

Rechtbank 's-Gravenhage

Rolnummer 2005/1009

13 maart 2006

PLEITNOTITIES

namens

XS4ALL INTERNET B.V.

gevestigd te Amsterdam

eiseres

procureur: mr P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt

advocaat: mr R.D. Chavannes

tegen

DE STAAT DER NEDERLANDEN

(Ministerie van Economische Zaken),

zetelende te Den Haag,

gedaagde,

procureur: mr A.B. van Rijn

1 INLEIDING

- 1 Er wordt veel gevlogen, ook door criminele en staatsgevaarlijke mensen. Voor de politie en veiligheidsdiensten zou het handig zijn om te kunnen volgen hoe verdachten vliegen en wat zij in de lucht doen. Dat geldt niet alleen voor mogelijke vliegtuigkapers, maar vooral voor criminelen wiens misdrijf los staat van het vliegen. Het kan voor de opsporing heel handig zijn om ze tijdens de vlucht te kunnen volgen, bijvoorbeeld omdat ze misschien tijdens de vlucht zullen praten over die bankroof. Of omdat daarmee kan worden bewezen dat twee verdachten van moord die zeggen elkaar niet te kennen, wel acht uur innig omarmd naast elkaar zaten in rij 14.
- 2 Stel we nemen in de wet een bepaling op die Nederlandse luchtvaartmaatschappijen verbiedt om vluchten uit te voeren, tenzij iedere individuele passagier gedurende zijn gehele verblijf op het toestel in beeld en geluid kan worden gevolgd. Niet alleen op zijn stoel, maar ook in de gangen en op de wc. Zonder dat de verdachte het merkt en zonder dat beelden of geluiden van andere passagiers worden opgevangen.
- 3 Technisch is dit niet eenvoudig, maar de maatschappijen gaan aan de slag. Ze moeten wel: het staat in de wet. Ze overleggen met Boeing en Airbus, maar die weten het ook niet meteen (en willen er ook liever niet mee geassocieerd worden). Nadat een technisch systeem is ontwikkeld, moeten er microfoons, camera's en computers in ieder vliegtuig geïnstalleerd worden, een satellietverbinding naar een grondstation, een verbinding naar de tapkamer van de politie en een verbinding naar de AIVD.
- 4 Is het nu redelijk dat de kosten die de luchtvaartmaatschappijen maken om dit systeem te ontwikkelen, bouwen en onderhouden, alleen

door hen worden betaald – of, uiteindelijk, door hun passagiers? Het lijkt van niet. Waarom zouden niet-vliegende burgers niet meebetalen aan dit strafvorderlijke middel? Burgers die altijd de auto nemen profiteren even veel van het oplossen van die moord of bankroof.

- 5 En stel nou dat de luchtvaartmaatschappijen dit systeem installeren en onderhouden, en dat de politie er vervolgens maar heel sporadisch gebruik van maakt, omdat de techniek aan hun kant niet helemaal goed werkt of omdat er te weinig politiemensen zijn om al het beeld- en geluidsmateriaal door te nemen? Naarmate de kosten per geval voor de luchtvaartmaatschappij toenemen, wordt de proportionaliteitsvraag steeds prangender.
- 6 Twee andere voorbeelden. Stel de politie wil graag ‘live’ kunnen volgen wat er wordt afgerekend bij de kassa’s van iedere winkel in Nederland, om verdachte burgers nog beter te kunnen volgen. En stel dat we vinden dat dat *niet* een excessieve privacyinbreuk is. Technisch is zo iets best te realiseren. Het kost alleen veel geld. Mag de Staat dan eisen dat iedere winkelier de apparatuur op eigen kosten installeert, inclusief het telefoonlijntje naar de politie?
- 7 Stel de inlichtingendiensten willen heel precies kunnen volgen wie wanneer welk gebedshuis bezoekt. En stel dat we vinden dat dat *niet* een excessieve inbreuk op de godsdienstvrijheid zou zijn. Technisch is het mogelijk bij alle ingangen van alle kerken, moskees en synagogen camera’s op te hangen en die via een datanetwerk te verbinden met de computers van de AIVD. Mag de Staat dan eisen dat allee gebedshuizen de apparatuur op eigen kosten installeren en onderhouden?

- 8 Uiteindelijk moet de Staat voor zichzelf de afweging maken of een bepaald opsporingsmiddel proportioneel is, in die zin dat de strafvorderlijke baten opwegen tegen de financiële lasten. Maar wat de Staat *niet* mag doen, is die eigen, interne proportionaliteitsafweging uit de weg gaan door de kosten botweg op een bepaalde groep in de samenleving af te wentelen.
- 9 Het gaat er niet om dat dit relatief vergaande voorbeelden zijn. Wat nu onbestaanbaar lijkt, kan volgend jaar gemeengoed zijn. In de redenering die de Staat in deze procedure voorstaat, komen we bovendien helemaal niet toe aan de vraag of het evenredig is om de nalevingskosten niet te vergoeden. Toegepast op deze voorbeelden, zou de redenering van de Staat zijn: *niemand wordt gedwongen een luchtvaartmaatschappij, winkel of gebedshuis te beginnen. Wie daarvoor kiest, doet dat vrijwillig en heeft zich aan de wet te houden, op eigen kosten.*

Vergelijk antwoord, § 4.12, repliek, § 20 e.v. en dupliek, § 4.1.2.

- 10 Volgens de Staat komen we dus niet toe aan een beoordeling van de noodzakelijkheid en proportionaliteit van artikel 13.6 lid 1 van de Telecommunicatiewet ("Tw"), waaruit blijkt dat telecomaانبieders zoals XS4ALL zelf de kosten moeten dragen om hun netwerk aftapbaar te maken en houden. Want aftapbaarheid is een wettelijke eis die de wetgever in het belang van de openbare orde en veiligheid mag stellen. Artikel 13.6 lid 1 Tw bevestigt volgens de Staat alleen maar wat anders ook zou gelden, namelijk dat iedereen zelf verantwoordelijk is voor de naleving van de wet. Het standpunt van de Staat komt er dus op neer, dat de regeling van de kosten van aftapbaarheid zich onttrekt aan rechterlijke toetsing omdat zij in de wet staat en je je daar nou eenmaal aan moet houden. Door een beperking van verdrags-

vrijheden of grondrechten in een formele wet neer te leggen, onttrekt die beperking zich dus volgens de Staat aan proportionaliteitseisen en rechterlijke controle.

- 11 Zo werkt het niet. Het is aan de rechter om te beoordelen of dit soort, in wettelijke jassen gegoten lasten mogen worden opgelegd aan bedrijven of burgers die daar niets mee te maken hebben.
- 12 XS4ALL betwist in deze procedure niet dat aftappen nuttig kan zijn voor de strafvordering. XS4ALL heeft steeds in overeenstemming met de wet meegewerkt aan het aftapbaar maken van haar netwerk en het uitvoeren van bevoegde tapplaten. Zij blijft dat doen. Er ligt vandaag echter een intrigerende, principiële rechtsvraag voor over de *verantwoordelijkheid* voor dergelijke maatschappelijke ordening. Kan de Staat individuele burgers via specifieke verplichtingen laten meebetalen aan de overheidstaak van criminaliteitsbestrijding en nationale veiligheid? Is het rationeel of redelijk dat de twee miljoen Nederlanders die volgens recent onderzoek nog nooit gebruik hebben gemaakt van internet, niet hoeven mee te betalen aan opsporing met gebruikmaking van internetaftappen? XS4ALL meent van niet.
- 13 In de schriftelijke stukken zijn de feitelijke en juridische grondslagen van de zaak in detail uiteengezet. Ik wil dat vandaag niet allemaal herhalen – al hoor ik graag als er over specifieke punten nog vragen of onduidelijkheden bestaat. In eerste instantie zal ik kort een paar specifieke punten bespreken met betrekking tot vrij verkeer, de Machtigingsrichtlijn en het eigendomsrecht, om mij vervolgens te concentreren op de kernvraag in deze zaak: de betekenis en toepassing van het proportionaliteitsbegrip.

1.1 Hoofdlijnen van het betoog van XS4ALL

- 14 De wettelijke verplichting voor internetaanbieders om op eigen kosten hun netwerk aftapbaar te maken en te houden, is een inbreuk op het vrije verkeer van diensten (zoals voor wat betreft aftappen inmiddels geharmoniseerd in de Machtigingsrichtlijn), het eigendomsrecht en de communicatievrijheid.
- de verplichting maakt het verlenen van internettoegangsdiensten duurder en dus minder aantrekkelijk (zie repliek, § 60 e.v.);
 - de verplichting dwingt XS4ALL om haar werkkapitaal te besteden op een wijze die zij niet wenst en die haar op geen enkele wijze baat, alsmede om de netwerkapparatuur die zij in eigendom heeft, op een bepaalde wijze aan te passen en in te richten;
 - de verplichting verhindert XS4ALL om nieuwe, meer vertrouwelijke en betrouwbare communicatiediensten aan het publiek aan te bieden.
- 15 Deze rechten zijn niet absoluut – de formuleringen van die rechten in wet en verdrag voorzien in beperkingen voor bepaalde doeleinden. Openbare orde en veiligheid is daar meestal één van en XS4ALL betwist niet dat aftappen een belangrijk – zo niet noodzakelijk – middel kan zijn om dat doel na te streven. Maar daarmee is niet iedere inbreuk op die rechten automatisch gerechtvaardigd; daarmee kan niet iedere modaliteit van aftappen *dus* worden opgelegd. Deze vrijheden en grondrechten mogen slechts worden beperkt voor zover nodig om het ingeroepen doel te bereiken. Als het ingeroepen doel op meerdere manieren kan worden bereikt, moet dus de manier worden gekozen die deze rechten het minst beperkt. Voor de modaliteit die de wetgever heeft

gekozen – aftapbaarheid op kosten van aanbieders – bestaat een alternatief dat minder beperkend is voor het vrije dienstenverkeer, het eigendomsrecht en de communicatievrijheid: aftapbaarheid op kosten van de Staat.

- 16 De Staat betwist ten aanzien van de verschillende rechten steeds iedere stap: (1) de vrijheid of het recht is niet van toepassing of niet in het geding; (2) als die al van toepassing is, is de wettelijke regeling van aftapbaarheid daar geen beperking van en (3) als het al een beperking is, is die gerechtvaardigd. Dat leidt tot veel detaildiscussies, die wellicht bedoeld zijn om de aandacht af te leiden van het punt waar het echt om gaat – en waar de Staat geen antwoord op heeft – de proportionaliteit. De wetgever heeft ervoor gekozen de kosten van aftapbaarheid af te wentelen op de aanbieders, niet omdat dat nodig was of omdat daar een dringend publiek belang mee was gediend, maar omdat dat goedkoper was. In allerlei buurlanden heeft de overheid er juist voor gekozen om de kosten wél te vergoeden, ook om de eigen aanbieders te beschermen tegen concurrenten die dergelijke kosten niet hoeven te maken.
- 17 Anders gezegd: alle grondslagen die XS4ALL heeft aangevoerd leiden uiteindelijk tot hetzelfde debat over de proportionaliteit van de wettelijke regeling van aftapbaarheid op kosten van de aanbieders. Juist op dat punt heeft de Staat echter geen verweer. Dat de Staat zich dus concentreert op formele wesen over de toepasselijkheid van de verdragsrechten, is begrijpelijk. Alle wegen komen samen op het open veld van de proportionaliteit, en omdat de Staat het licht daar te fel vindt, heeft hij op de toegangswegen zo veel mogelijk hindernissen neergezet. Zo lopen we vast.

- 18 Voor uw besluitvorming stel ik daarom een tegenovergestelde wandeling voor: laten we beginnen met het proportionaliteitsdebat. Als u met mij van mening bent dat artikel 13.6 lid 1 Tw niet proportioneel is, kijken we of er voor één of meer van de juridische grondslagen een begaanbare weg naar de uitgang is.

1.2 Waar is aftappen wel en niet voor?

- 19 De bevoegdheden om briefpost te onderscheppen (artikel 100 Sv) worden zelden toegepast om poederaars of afpersers op te sporen. Veel vaker gaat het om opsporing van fraude of andere misdrijven die een papieren spoor kunnen nalaten. Ook telefoontaps worden niet alleen gebruikt om hijgers op te sporen. Zij worden vooral gebruikt om criminelen op te sporen, die hun misdrijf plegen zonder gebruik te maken van een telefoon. De telefoontap kan helpen ze vast te pinnen, doordat zij erover praten of doordat de locatiegegevens van de GSM bijdragen aan het bewijs dat zij op de plaats van het delict waren.
- 20 Zo is het ook met het aftappen van internet. Uit de aan XS4ALL gerichte vorderingen blijkt dat die bevoegdheid slechts in een kleine minderheid van de gevallen wordt toegepast in onderzoeken naar wat je zou kunnen omschrijven als internet-criminaliteit: misdrijven gepleegd op internet of door middel van internetverbindingen. In de overgrote meerderheid wordt aftappen van internet ingezet om de communicatie van verdachten van ‘analoge’ criminaliteit te volgen: terrorisme, fraude, moord, diefstal.
- 21 Internet is net zoals andere vormen van infrastructuur, zoals wegen, treinen, vliegtuigen en elektriciteitsnetten: het wordt veel gebruikt, en dus ook door criminelen en terroristen. Hoewel er misdrijven zijn waarbij een auto of stroom wordt gebruikt, gebruiken criminelen de auto

vaker om naar hun moeder te gaan dan om met de buit te vluchten, en het stroomnet vaker om hun huis te verlichten. Ook dat 'onschuldige' gebruik van infrastructuur kan belangrijke strafvorderlijke informatie opleveren. Maar is het redelijk dat alleen automobilisten – via de wegenbelasting – meebetalen aan de kosten voor het opsporen van bankovervallers?

- 22 Waarom is het van belang welke soorten misdrijf met behulp van aftappen van internet wordt opgespoord? Om twee redenen:
- 23 Ten eerste ontkracht dat de stelling van de Staat, dat internet providers een bijzondere verantwoordelijkheid hebben met betrekking tot criminaliteit met gebruikmaking van hun netwerken en dat het *dus* redelijk is dat zij de kosten van aftapbaarheid zelf dragen (cf. repliek, § 9 e.v.). Deze poging om een soort 'de vervuiler betaalt'-redenering te creëren, mist dus feitelijke grondslag.
- 24 Het feit dat criminelen soms ook gebruik maken van internet, maakt een internet provider als XS4ALL niet verantwoordelijk voor hun daad, noch voor de opsporing daarvan. Criminelen vliegen ook wel eens en doen ook boodschappen, zonder dat KLM of Albert Heijn een bijzondere verantwoordelijkheid hebben voor de misdrijven van hun klanten, of meer dan andere burgers zouden moeten meebetalen aan de kosten van strafvordering.
- 25 Let wel, ik heb het dan niet eens over de vlucht waarmee de crimineel ontsnapt, of over de winkel waar het moordwapen is gekocht. We hebben het ook niet over de vraag of producenten van vuurwapens of steekmessen een verzwaarde verantwoordelijkheid hebben voor daarmee gepleegde moorden, of voor de opsporing daarvan. Bij aftappen van telefonie en internet gaat het,

net als in de voorbeelden van KLM en Albert Heijn, om misdrijven waar de provider *volledig* buiten staat.

- 26 Ten tweede blijkt daaruit te meer, dat internet providers ook geen bijzonder profijt hebben van aftapbaarheid. In de stukken is al in detail uiteengezet dat de apparatuur die XS4ALL heeft moeten aanschaffen en onderhouden, voor haar gewone bedrijfsvoering onbruikbaar is, en ook geen enkele meerwaarde heeft. Ernst & Young heeft dat onderzocht en bevestigd.

Replik, § 47-48 en Productie E-8. De betwisting hiervan door de Staat (§ 5.3) is voor XS4ALL niet begrijpelijk. Als er voor haar aftapbaarheidsvoorzieningen een ander mogelijke, legale en nuttige toepassing zou zijn geweest, had XS4ALL die benut.

- 27 De Staat vraagt XS4ALL niet om mee te mogen liften op een faciliteit die XS4ALL ook voor haar eigen bedrijfsvoering zou installeren. Zij eist van XS4ALL dat zij op eigen kosten iets installeert en onderhoudt waar zij zelf niks aan heeft.
- 28 Maar zelfs indirect heeft XS4ALL geen bijzonder profijt van aftappen, in de zin dat door aftappen het internet 'veiliger' wordt, of haar dienst aantrekkelijker of goedkoper. Dat is dus anders dan bijvoorbeeld beveiligingscamera's in uitgaansgebieden, die voordelen hebben voor lokale kroegbazen: minder criminaliteit voor hun deur leidt tot meer omzet en minder schade. Het is ook niet voor niks dat sommige beveiligingscamera's juist worden geïnstalleerd op initiatief van de plaatselijke middenstand. Er is werkelijk nog nooit een internet provider geweest die vrijwillig een aftapfaciliteit heeft geïnstalleerd (nog afgezien van het feit dat particulier aftappen strafbaar is).

2 VRIJ VERKEER

2.1 Toepasselijkheid

- 29 Wat betreft de toepasselijkheid van de vrij verkeer regels wil de Staat de discussie graag verengen tot de vraag hoeveel buitenlandse klanten XS4ALL nu precies heeft. Op basis van een even inventieve als rechtsvreemde ‘zwaartepuntenbenadering’ wil de Staat u laten concluderen dat in feite sprake is van een vrijwel zuiver interne, Nederlandse aangelegenheid, zodat wij niet toekomen aan de Europese vrij verkeer regels.
- 30 De Staat haalt twee vragen door elkaar: die naar de *toepasselijkheid* van de vrij verkeer regels op bepaalde dienstverlening en die naar het *belang* dat een eiser heeft bij zijn vordering om een bepaalde nationale maatregel wegens strijd met die regels onverbindend te laten verklaren. Met andere woorden: (1) is artikel 13.6 lid 1 Tw rechtmatig en (2) mag XS4ALL die vraag aan de orde stellen?
- 31 De eerste vraag gaat over de verbindendheid of onverbindendheid van artikel 13.6 lid 1 Tw. Die verandert niet naarmate XS4ALL meer klanten in het buitenland verwerft. De vraag naar de rechtmatigheid van een wet is niet afhankelijk van wie de vraag stelt. Die vraag wordt beantwoord aan de hand van objectieve criteria en het antwoord is voor iedere eiser hetzelfde.

Vergelijk Mortelmans over de toetsing aan artikel 30 EG: “Een regelgeoriënteerde aanpak kwam in de plaats van een marktgeoriënteerde aanpak. Geen oordeel van de rechter in concreto per geval, maar een oordeel in abstracto per soort regeling.” K.J.M. Mortelmans, ‘De Keck-check’, *NTER* 2005-11/12, p. 249.

- 32 Voor de toepasselijkheid van de vrij verkeer regels van artikel 49 EG is dus niet relevant of de

dienstverrichting *van XS4ALL* een deels of overwegend interstatelijk karakter heeft – dat heeft die overigens wel –, maar of de dienstverrichting die door hoofdstuk 13 Tw wordt beïnvloed, beperkt of minder aantrekkelijk gemaakt, *in abstracto* een grensoverschrijdend karakter of element heeft. Dat is zo: zoals al uitgebreid is omschreven in de stukken (en door de Staat niet serieus weersproken), hebben openbare telecommunicatiediensten per definitie een grensoverschrijdend karakter.

- 33 Die grensoverschrijdendheid blijkt natuurlijk ook uit het feit dat telecommunicatiediensten voorwerp zijn van sectorspecifieke harmonisatierichtlijnen die zijn gebaseerd op artikel 95 EG. Die grondslag – harmonisatie in het belang van de verwezenlijking van de interne markt – betekent dat ook volgens de gemeenschapswetgever (inclusief de Staat) sprake is van diensten met een inherent interstatelijk karakter.
- 34 Daarmee staat vast dat artikel 49 EG van toepassing is op het verrichten van telecommunicatiediensten en dat maatregelen die het vrij verrichten van die diensten beperken, dus in beginsel verboden zijn.
- 35 Dan de tweede vraag, of XS4ALL een beroep toekomt op de onrechtmatigheid van artikel 13.6 lid 1 Tw. Mag zij u vragen daarover een oordeel uit te spreken? Is zij belanghebbende bij het antwoord op die vraag? Een wetenschapper of hobbyende advocaat heeft er geen belang bij dat de rechtbank een abstracte rechtsvraag beantwoordt.

Rb. Utrecht 30 november 2005, LJN AU7468 (*Van Engelen/Ventoux Advocaten*), waarin de rechtbank concludeert “dat beide partijen antwoord wensen te verkrijgen op een vraag die enkel in de juridische literatuur speelt. Zij is van oordeel dat deze wens een juridische beoorde-

ling van de onderhavige rechtsvorderingen niet rechtvaardigt.”

- 36 Een onderneming die rechtstreeks wordt geconfronteerd met de gevolgen van een aangevochten regeling heeft een dergelijk belang evident wél. Het feit dat XS4ALL tussen 2001 en 2004 500.000 euro heeft uitgegeven ter uitvoering van de regeling van aftapbaarheid, maakt zonneklaar dat zij er alle belang heeft bij heeft dat u de verbindendheid van die regeling onderzoekt – en vervolgens de *on*verbindendheid daarvan uitspreekt.

Of XS4ALL de kosten kan ‘doorberekenen’ aan haar klanten, is een boekhoudkundige vraag die juridische relevantie mist. Het staat vast dat artikel 13.6 lid 1 XS4ALL voor kosten heeft gesteld. Ook als zij die 1-op-1 had kunnen doorberekenen, zou dat de verplichting van de Staat tot schadevergoeding niet wegnemen.

- 37 Het feit dat het merendeel van de klanten van XS4ALL in Nederland woont, maakt dat niet anders. Ook die klanten gebruiken het internet in meerderheid voor grensoverschrijdend internetverkeer. En bovendien zou het ook heel vreemd zijn als XS4ALL u een vraag niet mocht stellen, maar een buitenlands dochterbedrijf wél.

Zie bijvoorbeeld het arrest-Pistre (zaak C-321/94), waarin het Hof overwoog dat de toepasselijkheid van artikel 28 EG niet kon worden uitgesloten door het enkele feit dat in het concrete geval alle elementen binnen één enkele lidstaat gesitueerd zijn. Zelfs een regel die nog nooit ten aanzien van buitenlandse producten was toegepast, was een belemmering van het vrij verkeer van goederen (ov. 48).

2.2 Merkbaarheidseis?

- 38 In zijn stukken probeert de Staat de impact van artikel 13.6 lid 1 Tw zo veel mogelijk te bagatelliseren.

seren, niet alleen door te stellen dat maar een beperkt percentage van XS4ALL's klanten in het buitenland zit, maar ook door te stellen dat de kosten van aftapbaarheid eigenlijk wel meevalen. Het is een interessante poging om een soort 'merkbaarheidseis' in het debat te introduceren – een eis die het gemeenschapsrecht op dit punt niet stelt (zie bijv. wederom het arrest-Pistre).

- 39 De Staat suggereert dat uit de rechtspraak van het Hof zou volgen dat niet iedere beperking van het interstatelijk handelsverkeer binnen het toepassingsgebied van de vrij verkeer regels zou vallen. Onder verwijzing naar het arrest in de zaak *Viacom Outdoor* stelt de Staat dat het effect van de Nederlandse keuze om de kosten van aftapbaarheid volledig voor rekening van de aanbieders te brengen, niet een merkbaar effect heeft op (potentiële) grensoverschrijdende dienstverlening door deze ondernemingen. Dit is zowel feitelijk als juridisch onjuist.
- 40 Wat de feitelijke onjuistheid betreft: ik heb er al op gewezen dat de kosten wel degelijk aanzienlijk zijn. Dat geldt niet alleen voor een 'grote' aanbieder als XS4ALL, die 500.000 euro heeft uitgegeven en ieder jaar ruim 100.000 blijft betalen, maar des te meer voor kleinere aanbieders.
- 41 Voor de AG in de zaak *Viacom* was het cruciaal dat de Commissie sprak over een heffing die *molto modesto* was: heel bescheiden.

Zaak C0134/03, conclusie van AG Kokott, § 66.

- 42 De Nederlandse regeling van aftapbaarheid – zowel in de omvang van het wenspakket van de 'behoefstellers' als in de kosten daarvan – kan bepaald niet in dergelijke termen worden beschreven.
- 43 Wat de juridische onjuistheid van het 'merkbaarheidsvereiste' betreft – in de zaak *Viacom* ging

het om een situatie waarin de nationale maatregel het niet minder aantrekkelijk maakte om een grensoverschrijdende dienst aan te bieden. XS4ALL heeft in deze procedure echter gedetailleerd onderbouwd waarom de Nederlandse regels het in dit geval wel degelijk minder aantrekkelijk maken om grensoverschrijdende diensten aan te bieden. Zelfs indien er een merkbaarheidsdrempel zou zijn, dan zou die drempel dus zijn overschreden in het onderhavige geval. Anders dan de Staat wil doen geloven, heeft het Hof die merkbaarheidsbenadering echter niet gevolgd.

Zie bijv. het arrest Angonese (zaak C-281/98), waarin de Italiaanse regering ook stelde dat de nexus met het gemeenschapsrecht gekunsteld was omdat het ging om een Italiaan die in Italië solliciteerde en daar ook vrijwel altijd had gewoond maar zich nu enkel beriep op een in het buitenland behaald diploma dat in de sollicitatieprocedure niet werd erkend. Het Hof oordeelde dat er wel degelijk een inbreuk was op het vrij verkeer.

- 44 De Staat heeft bij dupliek (§ 3.3.12) nog gesteld, dat het betoog van XS4ALL ‘verstreckende gevolgen’ kan hebben:

Elke keer dat een overheid om redenen van algemeen belang aanbieders bepaalde verplichtingen oplegt ter naleving waarvan zij kosten moeten maken, zou sprake zijn van een belemmering van het vrij verrichten van diensten. [Zo] zou ook aan belastingplichtigheid kunnen worden gedacht.

- 45 Als de Staat hiermee wil zeggen dat de verrichting van internettoegangsdiensten geen interstatelijk effect heeft *omdat* hij anders geen disproportionele belastingmaatregelen meer zou kunnen opleggen aan internetaanbieders, is dat na-

tuurlijk onjuist. Het is bovendien vaste rechtspraak van het Hof dat nationale belastingmaatregelen die de uitoefening van de vrijheid van dienstverrichting belemmeren, wél een verboden maatregel kunnen zijn.

Zie bijvoorbeeld ov. 36 van het arrest Viacom, onder verwijzing naar zaak C-17/00, De Coster, ov. 26-27.

3 MACHTIGINGSRICHTLIJN

46 De Staat stelt zich op het standpunt dat de Machtigingsrichtlijn niet van toepassing is op deze zaak, omdat die richtlijn géén harmonisatie inhoudt van nationale maatregelen inzake aftapbaarheidseisen (waaronder de verdeling van kosten). Het feit dat aftappen voorkomt op Bijlage A bij de Machtigingsrichtlijn, betekent volgens de Staat niet meer en niet minder dan dat buiten kijf staat dat aftapbaarheid een eis is die de lidstaten aan dienstenaanbieders mogen opleggen.

Dupliek, § 3.2.1 e.v.

47 Dit standpunt is onjuist. Uit artikel 6 lid 1 Machtigingsrichtlijn blijkt dat alleen de in de bijlagen genoemde voorwaarden mogen worden opgelegd aan aanbieders, en dat die voorwaarden objectief gerechtvaardigd, niet-discriminerend, proportioneel en transparant moeten zijn.

48 In de zienswijze van de Staat zou dat betekenen dat alle in de bijlage genoemde voorwaarden mogen worden opgelegd, maar dat de manier *waarop* dat gebeurd is, geen zaak is voor de Machtigingsrichtlijn maar voor het Verdrag (met name de excepties op artikel 49 EG). Maar waar ziet dan die eis van artikel 6 lid 1 op, dat de verplichtingen objectief gerechtvaardigd, niet-discriminerend, proportioneel en transparant moeten zijn? Het kan geen aanmaning zijn van de gemeenschapswetgever aan zichzelf: “Let op

bij het opstellen van Bijlage A dat je alleen maar voorwaarden opneemt die aan die eisen voldoen.” Het kan natuurlijk alleen maar een instructie aan de lidstaten zijn: zij mogen alleen de voorwaarden opleggen die in de bijlage staan en *dat* alleen, *indien en voor zover* die verplichting aan die vier voorwaarden voldoet.

Deze interpretatie wordt bevestigd door preambule 15 bij de Machtigingsrichtlijn: “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.”

- 49 Dat betekent dus dat de wijze waarop lidstaten de voorwaarden uit Bijlage A opleggen, wordt gereguleerd door de vier voorwaarden uit artikel 6 lid 1. Met andere woorden, de Staat *mag* de eis van aftapbaarheid opleggen, maar de *wijze waarop* hij dat doet, dient objectief gerechtvaardigd, niet-discriminerend, proportioneel en transparant moeten zijn. In ons concrete geval: aftapbaarheid mag, maar op de voor de het vrije verkeer minst belastende wijze en *dus* op kosten van de Staat.
- 50 Proportionaliteit in artikel 6 lid 1 betekent dus niet: proportionaliteit in het licht van het privacyrecht (cf. dupliek, § 3.2.4). De Machtigingsrichtlijn bevat een harmonisatie van de vrijheid van dienstverrichting, met als doel dat lidstaten die vrijheid zo min mogelijk – en binnen geharmoniseerde kaders – beperken. Aftapbaarheidsverplichtingen moeten uiteraard *ook* proportioneel zijn in het licht van het privacyrecht: aftappen is een inbreuk op artikel 8 EVRM, die dus alleen is toegestaan voor zover in overeenstemming met de eisen van artikel 8 lid 2 EVRM. Maar dat is dus

niet de proportionaliteit waar artikel 6 lid 1 Machtigingsrichtlijn op ziet: dat ziet op de afweging tussen de belangen van de Staat bij het opleggen van een verplichting en de belangen van de dienstaanbieder bij onbelemmerde vrijheid van dienstverrichting.

- 51 Wat maakt het eigenlijk uit? Het is een kwestie van uitleg van de Machtigingsrichtlijn, of de vier eisen van artikel 6 lid 1 Machtigingsrichtlijn strenger zijn dan de eisen die het Verdrag stelt aan beperkingen van artikel 49 EG. XS4ALL meent van wel, met name voor wat betreft de eisen van transparantie. Bovendien is met de toepasselijkheid van de Machtigingsrichtlijn iedere discussie uitgesloten over de interstatelijkheid en de toepasselijkheid van het recht op vrije dienstverrichting, terwijl ook niet de vraag hoeft te worden beantwoord of artikel 13.6 lid 1 Tw wel een beperking – merkbaar of niet – is van die vrijheid. We zijn dus meteen op het eigenlijke punt uitgekomen: is de regeling van aftapbaarheid op kosten van de aanbieders proportioneel?
- 52 In dit verband is ook belangrijk om te constateren dat in verschillende lidstaten verschillende keuzes zijn gemaakt voor wat betreft de vergoeding van de kosten van aftapbaarheid. In Frankrijk en Oostenrijk liggen principiële uitspraken van nationale rechters, langs de lijnen als door XS4ALL bepleit. In onder meer Italië, Finland en het Verenigd Koninkrijk heeft de staat uit zichzelf besloten om aanbieders een aanzienlijke financiële tegemoetkoming te betalen.

Zie dagvaarding, § 44, 127 e.v. en Productie E-2.

- 53 In een situatie waarin verschillende lidstaten verschillend omgaan met een onderwerp dat in een harmonisatierichtlijn is geregeld, bestaat kennelijk onduidelijkheid over de betekenis en reikwijdte van de harmonisatiemaatregel. Indien

u meent dat de zaak valt of staat met de toepassing van de Machtigingsrichtlijn, kan dat aanleiding zijn om hierover een prejudiciële vraag te stellen.

4 EIGENDOMSRECHT

T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, 'De eigendomsbescherming van art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlands burgerlijk recht', in: *Het Straatburgse perspectief, preadvies VBR*, Deventer 2005; J. vande Lanotte en Y. Haeck (red.), *Handboek EVRM*, Oxford/Antwerpen 2004, Deel 2, volume II (artikelsgewijs commentaar), p. 295 e.v.; B.J. Schueler, 'Proportionaliteit en gelijkheid voor de publieke lasten', in: A.J. Nieuwenhuis e.a. (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Kluwer 2005, p. 170-173.

- 54 Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt dat het begrip 'eigendom' autonoom is ten opzichte van nationale, zakenrechtelijke criteria (bijvoorbeeld de eigendom van lichamelijke goederen). Het begrip is aanzienlijk ruimer en omvat ook andere "rights and interests constituting assets," zoals aanspraken uit een huurovereenkomst of het recht op een uitkering. Het omvat dus een reeks economische belangen, met inbegrip van immateriële belangen, inclusief vorderingsrechten van privaat- en publiekrechtelijke oorsprong.

Zie J. vande Lanotte en Y. Haeck (red.), *Handboek EVRM*, Oxford/Antwerpen 2004, Deel 2, volume II (artikelsgewijs commentaar), p. 319 e.v. en de daar aangehaalde rechtspraak.

- 55 Er kan dus geen serieuze twijfel over bestaan dat het werkkapitaal, de banksaldi en internettoegangsapparatuur van XS4ALL als eigendom in de zin van artikel 1 EP moeten worden beschouwd.

4.1 Vergelijking met de zaak Passos

- 56 We kunnen de zaak ook van een iets andere kant benaderen, analoog aan het arrest van het EHRM in de Belgische zaak Passos. In deze benadering dient de eigendom in kwestie te worden opgevat als *de aanspraak van XS4ALL op terugbetaling van de gemaakte kosten van aftapbaarheid*. De grondslag voor die vordering is onrechtmatige daad (onrechtmatige wetgeving door aftapbaarheid op te leggen zonder adequate financiële compensatie in strijd met) c.q. het égalité-beginsel.

Zie bijv. HR 20 juni 2003, NJ 2005, 189 m.nt. MRM (*Staat/Harrida*): “Een van de verschijningsvormen van het gelijkheidsbeginsel is 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 drukken- de - 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 (vgl. HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638, ABRS 6 mei 1997, AB 1997, 229, alsmede art. 3:4 lid 2 Awb). Uit deze regel, die ook aan latere rechtspraak van de Hoge Raad ten grondslag ligt, vloeit voort dat het toebrengen van zodanige onevenredige schade bij een op zichzelf rechtmatige overheidshandeling als het onderhavige import- en handelsverbod jegens de getroffen onrechtmatig is.”

- 57 Het is vaste rechtspraak van het EHRM dat een aanspraak uit onrechtmatige daad een bezit is in de zin van artikel 1 EP.

Zie EHRM 20 november 1995, 20 November 1995, Serie A nr. 332, *Pressos t. België*, ov. 31: “The rules in question are rules of tort, under which claims for compensation come into existence as soon as the damage occurs. A claim of this nature “constituted an asset” and therefore

amounted to "a possession within the meaning of the first sentence of Article 1."

- 58 Artikel 13.6 lid 1 Tw is in feite een algehele uitsluiting van de aansprakelijkheid van de Staat voor de kosten van aftapbaarheid. Het komt er dus op neer, dat XS4ALL het recht op schadevergoeding wordt ontnomen.
- 59 Ook in de zaak-Pressos ging het om een wet die burgers het recht op schadevergoeding ontnam. Meer in het bijzonder ging het om een uitsluiting, met terugwerkende kracht, van de aansprakelijkheid van de staat voor fouten van loodsen. De Belgische staat rechtvaardigde die uitsluiting door te wijzen op de enorme en onvoorzienbare hoogte van het financiële risico dat hij liep, geschat op 3500 miljard BEF. Het EHRM oordeelde dat die ontneming een schending van artikel 1 EP opleverde (ov. 34).
- 60 In de zaak Pressos heeft het Hof nogmaals duidelijk gesteld dat artikel 1 EP drie normen bevat: een algemene norm (eerbied voor de goederen) en twee bijzondere, namelijk verbod van onteigening tenzij onder bepaalde voorwaarden, en een soepeler regeling voor louter reglementeren van het gebruik van goederen. Uit het arrest blijkt dat het afschaffen van een reeds ontstane, zij het nog niet in rechte vastgestelde schuldvordering, als een onteigening moet worden gekwalificeerd, wat maakt dat daarop de strengste norm van toepassing is: volledige vergoeding van schade.

5 PROPORTIONALITEIT

- 61 In de schriftelijke stukken is meermalen gewezen op de vier eisen waaraan beperkingen van het vrije verkeer moet voldoen: zij moeten (1) zonder discriminatie worden toegepast, (2) hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van al-

gemeen belang, (3) geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en (4) niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel.

Zie o.a. repliek, § 61. Het verweer van de Staat (dupliek, §3.3.13), dat deze *Gebhard*-voorwaarden zijn geschreven voor de *rule of reason*-excepties en niet voor de Verdragsexcepties als die waarop de Staat zich beroept, is onjuist. Er is geen enkele aanwijzing dat er verschil is tussen de twee soorten excepties. In zijn arrest van 26 januari 2006 (zaak C-514/03, Commissie t. Spanje, ov. 26), verwijst het Hof ten aanzien een beroep van de Spaanse regering op een Verdragsexceptie (artikel 46 EG) naar precies dezelfde vier *Gebhard*-voorwaarden, overigens onder verwijzing naar de eerdere arresten Kraus, Heim en Mac Quen. Zie ook Oliver/Jarvis, *Free Movement of Goods in the European Community*, 4^e druk, 2002, p. 216-220.

62 XS4ALL betwist niet dat artikel 13.1 jo 13.6 Tw zonder onderscheid wordt toegepast. Het gaat dus om de voorwaarden 2 t/m 4, die samen ook wel het evenredigheidsbeginsel inhouden.

63 Bij de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel van nationale maatregelen die de verdragsvrijheden beperken, gaat het om drie elementen: de geschiktheid, de noodzakelijkheid en de evenwichtigheid van de maatregel.

Zie o.a. Jans e.a., *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, 2^e druk, 2002, p. 185; en diverse conclusies van A-G Van Gerven, onder meer in zaak C-312/89, Conforama.

64 Ten eerste: de nationale maatregel moet *geschikt* zijn om het te beschermen belang ook daadwerkelijk te beschermen. Er moet dus een erkend belang zijn en de beperkende nationale maatregel moet dat belang dienen.

Toegepast op deze zaak kan je de vraag verschillend formuleren (ik kom daar nog op terug):

- is aftapbaarheid een geschikt middel om openbare orde en veiligheid te dienen?
- is het bij aanbieders neerleggen van alle kosten van aftapbaarheid een geschikt middel om openbare orde en veiligheid te dienen?
- of, als je de twee bij elkaar neemt: is aftapbaarheid op kosten van de aanbieders een geschikt middel om openbare orde en veiligheid te dienen?

65 Ten tweede: de maatregel moet *onmisbaar* of *noodzakelijk* zijn, d.w.z. er zijn geen even doelmatige maar minder belastende alternatieven. Dit wordt ook wel omschreven als het criterium van het *minst belemmerende alternatief*. In de woorden van prof. Jans:

Twee of meer mogelijke nationale instrumenten worden eerst beoordeeld op de vraag: beschermen deze het belang even effectief of niet? Is het antwoord ja, dan moet vervolgens worden bekeken, welke van deze instrumenten de minste negatieve effecten voor de marktintegratie met zich meebrengt.

J.H. Jans, 'De rol van het evenredigheidsbeginsel bij minimumharmonisatie', in: A.J. Nieuwenhuis e.a. (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Kluwer 2005, p. 117-118.

Anders gezegd: het criterium beoogt na te gaan of de beperking (het nadeel) een onvermijdelijk gevolg is van het doel.

B.J. Schueler, 'Proportionaliteit en gelijkheid voor de publieke lasten', in: A.J. Nieuwenhuis

e.a. (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*,
Kluwer 2005, p. 175.

Toegepast op deze zaak is dus de vraag of het nadeel van XS4ALL (EUR 500.000 tussen 2001 en 2005) het onvermijdelijke gevolg was van het doel (bescherming van openbare orde en veiligheid). Of was er een minder belastend alternatief dat even effectief de openbare orde en veiligheid had kunnen beschermen?

- 66 Ten derde, het evenwichtigheidsbeginsel (ook wel het evenredigheidsbeginsel 'in eigenlijke zin' genoemd): het middel moet in een redelijke verhouding tot het doel staan.
- 67 Kortom, als een lidstaat een in het Verdrag erkend vitaal doel wil dienen met een maatregel die een beperking van verdragsvrijheden met zich meebrengt, moet hij een aantal gedachtestappen zetten. Allereerst moet hij nagaan welke middelen geschikt zijn voor het beoogde doel. Vervolgens kiest hij uit de geschikte middelen dat middel dat de verdragsvrijheden het minste beperkt. Daarna weegt hij de nadelige gevolgen van de minst beperkende, geschikte maatregel af tegen het te behartigen publieke belang.
- 68 Toegepast op aftapbaarheid had dat ongeveer als volgt moeten gaan. Nederland wil verzekeren dat telecommunicatienetwerken aftapbaar zijn, omdat dat in het belang is van de openbare orde en veiligheid. Dat is een in het Verdrag aanvaard doel. Op welke manieren kan dat worden geregeld? Om te verzekeren dat telecommunicatienetwerken en -diensten aftapbaar zijn, is in zijn algemeenheid een aantal alternatieven te bedenken, waaronder (1) aftapbaarheid op kosten van de Staat, (2) aftapbaarheid op kosten van de aanbieders, en (3) iets er tussenin. Voor het dienen van het doel waarvoor de Staat een verdragsexceptie op de vrij verkeer regels inroept –

bescherming van de openbare orde en de openbare veiligheid – zijn ze alle even geschikt en effectief. Het gaat er namelijk om dat er wordt afgetapt in overeenstemming met bepaalde vooraf vastgestelde eisen. De *financiering* van aftapbaarheid is voor de *effectiviteit* van het aftappen niet van belang. Dat spreekt voor zich en spreekt de Staat ook niet tegen. Vervolgens dient Nederland dus te kiezen voor het middel dat de verdragsvrijheden het minste beperkt: aftapbaarheid op kosten van de Staat.

- 69 In de stukken is er nog wat discussie geweest over de vraag of je de aftapbaarheidseis van artikel 13.1 Tw en de kostenregeling van artikel 13.6 Tw, voor wat betreft de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel, gezamenlijk of apart moet bezien. De Staat stelt zich op het standpunt dat (1) het zonneklaar is dat de aftapbaarheidseis van artikel 13.1 Tw is toegestaan en (2) dat artikel 13.6 lid 1 Tw eigenlijk een soort wettelijk *obiter dictum* is, omdat zonder die bepaling de aftapbaarheidskosten ook voor rekening van de aanbidders zouden komen. Een alternatieve benadering is nog dat wordt gekeken naar de aftapbaarheidsregeling als geheel, waarbij de regeling van kosten een onderdeel is van de verplichting.
- 70 Uiteindelijk is dit allemaal mandarijnenwetenschap. In alle gevallen staat namelijk niet de eis van aftapbaarheid op zich ter discussie, maar de wijze waarop: met of zonder kostenvergoeding. Voor het bereiken van het doel van effectieve bescherming van de openbare orde is niet nodig dat de aanbidders zelf de kosten van aftapbaarheid betalen. Nu er een alternatieve regeling van aftapbaarheid bestaat die even effectief de openbare orde kan beschermen maar een minder vergaande beperking van het vrije verkeer oplevert – aftapbaarheid op kosten van de Staat – had de Staat onder toepassing van het evenredigheidsbeginsel voor dat alternatief moeten kiezen.

- 71 De Staat bevestigt bij dupliek dat zij zich (alleen) beroept op de verdragsexceptie voor openbare orde en veiligheid en dus niet op een andere exceptie in het belang van het besparen op overheidsuitgaven (§ 3.3.13). XS4ALL heeft in de dagvaarding ook al uiteengezet (§ 59 e.v.) dat voor dat doel ook geen exceptie *bestaat* – sterker nog, uit de jurisprudentie van het Hof blijkt expliciet dat economische motieven een beperking van de vrij verkeer regels *niet* kunnen rechtvaardigen.
- 72 Kortom, *als* de kostenregeling van artikel 13.6 Tw, zoals de Staat wil, op zichzelf moet worden beschouwd, los van de aftapbaarheidseis van artikel 13.1 Tw, staat vast dat voor artikel 13.6 lid 1 Tw geen beroep kan worden gedaan op enige uitzondering op de vrij verkeer regels. Dat betekent dat we niet eens toekomen aan de noodzakelijkheid of evenredigheid (onderdelen 2 en 3 van de test): er is geen geldig ‘te beschermen belang’ voor artikel 13.6 lid 1 Tw, zodat de beperking ook niet ‘geschikt’ is om dat belang daadwerkelijk te beschermen (onderdeel 1 van de test).
- 73 En als de artikelen 13.1 en 13.6 Tw wél gezamenlijk worden beschouwd, dan is duidelijk dat de regeling niet voldoet aan de noodzakelijkheidstoets. Er is immers een even effectief maar minder belastend alternatief voorhanden: aftapbaarheid op kosten van de Staat. Linksom of rechtsom: de regeling van aftapbaarheid op kosten van de aanbidders zakt voor de evenredigheidstoets.
- 74 En dat al op onderdeel 1 en 2, dus nog voordat we toekomen aan deel 3 van de toets, de evenredigheid in eigenlijke zin. Om die te toetsen, moeten wij de kosten van XS4ALL afzetten tegen de baten voor de openbare orde en veiligheid. De kosten zijn ongeveer 500.000 euro over vier jaar. Dat zijn kosten die repeterend zijn: XS4ALL be-

taalt circa 50.000 euro per jaar aan licentiekosten, moet geregeld apparatuur bijkopen of vervangen, het systeem blijven aanpassen aan het sterk groeiende internetverkeer. Zij is dus ruim 100.000 euro per jaar kwijt aan aftapbaarheid. Die kosten moeten worden afgezet tegen het nut voor de samenleving dat met de aftapbaarheid van het netwerk van XS4ALL is bereikt.

6 ÉGALITÉ EN PROPORTIONALITEIT

- 75 Over het beginsel van gelijkheid voor de publieke lasten (het *égalité*-beginsel) is in de stukken ook al het nodig gezegd. Ik wil nu vooral ingaan op de *verhouding* tussen dat *égalité*-beginsel en het evenredigheidsbeginsel waar ik het net over had.
- 76 De Staat stelt in zijn stukken dat de standpunten van XS4ALL tot gevaarlijke of excessieve gevolgen leiden, als zou volgens XS4ALL iedere overheidsmaatregel die een burger geldt kost, leiden tot een aanspraak op schadevergoeding. Zelfs belastingheffing zou verboden zijn, tenzij het betaalde bedrag meteen wordt vergoed. Het kan toch niet zo zijn, redeneert de Staat, dat altijd alle kosten van overheidmaatregelen moeten worden vergoed. Toewijzing van de vordering van XS4ALL zou het topje van de ijsberg zijn en het begin van het einde van beheersbaar en betaalbaar bestuur. Daartegenover stelt de Staat echter een eigen standpunt, dat het andere uiterste opzoekt: kosten om aan de wet te voldoen komen simpelweg voor rekening van burgers en de vraag of dat terecht is, wordt niet aan rechterlijke controle onderworpen.
- 77 XS4ALL meent dat beide standpunten onjuist zijn. De Staat hoeft niet alle kosten te vergoeden die worden veroorzaakt door het voldoen aan de wet. Tegelijkertijd kan de Staat niet zo maar wettelijke verplichtingen aan burgers opleggen, on-

geacht de kosten. De waarheid ligt ergens tussenin. De Staat dient bij het opleggen van wettelijke verplichtingen een serieuze analyse te maken van het doel van de verplichtingen, beschikbare middelen om die doelen te bereiken en daarbij betrokken nalevingskosten. Hij dient, als er meerdere effectieve mogelijkheden bestaan, te kiezen voor de minst belastende. Dat is de proportionaliteit. Een dergelijke analyse heeft bij de kosten van aftapbaarheid volledig ontbroken.

- 78 Van sommige nalevingskosten is het redelijk dat burgers die geheel of gedeeltelijk zelf betalen en van sommige is dat niet het geval. Hoe moeten wij nu de grens bepalen? Eén methode om daar achter te komen is de klassieke ‘vergelijkingsmethode’ van Wiarda.

G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, 4^e druk, bewerkt en van een nabeschouwing voorzien door mr. T. Koopmans, Deventer 1999.

- 79 Toegepast op de vraag – of het proportioneel is om een verplichting tot aftapbaarheid geheel te laten betalen door de aanbieders –, houdt deze methode in dat we zoeken naar een aantal gevallen die daarmee *vergelijkbaar* zijn maar toch anders en waarin duidelijker is of het proportioneel is om de kosten van regeling af te wentelen. Vervolgens kunnen we bekijken waarin de verschillen liggen en met welke varianten de aftapbaarheidscasus de meeste overeenstemming vertoont. Ik noem een paar denkbare regelingen:

- I een regeling die gebedshuizen verplicht om camera’s bij de ingang te plaatsen die langs elektronische weg zijn verbonden met de AIVD.
- II een regeling die winkeleigenaren verplicht om te zorgen dat het afrekenverkeer aan hun kassa’s *live* gevolgd kan worden door politie en AIVD;

- III een regeling die benzinestations verplicht om gratis brandstof te verstrekken aan politievoertuigen;
 - IV een regeling die vliegtuigpassagiers een verplichte bijdrage laat betalen aan een fonds voor de bestrijding van het broeikas-effect ('ecotax');
 - V een regeling die vissers verbiedt om meer dan een bepaalde hoeveelheid van bepaalde vissoorten per jaar te vangen ('visquota'); en
 - VI een regeling die bepaalt dat alle nieuwe scooters vanaf 2010 moeten zijn voorzien van een radiozender met GPS ontvanger, waarmee de scooter na diefstal kan worden getraceerd;
80. Waarom is het redelijk algemeen aanvaard dat de kosten voor burgers van de ecotax, visquota en de diefstalmelder, proportioneel zijn, terwijl dat voor de andere gebedscamera's, kassataps en staatsbenzinebonnen niet het geval is? Ik noem een aantal criteria:
- a. *Heeft de burger een individualiseerbaar profijt bij de oplossing van het probleem dat de maatregel beoogt te bestrijden?*

Visquota (V) helpen de sector te herstellen van de gevolgen van overbevissing, waarvan de individuele visser meeprofiteert, meer dan de gewone consument; de diefstalmelder (VI) bevordert dat het slachtoffer van diefstal zijn scooter terugkrijgt. Voor de overige geldt dat niet. De vliegtuigpassagier (IV) profiteert weliswaar van de bestrijding van het broeikas-effect, maar niet meer dan zijn niet-vliegende buurman. Ook de pomphouder (III) heeft er natuurlijk geen bijzonder profijt van dat de Staat bespaart op brandstofkosten voor politieauto's. Hetzelfde geldt voor de winkelier (II).

- b Heeft de burger een eigen bijkomstig voordeel van de maatregel, in de zin dat hij door het maken van de kosten iets in handen krijgt dat hij voor zichzelf kan gebruiken?*

Dat zal vaak afhangen van de precieze wijze van implementatie. Als de scootereigenaar (VI) de GPS ontvanger bijvoorbeeld ook kan aansluiten op een navigatiesysteem, is dat nog een nevenvoordeel. Hetzelfde zou gelden als het gebedshuis (I) de camera's ook zou mogen gebruiken voor inbraakbeveiliging, of als de winkelier (II) de kassatap ook zou kunnen gebruiken voor marketingdoel-einden.

- c Heeft de burger het ontstaan van het risico dat met de maatregel wordt bestreden, op een individualiseerbare wijze gefaciliteerd, of heeft hij daarvoor anderszins een bijzondere verantwoordelijkheid (cf. 'de vervuiler betaalt')?*

Dat geldt natuurlijk voor de vliegtuigpassagier en de visser, wier activiteiten bijdragen aan een ernstig maatschappelijk probleem. Uiteraard hebben de pomphouder en de winkelier geen eigen verantwoordelijkheid voor de criminaliteit die met politieauto's respectievelijk de kassatap worden bestreden.

- d Was de maatregel op het moment van markttoetreding voorzienbaar of moeten de nalevingskosten worden beschouwd als een normaal, voorzienbaar maatschappelijk risico?*

Daar ziet het voorbeeld van de scooters op: zowel de producenten als de consumenten hebben de tijd zich voor te bereiden, zodat de nalevingskosten lager zijn. Voor de winkeliers en gebedshuizen geldt dat natuurlijk niet: toen die hun deuren openden, hoefden

zij geen rekening te houden met de introductie van dergelijke verplichtingen. Van de visquota zou wellicht gezegd kunnen worden dat die, gezien de al jaren bekende overbevissing, een voorzienbare ontwikkeling waren.

- e *Hoe buitensporig hoog zijn de kosten in verhouding tot de mate van profijt, verantwoordelijkheid en voorzienbaarheid?*

De ecotax en scooterbeveiliging zullen langs die meetlat redelijk betaalbaar en dus aanvaardbaar zijn, terwijl de kosten voor de pomphouder, de winklier en het gebedshuis natuurlijk (buitensporig) hoog zijn. De visquota zijn een moeilijker geval, omdat de kosten wel degelijk zeer hoog kunnen zijn. Daarbij speelt echter ook wellicht een sterkere mate van profijt en verantwoordelijkheid. Voor de winkelier en het gebedshuis geldt in het bijzonder nog, dat de proportionaliteit mede afhangt van het gebruik dat de Staat van de voorzieningen maakt. Als met al die miljoenen aan kosten slechts een paar criminelen worden gepakt, kunnen die kosten eerder als buitensporig hoog worden beschouwd.

- 81 De geschetste criteria lijken natuurlijk in belangrijke mate op de criteria die onder meer de Hoge Raad heeft ontwikkeld voor de invulling van het égalité-beginsel.

Zie HR 20 juni 2003, *NJ* 2005, 189 m.nt. MRM (*Staat/Harrida*) en de daarin genoemde eerdere uitspraken.

- 82 Het égalité-beginsel helpt de rechter bij de invulling van het proportionaliteitsbeginsel.

- 83 Passen wij deze criteria toe op XS4ALL, dan ontstaat het volgende beeld. XS4ALL heeft géén

individualiseerbaar profijt bij de bestrijding van criminaliteit. Zij heeft géén bijkomstig voordeel van aftapbaarheidsvoorzieningen, want die hebben geen andere functie dan aftappen (wat XS4ALL voor haar eigen bedrijfsvoering niet wil en ook niet mag). Zij heeft géén bijzondere verantwoordelijkheid voor de criminaliteit die met behulp van aftapbaarheid wordt opgespoord: het gaat als gezegd bij aftappen in de overgrote meerderheid van de gevallen om ‘gewone’ criminaliteit waarbij internettoegang geen faciliterende rol speelde.

- 84 De kosten van aftapbaarheid waren voor XS4ALL niet voorzienbaar, toen zij in 1993 de markt betrad. Misschien was een verplichting tot aftapbaarheid wel in de verte voorzienbaar (telefonie moest toen al aftapbaar zijn), maar dat dat op kosten van de aanbieder zou moeten, was zeker niet voorzienbaar (telefonie werd toen op kosten van de Staat afgetapt). Als XS4ALL nu als nieuwe toetreders zou beginnen, zou zij bij de inrichting van haar netwerk andere keuzes maken specifiek om de implementatie van aftapbaarheid te vergemakkelijken.
- 85 Gezien al deze factoren – en gezien het beperkte gebruik dat van aftapbaarheidsvoorzieningen wordt gemaakt – zijn de kosten van circa 500.000 euro inderdaad buitensporig hoog te noemen.
- 86 Dan de twee voorbeelden die de Staat bij antwoord (§ 4.12) heeft aangehaald, als illustratie van zijn stelling dat het een algemeen aanvaard uitgangspunt zou zijn dat burgers en bedrijven zelf de kosten dragen die zij moeten maken om te voldoen aan een wettelijke verplichting:
 - een regeling die banken verplicht om melding te doen van ongebruikelijke transacties (Wet MOT);

- een regeling die burgers verplicht om een identiteitskaart te hebben (Wet uitgebreide identificatieplicht);
- 87 Voor Wet MOT geldt ook dat de banken weinig individualiseerbaar profijt hebben van hun meldingen (a en b). Wel zou wellicht gezegd kunnen worden dat de bancaire betaalnetwerken de op te sporen criminaliteit faciliteren, in die zin dat de opbrengsten ermee weggetoverd worden (c). Er bestaat sowieso een relatief rechtstreeks verband tussen het misdrijf (witwassen) en de medewerkingsplicht.
- 88 Voor de identificatieplicht geldt dat de burger nevenprofijt heeft (b): hij krijgt een reisdocument in handen waarmee hij op reis kan. Bovendien is de maatregel jaren in voorbereiding geweest (d) en zijn de kosten redelijk laag (e). Maar de burger heeft geen individualiseerbaar profijt bij strafvordering (a) en heeft ook geen bijzondere verantwoordelijkheid voor criminaliteit.
- 89 Voor beide regelingen geldt dus, dat niet op voorhand vaststaat dat die regeling *wel* proportioneel zijn: ik denk dat veel banken en burgers vinden van niet. Zij zijn in elk geval niet het bewijs van bestaan of bestaanbaarheid van een 'algemeen uitgangspunt' dat iedereen zijn eigen kosten van wetsnaleving betaalt.

7 AFSLUITENDE OPMERKINGEN

- 90 Volgens XS4ALL kan er geen redelijke twijfel over bestaan
- dat de regeling van aftapbaarheid op kosten van de aanbieders, een beperking vormt van het vrije dienstenverkeer;
 - dat artikel 6 lid 1 in samenhang met Bijlage A, onder 11 van de Machtigingsrichtlijn 2002

met zich meebrengt dat niet alleen de toelaatbaarheid van een aftapbaarheidseis zelf, maar ook de modaliteiten waarmee die wordt opgelegd, dient te worden getoetst aan de eisen van non-discriminatie, proportionaliteit en transparantie;

- dat de regeling van aftapbaarheid op kosten van de aanbieders, een beperking vormt van de fundamentele rechten van eigendom en communicatievrijheid.

91 Nu dat zo is, ligt het op de weg van de Staat om te bewijzen dat is voldaan aan de toepasselijke eisen zoals geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid. XS4ALL meent dat de Staat daar niet in is geslaagd en ook niet in kan slagen. Dat volgt al uit het feit dat er een evident minder beperkend alternatief voorhanden is (aftapbaarheid op kosten van de Staat), en ook uit het feit dat artikel 13.6 lid 1 Tw onmiskenbaar is ingegeven door de simpele wens van de Staat om de eigen kosten te beperken, terwijl uit de jurisprudentie van het Hof blijkt dat economische motieven een beperking *niet* kunnen rechtvaardigen.

92 Hoewel in deze zaak genoeg interessante en principiële vragen van gemeenschapsrecht spelen om enkele pagina's met prejudiciële vragen te vullen, is dat volgens XS4ALL voor de toewijzing van haar vorderingen niet nodig. Mocht u daar nu over twijfelen, dan hoor ik graag op welke punten u twijfelt, zodat ik die twijfels kan proberen weg te nemen.

8 CONCLUSIE

93 Toewijzing van de vorderingen.