen PTT nog staatsbedrijf was, zijn de kosten die gemaakt moesten worden om een telecommunicatiesysteem aftapbaar te maken en houden steeds door de staat betaald. De staat is sinds 1989 geen netwerkbeheerder meer. Toch moet die staat kunnen blijven aftappen. Dit wordt door de toenemende technologische complexiteit steeds moeilijker. De aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken en openbare diensten tappen niet zelf af – dit is voorbehouden aan bevoegde instanties – maar faciliteren slechts het aftappen door op grond van wettelijke bepalingen tijdig organisatorische en technische maatregelen te treffen. Om te kunnen voldoen aan deze wettelijke bepalingen moeten kosten gemaakt worden. Deze kosten vloeien dus voort uit wettelijke verplichtingen en hebben geen betrekking op het aftappen zelf. Vanuit dit oogpunt ligt het voor de hand dat deze kosten niet langer door de staat maar door de aanbieders gedragen worden.

Daarnaast spelen ook budgettaire overwegingen voor de staat een rol. Het aftappen van telecommunicatie wordt een steeds belangrijker, zo niet onmisbaar middel bij de bestrijding van met name de georganiseerde criminaliteit en de bescherming van de staatsveiligheid. Het brengt in toenemende mate ook kosten voor de staat met zich mee. Deze kostenstijging wordt enerzijds veroorzaakt doordat opsporingsinstanties bij de bestrijding van de criminaliteit vaker dan voorheen het middel van de telefoontap moeten gebruiken, en anderzijds doordat het aftapbaar maken van nieuwe vormen van telecommunicatie ook voor de staat steeds opnieuw investeringen vereist. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan de aanpassing van de tapkamers. De staat wordt kortom geconfronteerd met de gevolgen van de technische ontwikkelingen op het gebied van de

⁹ Kamerstukken II 1995/1996, 24679, nr. 1, p. 9-11.

¹⁰ Zie Bijlage 4 Beleidsvoornemen.

¹¹ Kamerstukken II 1995/1996, 24679, nr. 1, p. 11.

¹² Stb. 1998, 610.

¹³ Kamerstukken II 1996/1997, 25533, nr. 3, pp. 125-126.

telecommunicatie in de vorm van steeds hogere rekeningen voor het aftappen.

Bijkomend voordeel is dat zodoende een prikkel wordt ingebouwd om op de meest voordelige wijze de aftapbaarheid te realiseren, zodat een kostprijshogend effect van de te treffen voorzieningen beperkt kan blijven. Het verdisconteren van de gemaakte kosten in de bedrijfsvoering is verder een ondernemersverantwoordelijkheid.

- 18 Kritische vragen van de Kamer hebben niet geleid tot een nadere motivering, noch tot aanpassing van de tekst.

1.4 De huidige wettelijke regeling van aftapbaarheid

- 19 Art. 13.1 Tw luidt als volgt:

1. Aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken en openbare telecommunicatiediensten stellen hun telecommunicatienetwerken en telecommunicatiediensten uitsluitend beschikbaar aan gebruikers indien deze aftapbaar zijn.

2. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld met betrekking tot de technische aftapbaarheid van openbare telecommunicatienetwerken en openbare telecommunicatiediensten.

- 20 De vereisten van aftapbaarheid zijn nader vastgelegd in het Besluit Aftappen openbare telecommunicatienetwerken en -diensten, welk besluit nader is uitgewerkt in een ministeriële regeling.¹⁴ Voor internetaanbieders houdt het kort gezegd in dat zij zodanige maatregelen dienen te treffen dat zij onverwijld aan iedere bijzondere last kunnen voldoen.

- 21 Art. 13.2 Tw bepaalt dat aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken en -diensten verplicht zijn medewerking te verlenen aan de uitvoering van een tapbevel:

1. Aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken zijn verplicht medewerking te verlenen aan de uitvoering van een bevel op grond van het Wetboek van Strafvordering dan wel een toestemming op grond van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 tot het aftappen of opnemen van telecommunicatie die over hun telecommunicatienetwerken wordt afgewikkeld.

2. Aanbieders van openbare telecommunicatiediensten zijn verplicht medewerking te verlenen aan de uitvoering van een bevel op grond van het Wetboek van Strafvordering dan wel een toestemming op grond van de

¹⁴ Besluit van 10 november 1998, *Stb.* 1998, 642, laatstelijk gewijzigd bij besluit van 16 december 2002, *Stb.* 2003, 22; Regeling aftappen openbare telecommunicatienetwerken en -diensten, *Stcrt.* 2001, 107, p. 20.

Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 tot het aftappen of opnemen van door hen verzorgde telecommunicatie.

3. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld met betrekking tot de te nemen organisatorische en personele maatregelen en te treffen voorzieningen met betrekking tot aftappen.

22 Artikel 13.5 heeft betrekking op beveiliging en geheimhouding:

1. Aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken en openbare telecommunicatiediensten zijn verplicht gegevens met betrekking tot een bijzondere last dan wel een toestemming op grond van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 als bedoeld in artikel 13.2 dan wel een vordering of een verzoek als bedoeld in artikel 13.2a of artikel 13.4, eerste of tweede lid te beveiligen tegen kennisneming door onbevoegden alsmede geheimhouding te betrachten met betrekking tot deze gegevens.

2. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld met betrekking tot de te nemen maatregelen in verband met de beveiliging, bedoeld in het eerste lid.

23 Artikel 13.6 Tw heeft betrekking op de kosten en luidt als volgt:

1. De investerings-, exploitatie- en onderhoudskosten voor de technische voorzieningen die door aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken en openbare telecommunicatiediensten zijn of worden gemaakt teneinde te kunnen voldoen aan de artikelen 13.1, 13.4, en 13.5 komen te hunnen laste.

2. Aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken en openbare telecommunicatiediensten hebben aanspraak op vergoeding uit 's Rijks kas van de door hen gemaakte administratiekosten en personeelskosten rechtstreeks voortvloeiend uit het voldoen aan een bijzondere last dan wel een toestemming op grond van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 als bedoeld in artikel 13.2, eerste en tweede lid, dan wel een vordering of een verzoek als bedoeld in artikel 13.2a of artikel 13.4, eerste of tweede lid.

3. Bij ministeriële regeling worden regels gesteld met betrekking tot de vaststelling en vergoeding van de kosten, bedoeld in het tweede lid.

24 Artikel 13.8 voorziet in de mogelijkheid van een ontheffing:

Van de verplichtingen die voortvloeien uit dit hoofdstuk kan Onze Minister in overeenstemming met Onze Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Onze Minister van Defensie en Onze Minister van Justitie in bijzondere gevallen ontheffing verlenen. Een ontheffing kan onder beperkingen worden verleend. Aan een ontheffing kunnen voorschriften worden verbonden.

1.5 De implementatie van aftapbaarheid

- 25 De noodzaak hun netwerken aftapbaar te maken, plaatste alle aanbieders uiteraard voor aanzienlijke kosten. Zoals uit de geciteerde artikelen blijkt, is echter veel van de implementatie van aftapbaarheid overgelaten aan lagere regelgeving. De wijze van totstandkoming, inhoud en toepassing van de door Staat uitgevaardigde uitvoeringsregelgeving heeft de kosten voor aanbieders nog verder verhoogd.
- 26 Toen de Telecommunicatiewet op 15 december 1998 in werking trad, liep Nederland ver vooruit op andere Europese landen en de Verenigde Staten voor wat betreft het aftappen van internetverkeer. Er bestonden geen nationale of internationale (technische) standaarden, geen uitgewerkte protocollen voor de overdracht van de getapte informatie tussen aanbieders en opsporingsautoriteiten, en dus ook geen apparatuur. De genoemde Raadsresolutie van 17 januari 1995 is weliswaar vervat in zeer brede formuleringen, zoals ‘communication networks’, maar was geschreven voor spraaktelefonie.¹⁵
- 27 De Nederlandse pionierspositie en de wijze waarop de overheid de wettelijke plicht nader heeft gespecificeerd tot functionele en technische eisen, is voor deze zaak van groot belang. Zij illustreren namelijk dat aanbieders veel meer kosten hebben moeten maken om te voldoen aan hun wettelijke aftapbaarheidsverplichtingen dan als Nederland had gewacht totdat andere landen het pionierswerk hadden gedaan en dat de Staat, door heel nauwkeurig voor te schrijven welke functionaliteit de aanbieders moesten bieden en hoe zij die moesten aanbieden, in hoge mate de kosten van aftapbaarheid zelf heeft bepaald. Dit in weerwil van de hierboven¹⁶ geciteerde stelling, gebruikt om de verschuiving van de kosten naar de aanbieders te rechtvaardigen, dat de overheid géén invloed had op de (technische) kosten.
- 28 De Nederlandse internetaanbieders hebben onder toepassing van de ontheffingsmogelijkheid van artikel 13.8 Tw tot 15 april 2001 uitstel gekregen van de verplichting alle netwerken en diensten aftapbaar te maken, in afwachting van overeenstemming over een protocol en daarna het uitnodigen van potentiële leveranciers om een systeem te ontwikkelen.¹⁷ Op het moment dat deze deadline verstreek, was de praktische invulling van de technische standaarden, normen en vereisten voor het aftappen van internetverkeer óf nog in behandeling óf ontbrak volledig. De inrichtingsregels voor het aftappen lagen bij de Raad van State ter goedkeuring. Pas op 7 juni 2001 verscheen de definitieve Regeling aftappen openbare telecommunicatienetwerken en diensten in de Staatscourant, die reeds op 15 juni 2001 in werking trad.¹⁸ Met het opleggen van

¹⁵ Zie bijvoorbeeld artikel 1.4: “Law enforcement agencies require access to call associated data such as [...]” waaruit blijkt dat het alleen gaat over telefonieoproepen. Internet werd in 1995 nog maar in beperkte kring gebruikt.

¹⁶ Zie § 8, laatste zin citaat en § 17, tweede alinea laatste zin citaat.

¹⁷ Beleidsregels ontheffingverlening aftapbaarheid Internetdiensten, 7 mei 1999, *Stcrt.* 1999, 86, p. 9; Beleidsregels ontheffingverlening aftapbaarheid Internetdiensten 2000, 17 juli 2000, *Stcrt.* 2000, 133, p. 37.

¹⁸ Regeling aftappen openbare telecommunicatienetwerken en -diensten, *Stcrt.* 2001, 107, p. 20.

onmiddellijke en volledige aftapbaarheid ging de Staat voorbij aan de nog in ontwikkeling zijnde Europese (ETSI) standaard voor het aftappen.

- 29 De Staat heeft in de periode 2000-2001 dus een geheel eigen standaard ontwikkeld, vastgelegd in 2 technische documenten, de functionele specificaties van interceptie in WAI/GT/FuncSpecs, en de specificaties van overdracht van de datastroom aan de opsporingsautoriteiten in de TIIT. Door de ontwikkelingen in internationaal verband voor te willen zijn, heeft de Staat de aanbieders hier ten lande aanzienlijke pionierskosten opgedrongen. Het is een treffend voorbeeld van de wijze waarop de Staat keuzes heeft gemaakt, waarvan de aanzienlijke financiële gevolgen voor anderen waren en die de Staat dus ook vermoedelijk niet had gemaakt, als die gevolgen op de eigen (rijks)begroting hadden gedrukt.

1.5.1 Functionele specificaties

- 30 De 'Werkgroep Aftappen Internet', een overleg tussen overheid (opsporingsautoriteiten) en internetaanbieders, produceerde onder grote druk van de Staat op 13 juni 2000 de eerst 'officiële' versie van het document WAI/GT/FuncSpecs, waarin de functionele vereisten worden beschreven voor aftapbaarheid van internetdiensten en internetverkeersgegevens. Met 'functionele vereisten' wordt bedoeld op de soorten diensten en gegevens die aftapbaar respectievelijk opvraagbaar zouden zijn. De werkgroep werd hierna opgeheven, maar veel vragen bleven onbeantwoord, die in de praktijk moesten worden opgelost door de aanbieders. De officiële WAI Functionele specificaties die gepubliceerd werden in de Staatscourant waren onjuist. Wie volgens die specificaties een systeem bouwde, kreeg gegarandeerd een niet-werkende oplossing. Dus is de tapapparatuur ontwikkeld op basis van concept nieuwe versies van de WAI/GT. De WAI specificaties bleven zeer gedetailleerd, maar tegelijkertijd waren de technische specificaties op veel plaatsen onduidelijk.¹⁹
- 31 Van belang is dus te constateren dat het de Staat is geweest die uiteindelijk tot in detail heeft bepaald wat de functionele specificaties waren waaraan de aanbieders moesten voldoen. Zij heeft dat gedaan op een wijze die leidde tot verwarring, onzekerheid en vertraging. Aldus heeft ook de Staat niet alleen in vergaande mate bepaald welke kosten de aanbieders zouden moeten maken om aan hun wettelijke verplichtingen te voldoen maar die kosten ook nog eens onnodig verhoogd.

19 Hiervan zijn vele voorbeelden te geven, waaronder: (1) onduidelijkheid hoe om te gaan met een klant die twee keer tegelijkertijd inbelt (bijvoorbeeld met een dubbele ISDN-verbinding of met een ADSL-verbinding én inbellend), (2) onduidelijkheid over de vraag of ook uitgaande e-mail afgetapt kon en moest worden, (3) beveiligde sleuteluitwisseling: de WAI definieerde niet de vervaldatum van het certificaat, waardoor de verbindingen na een jaar hun geldigheid verloren, en er nieuwe certificaten moesten worden aangemaakt, (4) hoe om te gaan met een klant die verhuist tijdens een tap, (5) er was geen portfolio met de verzoeken die opspoorders mochten doen, dit is door de providers uiteindelijk gemaakt, (6) men wilde aan de ene kant 'alles', aan de andere kant wilde men natuurlijk niet de virussen en spam die de meerderheid van het e-mailverkeer beslaat.

1.5.2 Technische specificaties

- 32 In een ander overlegorgaan, het Deelorgaan Aftappen van het Overleg Post en Telecommunicatie (OPT/DAF) werd gewerkt aan een praktische standaard voor de overdracht van de afgetapte datastromen, de TIIT, *Transport of Intercepted IP Traffic*. De allereerste versie van dit protocol, versie 0.1.2, verscheen in oktober 2000. Pas in september 2002, meer dan een jaar na het verstrijken van de ontheffingsperiode voor internetaanbieders, werd de officiële eerste versie van de TIIT gepubliceerd door het Ministerie van Economische Zaken, V1.0.0 (2002-09). Gedurende die periode moesten internetaanbieders wél kunnen aftappen maar wisten zij niet precies hoe dat moest, hetgeen wederom tot veel onzekerheid, overleguren en kosten heeft geleid.
- 33 De TIIT standaard definieert hoe het afgetapte verkeer op een veilige wijze afgeleverd moet worden bij de Staat. TIIT bepaalt dat er twee soorten knooppunten in het netwerk van de aanbieder moeten worden geïnstalleerd; een ‘opnamesysteem’ (S1, ook wel ‘sniffer’ genaamd) dat het internetverkeer registreert en een doorgiftesysteem (S2) dat een beveiligde verbinding opzet tussen de aanbieder en de desbetreffende opsporingsinstantie voor doorgifte van de onderschepte data. Ook aan overheidszijde wordt met twee knooppunten gewerkt; een opvangsysteem (T1) dat de data van het doorgiftesysteem van de aanbieder in ontvangst neemt en een opslagsysteem (T2) dat de data opslaat. Door met verschillende knooppunten te werken, wordt voorkomen dat er een centraal beveiligingsprobleem kan ontstaan en dat het uitvallen van één systeem de integriteit en beveiliging van de andere systemen kan compromitteren. Tussen het doorgiftesysteem van de aanbieder en het opvangsysteem van de opsporingsautoriteiten wordt alleen versleutelde data uitgewisseld. Een eventueel falen in deze communicatie heeft geen gevolgen voor het opnemen van de data van een verdachte door het opnamesysteem en ook geen gevolgen voor de reeds opgeslagen gegevens bij de opsporingsautoriteiten in het opslagsysteem.
- 34 In de standaard wordt verder nog onderscheid gemaakt tussen de pure datastroom en de bijbehorende verkeersgegevens. Aanbieders moeten blijkens dit document de bijbehorende verkeersgegevens (de zogenaamde IRI, *Interception Related Information*) apart registreren en meeleveren. De meeste aanbieders kunnen om technische redenen niet volstaan met één S1-opnamesysteem, maar moeten meerdere van deze (dure) systemen in hun (complexe en dus niet eenvoudig aan te passen) netwerken plaatsen om er zeker van te zijn dat al het verkeer van een specifieke verdachte wordt opgevangen.
- 35 Ondanks herhaald aandringen van de NLIP weigerde de Staat om een indicatie te geven van het aantal gelijktijdige taps dat providers maximaal konden verwachten. In de genoemde Raadsresolutie van 17 januari 1995 werd uitgegaan van een maximum aantal gelijktijdige intercepties dat men moest kunnen verwerken:

8. Voor de wetshandhavingdiensten is het noodzakelijk dat netwerkexploitanten/dienstenverstrekkers voorzieningen treffen voor de uitvoering van een aantal gelijktijdige intercepties. [...] Het maximaal aantal gelijk-

tijdige intercepties op een bepaald aantal abonnees zal overeenkomstig de nationale eisen worden vastgelegd.

- 36 Nederland werkte aanvankelijk niet met een maximum, maar met een omgekeerde eis, een promillage van het totaal aantal klanten dat gelijktijdig afgetapt moet kunnen worden. Deze promillage-eis werd echter geschrapt in 2001, op het moment dat ISP's aftapbaarheid moesten kunnen bieden. Deze wijziging werd als volgt toegelicht:

Allereerst is als gevolg van het schrappen van de zogeheten promillage-eis in artikel 2 van het Besluit aftappen de concrete uitwerking daarvan met betrekking tot de onderscheiden netwerken en diensten in de onderhavige regeling komen te vervallen. Thans wordt met betrekking tot de onderscheiden netwerken en diensten slechts bepaald dat deze zodanig dienen te zijn ingericht dat iedere bijzondere last onverwijld kan worden uitgevoerd. Het is derhalve in het nieuwe stelsel aan de aanbieders zelf om te bepalen hoeveel aftapcapaciteit zij wensen te reserveren teneinde de aan hen aangeboden bijzondere lasten onverwijld uit te kunnen voeren. Deze vrijheid voor aanbieders betekent ook een extra verantwoordelijkheid; in het geval men onverhoopt niet aan de eis kan voldoen dat een bijzondere last onverwijld wordt uitgevoerd, zal men geen beroep kunnen doen op het feit dat men op een verkeerde of gebrekkige wijze de aftapbaarheidseis ex artikel 13.1 Tw heeft geïmplementeerd. Voor de precieze achtergronden bij het laten vervallen van de aftappromillages wordt kortheidshalve verwezen naar paragraaf 2 van de nota van toelichting bij het besluit tot wijziging van het Besluit aftappen openbare telecommunicatienetwerken en -diensten.

- 37 Het gevolg daarvan is dat zij elke aftaplast moeten kunnen uitvoeren, ongeacht hoeveel zij er al hebben lopen. Met andere woorden, de aanbieders hebben in het geheel geen houvast meer en moeten een afweging maken tussen de hoogte van de investering en de kans dat op een piekmoment zij geen aftaplijnen beschikbaar hebben en dus een misdad plegen door niet te kunnen voldoen aan een taplast. Providers worden daardoor gedwongen om bij voorbaat meerdere S1-systemen aan te schaffen en in hun netwerk te plaatsen.
- 38 XS4ALL begon in augustus 2001 met het uitzoeken van een leverancier, terwijl de TIIT dus nog volop in ontwikkeling was. De NLIP had een leveranciersdag georganiseerd in Den Haag. XS4ALL heeft daarop met vier verschillende leveranciers een compleet traject doorlopen, met een Amerikaans bedrijf dat een tapdoos had ontwikkeld op basis van de Amerikaanse Carnivore-vereisten, met Accuris uit Ierland, met het Nederlandse Pine en met het Israëlische Comverse (waarvan de overheid ook de apparatuur afnam). Uiteindelijk koos XS4ALL voor de Nederlandse, nieuw te ontwikkelen oplossing van Pine. Vanaf november/december 2001 werd hieraan intensief ontwikkeld.

1.5.3 Problemen bij implementatie

39 De belangrijkste initiële en nog lopende problemen bij de implementatie van aftapbaarheid kunnen als volgt worden omschreven:

- Doordat Nederland sterk vooropliep met het afdwingen van aftapbaarheid van internetdiensten werden providers gedwongen om een ingewikkeld ordertraject te doorlopen om een leverancier te vinden die aan deze eisen kon voldoen. Bij nieuwe technologie brengen leveranciers aanzienlijke ontwikkelkosten in rekening.
- Doordat het lange tijd zo onduidelijk was wat de definitieve specificaties waren, en het netwerk van iedere aanbieder anders is, konden er geen duidelijke prijsvergelijkingen worden gemaakt. XS4ALL heeft vier ordertrajecten doorlopen met vier verschillende leveranciers, voordat een duidelijke keuze gemaakt kon worden over de kosten van aanschaf en permanent onderhoud en licentiekosten. De drie eerste leveranciers waarmee XS4ALL onderhandelde, de Amerikaanse partij, Comverse en Accuris, offereerden bedragen die ruim tienmaal zo hoog lagen als de uiteindelijk gekozen oplossing. Door met het Nederlandse bedrijf Pine in zee te gaan voor de op dat moment ontwikkelde aftapoplossing genaamd EVE, heeft XS4ALL gekozen voor verhoudingsgewijs zeer lage kosten voor apparatuur, maar ook voor een relatief arbeidsintensief ontwikkeltraject.
- De Staat legde in 2000 en 2001 een zware druk op aanbieders om de diensten en netwerken zo snel mogelijk aftapbaar te maken, maar bleef zelf op meerdere punten ernstig in gebreke. In de eerste plaats door onwerkbaar geheimhoudingsrituelen rondom de functionele specificaties, maar in de tweede plaats doordat het ontvangstapparaat aan opsporingszijde noch technisch noch administratief gereed was (en nog steeds niet is). XS4ALL heeft de indruk dat zij een van de eerste partijen in Nederland is die uiteindelijk een werkende oplossing gereed had. Daarvoor heeft XS4ALL in 2001-2003 wel veel extra discussies moeten voeren met alle betrokkenen 'of het al werkte', inclusief testdagen met het oversturen van testdata naar opsporings- en veiligheidsdiensten. Tot op heden doen zowel opsporings- als veiligheidsdiensten regelmatig een technisch onmogelijk verzoek, waardoor de technische experts van XS4ALL gedwongen worden uit te leggen hoe het netwerk technisch werkt en waarom de gevraagde informatie niet kan worden aangeleverd op de gewenste manier.
- XS4ALL (en andere aanbieders) zijn door deze zeer scheefgegroeide kennisverhouding in de praktijk – die nog eens wordt verergerd door een gestage uitbreiding van de kring van behoeftestellers die bevelen op grond van hoofdstuk 13 Tw kunnen doen – gedwongen om de opsporingsautoriteiten op te leiden in de omgang met versleutelde communicatie, met certificaten en met de opslag van datastromen die zo groot zijn dat ook aan opsporingszijde niet voldoende degelijke opslagcapaciteit beschikbaar is om de getapte informatie veilig te kunnen ontvangen en analyseren.

- Door onwetendheid en gebrek aan coördinatie blijken de opspoorders in de praktijk vaak niet uit de voeten te kunnen met de technische vereisten. Zij vragen – en ontvangen derhalve – veel meer data dan zij kunnen verwerken en stellen dus regelmatig nieuwe eisen aan aanbieders ten aanzien van ‘deel-aftapbaarheid’ van specifieke internetprotocollen.²⁰ Hoewel vanuit de opspoorders de wens om bijvoorbeeld gefilterd verkeer niet nieuw was, heeft de wetgever ervoor gekozen om alleen een volledige tap of een inkomende e-mail tap te legitimeren. Internetaanbieders hebben altijd uitgelegd dat deel-aftapbaarheid per internetprotocol technisch niet mogelijk is, maar dat de aanbieder dan een volledige tap zou moeten zetten en zelf het gewenste verkeer eruit filteren, en dat dat onder meer een onaanvaardbare inbreuk zou vormen op het communicatiegeheim. In de praktijk worden aanbieders onder dreiging van bijvoorbeeld inbeslagname van apparatuur ertoe bewogen om toch alleen die informatie te verschaffen die de opsporingsautoriteiten zelf kunnen verwerken.
 - Terwijl de aftapspecificaties ontwikkeld werden, moest XS4ALL onderhandelen met leveranciers. Tegelijkertijd nam de bandbreedte in het netwerk sterk toe, waardoor ook de aftapfaciliteiten steeds moesten worden aangepast. Van een paar 100Mbit/s verbindingen in 2000 groeide XS4ALL naar 8Gbit/s in 2004. Op dit moment groeit XS4ALL alweer naar een volgende stap, naar 10Gbit/s. Om deze voortdurende groei ook bij te kunnen houden met de aftapfaciliteiten kost voortdurend veel tijd en hoofdbreken, zowel op managementniveau als puur technisch, in het installeren en onderhouden van de faciliteiten.
- 40 Uit het voorgaande komt het volgende beeld naar voren. De Staat heeft in de wet vastgelegd dat alle kosten van aftapbaarheid voor rekening van aanbieders komen en dat hij de aftapbaarheidsverplichting in lagere regelgeving mocht uitwerken. Vervolgens heeft de Staat zeer gedetailleerde, complexe en dus dure eisen gesteld aan de aftapvoorzieningen en de kosten voor de aanbieders onnodig opgedreven door onduidelijke, ontijdelijke en onvoldragen regelgeving uit te vaardigen.

1.6 De kosten van aftapbaarheid

- 41 De kosten van aftapbaarheid kunnen maar in zeer beperkte mate door de aanbieders zelf worden beïnvloed. De op grond van artikel 13.1 lid 2 en 13.2 lid 3 Tw door de Staat uitgevaardigde lagere regelgeving bevat zeer specifieke bepalingen omtrent de faciliteiten die de aanbieders beschikbaar dienen te hebben. De Staat verplicht de aanbieders dus niet alleen *in abstracto* om hun netwerken en diensten onbegrensd aftapbaar te maken, maar verplicht hen ook *in concreto* tot het treffen van een veelheid aan specifieke maatregelen en dus het doen van aanvullende (zeer hoge) investeringen. Aangezien de specificaties worden gedreven door de wensen van het opsporingsapparaat en het opsporingsapparaat zo goed mogelijke faciliteiten wenst, leidt artikel 13.6 lid 1 Tw er in combinatie met de overige bepalingen van hoofdstuk 13 Tw

²⁰ De aftapverplichting ziet in beginsel op het aftappen van al het internetverkeer van de betrokkene. Het is aan de opsporingsautoriteit om uit die datastroom de gewenste informatie te destilleren.

toe dat de aanbieders op eigen kosten ten behoeve van de overheid een 'state of the art' aftapinfrastructuur hebben moeten aanleggen. De Staat heeft zichzelf *carte blanche* gegeven en benut die ten volle.

1.6.1 Kosten gemaakt door XS4ALL

- 42 Om inzicht te krijgen in de kosten die zij zelf heeft gemaakt om aftapbaarheid te implementeren en in stand te houden – de kosten dus die zij volgens artikel 13.6 lid 1 Tw zelf dient te dragen – heeft XS4ALL een onderzoeksopdracht verstrekt aan het accountantskantoor Ernst & Young. De rapportage van Ernst & Young wordt overgelegd als **PRODUCTIE E-1** en laat zien dat XS4ALL in de periode 2001-2004 in totaal een bedrag van 489.293 heeft uitgegeven om te kunnen voldoen aan de eisen van hoofdstuk 13 Tw.
- 43 De door XS4ALL gemaakte kosten hebben met name bestaan uit investeringen in aanschaf van apparatuur, kosten van extern projectmanagement en in personeelskosten. De beschreven complexiteit van aftapbaarheid en onduidelijkheid over de technische en functionele eisen waaraan het systeem moest voldoen, hebben ervoor gezorgd dat met name de personele kosten zeer hoog zijn geweest.

1.6.2 Situatie in andere lidstaten

- 44 De uit budgettaire overwegingen geboren regeling van de kosten van aftapbaarheid in Nederland is vrij uitzonderlijk. Hoewel accurate gegevens schaars zijn, blijkt uit een recente studie naar aftapbaarheid in de G7-landen, dat deze – op Duitsland na – alle hun telecomaandieners tegemoetkomen in de kosten van aftapbaarheid.²¹ De studie wordt overgelegd als **PRODUCTIE E-2** en geeft het volgende beeld:

Frankrijk: *Aanbieders krijgen als gevolg van een uitspraak van de Franse Raad van State (zie hieronder, § 132 e.v.) een ruimhartige vergoeding voor de kosten van aftapbaarheid, waardoor er weinig protest van aanbieders bestaat over aftapbaarheid. De ondernemingen krijgen hun daadwerkelijke kosten vergoed. Investeringskosten in technische apparatuur worden verhaald op de overheid. Kritiek bestaat vooral over het feit dat het vergoedingsproces voor de kosten traag en omslachtig is.*

Italië: *Ook in Italië worden de kosten voor aftapbaarheid royaal vergoed. De met het besluit van 26 april 2001 ingevoerde "listino" stelt een trapsgewijs concept voor, waarbij ondernemingen investeringskosten, onderhoudskosten en persoonlijke kosten kunnen verhalen op de overheid. De kosten voor de overdracht van data nemen aanvankelijk de ondernemingen op zich, die daarvoor van het stadsbestuur een vergoeding krijgen. De afrekening gebeurt lokaal of door de rechtbank die het doorvoe-*

²¹ F. Büllingen & A. Hillebrand, *Sicherstellung der Überwachbarkeit der Telekommunikation. Ein Vergleich der Regelungen in den G7-Staaten*, Wissenschaftliches Institut für Kommunikationsdienste, 2003.

ren van de controlemaatregel heeft opgedragen. Uit recente persuitingen²² blijkt dat Italië jaarlijks circa € 300 miljoen vergoedt aan teleco-
maanbieders.

Verenigd Koninkrijk: De RIPA (Regulation of Investigatory Powers Act) verplicht het Ministerie van Binnenlandse Zaken te zorgen voor financiële vergoedingen. De regering heeft voor die betalingen rond de 20 miljoen pond vrijgemaakt voor 2001-2004. De verwachting is dat de gemaakte kosten hierdoor ongeveer gedekt worden. Het is nog niet precies te zeggen welke kosten in de berekening zullen worden vergoed (hardware, software, persoonlijke kosten). Om te vermijden dat aanbieders winst maken op de implementatie van aftapbaarheid bestaan geen vaste prijslijsten in verband met de door de ondernemingen te maken kosten.

Verenigde Staten: Het Congres heeft rond de 500 miljoen dollar beschikbaar gesteld voor het betalen van vergoedingen voor het installeren van de technologie die van de aanbieders wordt vereist. Om de betalingen af te wikkelen is het TCCF (Telecommunication Carrier Compliance Fund) opgericht (USC § 1020). In dit fonds storten de bevoegde overheidsinstellingen een bepaald bedrag. Uit het fonds worden op grond van USC § 1008 betalingen gedaan aan aanbieders ter vergoeding van kosten die worden gemaakt om hun systemen te laten voldoen aan wettelijke aftapeisen. Kosten die worden gemaakt om apparatuur en netwerken aan te passen die vóór 1995 zijn aangelegd, komen sneller en in grotere mate voor vergoeding in aanmerking.

De Criminal Code verschaft de ondernemingen een volledige vergoeding van de kosten voor het uitvoeren van maatregelen: "Any provider of wire or electronic communication service, landlord, custodian or other person furnishing such facilities or technical assistance shall be compensated therefore by the applicant for reasonable expenses incurred in providing such facilities or assistance."

Canada: Krachtens een huidige wetsontwerp zouden aanbieders die bestaande systemen moeten aanpassen om ze aftapbaar te maken, de kosten daarvoor niet zelf te hoeven dragen. Nieuwe systemen zouden moeten worden voorzien van een 'basic intercept capability'.

Japan: De regering heeft aangegeven bereid te zijn een groot deel van de ontwikkelingskosten voor haar rekening te nemen. Er zijn debatten gaaude in het parlement over de van de aanbieders verwachtte medewerking. Vooruitlopend op deze discussie betoonde het Ministerie van Justitie in een verklaring aan het Parlement nadrukkelijk dat als de door de overheid gestelde eisen de apparatuur en de technologie van de onder-

²² Economist 3 maart 2005.

nemingen overschrijden, of ze hun functioneren ernstig storen, de aanbieders legitieme gronden hebben medewerking te weigeren.

- 45 In de Finse Telecommunicatiewet is expliciet neergelegd dat de investeringskosten voor aftapbaarheid volledig worden vergoed.²³ In Oostenrijk geldt hetzelfde na een hierna (§ 127) nog te bespreken arrest van het *Verfassungsgericht*.

1.6.3 Belemmering van innovatie

- 46 De Nederlandse aftapwetgeving heeft ook aanzienlijke niet-financiële kosten tot gevolg. Onduidelijkheid over de eisen die de overheid zal stellen aan aftapbaarheid en de hoge en onzekere kosten die zijn gemoeid met de ontwikkeling en implementatie van aftapbaarheid vormen een aanzienlijke rem op de ontwikkeling en beschikbaarstelling van nieuwe diensten. Een aantal voorbeelden kan dat illustreren.

- **VPN** – Hoewel er een grote zakelijke behoefte is aan beveiligde internetverbindingen (zogenoemde VPN-diensten), levert XS4ALL die niet zelf, maar laat dat via resellers doen, die geen openbare telecommunicatie aanbieder zijn in de zin van de Telecommunicatiewet en dus geen aftapbaarheid hoeven aan te bieden. Als XS4ALL zelf VPN-diensten zou aanbieden, zou zij de beveiliging van de verbinding in geval van een tap ook zelf moeten kunnen verwijderen. Dat is onmogelijk zonder een fundamentele aantasting van de veiligheid van de verbinding, die de dienstverlening onverkoopbaar zou maken.
- **IPv6** – De Functionele en technische specificaties zijn gebaseerd op versie 4 van het Internet protocol (IPv4). Er bestaat geen functionele of technische specificatie voor het aftappen van IP versie 6. Functioneel is IPv6 echter een zeer belangrijke innovatie. IPv4 heeft namelijk een te beperkt aantal IP-nummers, zodat dringend uitbreiding nodig is. Daarnaast biedt IPv6 veel verbeteringen op het gebied van veiligheid, omdat verbindingen beter te beveiligen zijn tegen hacking, aanslagen en andere risico's. IPv6 is niet of slechts zeer moeilijk aftapbaar, terwijl ook het beleid van de Staat in dit verband nog onbekend is. Deze onzekerheid weerhoudt XS4ALL er momenteel van veel te investeren in IPv6, zodat deze innovatieve vorm van dienstverlening vooralsnog nauwelijks gebruikt wordt.
- **VoIP** – XS4ALL biedt zelf geen *voice over IP* (VoIP, bellen via internet) aan, maar klanten kunnen er wel gebruik van maken. Wanneer een afgetapte klant gebruik maakt van VoIP, wordt de spraakdata ook afgetapt, maar niet in leesbare vorm vanwege encryptie. Er bestaan geen technische of functionele specificaties voor het aftappen van VoIP. Het is zeer onduidelijk of en zo ja hoe VoIP afgetapt zal moeten worden. Dat weerhoudt XS4ALL ervan te investeren in deze technologie, waarvan nationale en internationale overheden en toezichthouders het erover

²³ Zie artikel 98 van de Communications Market Act (onofficiële Engelse vertaling op http://www.mintc.fi/www/sivut/english/tele/telecommunications/communications_market_act.pdf).

eens zijn dat het van groot belang is voor de ontwikkeling van concurrentie op de telefoniemarkt.²⁴

- **WiFi** – XS4ALL biedt zelf geen zogenoemde *hotspots* (openbare toegangspunten voor draadloze internettoegang), omdat de kosten van individuele aftapbaarheid van gebruikers dermate hoog zijn dat er nooit een rendabele *business case* kan worden gebouwd. KPN heeft met haar dochteronderneming HubHop onder grote druk van de overheid een aftapmogelijkheid ontwikkeld in de *hotspots* zelf die voor XS4ALL onbetaalbaar is.
- 47 In het algemeen is het voor XS4ALL niet goed mogelijk te investeren in nieuwe veiligheidsdiensten, zij als aanbieder van openbare telecommunicatiediensten onderworpen is aan de wettelijke aftapbaarheidsplicht. Onzekerheid omtrent de eisen en kosten van aftapbaarheid maken de dienstverlening bedrijfseconomisch onhaalbaar, althans vertraagt de introductie van dergelijke diensten aanzienlijk.
- 48 Dit is des te bezwaarlijker omdat de hier genoemde diensten wél zonder aftapbaarheidsmogelijkheid mogen worden aangeboden door marktpartijen die niet kunnen worden aangemerkt als aanbieder van openbare telecommunicatienetwerken of –diensten in de zin van de wet. Zo kunnen internetgebruikers bijvoorbeeld een VPN-verbinding opbouwen of VoIP-gesprekken voeren door gebruik te maken van software-applicaties. Het programma Skype is een goed voorbeeld van een VoIP-applicatie die het mogelijk maakt onaftapbare telefoongesprekken te voeren. Het leveren van een software-applicatie valt niet onder de wettelijke definitie van het leveren van een openbare telecommunicatiedienst. Met andere woorden, XS4ALL draagt de lasten van een voorziening in het algemene belang die dat algemene belang niet volledig borgt.

2 INLEIDING JURIDISCHE GRONDSLAGEN

- 49 Tot zover de achtergrond en implementatie van de wettelijke regeling van aftapbaarheid en de daarbij gemaakte kosten. In de volgende paragrafen licht XS4ALL ter onderbouwing van haar vorderingen toe waarom artikel 13.6 lid 1 Tw onverbindend is. Achtereenvolgens komen aan de orde het primaire en secundaire Europese Gemeenschapsrecht, het beginsel van *égalité devant les charges publiques* en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

²⁴ Zie hierover recentelijk nog het persbericht van de Europese Commissie, 'EU regulators favour pro-competitive approach to Internet telephony', IP/05/167 van 11 februari 2005, waarin Commissaris Reding als volgt wordt geciteerd: "I expect Voice over IP to lead to more diverse and innovative services in the market which may well have an even bigger impact on consumers and businesses than email. And Voice over IP is just the tip of the iceberg. IP-based networks and services will be the basis for a whole new range of communications services, not only benefiting consumers directly, but feeding through directly to the whole economy. I am convinced that, as the market develops, the European Commission and national regulators will jointly ensure that throughout the EU, the roll-out of new IP-based services will not be hindered by regulatory hurdles."

3 STRIJD MET GEMEENSCHAPSRECHT

- 50 Artikel 13.6 lid 1 Tw en de nadere regelgeving ter uitvoering van deze bepaling zijn in strijd met het Europese gemeenschapsrecht. De Nederlandse regelgeving is niet verenigbaar met de regels ten aanzien van het vrij verkeer van goederen en diensten binnen de gemeenschap.
- 51 De vrij verkeer regels zijn neergelegd in het EG-Verdrag zelf maar de onderliggende beginselen van gemeenschapsrecht zijn voor wat betreft de sector elektronische communicatie nader uitgewerkt in een serie sectorspecifieke harmonisatierichtlijnen uit 1997, die in 2002 ingrijpend zijn vernieuwd. De voortschrijdende harmonisatie beperkt de vrijheid van lidstaten verder om nationale regelgeving voor de communicatiesector in te voeren of in stand te houden.
- 52 Hierna wordt eerst ingegaan op de vrij verkeer regels in het algemeen en daarna op de nadere invulling die deze regels voor de elektronische communicatiesector hebben gekregen.

3.1 Vrij verkeer van goederen en diensten: EG-Verdrag

- 53 Artikel 49 EG verbiedt beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap. Het verbod heeft zowel betrekking op discriminerende maatregelen als op iedere beperking die de werkzaamheden van de dienstverlener die in een andere lidstaat is gevestigd en aldaar rechtmatig gelijksoortige diensten verricht, minder aantrekkelijk maakt.²⁵ Dat een dergelijke maatregel zonder onderscheid geldt voor binnenlandse dienstverleners en dienstverleners uit andere lidstaten – en dus in dat opzicht niet discrimineert – doet er niet aan af dat een dergelijke maatregel toetreding tot de markt van die lidstaat kan belemmeren en aldus een beperking van het vrij verkeer van diensten in de zin van artikel 49 EG vormt.
- 54 Het spreekt welhaast voor zich dat de levering van internetdiensten een grensoverschrijdende activiteit is en dat maatregelen die de vrijheid om die diensten te leveren beperken, per definitie grensoverschrijdend effect hebben. Internetverkeer is immers altijd bereikbaar aan de andere kant van een staatsgrens.²⁶ Daar komt nog bij dat XS4ALL beschikt over circa 1650 klanten die zijn gevestigd in andere lidstaten dan Nederland en die van haar aftapbare diensten afnemen.

²⁵ Zie onder meer HvJ EG 28 maart 1996, zaak C-272/94, *Jur.* 1996, p. I-1905; Guiot, ov. 15 en HvJ EG 29 november 2001, zaak C-17/00, *Jur.* 2001, p. I-9445; Coster, ov. 29.

²⁶ Hijmans vatte onlangs de jurisprudentielijn van het Hof van Justitie zo samen, dat voor het internetverkeer überhaupt geen betekenis toekomt aan het concept van zuiver interne aangelegenheden die zich in al hun relevante aspecten in een enkele lidstaat afspelen: H. Hijmans, 'De Europese Unie, verdwijnende grenzen en elektronische diensten', *SEW* 2004, 52, p. 353. Hij ondersteunt ook overigens expliciet de stelling dat bij internetverkeer steeds een relatie met de interne markt wordt verondersteld.

- 55 Artikel 13.6 lid 1 Tw en de verdere regelgeving ter uitvoering van die bepaling vormen een beperking van het vrije verkeer van diensten in de zin van artikel 49 EG. Zoals hiervoor beschreven vormen de verplichting om de apparatuur op eigen kosten aftapbaar te maken en de nadere regelgeving over de wijze waarop dit moet gebeuren een belemmering voor ondernemingen om actief te worden op de Nederlandse markt. Het aanbieden van internetdiensten door ondernemingen die vergelijkbare diensten in andere lidstaten aanbieden wordt hierdoor minder aantrekkelijk. Het gaat hier niet om een louter theoretische toegangsdrempel gelet op de – hiervoor toegelichte – aanzienlijke kosten die ook een startende onderneming die internetdiensten wil aanbieden in Nederland zal moeten maken. Iedere (wettelijke) verplichting door lidstaten opgelegd aan ondernemingen tot het betalen van een vergoeding of het maken van kosten maakt het aanbieden van diensten minder aantrekkelijk en beperkt daarmee het vrij verkeer van diensten.²⁷
- 56 Dat een drempel voor het aanbieden van telefonie- en internetdiensten een belemmering vormt voor de handel tussen lidstaten, ligt voorts om de volgende redenen voor de hand. Internettoegang wordt mede aangeboden door internationale bedrijven die in meerdere lidstaten actief zijn. XS4ALL is een dochteronderneming van KPN Telecom, dat ondermeer actief is in België en Duitsland. Internettoegang is bovendien een steeds belangrijker medium voor het bedrijven van interstatelijke handel. Elektronische handel wordt door de EU beschouwd als een vitale motor voor economische groei en is voorwerp geworden van een communautaire harmonisatierichtlijn.²⁸ Internetverkeer trekt zich als bekend niets aan van grenzen en doorkruist de Europese Unie.
- 57 Het vrij verkeer van diensten kan, als fundamenteel verdragsbeginsel, slechts worden beperkt door regelingen die hun rechtvaardiging vinden in de in de rechtspraak van het Hof van Justitie erkende dwingende redenen van algemeen belang en die van toepassing zijn op alle personen of ondernemingen die een activiteit uitoefenen op het grondgebied van de lidstaat van ontvangst. Een nationale regel die het vrij verkeer beperkt, is echter slechts dan gerechtvaardigd indien zij de verwezenlijking van het gestelde doel waarborgt en indien de gekozen regeling die het vrij verkeer beperkt noodzakelijk is voor de verwezenlijking van het gestelde doel van algemeen belang.²⁹
- 58 De bescherming van essentiële veiligheidsbelangen en het garanderen van de openbare orde en openbare veiligheid zijn in de rechtspraak erkend als dwingende doelen van algemeen belang die een beperking van het vrij verkeer kunnen rechtvaardigen.³⁰ XS4ALL erkent dat nationale regelgeving die aanbieders van elektronische communicatiediensten verplicht de gebruikte apparatuur aftapbaar te maken

²⁷ Zie recent bijvoorbeeld het arrest van het EG Hof van Justitie van 13 juni 2002 in gevoegde zaken C-430 en 431/99, *Jur.* 2002, p. I-5235, *Sea Land Service*, ov. 38.

²⁸ Richtlijn 2000/31/EG.

²⁹ Vgl. Kapteyn/VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, 6e druk, Deventer 2003, p. 546; Oliver, *Free movement of goods in the European Community*, 4e druk, Londen 2003, § 8.01.

³⁰ Zie bijvoorbeeld het arrest in de zaak *Sea Land Service*, hiervoor aangehaald, ov. 41 en de verwijzingen daarin.

als zodanig kan vallen onder de door het Hof erkende uitzonderingen die een beperking van het vrij verkeer rechtvaardigen. Mogelijk is het opleggen van een verplichting aan alle aanbieders van elektronische communicatiediensten om de gebruikte apparatuur aftapbaar te maken tevens noodzakelijk voor het nagestreefde algemeen belang en is het de maatregel die het vrij verkeer zo min mogelijk beperkt. XS4ALL betwist bij gebrek aan wetenschap over de precieze achtergronden van de keuze van de Nederlandse wetgever om de verplichting op te leggen en bij gebrek aan inzicht ten aanzien van het nut dat te verwachten valt van alternatieven voor een algehele verplichting om aftapbaarheid mogelijk te maken, dat deze verplichting in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel is. In ieder geval geldt dit voor de wijze waarop de Staat de verplichting in de praktijk heeft geïmplementeerd. Zoals hiervoor toegelicht bestaan voor de nadere regelgeving ter uitvoering van hoofdstuk 13 Tw alternatieven (onder meer: beperkter, duidelijker, tijdiger) die het nagestreefde doel van algemeen belang kunnen bereiken terwijl zij een minder grote investering van de betrokken ondernemingen vergen en het vrij verkeer dus minder beperken dan de huidige regelgeving.

- 59 Voor de keuze van de Nederlandse wetgever om de kosten van het aftapbaar maken voor rekening van de aanbieders van elektronische communicatiediensten te laten komen, zoals neergelegd in artikel 13.6 lid 1 Tw, bestaat echter geen in de jurisprudentie van het Hof van Justitie erkende rechtvaardigingsgrond. Integendeel, het Hof van Justitie heeft herhaaldelijk bepaald dat zuiver financiële afwegingen van lidstaten en daaruit voortvloeiende regelgeving niet een beperking van het vrij verkeer kunnen rechtvaardigen.³¹ In dit verband kan worden verwezen naar de volgende overweging van het Hof ten aanzien van de toepassing van (destijds) artikel 36 EG-Verdrag (thans artikel 30 EG, dat bepaalt welke uitzonderingen lidstaten kunnen maken op het vrij verkeer van goederen):

Met name kan artikel 36 niet worden ingeroepen ter rechtvaardiging van op zichzelf doelmatige regelingen of handelwijzen waarvan de beperkende elementen in wezen hun oorzaak vinden in de zorg de belasting van de administratie of de overheidsuitgaven te verminderen, tenzij bij ontbreken van genoemde regelingen of handelwijzen, die belasting of die uitgaven duidelijk de grenzen zouden overschrijden van wat in redelijkheid kan worden verlangd.³²

- 60 Uit de toelichting op artikel 13.6 lid 1 Tw en op de Wet aftappen GSM blijkt dat de afwenteling van de investerings-, exploitatie- en onderhoudskosten voor aftappen op de aanbieders uitsluitend haar oorzaak vindt in de zorg de overheidsuitgaven te beperken. Er is geen noodzaak of reden van algemeen belang gesteld waarom de kosten niet voor rekening van de Staat zouden kunnen komen. Geen van de erkende excep-

³¹ Zie o.a. HvJ EG 3 oktober 2002, zaak C-136/00, *Jur.* 2002, p. I-8147, ov. 56; HvJ EG 16 juli 1998 zaak C-264/96, *Jur.* 1998 p. I-4695, ov. 28; HvJ EG 6 juni 2000, zaak C-35/98 *Jur.* 2000, p. I-4071, Verkooijen; HvJ EG 21 november 2002, zaak C-436/00, *Jur.* 2002, p. I-10829, X en Y.

³² HvJ EG 20 mei 1976 zaak 104/75 *Jur.* 1976, p. 613, De Peijper, herhaald in o.a. HvJ EG 12 juli 1990, zaak C-128/89, *Jur.* 1990, p. I-3239, Commissie/Italië.

ties op het verbod op beperkingen van het vrij verkeer van diensten kan derhalve dienen ter rechtvaardiging van artikel 13.6 lid 1 Tw. De Staat heeft overigens ook nooit gesteld, laat staan aangetoond, dat de hoogte van de kosten die hij zou moeten dragen bij afschaffing van artikel 13.6 lid 1 Tw duidelijk de grenzen zouden overschrijden van wat in redelijkheid kan worden verlangd. In redelijkheid valt ook niet vol te houden dat dit het geval kan zijn. Wat volgens de Staat in redelijkheid van enkele aanbieders van openbare telecommunicatiediensten kan worden verlangd, kan immers in ieder geval ook van de Staat zelf worden verwacht.

- 61 Zelfs indien de Staat voor wat betreft de afwenteling van de kosten verband houden met het faciliteren van aftappen een beroep zou toekomen op een in het gemeenschapsrecht erkende uitzondering die een beperking van het vrij verkeer rechtvaardigt – hetgeen zoals toegelicht niet het geval is – dan nog dient de regeling overigens evenredig te zijn. De bepaling dat de kosten van aftapbaarheid volledig voor rekening van de betrokken aanbieders komen en de nadere regelgeving ter uitvoering van die bepaling zijn echter noch noodzakelijk om het nagestreefde doel (creëren van aftapmogelijkheid) te bereiken noch zijn dit de maatregelen die het vrij verkeer het minst beperken.
- 62 Het beoogde legitieme doel is in dit geval om opsporing van strafbare feiten mogelijk te maken, niet de verlaging van het begrotingstekort. Het beoogde doel kan bereikt worden met een maatregel die het vrij verkeer minder beperkt: als de Staat de kosten van aftapbaarheid betaalt, lijdt het nagestreefde belang (aftapbaarheid) daar geenszins onder, terwijl toetreding tot de Nederlandse markt voor aanbieders niet langer wordt belemmerd.

3.2 Harmonisatie ter versterking van vrij verkeer

- 63 De algemene regels ten aanzien van het vrij verkeer hebben voor wat betreft de elektronische communicatie sector nadere invulling gekregen op basis van harmonisatie maatregelen. Die maatregelen houden rekening met de door lidstaten nagestreefde publieke belangen, waaronder het faciliteren van strafrechtelijk onderzoek op basis van aftappen van communicatieverkeer, door aan te geven binnen welke grenzen lidstaten in aanvulling op de geharmoniseerde regelgeving voor de sector – die vrij verkeer binnen de gemeenschap verder garanderen en een “level playing field” voor aanbieders van diensten in de gemeenschap vestigen – regelgeving mogen vaststellen ter bescherming van die belangen.

3.2.1 Machtigingsrichtlijn 1997³³

- 64 Overweging 4 bij de Machtigingsrichtlijn 1997 luidde:

³³ Richtlijn 97/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van 10 april 1997 betreffende een gemeenschappelijk kader voor algemene machtigingen en individuele vergunningen op het gebied van telecommunicatiediensten, *PbEG* L 117/15.

Overwegende dat aan de machtigingen voorwaarden dienen te worden verbonden om ten behoeve van de telecommunicatiegebruikers doelstellingen van openbaar belang te bereiken; dat overeenkomstig de artikelen 52 en 59 van het Verdrag, de regelgeving op het gebied van telecommunicatie dient te sporen met de beginselen van vrijheid van vestiging en vrijheid van dienstverstrekking en rekening dient te houden met de noodzaak om de invoering van nieuwe diensten en de ruimschalige toepassing van technologische verbeteringen te bevorderen; dat daarom regelingen voor algemene machtigingen en individuele vergunningen in een regelgeving dienen te voorzien die een zo gering mogelijke belasting vormt, maar toch met de geldende eisen verenigbaar is; dat van de lidstaten niet mag worden verlangd machtigingsregelingen in te voeren of deze te handhaven, met name daar waar het verstrekken van telecommunicatiediensten of de totstandbrenging en/of exploitatie van telecommunicatienetwerken op de datum van inwerkingtreding van deze richtlijn niet aan een dergelijke machtigingsregeling is onderworpen.

- 65 Artikel 3 lid 2 bepaalde dat machtigingen slechts de in de bijlage vermelde voorwaarden mochten bevatten. Deze golden echter “onverminderd [...] maatregelen die door de lidstaten worden genomen overeenkomstig door het openbaar belang ingegeven vereisten welke zijn erkend bij het EG-Verdrag, inzonderheid de artikelen [30] en [46], meer specifiek wat betreft openbare zedelijkheid, openbare veiligheid, inclusief onderzoek naar criminele activiteiten, en openbare orde.”
- 66 Voor de toelaatbaarheid van beperkingen van het vrij verkeer, zoals nader uitgewerkt in de Machtigingsrichtlijn 1997, werd in de periode dat die Machtigingsrichtlijn van toepassing was dus terugverwezen naar het primaire gemeenschapsrecht. Zoals hierboven toegelicht, zijn artikel 13.6 lid 1 Tw en de daarop gebaseerde nadere regelgeving niet in overeenstemming met de Verdragsregels ten aanzien van het vrij verkeer van diensten.

3.2.2 Machtigingsrichtlijn 2002³⁴

- 67 De Machtigingsrichtlijn 1997 is vervangen door die van 2002. De Machtigingsrichtlijn 2002 strekt blijkens overweging 3 tot het scheppen van een juridisch kader dat de vrijheid waarborgt om elektronische communicatienetwerken en -diensten te leveren. De richtlijn bepaalt dat lidstaten de vrijheid van ondernemingen om elektronische communicatiediensten en -netwerken aan te bieden dienen te waarborgen. Art. 3 lid 2 bepaalt dat het aanbieden van netwerken en diensten niet aan vergunning mag worden onderworpen, maar slechts aan een algemene, veelal wettelijke machtiging.³⁵ Anders dan de voorwaarden die aan deze algemene machtiging worden verbonden, mogen geen andere specifieke eisen worden gesteld aan aanbieders van

³⁴ Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Machtigingsrichtlijn) *PbEG* L 108/21.

³⁵ Er gelden bijzondere regels voor gebruiksrechten op frequenties en nummers, die hier niet van toepassing zijn.

elektronische communicatienetwerken en -diensten.³⁶ Op deze wijze beoogt de gemeenschapswetgever het vrij verkeer in de elektronische communicatiesector te garanderen.

- 68 Artikel 6 lid 1 van de Machtigingsrichtlijn 2002 bepaalt het volgende:

De algemene machtiging voor het aanbieden van elektronische communicatienetwerken en -diensten en de gebruiksrechten voor radiofrequenties en gebruiksrechten voor nummers kunnen alleen aan de respectievelijk in de delen A, B en C van de bijlage genoemde voorwaarden worden onderworpen. Deze voorwaarden moeten objectief gerechtvaardigd zijn in relatie tot het betrokken netwerk of de betrokken dienst, en moeten bovendien niet-discriminerend, proportioneel en transparant zijn. [onderstreping adv.]

- 69 De laatste zin wordt toegelicht in overweging 15:

De voorwaarden die aan de algemene machtiging en aan de specifieke gebruiksrechten kunnen worden verbonden moeten beperkt blijven tot wat strikt noodzakelijk is om de naleving van de voorwaarden en verplichtingen krachtens het Gemeenschapsrecht en het nationaal recht dat strookt met het Gemeenschapsrecht, te verzekeren.

- 70 Anders dan de Machtigingsrichtlijn 1997 bevat de nieuwe Machtigingsrichtlijn 2002 een expliciete verwijzing naar aftapbaarheid als één van de voorwaarden die blijkens artikel 6 lid 1 mag worden verbonden aan een algemene machtiging. De opsomming in deel A van de Bijlage noemt onder 11:

Mogelijkheid van legale onderschepping door de bevoegde nationale instanties overeenkomstig Richtlijn 97/66/EG en Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens.

- 71 Deze bepalingen, in onderling verband gelezen, maken duidelijk dat de toelaatbaarheid van artikel 13.6 lid 1 Tw sinds de inwerkingtreding van de nieuwe richtlijn niet langer een kwestie is van de interpretatie van het primaire gemeenschapsrecht maar van de interpretatie van de Machtigingsrichtlijn 2002, in het bijzonder artikel 6 lid 1 en Bijlage A onder 11. Deze houden in dat lidstaten zonder schending van de richtlijn de verplichting mogen opleggen dat netwerken aftapbaar zijn indien en voor zover die verplichting objectief gerechtvaardigd en bovendien niet-discriminerend, proportioneel en transparant is.

³⁶ Uiteraard mogen wel eisen worden gesteld die ook aan alle andere bedrijven worden gesteld, die dus niets te maken hebben met de aangeboden diensten.

- 72 De Machtigingsrichtlijn 2002 voorziet bovendien eveneens in een uitputtende regeling van de financiële voorwaarden die aan aanbieders kunnen worden gesteld. De Bijlage noemt in dat verband slechts twee mogelijke voorwaarden:
1. Financiële bijdrage voor de financiering van universele dienstverlening overeenkomstig Richtlijn 2002/22/EG (Universeledienstrichtlijn).
 2. Administratieve bijdragen overeenkomstig artikel 12 van de richtlijn.
- 73 Artikel 12 gaat uitsluitend over administratieve bijdragen in verband met toezichtsactiviteiten.
- 74 Bijlage A noemt niet als mogelijke, aan de machtiging te stellen voorwaarde dat de kosten van aftapbaarheid worden afgewenteld op de aanbieders. De geciteerde voorwaarde onder 11 biedt daarvoor ook geen ruimte, omdat de kostenafwenteling van artikel 13.6 lid 1 Tw niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 6 lid 1 Machtigingsrichtlijn. Een dergelijke kostenverdeling voldoet niet aan de eisen van objectieve rechtvaardiging en proportionaliteit. Zij belemmert de concurrentie met aanbieders uit andere lidstaten en druist dus in tegen het doel van de Machtigingsrichtlijn, namelijk om het vrij verkeer van elektronische communicatiediensten te bestendigen door op geharmoniseerde wijze strenge beperkingen te stellen aan de voorwaarden die lidstaten aan aanbieders mogen opleggen. Bij een beleid dat erop is gericht zo min mogelijk drempels voor het kunnen aanbieden van elektronische communicatiediensten en het alleen opleggen van de hoogst noodzakelijke voorwaarden, behoort niet de verplichting zelf de kosten te betalen voor aftapbaarheid. Daarvoor bestaat geen objectieve rechtvaardiging, laat staan noodzaak.
- 75 Aan het vereiste van proportionaliteit is niet voldaan, zoals blijkt uit het loutere feit dat nimmer de afweging is gemaakt of het doel van aftapbaarheid niet ook kon worden bereikt zonder de kosten (geheel of gedeeltelijk) bij de aanbieders neer te leggen. Gesteld noch gebleken is dat artikel 13.6 lid 1 Tw de opsporing van strafbare feiten effectiever maakt, of zelfs maar die doelstelling nastreeft.
- 76 Omdat de hoogte van de kosten die aanbieders moeten maken in vergaande mate afhankelijk is van functionele en technische specificaties die in lagere regelgeving worden opgelegd, voldoen artikel 13.6 lid 1 Tw zoals nader ingevuld door de uitvoeringsregelgeving evenmin aan het vereiste van transparantie. De kosten zijn niet goed in te schatten en onmogelijk te voorspellen.
- 77 Hoewel de Machtigingsrichtlijn 2002 dus ruimte laat om aanbieders te verplichten hun netwerken en diensten aftapbaar te maken, laat de richtlijn niet toe dat die verplichting op eigen kosten moet worden nagekomen. Artikel 13.6 lid 1 Tw is derhalve in strijd met doel en tekst van de Machtigingsrichtlijn 2002.
- 78 De eventueel door de Staat te betrekken stelling dat de Machtigingsrichtlijn 2002 wél ruimte laat voor artikel 13.6 lid 1 Tw, kan niet juist zijn omdat alsdan de Machtigings-

richtlijn zelf in strijd zou komen met het vrij verkeer van diensten als gegarandeerd door het EG-Verdrag. Het secundaire gemeenschapsrecht moet immers worden uitgelegd en toegepast in overeenstemming met primaire gemeenschapsrecht, waar het immers de uitwerking van is, én de hieronder te bespreken communautaire rechtsbeginselen.³⁷

- 79 De inwerkingtreding van de Machtigingsrichtlijn 2002 betekende niet alleen een andere grondslag voor de onverbindendheid van artikel 13.6 lid 1 Tw maar ook een strenger criterium waaraan de Nederlandse bepaling dient te worden getoetst, omdat artikel 6 lid 1 van de Machtigingsrichtlijn 2002 de onder het EG-Verdrag bestaande excepties inperkt.³⁸

3.2.3 *Verhouding met Privacy-richtlijn*

- 80 De Machtigingsrichtlijn 2002 maakt onderdeel uit van een pakket harmonisatierichtlijnen voor de sector elektronische communicatie, dat bestaat uit een Kaderrichtlijn (2002/21/EG) en een aantal specifieke richtlijnen: de Toegangsrichtlijn (2002/19/EG), de Machtigingsrichtlijn (2002/20/EG), de Universeledienstrichtlijn (2002/22/EG) en de Privacyrichtlijn (2002/58/EG).
- 81 De genoemde voorwaarde inzake legale interceptie uit de Bijlage bij de Machtigingsrichtlijn 2002 vormt het spiegelbeeld van artikel 15 van de Privacyrichtlijn. Dit artikel bepaalt dat beperkingen op de reikwijdte van een aantal bepalingen van deze laatste richtlijn mogelijk zijn, mits voorzien bij wet ('lidstaten kunnen wettelijke maatregelen treffen'), in een democratische samenleving noodzakelijk, redelijk en proportioneel ter waarborging van een aantal opgesomde algemene belangen. Feitelijk wordt hier de toets van artikel 8 lid 2 EVRM in het Europese telecommunicatierecht geïntroduceerd.
- 82 De vraag of een lidstaat een voorwaarde met betrekking tot de mogelijkheid van legale interceptie aan een algemene machtiging mag verbinden, hangt dus niet alleen af van de vraag of zij voldoet aan de voorwaarden van de Machtigingsrichtlijn (komt voor op Bijlage A, objectieve rechtvaardiging in relatie tot het betrokken netwerk of de dienst, non-discriminatoir, proportioneel en transparant), maar (indirect) dus ook van de vraag of de voorwaarde voldoet aan de eisen van artikel 8 lid 2 EVRM. Als de voorwaarde niet aan de eisen van artikel 15 Privacyrichtlijn (artikel 8 lid 2 EVRM) voldoet, kan zij ook niet op grond van de Machtigingsrichtlijn aan een algemene machtiging worden verbonden. In dat kader is van belang dat lidstaten op grond

³⁷ HvJ EG 27 januari 1994, zaak C-98/91, *Jur.* 1994, p. I-223, Herbrink en HvJ EG 10 juli 1991 zaak C-90/90, *Jur.* 1991, p. I-3617, Neu.

³⁸ Op grond van artikel 10 EG geldt bovendien dat, vanaf het moment dat het voor Nederland duidelijk was dat de nieuwe Machtigingsrichtlijn deze materie uitputtend zou regelen, Nederland daarmee rekening had te houden en af diende te zien van daarmee strijdige maatregelen. Dat moment kwam op 12 juli 2000, toen het Commissieontwerp voor de nieuwe Machtigingsrichtlijn werd gepubliceerd en duidelijk werd dat de nieuwe Machtigingsrichtlijn voorzag in een totaalharmonisatie, ook voor wat betreft aftappen. Dat artikel 13.6 lid 1 Tw in strijd zou komen met de Machtigingsrichtlijn, was in elk geval duidelijk op 7 maart 2002, toen de richtlijn werd aangenomen.

van de Privacyrichtlijn aanbieders moeten verplichten bepaalde maatregelen te nemen ter bescherming van kortweg de privacy, hetgeen (tot op zekere hoogte) correspondeert met de positieve verplichting van de Staat onder artikel 8 EVRM om maatregelen te nemen om burgers recht op respect voor privé-leven en correspondentie daadwerkelijk te waarborgen (waarover later meer).

- 83 De vraag of een beperking toelaatbaar is, moet niet *in abstracto*, maar *in concreto* worden beoordeeld. Daarvoor moet gekeken worden naar het effect dat de regeling zoals die concreet luidt op des burgers rechten en vrijheden van artikel 8 EVRM heeft. Een afweging moet dan worden verricht tussen het algemeen belang dat de maatregel vordert en de privacybelangen van burgers. In die afweging is enerzijds van belang dat de concrete regeling door de wijze van lastenverdeling tot gevolg heeft dat XS4ALL belemmerd wordt bij het aanbieden van nieuwe veiligere diensten, terwijl de privacy op internet naar algemeen bekend is kwetsbaar is (hetgeen internet onderscheidt van andere communicatiediensten en -netwerken) en de Staat op grond van de Privacyrichtlijn en artikel 8 EVRM verplicht is de privacy van de burger op internet te beschermen, en anderzijds dat de doelstelling (legale interceptie voorzover noodzakelijk voor strafvordering en nationale veiligheid) ook kan worden bereikt, wanneer de Staat de kosten voor het aftapbaar maken en houden op zich neemt.

3.3 Gemeenschapsrechtelijke rechtsbeginselen

- 84 De hierboven (§ 10) geciteerde, terechte bezwaren van de Raad van State tegen het afschuiven van de kosten van aftapbaarheid op aanbieders, waren vooral gelegen in het feit dat aanbieders anders dan andere justitiabelen worden behandeld doordat zij de kosten voor het (kunnen) uitvoeren van een taak die bij uitstek het algemeen belang dient, moeten dragen. Artikel 13.6 lid 1 Tw wijkt met deze kostenverdeling ook af van het in het Europese recht geldende beginsel dat de kosten voor de uitvoering van taken die bij uitstek een overheidsaangelegenheid vormen (zoals opsporing en vervolging van strafbare feiten), voor rekening van de overheid en daarmee de algemene middelen komen. Deze regel wordt ook wel aangeduid als het beginsel van *égalité devant les charges publiques* of het beginsel van gelijkheid voor de publieke lasten.
- 85 Met betrekking tot een andere overheidstaak bij uitstek, namelijk handhaving en toezicht, is bijvoorbeeld vast beleid dat de overheid (als behartiger van het algemeen belang) de kosten die hiermee verbonden zijn in beginsel zelf dient te dragen, tenzij de kosten worden veroorzaakt door een particulier (bijvoorbeeld de vervuiler betaalt) of deze een individualiseerbaar profijt van de overheidshandeling heeft.

3.3.1 Gemeenschapsrechtelijke rechtsbeginselen

- 86 Artikel 120 Gw verhindert dat artikel 13.6 lid 1 Tw rechtstreeks wordt getoetst aan de Grondwet of aan algemene Nederlandse rechtsbeginselen zoals die van evenredigheid en gelijkheid, en meer in het bijzonder *égalité devant les charges publiques*. Het toetsingsverbod geldt uiteraard niet voor de uitvoeringsregelgeving terzake hoofdstuk

13 Tw en met name de extra kosten die worden veroorzaakt door de daarin vervatte technische en functionele uitwerking van de verplichtingen van hoofdstuk 13 Tw. Het effect van dat toetsingsverbod wordt bovendien tenietgedaan door het feit dat de formele wet wel kan en moet worden getoetst aan andere een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties (zoals het EVRM, zie hieronder) en aan het Europese gemeenschapsrecht (zie hierboven). Onderdeel van dat gemeenschapsrecht zijn bovendien ook de ongeschreven beginselen van gemeenschapsrecht, waaronder het gemeenschapsrechtelijke *égalité*-beginsel.

- 87 De communautaire rechtsbeginselen zijn te onderscheiden in rechtsbeginselen van communautaire oorsprong en rechtsbeginselen die zijn ontleend aan de rechtsstelsels van de lidstaten (het zgn. *effet à rebours*) en vervolgens als communautair rechtsbeginsel een eigen leven gaan leiden. De eerste categorie omvat onder meer het evenredigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. De tweede categorie omvat onder meer het rechtszekerheidsbeginsel en, opnieuw, het evenredigheidsbeginsel.
- 88 De beginselen lopen deels in elkaar over; het *égalité*-beginsel vloeit voort uit zowel het evenredigheidsbeginsel als het gelijkheidsbeginsel.³⁹ Een van de verschijningsvormen van het gelijkheidsbeginsel is namelijk de regel dat de onevenredig nadelige – dat wil zeggen: buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende, en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – gevolgen van een overheidshandeling of overheidsbesluit niet ten laste van die beperkte groep behoren te komen, maar gelijkelijk over de gemeenschap dienen te worden verdeeld. Uit deze regel vloeit voort dat het toebrengen van zodanige onevenredige schade bij een op zichzelf rechtmatige overheidshandeling jegens de getroffen onrechtmatig is.⁴⁰
- 89 Het Hof van Justitie heeft het gelijkheidsbeginsel expliciet erkend als een van de grondbeginselen van het gemeenschapsrecht, waarvan de diverse discriminatieverboden in het Verdrag “slechts een bijzondere uitdrukking” zijn.⁴¹ Het beginsel van gelijkheid voor de publieke lasten is een vorm van het gelijkheidsbeginsel en de andere gedaante van het evenredigheidsbeginsel: wanneer de openbare dienst een bepaald nadeel geheel of ten dele afwentelt op een bepaald individu of op een beperkte groep, vormt dat een onevenredige last. Waar het nadeel te maken heeft met het verrichten van of meewerken aan een overheidstaak bij uitstek, is sprake van schending van het *égalité*-beginsel. Prechal en Heukels merken op dat het *égalité*-beginsel niet alleen in het Franse, Duitse en Nederlandse recht⁴² maar ook in het gemeenschapsrecht een belangrijke rechtsgrondslag is voor schadevergoedingsplichten van

39 Zie o.a. S. Prechal en T. Heukels, ‘Algemene beginselen in het Nederlandse recht en het Europese recht: rechtsvergelijking en interactie. Nederlands rapport ten behoeve van het FIDE-congres 1986’, *SEW* 1986, pp. 287-331.

40 C.f. HR 20 juni 2003, *JB* 2003, 223 (*Staat/Harrida*).

41 Zie bijv. HvJ EG 21 juni 1974, zaak 2/74, *Jur.* 1974, p. 631, Reyners of HvJ EG 25 oktober 1978, zaak 125/77, *Jur.* 1978, p. 1991, KSH.

42 Alsook in het Oostenrijkse (zie hieronder).

de overheid jegens de burger.⁴³ Aan dat communautaire beginsel heeft de Staat zich dus te houden, als het gaat om het verrichten van handelingen op een door het gemeenschapsrecht bestreken gebied.

- 90 Ook andere beginselen spelen hier een rol. Gewezen kan worden op het evenredigheidsbeginsel in meer enge zin. Artikel 13.6 lid 1 Tw is niet evenredig omdat het doel van de aftapbaarheidseis ligt in het kunnen opsporen van strafbare feiten, terwijl de kostenveroordeling daarmee niets van doen heeft en daarvoor ook absoluut onnodig is. De enige bedoeling van artikel 13.6 lid 1 Tw is om kosten te besparen, maar dat een dergelijke, louter economische rechtvaardiging is geen legitiem doel zoals wij reeds hebben gezien.
- 91 Voor wat betreft de onduidelijkheid over de vraag of een bepaalde dienst aftapbaar moet zijn (en, zo ja, hoe) is artikel 13.6 lid 1 ook in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel, dat volgens het Hof van Justitie “behoort tot de in het gemeenschapsrecht erkende algemene beginselen”.⁴⁴

3.3.2 Toepassing van het *égalité*-beginsel

- 92 Onevenredig is derhalve nadeel dat buiten het normale bedrijfsrisico valt en op een beperkte groep burgers of instellingen drukt. Anders gezegd, op zich rechtmatig overheidshandelen wordt onrechtmatig, doordat een compensatie van kosten aan bijzonder getroffen ontbreekt. Bij de artikelen 13.1 en 13.6 Tw geldt dezelfde redenering: de aftapbaarheidseis *an sich* is mogelijkwerijs niet onrechtmatig maar wordt dat doordat de aanbieders de kosten daarvoor blijkens artikel 13.6 lid 1 Tw zelf dienen te dragen. Het ontbreken van een vergoedingsregeling voor onevenredige schade, geleden door een beperkte groep bedrijven, is op zich voldoende voor onrechtmatigheid.
- 93 Art. 13.6 Tw is duidelijk een nadeel dat op een beperkte groep bedrijven valt, te weten aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken en -diensten. Dat nadeel valt tevens buiten het normale bedrijfsrisico van een dergelijke aanbieder. Hoewel de aftapbaarheidseis per definitie alleen op de aanbieders zelf kan rusten, bestaat er geen rechtvaardiging of noodzaak voor het feit dat de kosten alleen op die aanbieders rusten. De Staat heeft blijkens de aangehaalde wetsgeschiedenis geen andere concrete rechtvaardiging voor artikel 13.6 lid 1 Tw geformuleerd dan ‘budgettaire overwegingen’, hetgeen geen rechtens relevante rechtvaardiging kan zijn. De onevenredigheid van het door aanbieders als XS4ALL geleden nadeel wordt vergroot door het feit dat zij zelf geen enkel eigen profijt hebben van hun investeringen in aftapbaarheid. Het zijn voorzieningen die in de gewone bedrijfsvoering geen nuttige nevenfunctie hebben, of de marktordering in bredere zin ten goede komen.

⁴³ Prechal en Heukels, ‘Algemene beginselen in het Nederlandse recht en het Europese recht’, *op. cit.*, p. 305.

⁴⁴ HvJ EG13 januari 2004, zaak C-453/00, *Kühne & Heitz*, AB 2004, 58, § 24.

- 94 Van belang is bovendien dat XS4ALL de markt betrad voordat de eis van aftapbaarheid (op eigen kosten) in de wet stond. Toen zij in 1993 de markt betrad, gold geen aftapbaarheidseis voor internetverkeer en gold voor telefonie – dat wel aftapbaar moest zijn – dat de kosten voor aftapbaarheid door de overheid werden gedragen. Toen zij de markt betrad, wist zij dus niet (en kon zij niet weten) dat zij per 15 april 2001 haar dienst op eigen kosten aftapbaar zou moeten maken.
- 95 De gedachte dat elke aanbieder die de markt betrad nadat de aftapbaarheidseis ingevoerd was, daarvan op de hoogte was en dus geen beroep toekomt om het égalité-beginsel, zou overigens onjuist zijn. In een dergelijke redenering zou elk door de Staat veroorzaakt nadeel, hoe onevenredig en objectief gezien onredelijk dan ook, rechtmatig zou zijn als het maar van tevoren bekend was. De in de García Márquez' roman *Kroniek van een aangekondigde dood* gepleegde moord was niet minder strafbaar omdat het slachtoffer was gewaarschuwd.
- 96 Er dient een belangrijk onderscheid te worden gemaakt tussen de kosten van aftapbaarheid en kosten voor *toezicht* en *handhaving* die blijkens hoofdstuk 16 Tw ook gedeeltelijk voor rekening van de aanbieders komen. Daaraan ligt namelijk de gedachte ten grondslag dat de marktdeelnemers zelf ook daadwerkelijk individueel belang hebben bij – en vaak profiteren van – dat toezicht. Hetzelfde gold bijvoorbeeld bij de sanering van de varkenssector⁴⁵ en de vissector,⁴⁶ die ertoe moest leiden dat deze branches weer gezonder werden. In de toelichting op artikel 16.1 Tw stelt de Staat:

Voor de uitvoering van het onderhavige wetsvoorstel is doorberekening van toelatings- en handhavingskosten – net zoals bij de huidige wetgeving – van aanmerkelijk belang. Een belangrijk argument hiervoor is dat mag worden verwacht dat een burger of bedrijf een zeker belang of voordeel zal hebben bij de door de overheid te verrichten toelatings- of handhavingsactiviteiten.

[...]

Voor toelatings- en post-toelatingskosten geldt dat deze bij particulieren in rekening kunnen worden gebracht, omdat er sprake is van een individueel toerekenbaar voordeel. Ook in het voorgestelde artikel 16.1 wordt hiervan uitgegaan. Ten aanzien van de doorberekening van de zogenaamde preventieve en repressieve handhavingskosten is het beeld meer complex van aard. Deze kosten zouden in beginsel niet in rekening dienen te worden gebracht bij burgers en bedrijven, met name niet omdat handhaving niet individueel toerekenbaar is en het individuele profijt moeilijk is vast te stellen. Onder in het rapport van de werkgroep aangegeven omstandigheden kan echter een uitzondering worden gemaakt op dit uitgangspunt. In het kader van de telecommunicatiewetgeving is er sprake van de in het rapport bedoelde omstandigheden, met name gelet op het

⁴⁵ HR 16 november 2001, *JB* 2002, 2 m.nt. AWH en HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 689 m.nt. HJS.

⁴⁶ HvJ EG 10 juli 2003, zaak C-20/00, *Jur.* 2003, p. I-7411, Booker, *NJ* 2004, 147, m.nt. MRM.

*feit dat er in principe een beperkt aantal partijen is dat een specifiek aan hen toerekenbaar profijt heeft van de door de overheid verrichte handhavingsactiviteiten. Indicatief hiervoor is in elk geval dat de telecomunicatiewetgeving zich toch vooral kenmerkt als marktordenende regelgeving.*⁴⁷

- 97 Deze passage is opmerkelijk, omdat hierin het afwegingskader wordt gegeven dat bij artikel 13.6 lid 1 Tw zo spectaculair wordt verlaten. Het verplicht stellen van aftapbaarheid is geen marktordeningsbepaling maar een strafvorderings- en veiligheidsinstrument. Artikel 13.6 lid 1 Tw is te meer opmerkelijk in het licht van de Nadere Memorie van Antwoord, waarin de minister op vragen van de Eerste Kamer over artikel 16.1 Tw benadrukte dat gemaakte kosten in verband met repressieve strafrechtelijke handhaving zonder uitzondering niet voor doorberekening aan marktpartijen in aanmerking komen. Dergelijke kosten vielen volgens de minister buiten de reikwijdte van het voorgestelde vergoedingsregime en worden derhalve uit de algemene middelen gefinancierd.⁴⁸ Deze overwegingen zijn niet te rijmen met de geciteerde rechtvaardiging, uit dezelfde memorie van toelichting, voor artikel 13.6 lid 1 Tw (budgettaire opportuniteit). Aanbieders hebben immers géén individueel toerekenbaar voordeel bij aftapbaarheid. Zij hebben daarbij geen enkel eigen belang, anders dan het algemene belang bij veiligheid dat ook de rest van de samenleving heeft. De daarmee geassocieerde “kosten zouden in beginsel niet in rekening dienen te worden gebracht bij burgers en bedrijven, met name niet omdat handhaving [van het strafrecht] niet individueel toerekenbaar is en het individuele profijt moeilijk is vast te stellen.”

3.3.3 Toetsing van wet in formele zin aan gemeenschapsrechtelijke beginselen

- 98 Eén functie van communautaire rechtsbeginselen is als aanvullende norm voor de toetsing van het feitelijke of wetgevende handelen van de gemeenschap zelf. Zo verwoordt artikel 5 lid 3 EG het evenredigheidsbeginsel aldus, dat het optreden van de gemeenschap niet verder gaat dan wat nodig is om de doelstellingen van het verdrag te verwezenlijken.
- 99 Een andere functie van de communautaire rechtsbeginselen die met name hier van belang is, betreft de normering van inhoud en wijze van toepassing van nationale wettelijke maatregelen.⁴⁹ Bij de toepassing van gemeenschapsrecht dient de nationale rechter de formele wet te toetsen aan ongeschreven beginselen van gemeenschapsrecht. Dit betekent, onder meer, dat er een toetsing plaatsvindt aan ongeschreven gemeenschapsrecht, ondanks artikel 94 Gw. Die bepaling verbiedt volgens de Hoge Raad een toetsing aan ongeschreven beginselen van het volkenrecht maar

⁴⁷ Kamerstukken II, 25533, nr. 3, pp. 132-133.

⁴⁸ Kamerstukken II, 25533, nr. 309d, pp. 20-21.

⁴⁹ Zie S. Prechal en T. Heukels, 'Algemene beginselen van gemeenschapsrecht als toetssteen voor nationale wetgeving', *RegelMaat* 1987, pp. 15-21.

dus niet aan ongeschreven beginselen van het gemeenschapsrecht. De artikelen 93 en 94 Gw spelen bij strijd met het gemeenschapsrecht geen rol.⁵⁰

- 100 Ook artikel 120 Gw, dat zich zou verzetten tegen een toetsing van formele wetgeving aan algemene rechtsbeginselen, wordt op deze wijze terzijde gelaten. Het een en ander vloeit voort uit de voorrangspositie van het gemeenschapsrecht.⁵¹ In de Belgische BTW-zaak Belgocodex overwoog het Hof van Justitie:

z6. Dienaangaande zij eraan herinnerd, dat het vertrouwens- en het rechtszekerheidsbeginsel deel uitmaken van de communautaire rechtsorde en door de lidstaten in de uitoefening van de hun door de gemeenschapsrichtlijnen verleende bevoegdheden moeten worden nageleefd. Onder de gegeven omstandigheden staat het evenwel niet aan het Hof, maar wel aan de nationale rechter om uit te maken of deze beginselen zijn geschonden door de intrekking met terugwerkende kracht van een wet waarvan het uitvoeringsbesluit nooit is vastgesteld. [onderstreping adv.]⁵²

- 101 De verplichting om nationale maatregelen te toetsen aan de geschreven en ongeschreven beginselen van het gemeenschapsrecht volgt ook uit de verplichting van gemeenschapstrouw ex artikel 10 EG: een nationale maatregel, of het nu een bestuurlijk handelen, rechtspraak of wetgeving is, die indruist tegen een communautair rechtsbeginsel kan niet worden gehandhaafd.⁵³
- 102 De beginselen gelden voor de lidstaten wanneer zij binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht handelen. Dat is evident wanneer zij handelen ter uitvoering of toepassing van het gemeenschapsrecht, bijvoorbeeld bij de implementatie van een richtlijn of de toepassing van een verordening.⁵⁴ Lidstaten handelen echter ook binnen de werkingssfeer wanneer zij een maatregel treffen die het vrije verkeer hindert en door de lidstaat verdedigd wordt met een communautair omliggende rechtvaardig-

⁵⁰ Zie HR 2 november 2004, LJN nr AR1797 en Tom Barkhuysen, Henk Griffioen & Wim Voermans, 'Artikelen 93 en 94 Grondwet volgens Hoge Raad niet van belang voor doorwerking EG-recht', *NJB* 2004 nr. 44.

⁵¹ Zie Prechal en Heukels, 'Algemene beginselen van gemeenschapsrecht als toetssteen voor nationale wetgeving', p. 21 en J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, AAe Libri, Nijmegen, 2e druk (2002), p. 159. Instemmend aangehaald door A-G Watel in zijn conclusie bij HR 28 februari 2001, *BNB* 2001, 198c m.nt. Kavelaars. Voor toetsing van wetten in formele zin aan communautaire rechtsbeginselen door de bestuursrechter, zie o.a. ARRvS 4 december 1990, *AB* 1991, 687 m.nt. Sewandono. Over de voorrang van het gemeenschapsrecht op het nationale recht van de lidstaten, zie ook C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, 4e druk, Deventer 2001, p. 120 en de daar genoemde bronnen waaronder HvJ EG 15 juni 1964, zaak 6/64, *Jur.* 1964, p. 1141, Costa/ENEL. Het voorrangsbeginsel wordt gecodificeerd in artikel I-6 van het in oktober 2004 te ondertekenen Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa (onofficiële geconsolideerde tekst beschikbaar via <http://ue.eu.int/igcpdf/nl/04/cg00/cg00087.nlo4.pdf>).

⁵² HvJ EG 3 december 1998, zaak C-381/97, *Jur.* 1998, p. I-8153, Belgocodex, *BNB* 1999/29 met conclusie Alber en noot Van Hilten, *FED* 1999/559 met aantekening Verver; herhaald in HvJ EG 8 juni 2000, zaak C-396/98, *Jur.* 2000, p. I-4279, Schlossenstrasse.

⁵³ Zie o.a. Prechal en Heukels, 'Algemene beginselen van gemeenschapsrecht als toetssteen voor nationale wetgeving', p. 21.

⁵⁴ Zie de vindplaatsen in Jans e.a., *op. cit.*, p. 159 noot 22.

gingsgrond zoals, in dit geval, bescherming van essentiële veiligheidsbelangen en het garanderen van de openbare orde en openbare veiligheid. Ook in dat geval dient de nationale maatregel aan de communautaire rechtsbeginselen te worden getoetst.⁵⁵ Die laatste situatie doet zich hier voor, zodat artikel 13.6 lid 1 Tw mede dient te worden getoetst aan die beginselen. De uitkomst van die toetsing is als gezegd negatief.

4 STRIJD MET EVRM

4.1 1^e Protocol EVRM

103 Artikel 1 Eerste Protocol (EP) van het EVRM bepaalt:

Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.

De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.

Eigendom

104 Eigendom in de zin van artikel 1 EP heeft een autonome betekenis die niet beperkt is tot de eigendom van fysieke goederen: andere rechten en belangen die baten vormen, kunnen ook als eigendomsrechten gezien worden.⁵⁶ Criteria zijn dat het recht of het belang een economische waarde vertegenwoordigt, dat het objectief bepaalbaar is en voorts dat het bestaan van het recht of het belang of op overtuigende wijze bewezen kan worden. Het gaat hier om verplichte investeringen; de eigendom in kwestie is dus geld.

105 Artikel 1 EP bevat volgens de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) drie met elkaar samenhangende regels. De eerste regel houdt het recht op ongestoord genot van eigendom in (“peaceful enjoyment of his possessions”). De tweede regel beschermt tegen ontneming van eigendom behalve wanneer dat geschiedt in het algemeen belang en voldaan wordt aan de voorwaarden voorzien in de wet en aan de algemene beginselen van internationaal recht. Deze beide regels zijn opgenomen in artikel 1 lid 1 EP. De derde regel, neergelegd in artikel 1 lid 2 EP,

⁵⁵ Zie HvJ EG 18 juni 1991 zaak C-260/89, *Jur.* 1991, p. I-2925, ERT en HvJ EG 4 oktober 1990, zaak C-159/90, *Jur.* 1991, p. I-4685, Grogan.

⁵⁶ EHRM 23 februari 1995, Series A 306-B (*Gasus Dossier- und Fördertechnik*); EHRM 16 september 1996, RJ&D 1996-IV, Vol. 14 (*Matos e Silva*). Zie o.a. P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 3e druk, Den Haag: Kluwer Law International 1998, p. 619 e.v.

erkent dat de lidstaten bevoegd zijn het gebruik van eigendom te reguleren in het algemeen belang.

Onevenredige regulering van het gebruik van eigendom

106 Uit de samenhang tussen de regels van lid 1 en die van lid 2 heeft het EHRM afgeleid dat de wettelijke regels tot regulering van gebruik van eigendom moeten voldoen aan het vereiste van evenredigheid tussen het doel van de regeling en de nadelen verbonden aan de beperking die aan het gebruik van de eigendom wordt gesteld. De tweede regel vereist dat ontneming van eigendomsrechten alleen mogelijk is tegen vooraf verzekerde schadeloosstelling, uitzonderingen daargelaten. Ook de derde regel, zoals door het EHRM uitgelegd, kan noodzaken tot toekenning van een schadevergoeding om op die manier te bereiken dat er een “fair balance” ontstaat. Het “fair balance”-vereiste vergt het bestaan van een redelijke mate van evenredigheid tussen de gebruikte middelen en het doel dat ermee wordt nagestreefd of, anders gezegd, tussen het belang van de gemeenschap en het belang van de bescherming van de fundamentele rechten van het individu. Aan het vereiste is niet voldaan, indien er sprake is van een individuele buitensporige last voor de betrokken persoon.⁵⁷

107 Artikel 13.6 lid 1 Tw dient te worden beschouwd als een individuele en buitengewone last. In samenhang met de aftapbaarheidsverplichting van artikel 13.1 Tw verplicht artikel 13.6 lid 1 Tw aanbieders zoals XS4ALL immers op eigen kosten te (blijven) investeren in technische voorzieningen die uitsluitend ten behoeve van het algemeen belang worden aangewend. Die verplichting behelst een verplichte aanwending van eigendom (de eigen financiële middelen) om de technische aftapssystemen te ontwerpen, kopen, installeren, bemensen en onderhouden en tevens een beperking op het gebruik van de technische voorzieningen die XS4ALL in eigendom heeft en waarvan de aftapbaarheidsvoorzieningen een gedwongen onderdeel worden.

108 Artikel 13.6 lid 1 Tw is niet proportioneel. Er is geen reden, anders dan een budgettaire, waarom de aanbieders zouden moeten betalen voor de aftapbaarheid van hun voorzieningen. Zij profiteren niet van aftapbaarheid en zijn ook niet schuldig aan een probleem waarvoor aftapbaarheid een remedie is. De “fair balance” kan alleen daarin bestaan, dat aanbieders weliswaar worden verplicht hun voorzieningen, in het algemeen belang, aftapbaar te maken, maar dat zij voor alle terzake gemaakte kosten gecompenseerd worden.

Ontneming van eigendom

109 Artikel 13.6 lid 1 Tw dient niet alleen te worden beschouwd als een ongerechtvaardigde regulering van eigendom maar zelfs als ontneming van eigendom. Aanbieders worden immers verplicht een aanzienlijk deel van het hen ter beschikking staande kapitaal uit te geven aan aftapbaarheid, iets waaraan zij dat kapitaal uit zichzelf niet

⁵⁷ Aldus samengevat in HR 16 november 2001, *NJ* 2002, 469; *JB* 2002, 2 m.nt. AWH, r.o. 6.2.2 en de aldaar aangehaalde rechtspraak van het EHRM.

zouden uitgeven. Het verplicht uitgeven van eigen geld aan iets wat alleen door een ander wordt gewild en alleen door die ander wordt gebruikt, staat gelijk aan het afstaan van het eigen geld aan die ander. Ontneming van eigendom is volgens artikel 1 EP slechts toegestaan wanneer dat (1) in het algemeen belang gebeurt, (2) proportioneel gebeurt en (3) gebeurt bij of krachtens wet.

- 110 Dat aftapbaarheid een algemeen belang kan dienen, is hier niet in het geding. Anders is dat voor de kostenregeling van artikel 13.6 lid 1 Tw. Het algemeen belang vergt niet dat de aanbieders van telecommunicatiediensten en -netwerken zelf de kosten van in het algemeen belang te treffen aftapbaarheidsmaatregelen dragen. Het enkele feit dat een dergelijke regeling voor de schatkist goedkoper is, is geen argument. De parlementaire geschiedenis laat echter zien dat er geen andere argumenten zijn.
- 111 Over de proportionaliteit en de daarbij vereiste 'fair balance' bij ontneming van eigendom heeft het EHRM altijd duidelijk gemaakt dat schadeloosstelling in beginsel vereist is.

Compensation terms under the relevant legislation are material to the assessment whether the contested measure respects the requisite fair balance and, notably, whether it does not impose a disproportionate burden on the applicants. In this connection, the taking of property without payment of an amount reasonably related to its value will normally constitute a disproportionate interference and a total lack of compensation can be considered justifiable under Article 1 only in exceptional circumstances. Article 1 does not, however, guarantee a right to full compensation in all circumstances, since legitimate objectives of "public interest" may call for less than reimbursement of the full market value.⁵⁸

- 112 In het onderhavige geval ontvangen aanbieders geen enkele compensatie voor hun verplichte investeringen. Van uitzonderlijke omstandigheden die een dergelijke ontneming rechtvaardigen, is geen sprake. De lage vergoedingen die aanbieders op grond van artikel 13.6 lid 2 Tw ontvangen voor de uitvoering van individuele lasten, dekken alleen de individuele kosten en zijn dus geen compensatie voor de verplichte investeringen. Ook al zouden zij wel als zodanig beschouwd moeten worden, geldt dat er geen "legitimate objectives of public interest" gesteld of aanwezig zijn die nopen tot vergoeding van minder dan de totale marktwaarde van de ontvreemde goederen. Daarbij gaat het namelijk volgens de jurisprudentie van het Hof om doelstellingen in de sfeer van economische hervormingen of het tegengaan van sociale ongelijkheid.⁵⁹
- 113 Een recente toepassing van artikel 1 EP bij de toetsing van Nederlandse wetgeving in formele zin betreft een zaak over de bevoegdheid van scheepsbemiddelaars. De Hoge Raad overweegt in dat arrest dat voor zover sprake is van ontneming van eigendom,

⁵⁸ EHRM 9 december 1994, Serie A nr. 301-A, Holy Monasteries/Griekenland, § 71.

⁵⁹ Zie bijv. EHRM 21 februari 1986, Serie A nr. 98, James en EHRM 8 juli 1986, Serie A nr. 102, Lithgow.

het recht van de Staat om het gebruik van de eigendom te reguleren onverlet laat dat zulk een niet met vergoeding gepaard gaande ontneming een schending van het in artikel 1 EP aan (rechts)personen gewaarborgde recht op het ongestoord genot van hun eigendom oplevert wanneer een redelijk evenwicht ontbreekt tussen de aantasting van dat recht en het doel dat met de ontnemingsmaatregel is beoogd.⁶⁰ In de onderhavige casus is reeds geconstateerd dat het doel dat met de ontnemingsmaatregel is beoogd, niet meer en niet minder is dan het besparen van belastinggeld. Dat is op zichzelf al geen legitiem doel, terwijl het kleine positieve effect dat artikel 13.6 lid 1 Tw heeft op de rijksfinanciën in geen verhouding staat tot de zeer hoge kosten die aanbieders moeten maken om te voldoen aan de aftapbaarheidsverplichtingen uit de Telecommunicatiewet.

4.2 Artikel 10 EVRM

114 Hierboven (§ 46 e.v.) is reeds betoogd dat diverse diensten die de betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid van de communicatie sterk zouden kunnen verbeteren, zeer vertraagd of in het geheel niet worden aangeboden als gevolg van de hoge en onzekere kosten van aftapbaarheid, welke kosten ingevolge artikel 13.6 lid 1 Tw voor rekening van de aanbieders komen.

115 Artikel 10 EVRM bepaalt:

1. Een ieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen. Dit artikel belet Staten niet radio-omroep-, en bioscoop- of televisieondernemingen te onderwerpen aan een systeem van vergunningen.

2. Daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen.

116 Aangenomen kan worden dat XS4ALL in het kader van haar professionele activiteiten rechten aan artikel 10 EVRM kan ontleen. Internet(toegangs)diensten lijken onge-

⁶⁰ HR 14 april 2000, AB 2001, 135 m.nt. T.A. van Kampen, JB 2000, 196 m.nt. B. van den Berg (*Kooren Maritiem/Staat*). De Hoge Raad verwijst naar EHRM 9 december 1994, Serie A nr. 301-A, *Holy Monasteries/Griekenland*, § 70-71.

twistbaar middelen tot de vrijheid van meningsuiting in de zin van artikel 10 EVRM. Uit de arresten van het EVRM inzake *Lentia* en *Autronic* kan worden afgeleid dat de bescherming van artikel 10 EVRM niet alleen beperkt blijft tot de inhoud en gebruik van informatie, maar ook de toegang tot en het gebruik van (tele)communicatiemiddelen omvat. In het arrest *Autronic* overwoog het Hof:

*Article 10 applies not only to the content of information, but also applies to the means of transmission or reception since any restriction on the means necessarily interferes with the right to receive and impart information.*⁶¹ [onderstreping adv.]

- 117 De Hoge Raad heeft in het arrest *Antelecom* de consequenties van de technologische ontwikkelingen – die het traditionele onderscheid tussen omroep en telecommunicatie doen vervagen – doorgetrokken en artikel 10 EVRM op de toegang tot het telefoonnet van toepassing geacht.⁶² Hieruit kan worden afgeleid dat ook internet(toegangs)diensten middelen tot de uitingsvrijheid vormen en een internetaanbieder zoals XS4ALL in het kader van haar professionele activiteiten rechten aan artikel 10 EVRM kan ontlenen.
- 118 Deze rechten worden rechtstreeks geraakt door artikel 13.6 lid 1 Tw. De verplichting van aftapbaarheid, in combinatie met de verplichting de kosten daarvoor zelf te dragen, heeft het effect dat vertrouwelijke en betrouwbare communicatietechnieken niet of minder snel beschikbaar komen. Het Hof kijkt dwars door uiterlijke verschijningsvormen en formaliteiten heen, naar de werkelijke positie van de individuele burger.⁶³ Volgens vaste jurisprudentie van het EHRM moeten de verdragsrechten op een zodanige wijze worden geïnterpreteerd dat zij de burger praktische en effectieve waarborgen bieden. “Hindrance in fact can contravene the Convention just like a legal impediment.”⁶⁴
- 119 Nu artikel 13.6 lid 1 een toegangsbelemmerend effect heeft, moet de regeling bovendien worden getoetst aan de eisen van het tweede lid van artikel 10 EVRM. Het EHRM gaat daarbij uit van een vast toetsingsschema dat vergelijkbaar is met dat van artikel 8 EVRM: voorzien bij wet, noodzakelijk in democratische samenleving, ter vrijwaring van bepaalde algemene belangen. Hier gaat het met name om de vraag of de regeling zoals deze *in concreto* is vormgegeven en jegens XS4ALL wordt toegepast, noodzakelijk is in een democratische samenleving. In dat licht dient te worden vastgesteld of er een ‘pressing social need’ is en de maatregel proportioneel is.⁶⁵ De Staat heeft niet betoogd – en het is ook niet aannemelijk – dat het in een democratische samenleving noodzakelijk is dat aanbieders van telecommunicatienetwerken en – diensten zelf de kosten van aftapbaarheid dragen. Dat blijkt onder meer uit het feit

⁶¹ EHRM 22 mei 1990, *NJ* 1991, 740 (*Autronic*); EHRM 24 november 1993, *NJ* 1994, 559 (*Lentia*).

⁶² HR 26 februari 1999, *NJ* 1999, 716 m.nt. EJD (*Antelecom*).

⁶³ Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 74.

⁶⁴ EHRM 9 oktober 1979, *NJ* 1980, 376, m.nt. E.A. Alkema (*Airey*).

⁶⁵ EHRM 26 april 1979, *Series A* 30 (*Sunday Times*).

dat decennialang de kosten van aftapbaarheid van het telefoonnetwerk wél door de Staat zijn gedragen.

- 120 In het kader van de proportionaliteitstoets spelen verschillende zaken een rol. De Staat dient aannemelijk te maken dat de beperking noodzakelijk is (dat wil zeggen: dient daarvoor *'relevant and sufficient reasons'* aan te dragen). Voor het argument van budgettaire lastenverlichting als rechtvaardiging voor een beperking zij verwezen naar een arrest van de Hoge Raad uit september 2002 over het Antilliaanse omroepmonopolie, waarin de Hoge Raad heeft overwogen dat financiële overwegingen als zodanig niet voldoende zijn voor een beperking van fundamentele rechten.⁶⁶
- 121 Op grond van het EVRM heeft de Staat niet alleen negatieve verplichtingen maar ook positieve verplichtingen om het nodige te doen om de vrijheden van burgers te beschermen. Het Hof heeft niet alleen positieve verplichtingen uit artikel 8 EVRM afgeleid,⁶⁷ maar ook uit artikel 10 EVRM.⁶⁸ Beide artikelen zijn hier relevant. Op grond van de jurisprudentie van het Hof over artikel 8 EVRM kan worden aangenomen dat de staat de positieve verplichting heeft de vertrouwelijkheid van burgers' communicatie op internet te waarborgen. Op grond van artikel 10 EVRM heeft de staat een positieve verplichting de beschikbaarheid van communicatiemiddelen te waarborgen.
- 122 In het kader van de toets of een beperking noodzakelijk is in een democratische samenleving spelen deze positieve verplichtingen een rol van betekenis.⁶⁹ *'The Convention must be interpreted as a whole.'* Het feit dat internetcommunicatie kwetsbaar is vanuit privacyoogpunt, maakt dat de positieve verplichtingen van de staat om maatregelen te nemen om de privacy te beschermen, althans om het nemen van maatregelen door partijen als XS4ALL om privacy te beschermen in de vorm van nieuwe beter beveiligde diensten, te ondersteunen in de belangenafweging een groter gewicht moeten toekomen. De beschikbaarheid van dergelijke technieken is een positieve stimulans voor de vrijheid van meningsuiting, omdat het personen de mogelijkheid geeft te communiceren die anders uit vrees voor repressie zich zouden stilhouden. Daarnaast staat dan nog dat de Staat op grond van artikel 10 EVRM in beginsel de uitingsvrijheid dient te faciliteren, onder meer door de introductie van nieuwe diensten mogelijk te maken.
- 123 In de kern gaat het dus om het volgende. De Staat beperkt de uitingsvrijheid waarop XS4ALL als aanbieder van communicatiediensten ook rechten kan ontlennen door feitelijk de introductie van nieuwe diensten te belemmeren. In het kader van de noodzakelijkheidsvraag moeten de last van de huidige regeling voor XS4ALL en het

⁶⁶ HR 20 september 2002, NJ 2004, 148

⁶⁷ EHRM 13 juni 1979, Series A. 31 (*Marckx*); NJ 1980, 463, m.nt. E.A.A. EHRM 9 oktober 1979, Series A. 32 (*Airey*) EHRM 7 juli 1989, Series A. 160, NJ 1991, 659, m.nt. E.J. Dommering (*Gaskin*). EHRM 26 maart 1985, Series A. 91 (*X & Y v. Nederland*). EHRM 9 december 1994, Series A. 303-C (*Lopez Ostra*); EHRM 24 juni 2004, *Mediaforum* 2004-7/8, nr. 24, m.nt. G.A.I. Schuijt (*Caroline von Hannover*). EHRM 19 februari 1998, RJ&D 1998-1 (*Guerra*).

⁶⁸ EHRM 16 maart 2000, RJ&D 2000-III (*Ozgur Gundem*).

⁶⁹ Zie ook EHRM 21 juni 1988, Series A 139 (*Plattform Ärzte für das Leben*) waar ook positieve verplichtingen van de staat in de belangenafweging van het tweede lid worden meegenomen.

nadelige effect van de huidige regeling voor de vrijheden van de burger (artt. 8 en 10 EVRM) waarvoor de Staat verantwoordelijk is, worden afgewogen tegen het financiële belang van de Staat. De conclusie is dat artikel 13.6 lid 1 Tw deze afweging niet overleeft, omdat a) financiële overwegingen als zodanig geen rechtvaardiging voor een beperking kunnen vormen; b) met de huidige regeling de Staat enerzijds de verantwoordelijkheid op grond van de artikelen 8 en 10 EVRM naast zich neerlegt, terwijl juist op internet behoefte bestaat aan beter beveiligde diensten, terwijl anderzijds de kosten voor XS4ALL (en haar klanten) een onredelijke last vormen, vanwege de hoogte ervan, de onvoorspelbaarheid, en het feit dat interceptie van communicatie een belang is voor de hele gemeenschap (niet als zodanig voor XS4ALL of haar klanten) en daarom ook ten laste zouden moeten komen van de staatsmiddelen.

4.3 EVRM en gemeenschapsrecht

- 124 De schending van artikel 1 EP en artikel 10 EVRM die artikel 13.6 lid 1 Tw behelst, speelt ook een belangrijke rol bij de toetsing van artikel 13.6 lid 1 Tw aan het primaire, secundaire en ongeschreven gemeenschapsrecht, in aanvulling op hetgeen daaromtrent hierboven reeds is betoogd. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie werken fundamentele rechten door in het Europees gemeenschapsrecht. Aan het EVRM komt in dit opzicht bijzondere betekenis toe.⁷⁰ Artikel 6 lid 2 EU-Verdrag bestempelt de grondrechten expliciet als communautaire rechtsbeginselen. De lidstaten zijn bij de toepassing van op Europese richtlijnen berustende wetgeving, dus niet vrijgesteld van de verplichting in de communautaire rechtsorde de grondrechten te eerbiedigen. In een arrest uit 2003 over ontneming van eigendom door het in beslag nemen van gekweekte vis zette het Hof van Justitie de maatstaf uiteen voor de toetsing aan het eigendomsrecht van een maatregel die voortvloeit uit het primaire of secundaire gemeenschapsrecht. Het overweegt:

68. De fundamentele rechten hebben echter geen absolute gelding, maar moeten in relatie tot hun sociale functie worden beschouwd. Bijgevolg kan de uitoefening van deze rechten met name in het kader van een gemeenschappelijke marktordening aan beperkingen worden onderworpen, voorzover zulke beperkingen werkelijk beantwoorden aan de doeleinden van algemeen belang die de Gemeenschap nastreeft en, het nagestreefde doel in aanmerking genomen, niet zijn te beschouwen als een onevenredige en onduidelbare ingreep waardoor deze rechten in hun kern worden aangetast.

- 125 Het cruciale verschil tussen deze vissenzaak en de onderhavige zaak over de kosten van aftapbaarheid, is erin gelegen dat de vissers volgens het Hof van Justitie relatief weinig schade leden en bovendien mede profiteerden van de litigieuze maatregel omdat zij leiden tot het verminderen van ziekte onder vissen en het zo snel mogelijk weer mogelijk maken van visserij in een getroffen gebied. Van aftapbaarheid profiteren de aanbieders daarentegen in het geheel niet, althans niet meer dan iedere ande-

⁷⁰ HvJ EG 10 juli 2003, zaak C-20/00, *Jur.* 2003, p. I-7411, *Booker, NJ* 2004, 147, m.nt. MRM, rov. 65.

re burger namelijk voor zover het indirect zou kunnen leiden tot meer veiligheid in de samenleving.

5 BUITENLANDSE RECHTSPRAAK

126 De onderhavige procedure is niet de eerste waarin de rechtmatigheid aan de orde wordt gesteld van een verplichting aan aanbieders om zelf de kosten voor aftapbaarheid te dragen. Omdat de wetgeving van de meeste geïndustrialiseerde landen als reeds omschreven voorziet in compensatie van deze kosten, is een dergelijke procedure in die landen niet nodig geweest. Gewezen wordt hier op sterk vergelijkbare uitspraken van hoogste rechters in Oostenrijk en Frankrijk. In Duitsland is inmiddels een vergelijkbare zaak aanhangig.⁷¹

5.1 Oostenrijk

127 Het Oostenrijkse *Verfassungsgerichtshof* heeft in zijn uitspraak van 27 februari 2003 (**PRODUCTIE E-3**) bepaald dat de Oostenrijkse regeling van de kosten van aftapbaarheid, die vrijwel gelijk is aan de Nederlandse, ongrondwettig is. Hoewel de Oostenrijkse grondwet de Nederlandse niet is en Nederland evenmin een systeem van constitutionele rechtspraak kent, stoelt de Oostenrijkse uitspraak op dezelfde beginselen van noodzakelijkheid en proportionaliteit die de Nederlandse rechter blijkens gemeenschapsrecht en EVRM dient te hanteren.

128 Het Hof oordeelt op twee gronden dat de totale uitsluiting van enige vorm van vergoeding voor de kosten van het aftapbaar maken van net of dienst in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. In eerdere jurisprudentie met betrekking tot het gelijkheidsbeginsel had het *Verfassungsgerichtshof* reeds vastgesteld dat de dwangmatige inzet van particulieren bij de vervulling van publiekrechtelijke taken weliswaar niet op principiële bezwaren stuit, maar niet rechtvaardigt dat, onafhankelijk van kwaliteit of omvang, medewerkingsverplichtingen van welke aard en intensiteit dan ook kunnen worden opgelegd. Het Hof stelt vervolgens vast dat het tappen van telecommunicatieverkeer in het kader van strafvordering of nationale veiligheid principieel een publieke taak is. De staat moet daarvoor in beginsel ook zelf de kosten dragen en kan deze in beginsel niet afwentelen op burgers. Daarvoor moet de staat goede argumenten hebben die deze beperkingen op het gelijkheidsbeginsel kunnen dragen.

129 Het Hof overweegt dat de wetgever het proportionaliteitsbeginsel (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) in acht dient te nemen, wanneer hij publieke lasten (de aftapkosten) op de schouders van particulieren (telecommunicatieaanbieders) wil afwentelen. De wetgever zal dus een belangenafweging moeten verrichten. In deze belangenafweging zal hij enerzijds de kosten waarmee de particuliere aanbieder wordt geconfron-

⁷¹ Zie <http://www.tkg-verfassungsbeschwerde.de.vu/>. De argumenten met betrekking tot kosten zijn, met vindplaatsen, te vinden via http://www.tkg-verfassungsbeschwerde.de.vu/beschwerdeschrift_tk.pdf, § 3.1.1.2.

teerd moeten betrekken. Anderzijds zal hij aan de hand van concrete criteria moeten bepalen waarom juist deze particulier(en) de kosten dient te dragen. Deze criteria kunnen volgens het Hof onder meer bestaan uit de bepaalbaarheid en daarmee concreet de financiële voorspelbaarheid van de te verrichten prestaties voor private partijen, de economische redelijkheid van de lastenverdeling voor de individuele ondernemer, het te dienen belang dat mede een belang van de betrokken ondernemers moet zijn en de gevaarzetting die juist van de activiteiten van de ondernemer uitgaat welke door de verlangde medewerking wordt geneutraliseerd.

- 130 Het Hof toetst de regeling aan deze uitgangspunten en concludeert dat de regeling de toets niet doorstaat. Daarbij hecht het Hof belang aan het feit dat de financiële lasten voor de betrokken ondernemingen zeer hoog zijn. Het stelt vast dat de omvang en dus kosten van de Oostenrijkse aftapbaarheidsplicht (net als de Nederlandse) niet bepaalbaar zijn omdat zij niet door de wet worden begrensd, maar telkens aan de stand van de techniek kunnen worden aangepast door de minister door middel van een verordening (vergelijk het Besluit aftappen en de Regeling aftappen in Nederland).
- 131 Tenslotte stelt het Hof principieel (en in navolging van de geschetste gemeenschapsrechtelijke uitgangspunten) vast dat budgettaire overwegingen op zichzelf en alleen geen toereikende objectieve rechtvaardiging kunnen bieden voor de hier door de wetgever getroffen kostenverdelingsregeling.

5.2 Frankrijk

- 132 In Frankrijk werd in 2000 een wettelijke bepaling ingevoerd vergelijkbaar aan artikel 13.6 lid 1 Tw. Artikel 48 van *de Loi de finances rectificative pour 2000* – de naam geeft reeds aan dat het een bezuinigingswet was – bepaalde dat aanbieders “mettent en place et assurent la mise en oeuvre des moyens nécessaires aux interceptions justifiées par les nécessités de la sécurité publique. Les investissements réalisés à cette fin sont à leur charge.” De wet voorzag wel in een onduidelijke regeling voor de gedeeltelijke vergoeding van de exploitatiekosten: “L’Etat participe au financement des charges d’exploitation supportées par les opérateurs pour la mise en oeuvre des moyens nécessaires dans des conditions déterminées par décret en Conseil d’Etat.”
- 133 Deze bepaling werd door het *Cour Constitutionnel* bij arrest van 28 december 2000 (**PRODUCTIE E-4**) ongrondwettelijk verklaard wegens strijd met het beginsel van *égalité devant les charges publiques*:

40. Considérant qu’il est fait grief à cet article par les deux saisines de mettre à la charge des opérateurs la totalité du coût des investissements nécessaires à la pratique des interceptions, ainsi qu’une partie des charges d’exploitation correspondantes; que, selon les requérants, ces dispositions rompent l’égalité devant les charges publiques ;

41. Considérant que, s’il est loisible au législateur, dans le respect des libertés constitutionnellement garanties, d’imposer aux opérateurs de ré-

seaux de télécommunications de mettre en place et de faire fonctionner les dispositifs techniques permettant les interceptions justifiées par les nécessités de la sécurité publique, le concours ainsi apporté à la sauvegarde de l'ordre public, dans l'intérêt général de la population, est étranger à l'exploitation des réseaux de télécommunications; que les dépenses en résultant ne sauraient dès lors, en raison de leur nature, incomber directement aux opérateurs; [onderstreping adv.]

- 134 Ook de redenering van het *Cour Constitutionnel* komt overeen met hetgeen XS4ALL in deze zaak in essentie betoogt: hoewel begrijpelijk is dat de Staat van aanbieders medewerking verlangt bij het aftappen van hun netwerk en dienst, bestaat er geen rechtvaardiging voor het op hen afwentelen van de kosten daarvan. De opsporing van strafbare feiten is voorbehouden aan de Staat; de kosten dienen voor zijn rekening te komen, ook wanneer zij krachtens de wet door anderen worden gemaakt.

6 VORDERINGEN

6.1 Verklaringen voor recht

- 135 Het gemeenschapsrecht verzet zich ertegen dat een lidstaat zich jegens burgers beroept op wettelijke bepalingen die in strijd zijn met het gemeenschapsrecht. Op grond van de artikelen 93 en 94 Gw geldt dat evenzeer voor het EVRM.
- 136 Nu artikel 13.6 lid 1 Tw in strijd is met het primaire, secundaire en ongeschreven gemeenschapsrecht en met het EVRM, dient het onverbindend te worden verklaard althans buiten toepassing te worden gelaten. Artikel 6 lid 1 Machtigingsrichtlijn is door de Staat onjuist geïmplementeerd, nu artikel 13.6 lid 1 Tw bij de implementatie in stand is gelaten. Richtlijnconforme interpretatie van artikel 13.6 lid 2 Tw, zodanig dat daaronder ook de investerings-, exploitatie- en onderhoudskosten worden begrepen, zou de geschetste strijdigheid kunnen opheffen maar ligt mogelijk niet voor de hand, nu het vermoedelijk tot een interpretatie *contra legem* zou nopen. Dat is volgens velen niet mogelijk, omdat dat in strijd zou zijn met de rechtszekerheid⁷² of aan richtlijnen de werking van verordeningen zou verlenen.⁷³
- 137 De eerste gevorderde verklaring voor recht strekt ertoe artikel 13.6 lid 1 Tw onverbindend te verklaren of in elk geval ten aanzien van XS4ALL buiten werking te stellen. De tweede verklaring voor recht heeft betrekking op de aansprakelijkheid van de Staat. Artikel 13.6 lid 1 Tw moet worden aangemerkt als onrechtmatige wetgeving. De Staat draagt terzake de (risico-)aansprakelijkheid. Bijgevolg heeft XS4ALL recht op vergoeding van de kosten die zij in het verleden heeft gemaakt en in de toekomst nog zal maken ter voldoening aan de verplichtingen in hoofdstuk 13 Tw.

⁷² Zie o.a. S. Prechal, *Directives in European Community Law*, Oxford 1995 p. 348.

⁷³ Zie o.a. Pres. Rb. Den Haag 7 juli 1995, IER 1995, 30 (*Novell/America Direct*), r.o. 16 en Hof Den Haag 1 juni 1995, (*Pink Floyd*), r.o. 16.

6.2 Schadevergoeding

138 XS4ALL vordert in deze procedure vergoeding van de schade die zij reeds heeft geleden en schade die zij nog zal lijden totdat artikel 13.6 lid 1 Tw is afgeschaft althans de wet voorziet in een adequaat régime voor vergoeding van kosten van aftapbaarheid. De hoogte van de geleden schade is reeds toegelicht.

7 VERWEER, BEWIJSMIDDELEN EN PROCEDUREVOORSTEL

139 Op de specifieke vorderingen van XS4ALL is geen verweer van de Staat bekend. Uit recente uitspraken van Minister Donner dat de kosten voor de uitvoering van een voorgenomen verplichting voor telecomaandieners om gedurende een periode van één of meer jaren verkeersgegevens vast te leggen, voor rekening van de aanbieders zouden moeten komen, blijkt dat de Staat sinds de introductie van artikel 13.6 lid 1 Tw niet van mening is veranderd. Voor zover het vermoedelijke verweer van de Staat kan worden opgemaakt uit de parlementaire stukken, is dat in het voorgaande genoemd en weerlegd.

140 De vraag of artikel 13.6 lid 1 Tw in strijd is met het primaire, secundaire en ongeschreven gemeenschapsrecht en met het EVRM, is een rechtsvraag terzake waarvan moeilijk bewijsmiddelen kunnen worden aangedragen. Aangezien artikel 13.6 lid 1 Tw een beperking is van het uitgangspunt van vrijheid van diensten van het EG-Verdrag, zoals ten deze specifiek geharmoniseerd in de Machtigingsrichtlijn, alsmede een beperking van het eigendomsrecht zoals beschermd door het Eerste Protocol EVRM, draagt de Staat de bewijslast terzake de stelling dat deze beperking desondanks toelaatbaar is.⁷⁴ XS4ALL is, voor zover rechtens vereist en nuttig, bereid bewijs te leveren terzake al haar stellingen, waaronder in het bijzonder de stellingen terzake de gang van zaken bij de technische en functionele implementatie van aftapbaarheid en de hoogte van de investerings-, exploitatie- en onderhoudskosten voor de technische voorzieningen die zij heeft gemaakt en nog zal maken teneinde te kunnen voldoen aan de artikelen 13.1, 13.4 en 13.5 Tw.

141 Gezien de principiële aard van de zaak en het feit dat XS4ALL niet bekend is met het specifieke verweer van de Staat, terwijl van dat verweer verwacht kan worden dat het juridisch ingewikkeld kan zijn, stelt XS4ALL voor een comparitie na antwoord achterwege te laten en partijen eerst in de gelegenheid te stellen te re- en dupliceren.

⁷⁴ Vgl. Oliver, *op. cit.*, § 8.11 en HvJ EG 8 november 1979, zaak 251/78, *Jur.* 1979, p. 3369, Denavit Futtermittel II; HvJ EG 19 februari 1981, zaak 130/80, *Jur.* 1981, p. 527, Kelderman.

MITSDIEN:

Het de Rechtbank behage bij vonnis, zo veel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad,

1. voor recht te verklaren dat artikel 13.6 lid 1 Telecommunicatiewet onverbindend is althans geen toepassing vindt wegens strijd met het primaire en/althans secundaire en/althans ongeschreven gemeenschapsrecht en/althans met het EVRM, meer in het bijzonder één of meer van de volgende bepalingen: artikel 6 lid 1 Richtlijn 2002/20/EG, artikel 15 Richtlijn 2002/58/EG, artikel 49 EG-Verdrag, ongeschreven gemeenschapsrecht, artikel 1 Eerste Protocol EVRM, artikel 10 EVRM, artikel 8 EVRM;
2. voor recht te verklaren dat de Staat aansprakelijk is voor de investerings-, exploitatie- en onderhoudskosten voor de technische voorzieningen die XS4ALL heeft gemaakt en nog zal maken teneinde te kunnen voldoen aan de verplichtingen van hoofdstuk 13 Telecommunicatiewet;
3. de Staat te veroordelen tot betaling aan XS4ALL van een bedrag van 489.293 (zegge vierhonderdnegentachtigduizend tweehonderddrieënnegentig euro), te vermeerderen met wettelijke rente vanaf de dag der opeisbaarheid tot aan de dag der algehele betaling;
4. gedaagde te veroordelen in de kosten van geding.

De kosten dezes zijn voor mij, deurwaarder

Deurwaarder

PRODUCTIES

	Datum	Omschrijving
Productie E-1	3 maart 2005	Verklaring van Ernst & Young met betrekking tot de door XS4ALL gemaakte kosten in verband met aftappen
Productie E-2	juli 2003	Rapport Wik over aftapbaarheid in de G7-staten
Productie E-3	27 februari 2003	Uitspraak van het Oostenrijkse Verfassungsgerichtshof (strijd met proportionaliteits- en gelijkheidsbeginselen)
Productie E-4	28 december 2000	Arrest van het Franse Cour constitutionnel (strijd met égalité-beginsel)