

**Rechtbank Den Haag**  
Rolnummer 2005/1009  
Rolzitting van 20 juli 2005

## **CONCLUSIE VAN REPLIEK**

**tevens**

## **VERMEERDERING VAN EIS**

**tevens omvattende een verzoek aan de  
Rechtbank tot het geven van een bevel  
ex artikel 22 Rv**

inzake

de besloten vennootschap

**XS4ALL INTERNET B.V.**,

gevestigd te Amsterdam,

eiseres,

procureur: mr P.J.M. von Schmidt auf Al-  
tenstadt

advocaat: mr R.D. Chavannes

tegen

**STAAT DER NEDERLANDEN**

(Ministerie van Economische Zaken),

zetelende te Den Haag,

gedaagde,

procureur: mr A.B. van Rijn

## INHOUDSOPGAVE

<b>1</b>	<b>Inleiding</b> .....	<b>3</b>
<b>2</b>	<b>De achtergrond en motivatie van artikel 13.6 lid 1 Tw</b> .....	<b>4</b>
	2.1 <i>Aftappen is er alleen voor internetcriminaliteit?</i> .....	4
	2.2 <i>Artikel 13.6 lid 1 Tw is niet om budgettaire redenen ingevoerd?</i> .....	7
<b>3</b>	<b>De implementatie van aftapbaarheid in Nederland</b> .....	<b>11</b>
	3.1 <i>Onvoldoende overleg met internetaanbieders</i> .....	11
	3.2 <i>Pionieren op kosten van de markt</i> .....	17
	3.3 <i>Hogere kosten bij achteraf opleggen van aftapverplichting</i> .....	20
<b>4</b>	<b>De door XS4ALL gemaakte kosten</b> .....	<b>21</b>
<b>5</b>	<b>Strijd met gemeenschapsrecht</b> .....	<b>22</b>
	5.1 <i>Inleiding</i> .....	22
	5.2 <i>Vrij verkeer van diensten</i> .....	23
	5.3 <i>Machtigingsrichtlijn</i> .....	29
	5.4 <i>Gemeenschapsrechtsbeginselen</i> .....	31
<b>6</b>	<b>Strijd met EVRM</b> .....	<b>32</b>
	6.1 <i>Inleiding</i> .....	32
	6.2 <i>Artikel 1 Eerste Protocol EVRM</i> .....	32
	6.3 <i>Artikel 10 EVRM</i> .....	35
	6.4 <i>Artikel 8 EVRM</i> .....	39
	6.5 <i>De rol van positieve verplichtingen</i> .....	40
	6.6 <i>Doorwerking EVRM in het Gemeenschapsrecht</i> .....	42
<b>7</b>	<b>Bewijs</b> .....	<b>44</b>
<b>8</b>	<b>Vermeerdering van eis</b> .....	<b>44</b>
<b>9</b>	<b>Met conclusie</b> .....	<b>45</b>

- 1 Eiseres (hierna: XS4ALL) doet hierbij eerbiedig zeggen en concluderen voor repliek als volgt. Zij betwist al hetgeen gedaagde (hierna: de Staat) bij antwoord heeft gesteld, behoudens voor zover dat bij dagvaarding expliciet is gesteld of in het hiernavolgende expliciet wordt erkend.
- 2 In § 15 van deze conclusie verzoekt XS4ALL uw Rechtbank onder toepassing van artikel 22 Rv de Staat te bevelen bij dupliek bepaalde inlichtingen te verstrekken en daartoe relevante bescheiden over te leggen.

## 1 INLEIDING

- 3 Op het eerste gezicht is er een fundamentele vraag die partijen verdeelt houdt, namelijk of de kosten die zijn gemoed met het aftapbaar maken en houden van internettoegangsdiensten ten behoeve van strafvordering en nationale veiligheid, kosten van strafvordering zijn die dus door de Staat moeten worden betaald, of kosten zijn die worden gemaakt om aan wettelijke eisen te voldoen en die 'dus' door de aanbidders zelf moeten worden betaald. XS4ALL bepleit eerstgenoemde standpunt maar meent bovendien dat de alternatieve kwalificatie die de Staat aandraagt, een kunstmatige constructie is die alleen in woorden echt lijkt maar dat niet is. Dat er kosten zijn verbonden aan het voldoen aan een wettelijke verplichting, is geen abstract gegeven of onvermijdbaar risico van ondernemerschap, maar een omstandigheid die doorslaggevend is voor de vraag of die verplichting proportioneel is.
- 4 Een ander schijnbaar fundamenteel verschil van inzicht is of artikel 13.6 lid 1 Tw – dat de kosten voor aftapbaarheid bij de aanbidders legt – moet worden beschouwd als een bepaling die, los van de toelaatbaarheid van een aftapbaarheidsverplichting op zich, dient te worden getoetst aan de toepasselijke beginselen van noodzakelijkheid en proportionaliteit. Volgens de Staat zouden die kosten ook zonder artikel 13.6 lid 1 Tw voor rekening van aanbidders komen en betekent dit, gezien ook het feit dat aftapbaarheid op zich een verplichting is die zonder meer mag worden opgelegd, dat er voor de vorderingen van XS4ALL in het geheel geen aangrijppunt bestaat. XS4ALL meent echter dat de wettelijke regeling waarbij kosten van aftapbaarheid moeten worden gedragen door de aanbidders onverbindend is, niet alleen wanneer deze apart wordt beschouwd – er bestaat immers geen noodzaak voor deze regeling – maar ook als deze wordt beschouwd als integraal onderdeel van de aftapbaarheidsplicht zelf – die plicht is dan immers niet proportioneel omdat aftapbaarheid op kosten van de Staat een alternatief biedt dat minder belastend is maar voor de strafvordering even effectief.
- 5 Beide partijen hebben in hun eerste processtuk de nodige aandacht besteed aan de wijze waarop de verplichting tot aftapbaarheid is voorbereid en in lagere regelgeving en technische specificaties is uitgewerkt. De onzorgvuldige handelwijze van de Staat in deze vormt voor XS4ALL een aanvullende grondslag voor de in deze zaak ingestelde vorderingen, maar illustreert ook dat de theoretische rechtvaardigingen die voor artikel 13.6 lid 1 Tw zijn en worden aangevoerd, gelegenheidsargumenten zijn die door de

praktijk worden gelogenstraft. Anders gezegd: dat de Staat de kosten voor de aanbieders nog verder heeft verhoogd door een combinatie van strafvorderlijke gulzigheid en technische onkunde, moet niet de aandacht afleiden van het principiële punt dat *alle* kosten van aftapbaarheid kosten zijn die rechtens voor rekening van de Staat komen.

## **2 DE ACHTERGROND EN MOTIVATIE VAN ARTIKEL 13.6 LID 1 TW**

- 6 De voorgeschiedenis en beweegredenen die ten grondslag hebben gelegen aan artikel 13.6 lid 1 Tw zijn niettemin, zoals ook de Staat bij antwoord (§ 3.2) betoogt, van belang voor de beoordeling van de stellingen van XS4ALL met betrekking tot de strijdigheid met het gemeenschapsrecht en het EVRM. Daarbij gaat het in het bijzonder om de toetsing van artikel 13.6 lid 1 Tw aan de in die supranationale regelingen vervatte eisen van noodzakelijkheid, evenredigheid en proportionaliteit.
- 7 De Staat stelt dat de in artikel 13.6 lid 1 Tw vervatte kostenverdeling terzake de aftapbaarheid van telecommunicatienetwerken en -diensten, geen 'principeel bezwaar' ontmoet uit oogpunt van het beginsel van *égalité devant les charges publiques*. Het daartoe gevoerde betoog legt de nadruk op de individuele verantwoordelijkheid van burgers. De Staat constateert (§ 4.4) een verschuiving van regulering van bovenaf naar zelfregulering en een sterk wisselend patroon van verwachtingen omtrent de taken en functies van de overheid.
- 8 Deze argumenten zijn gezocht en onjuist. Voor zover zulks überhaupt relevant is – dat lijkt XS4ALL onwaarschijnlijk –, wordt het huidige politieke klimaat eerder gekenmerkt door een sterk toenemende vraag naar overheidsactiviteit bij de bestrijding van ernstige criminaliteit en een sterk afnemend vertrouwen in zelfregulering. Hoewel uiteraard juist is dat individuele burgers een rol te spelen hebben als het gaat om de publieke veiligheid, zegt die omstandigheid niets over de verdeling van de kosten die zijn gemoeid met het bewaken van die publieke veiligheid en doet zij, meer in het bijzonder, niets af aan het uitgangspunt dat de Staat de kosten voor criminaliteitsbestrijding draagt. In het huidige tijdperk is bovendien een verdere uitbreiding van aftapbaarheidseisen – en vergelijkbare technische eisen in het belang van strafvordering en nationale veiligheid – des te waarschijnlijker, hetgeen de onbillijkheid van het huidige regime van kostenverdeling alleen maar zal vergroten.

### **2.1 Aftappen is er alleen voor internetcriminaliteit?**

- 9 Het betoog van de Staat gaat uit van een cruciale misvatting over doel en toepassingsbereik van aftapbaarheidswetgeving, die de overige stellingname van de Staat raakt en verklaart. De Staat stelt namelijk (§ 4.5):

*De aanbieders hebben een gedeelde verantwoordelijkheid met de overheid met betrekking tot de bestrijding van criminaliteit met gebruikmaking van door hen aangeboden netwerken [...] Zij zijn mede verantwoor-*

*delijk te houden voor de kosten die worden veroorzaakt door het (mogelijke) gebruik van de netwerken en diensten voor criminele doeleinden of aantasting van de nationale veiligheid. [onderstreping advocaat]*

- 10 De misvatting die hieruit spreekt is dat de wettelijke bevoegdheid tot aftappen van telecommunicatieverkeer is gegeven, althans hoofdzakelijk wordt gebruikt, voor de bestrijding van 'internetcriminaliteit' – strafbare feiten gepleegd op internet of met gebruikmaking van internetverbindingen, zoals elektronische verspreiding van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken of kinderpornografie, computervredesbreuk, *denial of service*-aanvallen of vergelijkbare verschijnselen. Niets is echter minder waar. Zoals uit de artikelen 126m en artikel 126t Sv blijkt, is de aftapbevoegdheid beschikbaar in geval van verdenking van (of betrokkenheid bij het in georganiseerd verband beramen of plegen van) een misdrijf als omschreven in artikel 67 lid 1 Sv dat gezien zijn aard of de samenhang met andere door de verdachte begane misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert. Daarbij is geenszins vereist – of zelfs gebruikelijk – dat het misdrijf is gepleegd met gebruikmaking van internetdiensten. Internetverkeer is net zo bruikbaar voor het opsporen van terroristen, moordenaars en drugsdealers als voor het opsporen van hackers. Aftappen van internet is wat dat betreft niet anders dan aftappen van telefonie: ook daarbij gaat het vooral om het gebruik van afgetapte communicatie als bewijs dat verdachte een feit heeft begaan.
- 11 Over het algemeen wordt een verdachte in de opsporingsfase afgetapt, niet om hem op nieuwe, via internet gepleegde strafbare feiten te betrappen maar in de hoop dat zijn verkeer bewijsmateriaal oplevert van zijn schuld voor het daadwerkelijk in onderzoek zijnde misdrijf. Afgetapt internetverkeer is een voor opsporingsinstanties bruikbare bron, omdat het tijdskenmerken oplevert die de verdachte zelf niet heeft beïnvloed, inzicht geeft in criminele netwerken en natuurlijk uitingen van de verdachte of derden opleveren die kunnen dienen tot bewijs van schuld. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om het internetverkeer van personen die verdacht worden van het beramen of uitvoeren van terroristische aanslagen of drugstransporten.
- 12 Aangezien de bevoegdheid ex artikel 126m Sv om internetverkeer op te nemen pas beschikbaar is *nadat* een strafbaar feit is gepleegd en terzake een verdachte is geïdentificeerd, kan die bevoegdheid per definitie niet gebruikt worden om het via internet gepleegde misdrijf vast te leggen, doch kan hooguit uit de inhoud van dat latere internetverkeer ander bewijs worden verkregen van het plegen daarvan. Dus de bevoegdheid tot aftappen is ook niet specifiek bedoeld om criminelen op te sporen die hun 'gewone' misdrijven *voorbereiden* met gebruikmaking van internetdiensten. Ook in de verkennende fase van het onderzoek geldt aftappen op grond van artikel 126t Sv vooral als middel om een beeld te vormen van organisaties die misdrijven beramen die op zichzelf niets met internet van doen hebben. Dergelijke bevoegdheden zijn ook steeds door de wetgever gerechtvaardigd onder verwijzing naar grote, internationale georganiseerde criminaliteit: drugstransport, mensensmokkel, terrorisme.
- 13 Met het voorgaande is niet gezegd dat de aftapbevoegdheid niet ook (incidenteel) wordt gebruikt om criminaliteit op te sporen die inderdaad 'met gebruikmaking van

internet' is gepleegd, maar wel dat dergelijk gebruik eerder uitzondering dan regel is. Daarmee is het rechtstreekse verband dat de Staat in §4.5 tracht te leggen tussen de via aftappen op te sporen criminaliteit en de dienstverlening van internetaanbieders verdwenen. Bij aftappen van internetverkeer gaat het dus niet zo zeer om het opsporen van internetcriminelen, maar om het opnemen van het internetverkeer van mogelijke criminelen.

- 14 Ten overvloede zij opgemerkt dat ook terzake misdrijven die wél zijn gepleegd met gebruikmaking van internetdiensten, het onjuist is te stellen dat internetaanbieders daarvoor 'mede-verantwoordelijk' zijn of dat daarmee de redelijkheid is gegeven van een regeling die de kosten van aftapbaarheid op hun schouders plaatst. Die suggestie is in strijd met de expliciete wettelijke uitsluiting van aansprakelijkheid van internetaanbieders in artikel 6:196c BW<sup>1</sup> maar ook met de werkelijkheid van internetdienstverlening, die immers bestaat uit de beschikbaarstelling van faciliteiten die door afnemers naar eigen inzicht kunnen worden gebruikt. De leverancier van keukenmessen is niet 'mede-verantwoordelijk' voor het gebruik van zijn producten voor 'criminele doeleinden', laat staan dat er geen 'principeel bezwaar' zou ontstaan als dergelijke firma's zouden moeten meebetalen aan de opsporing van criminaliteit met steekwapens.

### *Bewijs*

- 15 De tekst van de artikelen 126m en 126t Sv maken voldoende duidelijk dat de *bevoegdheid* tot aftappen allerminst is beperkt tot internetcriminaliteit en dat de stelling van de Staat in § 4.5 dus berust op een misverstand. Het bewijs dat de bevoegdheid ook vooral feitelijk wordt *toegepast* voor de opsporing van 'gewone' misdrijven, berust vooral bij de Staat. XS4ALL nodigt de Rechtbank nadrukkelijk uit de Staat onder toepassing van artikel 22 Rv op te dragen bij dupliek nadere inlichtingen te verstrekken over het percentage taplasten dat wordt gebruikt voor de opsporing van op of via internet gepleegde misdrijven, onder overlegging van ter staving daarvan relevant bewijsmateriaal.
- 16 Hetzelfde geldt voor de heer Taco Stein, officier van justitie bij het landelijk parket met verantwoordelijkheid voor aftappen en de heer Erwin van Eijk van het Nederlands Forensisch Instituut, die hierbij voor alsdan als getuigen worden aangezegd. Van Eijks bijdrage aan een publieksbijeenkomst van de Themacommissie Technologiebeleid van de Tweede Kamer op 25 mei 2005 werd in *Netkwesties* als volgt weergegeven en zegt op zich al genoeg:

*In het forensische werk speelt internet tegenwoordig een zeer grote rol, aldus Van Eijk. "Sporen op computers en internet worden in 14 van de 15 zaken gebruikt. In 12 van de 15 zaken is die digitale informatie zelfs cru-*

<sup>1</sup> Dat die uitsluiting van aansprakelijkheid het voor aanbieders *belangrijker* maakt om te voorkomen dat hun netwerken worden gebruikt voor criminele doeleinden, zoals de Staat (§ 5.2.17) suggereert, kan XS4ALL niet begrijpen.

*ciaal." Het gaat dan allemaal over 'oude misdrijven', want 'echte' cyber-crimes, zoals DDOS-attacks, virussen, hacking of phishing, ziet Van Eijk bij het Forensisch Instituut nauwelijks voorbijkomen. "Slechts 1 van de 100 zaken waar wij naar kijken, gaat daarover. Dat geeft toch wel te denken. Het kan ook zijn dat er iets mis gaat met de aangifte of dat mensen helemaal geen aangifte doen, maar zelfs dan nog valt dit soort criminaliteit mee."<sup>2</sup>*

## 2.2 Artikel 13.6 lid 1 Tw is niet om budgettaire redenen ingevoerd?

- 17 De Staat ontkent ten onrechte (§ 4.8 e.v.) dat aan de invoering van artikel 13.6 lid 1 Tw voornamelijk budgettaire overwegingen ten grondslag hebben gelegen. Hij stelt dat, hoewel op dat aspect in de memorie van toelichting "veel nadruk is komen te liggen", "de steeds verder oplopende aftapkosten hoofdzakelijk aanleiding [gaven] om de verantwoordelijkheden van aanbieders opnieuw onder de loep te nemen. De regering heeft ter motivering van de wetswijziging van meet af aan naar de eigen verantwoordelijkheid van de aanbieders verwezen." Dat is echter geen tegenargument maar een bevestiging van het argument van XS4ALL: de Staat vond dat aftappen te duur was of werd om zelf te betalen en heeft het daarom op de aanbieders afgewenteld. Dat is een zuiver budgettaire overweging. De 'principiële' overweging dat aftapkosten niet langer door de Staat maar voortaan door de markt moesten worden gedragen, was dus niet ingegeven door een toevallige wijziging in het recht of in de principes die in dit verband gelden, maar door de stijgende kosten en de wens die niet zelf te dragen.
- 18 De passage uit de memorie van toelichting op de Wet aftappen GSM die de Staat in §4.9 citeert, bevestigt het beeld van een zuiver budgettaire operatie. De door de Staat onderstreepte passage (p. 5 onderaan) is bij dagvaarding (§ 9) reeds besproken en getuigt overigens van hetzelfde misverstand als zou de aftapbevoegdheid zijn beperkt tot opsporing van met gebruikmaking van telecomnetwerken gepleegde misdrijven.
- 19 Het ook wel gevoerde argument (zie § 4.13 e.v. en § 4.27 e.v.) dat, indien de Staat de kosten voor aftapbaarheid zou dragen, providers geen prikkel zouden hebben om goedkope oplossingen te kiezen, is uiteraard evenzeer een budgettair argument. Het komt namelijk neer op de vrees dat de kosten van aftapbaarheid voor de Staat te hoog zouden zijn of worden. Die vrees is overigens misplaatst, omdat providers geen belang hebben bij 'dure' aftapparatuur omdat de aftapfaciliteit voor hun eigen bedrijfsvoering geen waarde heeft. In die landen waarin de Staat de kosten vergoedt, is niet gebleken van significant hogere totaalkosten. Bovendien noopt een dergelijk argument, ook indien juist, niet tot verschuiving van alle kosten naar aanbieders maar hoogstens tot een systeem waarbij vergoedingen aan aanbieders worden gecontroleerd, gemaximeerd of gefortaiterd. Dergelijke methodieken hadden de beweerdelijke zorgen van de Staat kunnen ondervangen maar zijn niet overwogen, juist

<sup>2</sup> <http://www.netkwesties.nl/editie129/artikel4.html>.

omdat het er simpelweg om ging de kosten te verschuiven. Bij de bespreking van de eisen van noodzakelijkheid en proportionaliteit komt dit punt terug.

*Kosten om te voldoen aan wettelijke vereisten?*

- 20 Het betoog van de Staat komt in wezen erop neer dat, toen de kosten van aftappen stegen als gevolg van toenemende technische mogelijkheden en een toenemend aantal marktdeelnemers, de Staat zich andermaal heeft bezonnen op de financieringsvraag (§ 4.11). De Staat ontwikkelt vervolgens echter het onjuiste ‘uitgangspunt’, dat burgers en bedrijven de kosten die zij moeten maken om te voldoen aan een wettelijke verplichting zelf dragen. Hij biedt daarvan enkele ‘voorbeelden’:
- de kosten die een bank moet maken om te voldoen aan de Wet melding ongebruikelijke transacties
  - de kosten die burgers moeten maken om te beschikken over de krachtens de Wet op de uitgebreide identificatieplicht vereiste identiteitskaart
- 21 Deze voorbeelden zijn uiteraard niet het bewijs van het bestaan van het door de Staat genoemde ‘beginsel’ – XS4ALL bestrijdt dat een dergelijk algemeen (rechts)beginsel bestaat. Zoals reeds betoogd is dit eerder een vondst dan een juridisch beginsel. De onbestaanbaarheid ervan volgt uit zijn gevolg: als kosten die zijn verbonden aan het voldoen aan wettelijke eisen per definitie voor rekening van de rechtssubjecten zijn, zou de Staat iedere verplichting kunnen opleggen, ongeacht de uitvoeringskosten. Dat is echter niet zo: de uitvoeringskosten bepalen mede de uitkomst van de toetsing van de verplichting aan – in dit geval – het gemeenschapsrecht en de mensenrechten. Bovendien is relevant, en in dit geval doorslaggevend, voor welke doeleinden de kosten worden gemaakt. Zijn het kosten die ook voor degene die ze maken enig nut hebben, bijvoorbeeld in de vorm van marktordening of het weer gezond maken van een hele bedrijfstak, dan is verdedigbaar dat de markt er aan meebetaalt. Zijn het echter kosten die louter ten behoeve van het algemeen belang worden gemaakt, dienen die kosten uit de algemene middelen te worden voldaan.
- 22 Het spreekt voor zich dat het feit dat sommige wetten eisen stellen aan burgers en bedrijven en hen niet compenseren voor de daarmee gemoeide kosten, niet betekent dat er een algemeen beginsel is dat zulks voorschrijft, noch dat een wettelijke bepaling als artikel 13.6 lid 1 Tw daarmee berust op een ‘principiële keuze’, zoals de Staat (§ 4.16) stelt. Bovendien wil XS4ALL bepaald niet uitsluiten dat de regelingen die de Staat gebruikt als voorbeeld van zijn ‘beginsel’, onverbindend zijn op gronden die vergelijkbaar zijn met de gronden die in deze zaak aan de orde zijn – en zijn deze specifieke voorbeelden niet concludent:
- Bij de Wet MOT gaat het uiteraard wél om (mogelijk) strafbaar handelen middels gebruik van bancaire diensten: de verdachte transactie zelf is gedaan om door een misdrijf verkregen – of ten behoeve van toekomstige misdrijf benodigd – geld te vervoeren. Bovendien bestaat er geen rechtstreeks verband tussen de

vraag of bedrijfstukken een vergoedingen zouden moeten krijgen voor administratieve verrichtingen en voor technische investeringen: het gaat bij hoofdstuk 13 Tw niet om een administratieve verplichting maar om een verplichting zwaar te investeren in technische voorzieningen die slechts ten behoeve van de Staat zullen worden aangewend. De kosten die de banken maken om de Wet MOT uit te voeren, zijn eerder vergelijkbaar met de kosten die ex artikel 13.6 lid 2 Tw juist wél vergoed zouden moeten worden door de Staat. Het ligt overigens voor de hand te veronderstellen dat ook de banken vinden dat tegenover het verlenen van dergelijke herendiensten, een kostenvergoeding zou behoren te staan.

- Het voorbeeld van de identificatieplicht is evenmin doeltreffend, omdat (a) alle burgers in gelijke mate worden getroffen door deze plicht en dus vanzelf gelijk delen in de kosten ervan en (b) zij van die identiteitskaart ook profijt (kunnen) hebben, bijvoorbeeld in de vorm van onbelemmerde grenspassage.<sup>3</sup>

- 23 Evenmin concludent is het voorbeeld van de regering dat de Staat aanhaalt in § 4.23, van de deskundige in een strafzaak die wel een vergoeding ontvangt voor gemiste arbeidsinkomsten maar niet voor de kosten die hij heeft gemaakt om zijn deskundigheid te verwerven. De deskundige heeft zijn deskundigheid uiteraard verworven ten behoeve van zichzelf: hij heeft daar profijt van. Er bestaat geen deskundige wiens deskundigheid uitsluitend ten behoeve van de opsporing van strafbare feiten kan worden aangewend zonder dat hij voor die deskundigheid wordt betaald of daaraan anderszins voor zichzelf kan verdienen. De internetaanbieders moeten investeren in een faciliteit die uitsluitend ten behoeve van de Staat wordt ingezet – dát is het verschil met de deskundige in strafzaken.

*Aftapbaarheidskosten zijn geen opsporingskosten?*

- 24 De Staat citeert (§ 4.17) uitgebreid uit de reactie van de Minister op het (bij dagvaarding geciteerde) negatieve advies van de Raad van State. De Minister ontkent daarin dat de kosten van aftapbaarheid kunnen worden beschouwd als kosten voor opsporing van strafbare feiten:

*Er dient namelijk onderscheid gemaakt te worden tussen enerzijds de kosten voor het beschikbaar zijn van de mogelijkheid van aftappen en anderzijds de kosten voor het daadwerkelijke aftappen. De laatste soort kosten zijn kosten die worden gemaakt ten behoeve van de opsporing van strafbare feiten en worden dan ook gedragen door de overheid [...] Dat ligt echter anders bij de eerste soort kosten, die zijn aan te merken als infrastructurele kosten die moeten worden gemaakt om te kunnen voldoen*

<sup>3</sup> Voor wat betreft de relatie met de doorberekening van kosten van handhaving en toezicht zij verwezen naar hetgeen hieromtrent bij dagvaarding (§ 96 e.v.) is gesteld. Zie ook de brief van de Minister van Justitie van 3 september 1997, *Kamerstukken II* 1996-1997, 24 036, nr. 64; MDW-rapport 'Doorberekening van handhavingskosten' (1996); Aanwijzing 163 van de Aanwijzingen voor de regelgeving; 'Maat houden. Bekendmaking van het kader voor de doorberekening van toelatings- en handhavingskosten', *St-crt.* 2000, 90, p. 9.

*aan de wettelijke eis van aftapbaarheid [...] In dit geval is geen sprake van kosten die voortvloeien uit de opsporing van strafbare feiten, maar van kosten ter voldoening aan wettelijke kwaliteitseisen.*

- 25 Het gemaakte onderscheid is louter sofistich: gezocht en onhoudbaar. De aftapbaarheidseis is gesteld ten behoeve van de opsporing van strafbare feiten. Investeringen in aftapbaarheid worden slechts gedaan ten behoeve van het gebruik van die voorzieningen ten behoeve van aftappen. Dat zijn dus ook kosten die worden gemaakt ‘ten behoeve van de opsporing van strafbare feiten’. En de eis van aftapbaarheid is geen ‘kwaliteitseis’: de dienstverlening aan klanten wordt er in het geheel niet beter van.

*Het zijn de eindgebruikers die profiteren?*

- 26 Eveneens in het Nader rapport stelt de Minister dat aanbieders de kosten van aftapbaarheid zullen doorberekenen aan hun klanten en dat, gezien het grote aantal verwachte klanten, de extra kosten dan, per klant gezien, niet onredelijk hoog zijn. Daaruit destilleert de Staat (§ 4.18) de stelling dat het *redelijk* is dat de eindgebruikers van telecomnetwerken opdraaien voor de kosten van aftapbaarheid van die netwerken. Zij “profiteren immers van de toenemende diversiteit van geavanceerde telecommunicatiediensten als gevolg van marktliberalisatie en technologische ontwikkelingen in de marktsector.” Dat is de wereld op zijn kop: die diversiteit wordt niet veroorzaakt of bevorderd door (de kosten van) aftapbaarheid. Zoals bij dagvaarding (§ 46 e.v.) toegelicht, zorgen de (vooraf onvoorspelbare) aftapbaarheidseisen er juist voor de nieuwe technologieën niet of minder snel op de markt komen: het moeten toevoegen van aftapbaarheid maakt een innovatieve, nieuwe dienst (vaak aanzienlijk) technisch moeilijker te implementeren, foutgevoeliger en duurder. Dat er inderdaad veelsoortige internetdiensten worden aangeboden en dat klanten daarvan profiteren, is geen redelijke aanleiding hen daarvoor apart te belasten – in dit geval met de kosten van een faciliteit waarvan hun digibete medeburger net zo veel profiteert.
- 27 Eenzelfde vergissing ligt besloten in de stellingname van de Minister die de Staat in § 4.19 instemmend aanhaalt. Volgens de Minister zou het ‘heel oneerlijk’ zijn om, “als steeds ingewikkelder apparatuur de uitvoering van die taken steeds moeilijker maakt, de kosten daarvan over alle belastingbetalers uit te smeren, terwijl niet elke belastingbetaler de keuze heeft om er vervolgens gebruik van te maken.” De dure apparatuur waar het hier om gaat, is niet de internettoegangsapparatuur, maar de *aftap*apparatuur. Daar maken niet internetgebruikers maar opsporingsautoriteiten gebruik van. Internetgebruikers profiteren niet meer van aftapbaarheid dan andere burgers, laat staan dat de door hen afgenomen diensten er beter van worden. Integendeel, de hoge en onzekere kosten van aftapbaarheid beperken als gezegd de mogelijkheden van aanbieders om te investeren in nieuwe diensten. In zoverre is het profijt van aftapbaarheid nog algemener dan dat van bijvoorbeeld flitspalen, die wél door de Staat worden bekostigd maar vooral de veiligheid van andere weggebruikers bevorderen. ‘Heel oneerlijk’ is het dus vooral om alleen internetaanbieders en hun klanten te

laten betalen voor het gebruik van internettechnologie in het kader van de strafrechtspleging.

- 28 Om dezelfde redenen is onjuist de stelling (§ 5.4.6) dat de aanbieders zelf profiteren van aftapbaarheid en de gedachte dat maatregelen ‘ter bescherming van de openbare orde, waaronder maatregelen ter voorkoming van een (ernstige) verstoring van het internetverkeer’ wel degelijk ‘mede in het belang van de internetserviceproviders zelf zijn. Als aftappen alleen werd ingezet om criminele sabotage van internettoegangsdiensden op te sporen, zou XS4ALL de stellingname van de Staat kunnen begrijpen, maar als gezegd is zulks geenszins het geval. De realiteit is dat aftappen het algemene belang van openbare dienst en geen specifiek belang van internetaanbieders.

### 3 DE IMPLEMENTATIE VAN AFTAPBAARHEID IN NEDERLAND

- 29 Bij dagvaarding (§ 25 e.v.) heeft XS4ALL de wijze beschreven waarop de Staat uitvoering heeft gegeven aan de verplichting tot aftapbaarheid zoals die per 15 december 1998 in de Telecommunicatiewet is vastgelegd. Daarbij gaat het vooral om de voorbereiding, vaststelling en uitvoering van lagere regelgeving en van de technische en functionele specificaties waaraan de aftapsystemen van aanbieders zouden moeten voldoen. Kern van het betoog van XS4ALL is dat de Staat zodoende de kosten van aftapbaarheid voor aanbieders op onnodige en onzorgvuldige wijze verder heeft verhoogd. Bovendien blijkt uit dit proces dat, in tegenstelling tot wat de Staat betoogt ter rechtvaardiging van artikel 13.6 lid 1 Tw, niet de *aanbieders* maar de Staat tot in (onnauwkeurig) detail die kosten bepaalt – en in de praktijk zelfs verhoogt. Het is dus een wrange illusie om te stellen dat met een dergelijke bepaling “een prikkel wordt ingebouwd om op de meeste voordelige wijze de aftapbaarheid te realiseren, zodat het kostprijsverhogend effect van de te treffen voorzieningen beperkt kan blijven.”<sup>4</sup>
- 30 Uit de conclusie van antwoord (§ 4.32 e.v.) blijkt dat de Staat een andere visie heeft op het voorbereidingsproces dan XS4ALL. Zijn uitgebreide uiteenzetting kan echter niet verhullen dat de Staat bij de voorbereiding, vaststelling en uitvoering van lagere regelgeving en technische en functionele specificaties, vooral acht heeft geslagen op het eigen opsporingsbelang en – gehinderd door gebrekkige technische kennis – op vele wijzen en momenten beslissingen heeft genomen en nagelaten die hebben geleid tot zeer aanzienlijke kostenstijgingen voor providers. XS4ALL handhaaft al hetgeen zij hieromtrent bij dagvaarding heeft gesteld.

#### 3.1 Onvoldoende overleg met internetaanbieders

- 31 Volgens de Staat (§ 4.22 en § 4.32 e.v.) is er in de loop der tijd in verschillende gremia frequent en voldoende overleg geweest met aanbieders over de te hanteren standaarden en waren zij ruimschoots van tevoren op de hoogte van wat er ‘op hen af-

<sup>4</sup> Beleidsvoornemen aftappen van telecommunicatie, *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 679, nr. 1, p. 10; door de Staat instemmend aangehaald bij conclusie van antwoord, p. 14.

kwam'. Maar er is een verschil is tussen praten en luisteren en het feit dat aanbieders wisten dat hun netwerken 'aftapbaar' moesten worden gemaakt wil niet zeggen dat zij wisten hoe de Staat wilde dat dat zou gebeuren. Aanbieders konden geen eigen invulling geven aan aftapbaarheid – gaandeweg hun eigen technische oplossingen realiseren – omdat de Staat, zo veel was al snel duidelijk, gedetailleerde eisen zou stellen aan de wijze waarop aftapbaarheid zou werken en de wijze waarop afgetapte signalen aan de behoeftezoekers bij Justitie zouden worden overgedragen. De aanbieder konden dus pas beginnen met 'bouwen' als de Staat had vastgesteld aan welke eisen de systemen moesten voldoen. Juist dáárover heeft de Staat pas veel te laat uitsluitel kunnen of willen geven.

- 32 Het is evenzeer wrang dat de Staat XS4ALL thans tegenwerpt, dat het juist de aanbieders waren die technische en functionele specificaties wensten. Zij wilden inderdaad weten wat de Staat in de praktijk van hen wenste en wel zodanig tijdig en technisch juist dat zij hun systemen daarop gemakkelijk en zonder onnodige kosten konden aanpassen. Daarin is de Staat jegens hen spectaculair tekortgeschoten. Functioneel gezien wilde het opsporingsapparaat al het denkbare – uiteraard, want de kosten werden elders gedragen –, ook als dat technisch niet of slechts tegen absurde kosten kon worden gerealiseerd.
- 33 Het belangrijkste overlegorgaan, het Deelorgaan Aftappen van het OPT (OPT-DAF), werd gedomineerd door de telefonie- en netwerkaanbieders. Dat blijkt uit de ledenlijst (productie 3 van de Staat): alle telefonie- en netwerkaanbieders zijn apart lid, de internetaanbieders werden alleen vertegenwoordigd door de NLIP. In de gesprekken in dit forum is amper rekening gehouden met de specifieke belangen van internetaanbieders, wat zich heeft vertaald in regelgeving die onvoldoende rekenschap gaf van de specifieke situatie en kostenfactoren bij internetaanbieders. Mede daarom is het Platform ISP opgericht, waarnaar de Staat (§ 4.38) verwijst. Dit platform heeft echter geen noemenswaardige meerwaarde gehad.

De notulen van 1 juni 1999 (productie 6 van de Staat) maken duidelijk dat men nog weinig idee had van hoe aftappen praktisch en technisch geïmplementeerd zou moeten gaan worden. De woordenwisseling op p. 2-3 spreekt in dit verband boekdelen: gesproken wordt over (de noodzaak van) spoedoverleg en afstemmen en over het gebrek aan kennis over internet bij de tapkamers. De afgevaardigde van het Ministerie van Justitie stelt vast dat het overleg tussen tapkamers en telecombedrijven alleen ziet op telefonie maar "nog niet online is." Men is het erover eens dat het aftappen van internet heel wat anders is dan het aftappen van telefonie, maar bij die constatering blijft het.

- 34 In het vervolgens opgerichte overlegorgaan WAI is gedurende 1999 – 2000 overlegd over de technische specificaties. Ook daarin bleek dat de behoeftezoekers weliswaar wisten wat zij wilden, maar geen reëel zicht hadden op wat technisch mogelijk was. De 'Door ISP's geannoteerde uitgangspunten voor de onderschepping, verwerking en

aflevering van internetgebaseerd communicatieverkeer' (onderdeel van productie 7 van de Staat) bieden vele voorbeelden van irreële en technische onmogelijke wensen.

- 35 Onjuist is de stelling van de Staat (§ 4.41) dat overheid en aanbieders in oktober 2000 het 'eens' waren over de technische specificaties voor aftapbaarheid. De aanbieders hebben er herhaaldelijk op gewezen dat de specificaties zoals die toen waren vastgesteld (en in Staatscourant en Automatiseringsgids aangekondigd) niet gebruikt konden worden voor het maken van een werkend systeem - 'niet geheel af' (§ 4.45) is een zeer eufemistische omschrijving. De projectmanager die XS4ALL samen met de andere KPN internetaanbieders had ingehuurd, heeft tussen maart en juni 2001 niet minder dan 70 wijzigingsvoorstellen behandeld. Dit waren niet de 'kleine technische details' waar de Staat over rept, maar de kern van de *hand-over* (wijze waarop signalen worden overgedragen van de aanbieder naar de systemen bij Justitie) en daarmee de technische kern van de aftapbaarheid. Geen van deze tussenversies werd in de Staatscourant gepubliceerd. In maart 2002 kwam versie 0.9.1 af; pas op 14 oktober 2002 werd de finale versie 1.0.0 gepubliceerd van de TIIT (het protocol voor de technische overdracht van afgetapte signalen), toen providers dus al bijna anderhalf jaar wettelijk aftapbaar moesten zijn.<sup>5</sup> Toen waren al vele honderden manuren besteed aan extra overleg tussen aanbieders en behoeftestellers en tussen aanbieders en leveranciers.
- 36 Ook de zogenoemde FuncSpecs waren een zeer algemene vaststelling van het proces van aftappen. De NLIP heeft daarop op 15 februari 2001 drie lijsten met in totaal meer dan 100 gedetailleerde, specifieke vragen aan de Staat gestuurd. Die heeft de Staat maar zeer gedeeltelijk en summier beantwoord. De desbetreffende vragen en antwoorden worden overgelegd als **PRODUCTIE E-5**.
- 37 Voor het overige zij verwezen naar de brief van de NLIP aan de verantwoordelijke staatssecretaris van 9 april 2001, waarin de vertegenwoordiger van de internetaanbieders - zes dagen voordat aftapbaarheid gerealiseerd diende te zijn - uitgebreid verslag doet van de problemen die daarbij een rol spelen. De brief, die wordt overgelegd als **PRODUCTIE E-6**, bevat tevens de weerlegging van een aanzienlijk deel van de argumenten die de Staat toen voerde, argumenten die thans bij antwoord soms woordelijk terugkomen:

*Allereerst spijt het ons te moeten vaststellen dat de attitude van de overheid in het traject naar realisering van de aftapverplichting voor Internet Service Providers keer op keer gekenmerkt wordt door onderschatting c.q.*

<sup>5</sup> Ook dit protocol is verre van perfect. De stelling (§ 4.46) dat er nooit veiligheidsincidenten zijn opgetreden is onjuist. Integendeel, sinds de tweede helft van 2002 zijn er regelmatig veiligheidsincidenten geweest aan overheidszijde, vooral omdat de doorvoercapaciteit van de internetverbinding achter de opvangdoos (T1) niet is berekend op de aangeleverde hoeveelheid data. Daardoor treden regelmatig haperingen op (time-outs) en wordt de connectie tussen de S2's van de aanbieders en de T1's van de overheid verbroken. De overheid werkt met 3 IP-adressen voor ontvangst. Soms vallen alledrie weg, soms één. Soms valt ook de beveiligde tunnel weg, wat door de aftapoplossing van XS4ALL weliswaar automatisch wordt hersteld, maar niet tot enige bezinning of alarm bij de overheid leidt. Een behoorlijke monitoring van de lopende taps bij het LIO ontbreekt. Er zijn regelmatig zodanige grote storingen.

*bagatellisering van de door de Internetbranche gesignaleerde problemen. Dit vergroot de afstand tussen wettelijke verplichting tot uitvoering en de praktische uitvoerbaarheid van de aftapverplichting door ISP's per 15 april a.s. stelselmatig. Daarmee is uitvoering van de wet per 15 april 2001 illusoir, ook al hebben wij ons bij voortduring ingespannen in het terzake gevoerde overleg bij te dragen aan een scenario waarin deze wettelijke verplichting tot aftapbaarheid zo spoedig mogelijk volledig uitvoerbaar werd.*

### ***Beschikbaarheid technische specificaties / afleverprotocol / aftapapparatuur***

*Reeds bij het ingaan van de ontheffing van deze aftapverplichting voor ISP's, kort na inwerkingtreding van de Telecommunicatiewet, heeft de Internetbranche – via de Branchevereniging NLIP – aangedrongen op gezamenlijk overleg van overheid en marktpartijen om tot overeenstemming te komen over eenduidige technische specificaties en afleverprotocollen, die mede de ontwikkeling door leveranciers van noodzakelijke aftapapparatuur mogelijk zouden maken, en daarmee de aftapverplichting in praktijk realiseerbaar en voor behoeftestellers en ISP's uitvoerbaar.*

*Tot haar ongenoegen moet het NAO nu vaststellen dat nog immer bestaande onduidelijkheden terzake van technische specificaties en afleverprotocol er toe geleid hebben dat op dit moment – 6 dagen voor de inwerkingtreding van de aftapverplichting voor ISP's – leveranciers op basis van de beschikbare informatie nog niet in staat blijken te zijn geweest een relevant aanbod van apparatuur te ontwikkelen waaruit ISP's kunnen kiezen.*

*Uw constatering dat op 31 oktober 2000 in OPT/DAF de specificaties en het afleverprotocol zijn vastgesteld, omdat geen commentaar op de stukken was ontvangen, behoeft naar onze mening dan ook enige correctie.*

*Reeds tijdens de gezamenlijke overleggen tussen Internetbranche en overheid in het kader van de Werkgroep Aftappen Internet (WAI), maar ook veelvuldig na 'afronding' van dat overleg, heeft de NLIP vertegenwoordigers van uw departement met nadruk geattendeerd op het onvolledige karakter van zowel specificaties als afleverprotocol.*

*Terwijl de NLIP, en in een later stadium het NAO, geen enkele gelegenheid onbenut liet – zo is de noodzaak tot vervolgspraken telkens aan de orde gesteld in het Beleidsplatform NLIP - Overheid, maar ook in OPT/DAF en OPT – volhardden vertegenwoordigers van betrokken departementen en behoeftestellers in een weigering aan dat verzoek tegemoet te komen.*

*Zelfs de uiteindelijk door uw afdeling Veiligheid en Nummering georganiseerde bijeenkomst op 20 maart jl. , en uw antwoorden op de – mede van*

*de leveranciers afkomstige nog openstaande vragen – hebben geen klaarheid gebracht, zodat nog altijd geen apparatuur beschikbaar is.*

*Het valt moeilijk in te zien dat een tijdige beschikbaarheid van adequate specificaties en afleverprotocol een voldoende aantal leveranciers weerhouden zou hebben van de tijdige ontwikkeling van bruikbare apparatuur.*

*Wij wijzen er daarbij tevens op dat de periode van 19 januari 2001 – de publicatie in de Staatscourant van de wijze waarop (onvolledige) specificaties (ook door leveranciers) kunnen worden opgevraagd –, tot 15 april 2001 – de datum waarop ISP's aftapbaar moeten zijn, en de apparatuur dus niet alleen beschikbaar, maar formeel ook geïmplementeerd zou moeten zijn – wel bijzonder weinig tijd biedt aan leveranciers voor een verantwoorde ontwikkeling van apparatuur, en aan ISP's voor aanschaf en implementatie van deze apparatuur in de bedrijfsvoering.*

*Uw inschatting van de situatie als zou na 15 april a.s. sprake zijn van “kinderziektes in de implementatie van de aftapvoorzieningen” acht het NAO – gezien de eerder door ons geschetste stand van zaken – dan ook niet geheel in overeenstemming met de realiteit.*

*[...]*

### ***Kosten aftapverplichting in het algemeen***

*Niet alleen de extra kosten vanwege de noodzakelijke aanpassing op termijn aan de verwachte ETSI-standaard, ook de kosten voor de aftapapparatuur in het algemeen – mede veroorzaakt door het vooruitlopen op een Europese standaard – baren het NAO nog steeds zeer grote zorgen.*

*Het moge zo zijn dat – zoals u opmerkt – artikel 13.6 van de Telecommunicatiewet in deze aanpak voorziet. Graag brengt het NAO echter nogmaals in herinnering dat bij de behandeling van de Telecommunicatiewet in de Tweede Kamer door Kabinet en Tweede Kamer is uitgegaan van de veronderstelling dat de investerings-, exploitatie- en onderhoudskosten voor het aftappen voor marktpartijen zouden neerkomen op 1% van de investeringskosten.*

*Op basis van de huidige inzichten echter, belopen de voor ISP's verwachte kosten – afhankelijk van de grootte, topologie en het platform van de ISP in kwestie – een benodigde investering van tussen de fl. 100.000,- en enkele miljoenen.*

*Hiermee veroordeelt het Kabinet een groot deel van de Internetbranche in Nederland tot sluiting. Een dergelijke ‘opschoning’ zou naar de mening van het NAO slechts als ‘natuurlijk’ gevolg van een eerlijke concurrentie op de Internetmarkt mogen ontstaan, en zeker niet ‘kunstmatig’ ten gevolge van een door de Nederlandse overheid opgelegde aftapverplichting,*

*onder voorwaarden die eerder mededingingsvervalsend dan concurrentiebevorderend zijn.*

*Aldus vervalt naar de mening van het NAO iedere redelijkheid aan een continuering door het huidige Kabinet van de eerder ingezette beleidslijn om de investerings-, exploitatie- en onderhoudskosten louter voor rekening te laten zijn van de Internetbranche.*

### ***Inwerkingtreding aftapverplichting 15 april 2001***

*Uit uw brief blijkt dat u volhardt in uw voornemen de aftapverplichting voor ISP's per 15 april a.s. van kracht te laten zijn.*

*Ten overvloede merken wij nogmaals op dat de wens van het NAO nooit is geweest een verder uitstel van de aftapverplichting voor ISP's. Daarover mag geen misverstand bestaan.*

*Ook Nederlandse ISP's beschouwen het algemeen belang en de veiligheid van de staat als een groot goed. Tot nu toe hebben Nederlandse ISP's – binnen wettelijke grenzen en rekening houdend met hun status van onderneming – in dit verband hun inzet immer getoond.*

*Wel achten wij het uit oogpunt van behoorlijk bestuur noodzakelijk dat een aftapverplichting door de overheid wordt opgelegd onder zodanige voorwaarden dat nakoming daarvan door marktpartijen ook redelijkerwijze mogelijk is.*

*De door het Kabinet bewandelde weg maakt dit nu juist voor een groot aantal ISP's daarentegen volledig onmogelijk – zij zullen hun activiteiten eenvoudigweg moeten beëindigen.*

*De 'overlevenden' worden geconfronteerd met de afwezigheid van een relevant aanbod van aftapapparatuur, terwijl de kosten verbonden aan het aftappen de 1%-norm vele malen overstijgen.*

### ***Voorstel NAO***

*Alles overziende zijn partijen verenigd in het NAO zeer teleurgesteld over de halsstarrige houding van de overheid en behoeftestellers in het traject tot invoering van de aftapverplichting voor ISP's.*

*Aftapapparatuur is niet tijdig beschikbaar, de kosten voor ISP's zijn disproportioneel, met alle gevolgen van dien, terwijl ISP's vanaf 15 april a.s. wel geacht worden volledig te voldoen aan de aftapverplichting. Dat de overheid met de door haar verwachte "kinderziektes die in de implementatie van de aftapvoorzieningen op zullen treden (...) met de vereiste souplesse zal omgaan" doet aan de volledigheid van deze verplichting voor ISP's niets af.*

*De overheid is er niet in geslaagd – zoals van een betrouwbare partner normaliter zou mogen worden verwacht – de nakoming van de aftapverplichting door ISP's per 15 april a.s. op verantwoorde wijze mogelijk te maken.*

*Niettemin willen partijen verenigd in het NAO nogmaals hun bereidheid tonen in nader overleg te treden met de overheid, teneinde de aftapverplichting zo spoedig als mogelijk na 15 april a.s. – onder voor alle partijen aanvaardbare voorwaarden – inwerking te laten treden voor ISP's. Daartoe heeft het NAO recent de contouren ontwikkeld van een aftapstandaard.*

*Het NAO stelt voor dat overheid en behoeftestellers op de kortst mogelijke termijn in overleg treden met het NAO, teneinde:*

- *Principe-overeenstemming te bereiken over de contouren van het door NAO recent ontwikkelde scenario en aftapmodel, en dit gezamenlijk in een bake-off-traject verder uit te werken*
- *Voor alle partijen aanvaardbare en duidelijke werkafspraken te maken voor de periode na 15 april a.s., ter overbrugging van het bake-off traject van eerder genoemde standaard.*
- *Aldus te bewerkstelligen dat met ingang van 15 april 2001 een uitvoeringsscenario van de wet in werking treedt dat garandeert dat per 15 april 2002 alle ISP's daadwerkelijk aftapbaar zijn. Genoemd aftapmodel dat door het NLIP is ontwikkeld, bevat een qua techniek en kosten uitvoerbare oplossing voor het aftapbaar maken van ISP's en een scenario voor het testen en invoeren hiervan. Een en ander is ingebracht in het vooroverleg met de voorzitter van het OPT/ DAF.*

- 38 In het licht van het voorgaande is op zijn minst wonderlijk dat de Staat thans (§ 4.34) stelt dat de aanbieders 'onvoldoende activiteiten hadden ondernomen om functionele en technische specificaties op te stellen'.

### **3.2 Pionieren op kosten van de markt**

- 39 De Staat ontkent dat Nederland extra kosten voor aanbieders heeft veroorzaakt door aftapbaarheid van internet te eisen voordat Europese standaarden bestonden. Zij weerspreekt echter niet dat Nederland de functionele en technische eisen voor aftapbaarheid heeft vastgesteld toen Europese standaarden wel in de maak waren maar nog niet af waren. De gedachte dat aftapbaarheid geen uitstel duldde, is vreemd als men bedenkt dat in andere landen óf de standaard wel werd afgewacht, óf werd gewerkt met goedkope tijdelijke oplossingen óf werd gewerkt met oplossingen die door de staat waren gefinancierd. Alléén in Nederland zijn eigen specificaties opgesteld die volledig op kosten van de markt technisch zijn geïmplementeerd.
- 40 Bij antwoord (§ 4.53) stelt de Staat dat in andere Europese landen wel al afspraken bestonden. Uit de notulen van de WAI blijkt dat de Staat hiermee kennelijk doelt op Frankrijk en Duitsland. Die 'oplossingen', en de andere 'oplossingen' die zijn aangedragen op de leveranciersdag die in 2001 is gehouden, waren echter niet relevant of bruikbaar voor de Nederlandse situatie, mede gezien de zeer specifieke wensen en eisen van de Staat.

- De toenmalige Duitse aftapoplossing was gebaseerd op een koffertje met koper-splitter dat bij de telefoonleverancier werd geïnstalleerd (en dus niet bij de dienstaanbieder/provider!) en een koffertje met uitlees- opvangapparatuur. Leverancier GTen was aanwezig bij de leveranciersdag in 2001 en bood aan om, met voorbijgaan aan de Nederlandse tapwetgeving, zowel voor overheid als providers in Nederland alles conform de Duitse wetgeving te regelen, voor 500 gulden per tap, waarbij GTen dus ook voor de afdracht van het getapte materiaal aan de overheid zorg zou dragen. Deze tap zou dus alleen inzicht geven in de internet inbelverbinding van een verdachte maar niet in het gedrag dat iemand verder op internet ontplooit, zoals het ophalen van e-mail op de popserver van de aanbieder. Bovendien kon GTen waarschijnlijk geen snel modemverkeer aan, laat staan ISDN of ADSL, en was het onmogelijk in deze constructie om een internettap te zetten bij een gratis provider die geen adresgegevens had van zijn klanten.
  - De Franse oplossing, eveneens gepresenteerd tijdens de NLIP leveranciersdag, was volledig gebaseerd op de nauwe samenwerking tussen France Telecom en de overheid; deze oplossing was exclusief ontwikkeld voor het Franse telefoonnetwerk en nog nooit ergens anders uitgetoet. De Franse leverancier kon wel een echte IP-tap doen, maar alleen op het netwerk van France Telecom. Zij kon geen enkele prijsindicatie geven, omdat alles door de Franse overheid was gefinancierd (het arrest van het *Cour constitutionnel* dat daartoe verplichtte, is bij dagvaarding reeds besproken en overgelegd).
  - De leverancier van de Nederlandse overheid, Comverse, kon geen hoge (breedband)snelheid aan, geen *peer-to-peer* verkeer aftappen (zoals muziekwisseldiensten) en bleef buitengewoon onduidelijk over de (zeer hoge) ontwikkelkosten die providers zouden moeten betalen.
  - Tenslotte was er bij de leveranciersdag een Amerikaanse leverancier, ADC, die een oplossing naar Amerikaans model aanbood, Carnivore geheten. Dit was een hardware oplossing, met snellere chips, om grotere bandbreedtes te kunnen tappen. ADC kon echter geen TIIT-conforme module leveren, omdat er in de VS op een hele andere manier werd getapt.
- 41 Aparte aandacht verdient de verwijzing door de Staat (§ 4.49) naar een offerte uit maart 1999 van Cisco, een grote leverancier van internetapparatuur, die de Staat overlegt als productie 11. De suggestie van de Staat is dat de aanbieders voor een bedrag van circa USD 250.000 een compleet werkend aftapsysteem hadden kunnen aanschaffen en dat XS4ALL om haar moverende redenen kennelijk voor een inefficiënt alternatief heeft gekozen. Deze vergelijking is om een aantal technische en juridische redenen onjuist, misplaatst dan wel irrelevant:
- de offerte heeft betrekking op een standaardrouter opzet, waarin geen rekening is gehouden met de TIIT. De offerte bevat niet de vereiste S1-S2 functionaliteit (zie hieromtrent de dagvaarding, § 33) en is dus onwettig;

- de offerte betreft het toenmalige netwerk van Planet Internet, gebaseerd op 4 100 mbit/s verbindingen. Dit was een inbelnetwerk met een specifieke structuur. XS4ALL had op dat moment heel ander inbelnetwerk, met gedecentraliseerde POPs (toegangsapparatuur);
- de offerte ziet alleen op internetinbelverkeer. Er is geen rekening gehouden met het feit dat een provider meer doet dan alleen inbeldiensten leveren; denk aan ADSL of webmail, dat allemaal apart aftapbaar dient te zijn en dus andere apparatuur vergt.
- de offerte is gebaseerd op een specifieke technische oplossing voor het aftappen, namelijk het maken van een zogenaamde 'spancopy' van poort naar poort in reguliere bedrijfsrouters. Dit is dus geen IP-tap, maar een kopie via een poort die voor monitoring is bedoeld. Een dergelijk aanpak kan niet verzekeren dat alle verkeer ook langs deze poort reist (wat de wet wel eist). De capaciteit van de switch is bovendien te beperkt;
- bij de Cisco oplossing reist een kopie van het verkeer van de afgetapte door het operationele netwerk. XS4ALL en andere aanbieders hebben deze oplossing nooit overwogen, in verband met het feit dat elke systeembeheerder dan bij die routers kan om het tappen stop te zetten en ook hackers er eventueel in zouden kunnen slagen via het openbare internet bij die routers te komen. Bij elke software update van de router moet bovendien apart de aftapkopie opnieuw ingesteld worden. XS4ALL en andere aanbieders hebben, gezien hun verplichtingen jegens hun klanten in verband met privacy en informatiebeveiliging, gekozen voor een geïsoleerde aftapinfrastructuur, die los staat van het operationele netwerk en niet zichtbaar, meetbaar of toegankelijk is voor andere mensen dan de met geheimhouding belaste medewerkers die apart belast zijn met het uitvoeren van aftapbevelen. Als veel medewerkers toegang hebben tot de aftapinfrastructuur, neemt het risico van chantage of omkoping toe tot onaanvaardbare hoogte. Cisco had anno 1999 onder internetbeheerders bovendien een slechte technische reputatie.
- als XS4ALL deze oplossing had gekocht, was die vele malen duurder uitgevallen, omdat er bij XS4ALL op heel veel meer plekken 'ingeprikt' had moeten worden, in verband met haar decentrale internetinbelstructuur. Deze oplossing was maximaal één jaar houdbaar geweest en had integraal vervangen moeten worden toen XS4ALL eind 1999 begon met het aanbieden van ADSL. Deze oplossing had op geen enkele wijze geschikt gemaakt kunnen worden voor breedband internettoegang, omdat de copy-snelheid van poort naar poort eenvoudigweg niet verhoogd kon worden in die apparatuur.
- de koers van de dollar bedroeg op 31 maart 1999 NLG 2.05. De berekende investering van USD 257.085 bedroeg toen in guldens 527.024,25. XS4ALL had dit bedrag in 2000 minstens nog eens moeten investeren, om in het tappen van ADSL en Webmail te kunnen voorzien en waarschijnlijk nog eens in 2003 en in

2005 vanwege de sterke stijging van het aantal klanten en de door hen gebruikte bandbreedte. In totaal waren de kosten van deze Cisco oplossing, voorzover Cisco in 1999 überhaupt in staat was geweest meer dan 100MBit/s poorten te bouwen dus vele malen hoger geweest dan het bedrag dat XS4ALL uiteindelijk aan apparatuur heeft uitgegeven. Om deze offerte van Cisco te vertalen naar een wettige, TIIT conforme oplossing, had XS4ALL hierbij nog eens S1s en S2s moeten kopen. In feite heeft XS4ALL de functionaliteit van deze Cisco-oplossing, namelijk het switchen, zelf voor circa 50.000 gekocht.

- Cisco heeft expliciet geweigerd aan de leveranciersdag deel te nemen, omdat ze op geen enkele manier geassocieerd wilde worden met aftappen. De NLIP heeft heel intensief met Cisco gesproken in 2001, waarbij het verzoek om een aftapoplossing tot in het bestuur in de VS is besproken. Dat heeft uiteindelijk geleid tot een statement waarin Cisco stelde dat ze op dit moment geen enkele mogelijkheid zagen om een echte IP-tap te verwezenlijken. Een en ander wordt bevestigd in een interview dat de gerenommeerde IT journalist Declan McCullagh in april 2003 had met Fred Baker van Cisco. Daarin geeft Baker aan dat Cisco voor het eerst bezig is aftapmogelijkheden met gebruikmaking van Cisco router saan te bieden. Baker zegt: "The actual development started probably seven to eight months ago"<sup>6</sup> – 16 maanden nadat de systemen van XS4ALL aftapbaar dienden te zijn.
- 42 XS4ALL heeft bij dagvaarding (§ 35) gewezen op de weigering van de Staat om een maximum aantal taps aan te geven dat een aanbieder gelijktijdig moest kunnen aftappen. Onjuist is de suggestie van de Staat (§ 4.62) dat dit juist geschiedde op verzoek van de aanbieders. In werkelijkheid wensten alleen (sommige) telefonieaanbieders dat en is de wens van de internetaanbieders genegeerd, terwijl ook een aparte regeling voor hen had kunnen worden getroffen. Gevolg van de weigering van de Staat om een maximumaantal taps te benoemen, was dat meer investeringen moesten worden gedaan dan nodig om in de *daadwerkelijke* behoefte bij Justitie te voorzien. Een redelijke en proportionele regeling had uiteraard rekening gehouden met de extra kosten die waren gemoeid met het kunnen voldoen aan meerdere gelijktijdige taps en had, op basis van een kosten-batenanalyse, ergens de grens gelegd. Anders gezegd, als de Staat de kosten van aftapbaarheid zelf had gedragen, was vermoedelijk wel een technisch maximum vastgesteld.

### 3.3 Hogere kosten bij achteraf opleggen van aftapverplichting

- 43 De Staat bevestigt (§ 4.28) dat de kosten van aftapbaarheid veel hoger zijn wanneer die verplichting wordt opgelegd *nadat* het netwerk is aangelegd – de vergelijking met een riolering die wordt geïnstalleerd onder een al afgebouwd huis is treffend. Daaruit maakt hij op dat de aftapbaarheid dus *ab initio* moet worden ingepland als ‘integraal onderdeel van de functionaliteit’, en dat het dán niet goed mogelijk is de investeringskosten in aftapbaarheid apart te definiëren. Dit gehele betoog is echter geen

<sup>6</sup> <http://news.com.com/2010-1071-997528.html>.

onderbouwing voor de gedachte dat artikel 13.6 lid 1 Tw een niet-budgettaire grondslag heeft of dat de implementatie van aftapbaarheid in Nederland zorgvuldig is geschied. Het is eerder een bevestiging dat aan een partij als XS4ALL – wiens netwerk is aangelegd in 1993, vijf jaar vóór inwerkingtreding van de Telecommunicatiewet en acht jaar vóór de operationalisering van de aftapbaarheidsverplichting voor internetaanbieders, toen aftappen van *telefonie* nog op staatskosten geschiedde – *in elk geval* een kostenvergoeding diende te worden aangeboden.

- 44 Bij dagvaarding (§ 15 e.v.) heeft XS4ALL gewezen op het Beleidsvoornemen van de regering uit 1996, waarin de toekomstige plannen of aftapgebied uiteen zijn gezet. Daarin werd nog geen melding gemaakt van internet maar werd wél een onderscheid gemaakt tussen bestaande netwerken en nieuwe netwerken. Voor het aftapbaar maken van bestaande netwerken, werd een vergoeding in het vooruitzicht gesteld. Die gedachte is in overeenstemming met het betoog van de Staat bij antwoord en had uiteraard, toen aftapbaarheid van internet werd ingevoerd, ertoe moeten leiden dat tenminste de investeringen in bestaande netwerken werden vergoed.

#### 4 DE DOOR XS4ALL GEMAAKTE KOSTEN

- 45 De Staat voert (§ 8.1) slechts zeer beperkt verweer ten aanzien van de gedetailleerde berekening die XS4ALL heeft gemaakt van de kosten die zij heeft gemaakt om te voldoen aan de eisen van aftapbaarheid en de controle die Ernst & Young daarover heeft uitgevoerd. De kritiek die de Staat heeft, is voorgelegd aan Ernst & Young en wordt volledig weerlegd in twee aanvullende rapportages.
- 46 In de eerste rapportage, die wordt overgelegd als **PRODUCTIE E-7**, weerlegt Ernst & Young Accountants de kritiekpunten ten aanzien van de berekening:
- dat de rapportage op p. 4 ‘slechts een zeer globale opsomming van kosten zonder enige verdere specificatie’ bevat, komt omdat die tabel een samenvatting bevat van hetgeen in de rest van de rapportage zeer gedetailleerd en gespecificeerd wordt uitgewerkt;
  - dat Ernst & Young voorbehouden maakt ten aanzien van bepaalde feitelijke constatering, is begrijpelijk gezien haar positie als onafhankelijke accountant met eigen verantwoordelijkheid en gedragsregels. De voorbeelden die de Staat noemt worden in de nieuwe rapportage verder verduidelijkt;
  - dat zij niet kan controleren of de opgevoerde uren van drie personeelsleden van XS4ALL ook daadwerkelijk door hen zijn gewerkt, ligt voor de hand aangezien binnen XS4ALL niet wordt gewerkt met een urenregistratie. Dat is op zijn beurt bepaald niet vreemd, zoals Ernst & Young ook constateert. XS4ALL biedt hierbij aan **bewijs** te leveren van het feit dat de opgevoerde uren door de betrokken personeelsleden zijn besteed aan activiteiten in verband met het aftapbaar maken en houden van het netwerk van XS4ALL;

- dat de toerekening van indirecte kosten per definitie tot op zekere hoogte arbitrair is, wil niet zeggen dat de door XS4ALL gehanteerde methodiek ten aanzien van deze (relatief zeer kleine) post ongebruikelijk is, laat staan onjuist;
  - de hoogte van de declaraties van de projectmedewerker zijn in deze tweede rapportage geverifieerd;
  - de facturen van de externe softwareleveranciers zijn in de tweede rapportage geverifieerd.
- 47 In een andere rapportage, die hierbij wordt overgelegd als **PRODUCTIE E-8**, doen Ernst & Young EDP Auditors verslag van hun technische onderzoek naar het gebruik dat bij XS4ALL wordt gemaakt van de aftapbaarheidsapparatuur. Deze rapportage is niet uitgevoerd door de accountants van Ernst & Young omdat het een zuiver technische vraag betreft. EDP Audit is zeer ervaren en deskundig in het verrichten van dergelijke technische onderzoeken, waarbij het juist gaat om specialistische technische kennis over geautomatiseerde informatiesystemen. EDP Audit houdt zich specifiek bezig met de beoordeling bij objecten van informatievoorziening in een omgeving waar gebruik wordt gemaakt van automatisering. Voor de vaststelling dat de hardware enkel en alleen betrekking heeft op het aftaproject is uiteraard gedegen technische kennis noodzakelijk met betrekking tot automatisering. Daarom is voor deze vaststelling de EDP-Auditor ingezet.
- 48 De onderzoekers van Ernst & Young EDP Audit concluderen op basis van een grondige bestudering van de apparatuur zoals opgesteld en geïnstalleerd bij XS4ALL, dat de relevante apparatuur enkel en alleen wordt gebruikt voor aftapbaarheid en ook alleen daarvoor gebruikt *kan* worden.
- 49 Met deze twee aanvullende rapportages zijn alle bezwaren van de Staat tegen de oorspronkelijke rapportage van Ernst & Young weersproken.

## 5 STRIJD MET GEMEENSCHAPSRECHT

### 5.1 Inleiding

- 50 Bij inleidende dagvaarding heeft XS4ALL de argumenten op grond van het gemeenschapsrecht reeds uitgebreid toegelicht, zodat hier kan worden volstaan met een aantal opmerkingen naar aanleiding van het verweer van de Staat. Dat verweer komt in grote lijnen neer op de gedachte dat de relevante gemeenschapsrechtelijke regels niets bepalen over de kosten van aftapbaarheid en dat die kosten vanzelfsprekend gevolg zijn van het opleggen van de verplichting tot aftapbaarheid, die wél door het gemeenschapsrecht wordt toegestaan.
- 51 In het betoog van XS4ALL wordt de aftapbaarheidsverplichting van artikel 13.1 Tw apart beschouwd van de kostenregeling in artikel 13.6 Tw en wordt geconstateerd dat

artikel 13.6 lid 1 Tw niet *noodzakelijk* is en dus onverbindend. Echter, indien de artikelen 13.1 en 13.6 lid 1 Tw gezamenlijk zouden worden beschouwd doorstaat de regeling niet de gemeenschapsrechtelijke *proportionaliteitstoets*. Ook de Staat betoogt immers niet dat er geen regeling denkbaar is die minder ver gaat – die dus de kosten voor aanbieders geheel of gedeeltelijk vergoedt – maar even effectief de openbare orde kan beschermen. Onvermijdelijke gevolgtrekking is dat de regeling in artikel 13.1 jo. 13.6 lid 1 Tw voor burgers meer belastend en meer beperkend is dan noodzakelijk.

- 52 Het voorgaande geldt ook als de Staat zou worden gevolgd in zijn (op zich onjuiste) stelling dat de kosten van aftapbaarheid ook zonder artikel 13.6 lid 1 Tw voor rekening van de aanbieders zouden komen omdat dan *a contrario* uit artikel 13.6 lid 2 Tw zou volgen dat de investeringskosten *niet* vergoed worden. In tegenstelling tot wat de Staat betoogt in § 5.2.6, zou het ontbreken van artikel 13.6 lid 1 Tw niet betekenen dat “ieder aangrijpingspunt voor de actie van XS4ALL [zou] komen te vervallen,” omdat “zij zich dan namelijk alleen maar [zou] kunnen richten tegen de aftapbaarheidseis zelf, waarvan immers de rechtmatigheid vaststaat.” Dit betoog ziet over het hoofd dat de rechtmatigheid van de aftapbaarheidseis alleen dan buiten discussie staat – althans in deze procedure – wanneer de kostenregeling daar los van wordt beschouwd. Als zij niet apart wordt bekeken, dient zij te worden beoordeeld als onderdeel van de aftapbaarheidseis zelf – en die faalt op proportionaliteit. Een beroep op een uitzonderingsgrond ter rechtvaardiging van een beperking van het vrije verkeer van diensten dient streng te worden getoetst en die uitzonderingsgrond zelf dient streng te worden opgevat; de openbare orde rechtvaardigt slechts een beperking voor zover nodig om die openbare orde te beschermen en niet voor zover gebruikt om kosten te besparen.<sup>7</sup>

## 5.2 Vrij verkeer van diensten

- 53 In paragraaf 5.2 betoogt de Staat *primair* dat het vrij verrichten van diensten in dit geval niet in het geding is, *subsidiar* dat artikel 13.6 lid 1 Tw geen belemmering is van het vrije verkeer van diensten en *meer subsidiar* dat een eventuele belemmering gerechtvaardigd is. Dat er in de onderhavige casus sprake is van een dienst wordt expliciet (§ 5.2.2) erkend.

*Vrij verkeer niet van toepassing?*

- 54 Artikel 49 EG is van toepassing zodra er sprake is van een dienst met een grensoverschrijdend element<sup>8</sup> en heeft rechtstreekse werking.<sup>9</sup> Van grensoverschrijdend verkeer is onder meer sprake als de dienstaanbieder (XS4ALL) zich in de ene Lid-Staat bevindt en de dienstafnemer (een buitenlandse klant) zich in een andere Lid-Staat bevindt. XS4ALL heeft onweersproken gesteld dat zij circa 1650 in het buitenland gevestigde afnemers heeft van aftapbare diensten.

<sup>7</sup> Cf. HvJ EG 14 oktober 2004, zaak C-36/02, Omega, nng, ov. 30.

<sup>8</sup> HvJ EG 1 juli 1993, zaak C-20/92, Hubbard, 1993, *Jur.* 1993, p. I-3777.

<sup>9</sup> HvJ EG 3 december 1974, zaak C-33/74, van Binsbergen, *Jur.* 1974, 1299.

- 55 In dit verband bepleit de Staat echter (§ 5.2.3 e.v.) een ‘zwaartepunt’-redenering analoog aan die van het Hof van Justitie met betrekking tot vrij verkeer van goederen en van diensten. In de rechtspraak van het Hof is de redenering eenvoudig: wanneer een nationale maatregel zowel de vrijheid van dienstverrichting als het vrije verkeer van goederen beperkt, onderzoekt het Hof de maatregel in beginsel slechts uit het oogpunt van een van deze twee fundamentele vrijheden, indien uit de omstandigheden van de zaak blijkt dat een van de vrijheden volledig ondergeschikt is aan de andere en daarmee kan worden verbonden.<sup>10</sup> De analogieredenering van de Staat houdt echter in dat voor de vraag of sprake is van grensoverschrijdende dienstverlening, gekeken zou moeten worden naar het zwaartepunt van de dienstverlening. Als het zwaartepunt van de dienstverlening binnenlands is, zo is kennelijk de gedachte, is artikel 49 EG niet van toepassing.
- 56 Een dergelijke zwaartepuntredenering is een interessante, maar rechtens onjuiste interpretatie van het EG-Verdrag. Het leveren van diensten aan 1650 in het buitenland gevestigde afnemers is op zichzelf voldoende om te kunnen spreken van een grensoverschrijdende dienst, ook wanneer (veel) meer binnenlandse afnemers bestaan. Niet vereist is dus dat het zwaartepunt van de dienstverrichting buitenlands is. Sterker nog, een dergelijke benadering zou rechtstreeks in strijd met de bedoeling van artikel 49 EG zijn, omdat het een dienstverlener die zijn diensten in het buitenland wilde aanbieden maar vanwege nationale beperkende maatregelen aldaar geen voet aan de grond kreeg, zich pas op artikel 49 EG zou kunnen beroepen als het zwaartepunt van zijn dienstverlening desondanks grensoverschrijdend was geworden!
- 57 Het Hof van Justitie legt in zijn jurisprudentie bovendien steeds meer nadruk op de mobiliteit en beschikbaarheid van de desbetreffende *dienst* (en minder op de *persoon* van de aanbieder of ontvanger van de dienst.<sup>11</sup> Een van de gevallen waarin er sprake is van grensoverschrijdend verkeer, is wanneer de dienst zelf de grens overschrijdt. Erkende voorbeeld daarvan zijn televisie en telecommunicatie.<sup>12</sup> In *Bond van Adverteerders* ging het om een Nederlandse kabelaar met Nederlandse klanten; het grensoverschrijdend karakter van de dienstverlening was volgens het Hof gelegen in de levering van een doorgiftdienst aan omroeporganisaties uit andere Lid-Staten én aan adverteerders uit andere Lid-Staten.<sup>13</sup> De doorgifte door een Nederlands bedrijf aan een Nederlandse klant van uit het buitenland afkomstige informatie of reclame, is dus een dienst met een grensoverschrijdend karakter.
- 58 Bij internetverkeer is er eveneens per definitie sprake van een dusdanig grensoverschrijdend effect.<sup>14</sup> Van belang is daarbij dat niet alleen de dienst, maar ook de *content* die middels de dienst wordt geleverd deels uit andere Lid-Staten afkomstig is.

<sup>10</sup> Zie onlangs nog HvJ EG 14 oktober 2004, zaak C-36/02, Omega, nng, ov. 26.

<sup>11</sup> Craig/Búrca, *EU Law*, Oxford 2003, p. 805 en de aldaar genoemde vindplaatsen.

<sup>12</sup> HvJ EG 26 april 1986, zaak C-352/85, Bond van Adverteerders, *Jur.* 1988, p. I-2085; HvJ EG 10 mei 1995, zaak C-384/93, Alpine Investments, *Jur.* 1995, p. I-1141.

<sup>13</sup> HvJ EG 26 april 1986, zaak C-352/85, Bond van Adverteerders, *Jur.* 1988, p. I-2085, ov. 14.

<sup>14</sup> HvJ EG 21 oktober 1999, zaak C-67/98, Zenatti, *Jur.* 1999, p. I-7289; HvJ EG 6 november 2003, zaak C-243/01, Gambelli, *Jur.* 2003, p. I-13031.

Zowel internet ‘zenders’ (webpagina’s bijvoorbeeld, maar ook internetversies van exact dezelfde televisiezenders als waarover het Hof in *Bond van Adverteerders* oordeelde) als internet ‘reclame’ die afkomstig zijn vanuit andere Lid-Staten, worden door XS4ALL aan haar klanten bezorgd.<sup>15</sup>

- 59 Internetdiensten zijn dus per definitie grensoverschrijdend omdat hetgeen middels de dienst wordt geleverd en beschikbaar is, in veel gevallen uit andere Lid-Staten afkomstig is of kan zijn. Aftapbare diensten van XS4ALL zijn bovendien beschikbaar in het buitenland en worden ook daadwerkelijk afgenomen *in* – en door inwoners *van* – andere Lid-Staten. Het staat dus buiten twijfel dat het vrije verrichten van diensten in deze zaak in het geding is.

*Geen belemmering van vrij verkeer?*

- 60 De Staat betoogt dat er geen sprake is van een beperking van het vrije verkeer van diensten, omdat geen enkele ondernemer speciaal omwille van de kosten voor aftapbaarheid zou afzien van markttoegang. Artikel 49 EG behelst echter een verbod op *alle* belemmeringen op het vrije verkeer van diensten, niet alleen een verbod op de meest serieuze belemmeringen.
- 61 Om te kunnen spreken van een belemmering hoeft niet te worden gesteld of bewezen dat de belemmering van zodanige omvang is dat bedrijven door die belemmering alleen zouden afzien van vestiging in Nederland. In de rechtspraak van het Hof van Justitie wordt al snel een belemmering aangenomen en is duidelijk dat *alle* belemmeringen zijn verboden.<sup>16</sup> Uit *Gebhard* blijkt dat

*ationale maatregelen die de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken, aan vier voorwaarden moeten voldoen: zij moeten zonder discriminatie worden toegepast, zij moeten hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, zij moeten geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en zij mogen niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel (zie arrest van 31 maart 1993, zaak C-19/92, Kraus, Jurispr. 1993, blz. I-1663, r.o. 32).*<sup>17</sup>

- 62 In *Gräbner* heeft het Hof bevestigd dat “alle maatregelen die de uitoefening van deze vrijheden verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken” als verboden belemmeringen worden beschouwd.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> In dezelfde zin Craig/Búrca, *EU Law*, p. 804, met verwijzing naar HvJ EG 18 maart 1980, zaak 62/79, Coditel, *Jur.* 1980, p. 881, waarin het Hof overweegt dat de “substance of the services, the television broadcasts, originated in a different Member State,” hetgeen “a certain inter-state element” oplevert.

<sup>16</sup> HvJ EG 25 juli 1991, Zaak C-76/90, Säger, *Jur.* 1991, p. I-4221.

<sup>17</sup> HvJ EG 30 november 1994, zaak C-55/94, Gebhard, *Jur.* 1995, p. I-4165.

<sup>18</sup> HvJ EG 11 juli 2002, zaak C-294/00, Gräbner, *Jur.* p. I-6515.

- 63 Onjuist is bovendien de stelling van de Staat (§ 5.2.7) dat de kosten van aftapbaarheid zodanig laag zijn, dat geen enkele aanbieder omwille van die kosten zal afzien van markttoetreding. Juist voor kleinere aanbieders zijn die kosten dat zeker.
- 64 Gewezen kan ook worden op de standaardjurisprudentie van het Hof dat artikel 49 niet alleen de aanbieder maar ook de afnemer van de dienst ten goede komt.<sup>19</sup> Bij dagvaarding (§ 46 e.v.) is reeds geïllustreerd hoe artikel 13.6 lid 1 Tw ertoe leidt dat nieuwe diensten niet of minder snel beschikbaar komen. Ook in die beperking schuilt ook belemmering in de zin van artikel 49 EG.
- 65 Onjuist is tevens de gedachte in § 5.2.8, als zou de belemmerende werking van een nationale regeling apart en specifiek moeten worden aangetoond voor die afnemers van de dienst die in het buitenland zijn gevestigd. De dienstverlening aan de buitenlandse afnemers dient (ook) aftapbaar te zijn, zodat het feit dat (ook) de kosten daarvan door XS4ALL moeten worden gedragen, voldoende is om vast te stellen dat artikel 13.6 lid 1 het vrije verkeer van diensten belemmert. Hierboven is bovendien reeds betoogd dat het grensoverschrijdende karakter niet alleen bestaat in de 1650 buitenlandse afnemers, maar ook in de aard van de dienstverlening zelf.
- 66 Opvallend in dit verband is de stelling van de Staat dat dit anders zou zijn als de overheid aan de aanbieders ook nog eens kosten in rekening zou brengen voor de individuele tap. De Staat verwijst naar artikel 13.6 lid 2 Tw, op basis waarvan de personeels- en administratiekosten die worden gemaakt voor een individuele tap, ten laste komen van de Staat. Sinds 1 april 2005 is echter een ministeriële regeling in werking getreden die ertoe leidt dat de vergoeding die aanbieders ontvangen voor hun medewerking, is verlaagd met een factor van circa 100:<sup>20</sup> waar de Staat XS4ALL voorheen een bedrag van 1364 vergoedde per tap, is het indicatieve tarief per 1 april 13,13! Over de rechtmatigheid van deze regeling, die de aanspraak op kostenvergoeding ex artikel 13.6 lid 2 Tw in feite tot een dode letter maakt, althans verkrijging van een volledige kostenvergoeding disproportioneel belastend maakt, loopt inmiddels een bestuursrechtelijke procedure waaraan 15 telecom- en internetaanbieders (waaronder XS4ALL) deelnemen.
- 67 De Regeling kosten aftappen is om een andere reden hier interessant, namelijk omdat in de toelichting erop de Staat nog immer geen ‘princiële’ rechtvaardiging formuleert voor artikel 13.6 lid 1 Tw maar het zelfs expliciet heeft over een ‘keuze’, overigens zonder inhoudelijke rechtvaardiging: “Deze bepaling is ingevoerd als gevolg van de keuze om de kosten voor het aftapbaar maken van systemen niet langer door de overheid te laten vergoeden. Deze keuze lag in de rede nu eerder bij een wijziging van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen deze kosten in verband met het aftappen van GSM al voor rekening van de GSM-aanbieder waren gebracht.”

<sup>19</sup> HvJ EG 31 januari 1984, zaken 286/82 en 26/83, *Luisi en Carbone*, *Jur.* p. I-377, ov 16; recentelijk nog HvJ EG 13 juli 2004, zaak C-262/02, *Commissie/Frankrijk*, ov. 22 en HvJ EG 13 juli 2004, zaak C-429/02, *Bacardi*, ov. 33.

<sup>20</sup> Regeling kosten aftappen en gegevensverstrekking, *Stcrt.* 2005, 62, p. 16.

*Een gerechtvaardigde beperking?*

- 68 Aangezien sprake is van een belemmering van het vrije dienstenverkeer, is het aan de Staat om aan te tonen dat deze belemmering desondanks gerechtvaardigd is. Daarbij gelden vier cumulatieve voorwaarden als onder meer verwoord in het reeds aangehaalde arrest Gebhard: zij moet (1) zonder discriminatie worden toegepast, (2) haar rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen 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.
- 69 De Staat beroept zich ten deze (slechts) op bescherming van de openbare orde en van de openbare veiligheid (§ 5.2.9). Zoals bij dagvaarding aangegeven betwist XS4ALL niet dat een regeling inzake aftapbaarheid op zich de bescherming van de openbare orde kan dienen. Wordt artikel 13.6 lid 1 Tw beschouwd, dan voldoet deze in elk geval niet aan voorwaarde (2): de kosten van aftapbaarheid hebben niets met openbare orde en veiligheid te maken; de Staat heeft nimmer betoogd dat aftapbaarheid op kosten van de Staat een minder effectieve bescherming van de openbare orde zou betekenen. Worden de kosten van aftapbaarheid beschouwd als onderdeel van de verplichting tot aftapbaarheid, dan voldoet deze in elk geval niet aan voorwaarde (4): de aftapbaarheidsverplichting gaat, door de kosten niet te vergoeden, verder dan nodig is voor het bereiken van het doel (openbare orde).
- 70 Net als bij het vrije goederenverkeer is de rechtvaardiging van de toepasselijkheid van nationale wetgeving die strijdig is met artikel 49 EG om economische redenen uitgesloten.<sup>21</sup> Als reeds besproken heeft de Staat artikel 13.6 lid 1 Tw echter nadrukkelijk vanuit economische redenen ingevoerd. Een economisch motief kan volgens de rechtspraak van het Hof alleen in zeer uitzonderlijke gevallen aanvaardbaar worden geacht: uit het arrest *Kohll* blijkt dat het in gevaar komen van de financiering van het nationale zorgstelsel een legitieme rechtvaardiging kan vormen.<sup>22</sup> Van een dergelijk zwaarwegend financieel belang voor de overheid is in dit geval niet gebleken; uit niets blijkt dat daarnaar überhaupt onderzoek is gedaan.
- 71 Hetgeen de Staat reeds in dit verband al over de Machtigingsrichtlijn stelt, is onjuist. Het betoog van de Staat (§ 5.2.14) ten aanzien van de voorwaarden in deel A van de Bijlage bij de Machtigingsrichtlijn 2002 miskent dat ook de aldaar genoemde voorwaarden blijkens artikel 6 lid 1 van de richtlijn niet zonder meer en in elke modaliteit toelaatbaar zijn, maar slechts mogen worden opgelegd *voor zover zij objectief gerechtvaardigd zijn in relatie tot het betrokken netwerk of de betrokken dienst en bovendien niet-discriminerend, proportioneel en transparant zijn*. Voor de vraag of het opleggen van

<sup>21</sup> Zie met name de arresten HvJ EG 26 april 1986, zaak C-352/85, *Bond van Adverteerders*, *Jur.* 1988, p. I-2085, ov. 34; HvJ EG 25 juli 1991, zaak C-288/89, *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, *Jur.* 1991, p. I-4007, ov. 11; HvJ EG 5 juni 1997, zaak C-398/95, *SETTG*, *Jur.* 1997, p. I-3091, ov. 23; HvJ EG 28 april 1998, zaak C-158/96, *Kohll*, *Jur.* 1998, p. I-1931, ov. 41; HvJ EG 14 november 1995, zaak C-484/93, *Svensson en Gustavsson*, *Jur.* 1995, p. I-3955, ov. 15; HvJ EG 6 juni 2000, zaak C-35/98, *Verkooijen*, *Jur.* 2000, p. I-4071, ov. 48 en HvJ EG C-388/01, *Commissie/Italië*, *Jur.* p. I-721, ov. 22.

<sup>22</sup> HvJ EG 28 april 1998, zaak C-158/96, *Kohll*, *Jur.* 1998, p. I-1931, ov. 41.

een op de bijlage genoemde voorwaarde daaraan voldoet, is uiteraard mede van belang wat de daaraan verbonden kosten zijn en wie die moet betalen. Onjuist is dus ook de gedachte (§ 5.2.15) dat, aangezien artikel 13.6 lid 1 Tw onder de vigeur van de Machtigingsrichtlijn 2002 is toegelaten, dat ook al zo was onder de vigeur van artikel 49 EG. Integendeel, het is onder beide een verboden belemmering en in iedere uitleg van de Machtigingsrichtlijn waarin dat niet zo is, is de Machtigingsrichtlijn zelf in strijd met artikel 49 EG, inderdaad 'bepaald een weinig waarschijnlijke hypothese'.<sup>23</sup>

- 72 Doel is om de kosten voor de Staat te verlagen. Daarmee is het economische motief van de wetgever gegeven en staat vast dat artikel 13.6 lid 1 Tw in strijd is met artikel 49 EG. Ook wanneer artikel 13.6 lid 1 Tw niet een 'zuiver economisch motief' zou hebben, maar alleen 'mede' dat motief – zo veel geeft de Staat (o.a. § 5.2.16) wel toe –, is de bepaling in strijd met artikel 49 EG. Dat geldt uiteraard per definitie voor het deel dat het wél economisch gemotiveerd heeft, maar ook voor het overige, nu de Staat daarvoor geen objectieve rechtvaardiging heeft kunnen formuleren die voldoet aan de vier cumulatieve voorwaarden. De *ad absurdum* die de Staat hierop pleegt, als zou, kort gezegd, de stelling van XS4ALL ertoe leiden dat alle aan het bedrijfsleven opgelegde, door de openbare orde te rechtvaardigen verplichtingen waarvan de financiële gevolgen niet volledig vergoed worden in strijd zijn met artikel 49 EG, is niet 123123. Van een dergelijke strijdigheid is echter wel sprake wanneer, zoals hier, de financiële gevolgen van het opleggen van een verplichting die moet worden gerechtvaardigd door de openbare orde en veiligheid, een niet-proportionele belemmering van het vrije verkeer van diensten behelst. Van enige proportionaliteit is bij artikel 13.6 lid 1 Tw geen sprake, ook omdat het een totale afwenteling van investeringskosten behelst waarbij geen onderzoek is gedaan of mogelijkheid is geschapen voor zelfs maar een gedeeltelijk tegemoetkoming in de kosten – ook niet voor aanbieders die reeds vóór 1998 op de markt waren en dus volgens de eigen stellingen van de Staat geconfronteerd werden met aanzienlijk hogere kosten dan nieuwe toetreders.

*Kostenvergoeding zou staatssteun zijn?*

- 73 Helemaal aan het einde van het verweer inzake het vrije verkeer van diensten, speelt de Staat de 'Brusselse kaart': de Staat *moet* de kosten van aftapbaarheid wel op de aanbieders afwentelen, want als zij die zou vergoeden, zou sprake zijn van verboden staatssteun. Dit betoog is verder ongemotiveerd en is overigens onjuist. Gewezen kan onder meer worden op de jurisprudentie van het Hof van Justitie met betrekking artikel 86 lid 2 EG, met name het arrest *Altmark*,<sup>24</sup> waaruit blijkt dat geen sprake is van staatssteun wanneer, kort gezegd, de betaalde vergoeding niet hoger is dan nodig ter compensatie van een de kosten voor het voldoen aan een openbaredienstverplichting. Welnu, bij het verschaffen van aftapbaarheid is evident sprake van een openbaredienstverplichting en de vergoeding die XS4ALL vraagt, gaat niet verder dan nodig om de door haar gemaakte kosten te vergoeden. Ook als wel sprake zou zijn van staatssteun, kan worden aangenomen dat (deze steun zodanig verleend zou kunnen

<sup>23</sup> Verwezen zij naar de dagvaarding, § 78.

<sup>24</sup> HvJ EG 24 juli 2003, zaak C-280/00, *Altmark Trans*, *Jur.* 2003, p. I-7747.

worden dat) de Commissie deze zou goedkeuren. Dat de Commissie ooit geoordeeld heeft dat nationale regeling in andere Lid-Staten, op grond waarvan aftapbaarheidskosten wél geheel of gedeeltelijk worden vergoed, moeten worden beschouwd als staatssteun, is gesteld noch aannemelijk.

### 5.3 Machtigingsrichtlijn

#### *Toepasselijkheid*

- 74 De stelling van de Staat (§ 5.3.2) dat artikel 13.6 lid 1 Tw geen machtigingsvoorwaarde is en dat de Machtigingsrichtlijn er dus niet op van toepassing is, is een variant van de inmiddels meermalen (zie hierboven, § 52) reeds besproken, onjuiste gedachte dat een verplichting tot aftapbaarheid in elk modaliteit is toegestaan en artikel 13.6 lid 1 Tw een (niet door het EG-recht bestreken) bepaling ten overvloede.
- 75 Ook voor het overige ziet het betoog van de Staat over het hoofd dat, zoals zojuist (§ 71) betoogd, de in de Machtigingsrichtlijn genoemde voorwaarden niet zonder meer en in elke modaliteit toelaatbaar zijn, maar slechts mogen worden opgelegd voor zover zij objectief gerechtvaardigd zijn in relatie tot het betrokken netwerk of de betrokken dienst en bovendien niet-discriminerend, proportioneel en transparant zijn.
- 76 Onjuist is derhalve de stelling van de Staat (§ 5.3.4) dat de Machtigingsrichtlijn geen harmonisatie teweeg heeft gebracht op het gebied van (de kosten van) aftapbaarheid. Dat heeft de gemeenschapswetgever wel degelijk gedaan, namelijk door de voorwaarden waaronder aftapbaarheid kan worden opgelegd scherper af te bakenen dan onder de vigeur van artikel 49 EG reeds gold (zie dagvaarding, § 79). Dat in Duitsland evenmin kosten worden vergoed, bewijst niet dat op dit punt dus geen harmonisatie bestaat. Sterker nog, ook in Duitsland loopt inmiddels een procedure tegen de Staat met betrekking tot de vergoeding van kosten van in verband met medewerking aan strafvorderlijke bevoegdheden.<sup>25</sup> Dat de Commissie nog niet handhavend heeft opgetreden tegen Nederland vanwege de schending van het EG-recht door artikel 13.6 lid 1 Tw, betekent uiteraard evenmin dat van een dergelijke schending derhalve geen sprake is.

#### *Rechtvaardiging*

- 77 De Staat beroept zich (§ 5.3.5), ook voor het geval de kosten van aftapbaarheid door de Machtigingsrichtlijn worden beheerst, op de bescherming van openbare orde en veiligheid (artikel 55 jo 46 EG). Dat beroep faalt om de hierboven uiteen gezette redenen.
- 78 Met de toepasselijkheid van de Machtigingsrichtlijn verandert bovendien, in tegenstelling tot wat de Staat betoogt, wel degelijk iets in het relevante toetsingskader. Uit artikel 6 lid 1 Machtigingsrichtlijn blijkt immers dat de in de Bijlage genoemde

<sup>25</sup> <http://www.tkg-verfassungsbeschwerde.de>.

voorwaarden slechts mogen worden opgelegd voor zover zij (1) objectief gerechtvaardigd zijn in relatie tot het betrokken netwerk of de betrokken dienst en bovendien (2) niet-discriminerend, (3) proportioneel en (4) transparant zijn. Deze voorwaarden zijn in zoverre strenger dan de voorwaarden die onder artikel 49 EG gelden, dat de eis van transparantie niet expliciet wordt gesteld in de *Gebhard*-voorwaarden. Het staat de gemeenschapswetgever vrij in een harmonisatierichtlijn ter verzekering van vrij verkeer van diensten strengere eisen te stellen aan beperkingen van die vrijheid dan de eisen die reeds uit het Verdrag volgen – artikel 6 lid 1 is daar een voorbeeld van.

- 79 Zoals bij dagvaarding (§ 76) toegelicht, voldoet artikel (13.1 jo) 13.6 lid 1 Tw evenmin aan die eis van transparantie, nu de kosten van aftapbaarheid voor aanbieders volkomen onvoorspelbaar zijn, niet zozeer vanwege schommelingen in marktprijzen maar de onzekere wensen van de Staat ten aanzien van technische en functionele specificaties. Het betoog van de Staat hieromtrent (§ 5.3.11) miskent dat het in het verleden gevoerde overleg onvoldoende was en dat er voor wat betreft toekomstige kosten nog steeds grote onzekerheid heerst: bij elke nieuwe techniek bestaat onduidelijkheid over de vraag of de Staat aftapbaarheid gaat eisen en, zo ja, in welke vorm en volgens welke specificaties. Doorgaans *weet* de Staat domweg nog niet wat hij wil, onder meer omdat zijn ambtenaren over het algemeen minder kennis van internet-technologie hebben dan bij de internetaanbieders aanwezig is. De Staat kan wel betogen dat het veel goedkoper is om netwerken vooraf aftapbaar te maken, maar anno 2005, twaalf jaar nadat XS4ALL op de markt is gekomen, mist dat betoog realiteitszin.
- 80 De stelling van de Staat (§ 5.3.9), dat artikel 13.6 lid 1 Tw evenredig is omdat de aanbieders niet meer kosten hoeven te dragen dan strikt noodzakelijk omdat de Staat niet vaststelt hoeveel zij moeten uitgeven mits zij maar aan bepaalde eisen voldoen, kan niet serieus genomen worden. Een behoorlijke analyse van evenredigheid gaat uit van *alle* alternatieven die hetzelfde openbareorde-belang kunnen dienen. Aftapbaarheid op kosten van de Staat is een uitstekend voorbeeld van zo'n alternatief. Anders dan de Staat (§ 5.3.10) stelt, blijkt uit de wetsgeschiedenis niet dat de Staat dat alternatief in het kader van een evenredigheidstoets onder ogen heeft gezien. Het betoog dat daarop volgt – dat de kosten van aftapbaarheid gemiddeld lager zullen zijn als bedrijven ze zelf moeten dragen en dat daardoor bovendien meer geld overblijft voor misdaadbestrijding – is onjuist maar ook andermaal het bewijs van de stelling dat artikel 13.6 lid 1 Tw een zuiver budgettair motief heeft. Uiteraard is het niet per definitie zo dat hogere kosten voor aftapbaarheid betekenen dat er minder over is voor overige opsporingshandelingen: het betekent hoogstens dat de belasting marginaal omhoog moet. Dat is juist het punt: de Staat heeft met artikel 13.6 lid 1 Tw kosten die zouden moeten worden gedragen door de gehele gemeenschap van belastingbetalers, zonder goede aanleiding afgeschoven op een beperkte groep daarbinnen, namelijk de gemeenschap van belastingbetalers die ook toevallig een internetabonnement hebben.
- 81 Dat de Staat de kosten niet verder zou verhogen zou, ook indien waar – hetgeen niet zo is, zoals bij dagvaarding en hierboven betoogd – niet *eo ipse* betekenen dat artikel 13.6 lid 1 *dus* evenredig is. Het is uiteraard een illusie te denken dat de kosten voor

aanbieders niet rechtstreeks verband houden met de gestelde technische en functionele eisen. Dat het veeleer onevenredig zou zijn om de kosten over alle belastingbetalers te spreiden, zoals de Staat stelt, is hiervoor (§ 27) al weersproken.

## 5.4 Gemeenschapsrechtsbeginselen

*Het égalité-beginsel bestaat niet?*

- 82 Ten aanzien van het gemeenschapsrechtelijke égalité-beginsel verweert de Staat zich allereerst met de stelling (§ 5.4.2 e.v.) dat dat beginsel niet bestaat. Dat is onjuist – het beginsel is, zoals blijkt uit de Franse benaming ervan en bij dagvaarding (§ 89) gesteld, een onderdeel van het gemeenschapsrechtelijke gelijkheidsbeginsel, waarvan het bestaan niet in twijfel is. Anders dan de Staat stelt, is het égalité-beginsel volgens Prechal en Heukels wel degelijk (ook) een gemeenschapsrechtelijk beginsel.<sup>26</sup> Het is evenzeer een toepassing van het evenredigheidsbeginsel, waarvan het bestaan evenmin in twijfel is.

*Gemeenschapsrechtsbeginselen zijn geen zelfstandige grondslag?*

- 83 Of de strijdigheid van een nationale wetsbepaling met een ongeschreven beginsel van gemeenschapsrecht een zelfstandige grondslag kan zijn voor de onverbindendheid van die bepaling, is volgens de Staat (§ 5.4.4) niet duidelijk. XS4ALL meent dat zulks het geval is en leest in het betoog van de Staat geen argumenten waarom dat niet zou kunnen of moeten. De ongeschreven beginselen van gemeenschapsrecht zijn er niet alleen voor het disciplineren van de instellingen van de EU, maar ook van de Lid-Staten wanneer zij (wetgevende) handelingen verrichten op een door het gemeenschapsrecht geharmoniseerd gebied. Dat geldt niet alleen voor wetgeving die een richtlijn uitvoert, maar ook (en anders dan de Staat kennelijk in § 5.4.7 wil betogen) voor wetgeving die het vrije verkeer belemmert en terzake waarvan een beroep wordt gedaan op communautair omliggende rechtvaardigingsgrond.<sup>27</sup> Daarom licht het, mede gezien het uitgangspunt van daadwerkelijke effectuering van het gemeenschapsrecht in de Lid-Staten, voor de hand dat de nationale wetsbepaling die strijdig is met het gemeenschapsrecht, reeds op die grond onverbindend is.
- 84 Illustratief in dit verband is ook de passage uit het handboek van Jans c.s. die volgt op de door de Staat geciteerde passage.<sup>28</sup> De auteurs wijzen op het uitgangspunt van beginselconforme uitleg, dat niet alleen inhoudt dat secundair gemeenschapsrecht zo veel mogelijk conform Verdrag en beginselen dient te worden uitgelegd, maar ook dat de nationale rechter verplicht is het *nationale* recht conform de gemeenschapsrechtelijke beginselen te interpreteren. Kan dat niet omdat dat zou nopen tot een

<sup>26</sup> Prechal en 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, p. 305.

<sup>27</sup> Zie nader het bij dagvaarding (§ 99 e.v.) gestelde.

<sup>28</sup> J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, AAc Libri, Nijmegen, 2e druk (2002), p. 160 en de aldaar aangehaalde jurisprudentie.

uitleg *contra legem*, dan kan de conclusie alleen luiden dat de nationaalrechtelijke bepaling onrechtmatig is (en de Staat deswege schadeplichtig).

- 85 Indien desondanks het betoog van de Staat gevolgd zou moeten worden, spreekt uiteraard voor zich dat de strijdigheid van artikel 13.6 lid 1 Tw met het égalité-beginsel een factor van aanzienlijk aanvullend gewicht is bij de beoordeling van de overige gemeenschapsrechtelijke grondslagen.

## 6 STRIJD MET EVRM

### 6.1 Inleiding

- 86 XS4ALL heeft bij dagvaarding uiteengezet dat artikel 13.6 lid 1 Tw in strijd is met het EVRM, met name de artikelen 1 Eerste Protocol EVRM en 10 EVRM, in onderlinge samenhang met artikel 8 EVRM beschouwd. In dit deel zal XS4ALL ingaan op het verweer van de Staat dienaangaande, alsmede op de doorwerking van het EVRM in het gemeenschapsrecht, waarvan de relevantie door de Staat voor de onderhavige procedure wordt betwist.

### 6.2 Artikel 1 Eerste Protocol EVRM

*Geen 'possession'?*

- 87 Doorslaggevend voor de vraag of artikel 1 Eerste Protocol toepasselijk is, is de vraag of sprake is van eigendom (*'possessions'*). Eigendom in de zin van artikel 1 Eerste Protocol 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.<sup>29</sup> 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 (*'sufficiently established to be enforceable'*).
- 88 De Staat betwist in § 6.1.4 e.v. dat artikel 13.6 lid 1 Tw in samenhang met artikel 13.1 Tw inbreuk maken op een aanspraak die als 'eigendom' in de zin van artikel 1 Eerste Protocol gekwalificeerd kan worden. Naar zijn mening kan de aanspraak van XS4ALL om gevrijwaard te worden van de financiële verplichting die uit hoofde van artikel 13.6 lid 1 Tw op haar rust niet gekwalificeerd worden als 'eigendom' in de zin van het artikel 1 Eerste Protocol, kort gezegd, omdat deze aanspraak niet voldoet aan vorennoemde criteria. Volgens de Staat kan eventueel slechts de uitoefening van het voor eenieder geldende recht om onder de voorwaarden van de Telecommunicatiewet telecommunicatiediensten aan te bieden, als 'eigendom' gezien worden (§ 6.1.8).

<sup>29</sup> 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.

- 89 Volgens XS4ALL is het antwoord op de vraag welke aanspraken van XS4ALL als ‘eigendom’ gezien kunnen worden, echter veel eenvoudiger. De aftapbaarheidsregeling in Hoofdstuk 13 Tw bepaalt dat aanbieders zoals XS4ALL verplicht zijn op eigen kosten hun netwerken en diensten aftapbaar te maken. De eigendom in de zin van artikel 1 Eerste Protocol wordt dus gevormd door enerzijds het eigendomsrecht van XS4ALL op haar netwerk dat immers moet worden aangepast om aan de wettelijke verplichting ex artikel 13.1 Tw te voldoen en anderzijds het geld dat XS4ALL op grond van artikel 13.6 lid 1 Tw gedwongen is te investeren in het aftapbaar maken en houden van haar netwerk respectievelijk diensten. Het behoeft geen betoog dat deze aanspraken aan de bovengeschetste criteria voldoen.

*Fair balance?*

- 90 Uit de samenhang tussen de regels van lid 1 en lid 2 heeft het EHRM afgeleid dat beperkingen op het ongestoord genot van eigendom moeten voldoen aan het vereiste van evenredigheid tussen het doel van de beperking en de nadelen verbonden aan de beperking die aan het gebruik van eigendom wordt gesteld. Er moet een *fair balance* aanwezig zijn, d.w.z. een redelijke mate van evenredigheid tussen het belang van de gemeenschap en het belang van het individu. Bij ontneming van eigendomsrechten is dat in de regel alleen het geval wanneer schadeloosstelling vooraf verzekerd is, uitzonderingen daargelaten. Bij regulering van het gebruik van eigendom kan onder omstandigheden slechts door een schadevergoeding worden een *fair balance* worden bewerkstelligd. Hoewel in het laatste geval de staat een zekere *margin of appreciation* toekomt, is in elk geval geen sprake van een *fair balance* wanneer sprake is van een individuele en buitensporige last voor de betrokken persoon.
- 91 In § 6.1.9 stelt de Staat dat artikel 13.6 lid 1 Tw als onderdeel van de aftapbaarheidsregeling het resultaat van een *fair balance* is. De argumenten die de Staat aandraagt ter ondersteuning van deze stelling, kunnen naar de mening van XS4ALL niet overtuigen.
- 92 De aftapbaarheidsplicht ex artikel 13.1 Tw zou in beginsel een geoorloofde beperking van het recht op ongestoord genot van eigendom kunnen zijn, maar dat betekent niet dat de Staat *carte blanche* heeft om de kosten voor aftapbaarheid eenzijdig op de schouders van aanbieders zoals XS4ALL te leggen. Gezien de effecten die artikel 13.6 lid 1 Tw heeft op de bedrijfsvoering van XS4ALL (zoals in de dagvaarding (§ 4.2) uiteengezet, heeft de financiële last tot gevolg dat XS4ALL zich tevens beperkt ziet in haar rechten uit artikel 10 EVRM), mag van de Staat worden verwacht dat hij de specifieke noodzaak en proportionaliteit van deze kostenafwenteling aantoonst. Het EVRM moet immers als een samenhangend geheel worden geïnterpreteerd, nu tussen de rechten en vrijheden die het waarborgt geen rangorde bestaat.<sup>30</sup>
- 93 Zoals gesteld in de dagvaarding (§ 4.1) dient artikel 13.6 lid 1 Tw beschouwd te worden als ontneming van eigendom. Ontneming van eigendom is slechts toege-

<sup>30</sup> Ovey/White, *The European Convention on Human Rights*, Oxford: University Press 2002, p. 4.

staan, wanneer dat (a) in het algemeen belang gebeurt, (b) proportioneel gebeurt en (c) krachtens de wet.

- 94 De afwenteling van de kosten op aanbieders dient enkel het algemeen belang, voorzover het de staatsmiddelen ontlast. XS4ALL heeft bij dagvaarding (§ 1.1-1.6) en hierboven uitgebreid uiteengezet dat er geen andere reden is voor de afwenteling van de kosten op de schouders van aanbieders zoals XS4ALL. Dat de Staat zich door de maatschappelijke en economische ontwikkelingen geconfronteerd ziet met hogere kosten voor het aftappen van communicatie, is als zodanig geen rechtvaardiging voor de afwenteling van de kosten op aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken en -diensten.
- 95 Bij ontneming van eigendom is een *fair balance* in beginsel slechts gewaarborgd voorzover in een adequate schadeloosstelling is voorzien. Uit de jurisprudentie van het Hof blijkt dat slechts onder uitzonderlijke omstandigheden geen schadeloosstelling vereist is.<sup>31</sup> Dat van dergelijke omstandigheden hier sprake is, wordt door de Staat op geen enkele wijze aannemelijk gemaakt. Een adequate schadeloosstelling is derhalve vereist. De lage vergoedingen die aanbieders op grond van artikel 13.6 lid 2 Tw dekken hoogstens de individuele administratieve kosten – althans deels, want met ingang van 1 april 2005 is daarvan weinig overgebleven – en kunnen derhalve niet als zodanig beschouwd worden.
- 96 Anders dan de Staat in § 6.1.9 stelt, is wel degelijk sprake van een individuele en buitengewone last. De kosten voor een voorziening waarvan iedere burger gelijkmatig profiteert, worden zonder enige rechtvaardiging afgewenteld op de schouders van een specifieke groep burgers. Aanbieders worden geconfronteerd worden met hoge en vooraf onvoorspelbare kosten voor technische voorzieningen waaraan zij in het kader van hun normale bedrijfsvoering geen behoefte hebben, laat staan profijt. Sterker nog, gezien de zeer stringente beveiligingseisen die door de Staat zijn gesteld, onder meer in het Besluit beveiliging gegevens aftappen telecommunicatie, zouden de aanbieders, zelf als zij dat zouden willen en het technisch mogelijk zou zijn, geen enkel ander gebruik maken van hun op eigen kosten aangeschafte aftapbaarheidssystemen. Zij dienen hun eigen financiële middelen aan te wenden om de technische aftapsystemen te ontwerpen, kopen, installeren, bemensen en onderhouden, terwijl er geen specifieke rechtvaardiging te geven is waarom alleen de aanbieders de lasten zouden moeten dragen voor een faciliteit waarvan de maatschappij als geheel profiteert.
- 97 Dat op alle telecomaanbieders dezelfde verplichting rust, neemt het individuele en buitengewone karakter van de last niet weg, zoals de Staat veronderstelt. De positie van een aanbieder van Internet(toegangs)diensten zoals XS4ALL die al vanaf 1993 op de markt actief is, is niet vergelijkbaar met bijvoorbeeld een aanbieder van telefonie die na de inwerkingtreding van de Telecommunicatiewet 1998 op de markt actief is geworden. Aangezien met het aftappen van internetcommunicatie (inter)nationaal

<sup>31</sup> Van Dijk & Van Hoof, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, p. 634.

nog weinig tot geen ervaring was opgedaan, waren de kosten voor het aftapbaar maken en houden van netwerken en diensten van internetaanbieders relatief een stuk hoger en vooraf onvoorspelbaar. Daarbij komt zoals de Staat bevestigt (§ 4.28) dat de kosten van aftapbaarheid veel hoger zijn wanneer die verplichting wordt opgelegd *nadat* het netwerk is aangelegd, dan wanneer de aftapbaarheid meteen wordt ingepland als ‘integraal onderdeel van de functionaliteit’.

### 6.3 Artikel 10 EVRM

98 De Staat betwist in paragraaf 6.2 dat de aftapregeling zoals deze in hoofdstuk 13 van de Tw is neergelegd, in strijd is met artikel 10 EVRM, zoals door XS4ALL gesteld en gemotiveerd.

*Geen beperking?*

99 De Staat betwist (§ 6.2.3 e.v.) dat artikel 13.6 lid 1 Tw een beperking vormt op de rechten die XS4ALL aan artikel 10 EVRM kan ontlenuen. Als er al sprake zou zijn van een beperking, dan zou die gevormd worden door de aftapbaarheidsverplichting zelf, die hier niet ter discussie staat, en niet door de daarmee verbonden financiële last. Dat XS4ALL de financiële lasten voor het aftapbaar maken en houden van haar netwerk en diensten zelf moet dragen, heeft immers, aldus de Staat, geen invloed op de informatiestromen. Ook blijft de vrijheid van XS4ALL om informatie te ontvangen en te verspreiden onaangetast. Volgens de Staat zou pas wanneer de Staat een concrete tap plaatst jegens een individuele gebruiker van de diensten van XS4ALL, sprake kunnen zijn van een beperking van grondrechten en wel van het recht op privacy. Zo’n concrete maatregel jegens een individuele gebruiker raakt XS4ALL echter niet.

100 Naar de mening van XS4ALL vormt de financiële last wel degelijk een beperking van de rechten die zij aan artikel 10 EVRM kan ontlenuen. Die beperking is er ondermeer in gelegen dat de hoge en onvoorspelbare kosten van aftapbaarheid een sterke rem zetten op de ontwikkeling en introductie van nieuwe communicatiediensten op internet. Overigens kan uit het feit dat XS4ALL het aftappen als zodanig niet ter discussie wenst te stellen, niet worden geconcludeerd, zoals de Staat in § 6.2.2 stelt, dat XS4ALL van oordeel is dat de aftapbaarheidsregeling als zodanig een geoorloofde beperking is. Dat het opleggen van een verplichting aan aanbieders om netwerken en diensten aftapbaar te maken en te houden in beginsel onder artikel 10 EVRM geoorloofd zou kunnen zijn, betekent nog niet dat de aftapbaarheidsregeling als geheel dat ook is.

101 Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt dat de wijze waarop een beperking in nationale wetgeving is vormgegeven en in de nationale rechtsorde concreet wordt toegepast, een doorslaggevende factor is. In dat verband is de rechtspraak van het Hof ten aanzien van het aftappen en onderscheppen van communicatie illustratief.<sup>32</sup>

<sup>32</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 2 augustus 1984, *Series A* 95 (*Malone*); EHRM 24 april 1994, *Series A* 176-A, en A176-B, NJ 1991, 523 (*Huvig & Kruslin*).

Het Hof erkent dat aftappen noodzakelijk kan zijn in een democratische samenleving in het kader van opsporing en vervolging van strafbare feiten en bescherming van de nationale veiligheid, maar trekt daaruit niet de conclusie dat de nationale autoriteiten volledig vrij zijn te bepalen hoe dit middel in de nationale rechtsorde wordt ingezet. In tegendeel, het Hof stelt strenge eisen aan de wijze waarop de beperking in de nationale wetgeving wordt vormgegeven en in de nationale rechtsorde concreet wordt toegepast, teneinde de aantasting van de rechten en vrijheden van de burger tot een noodzakelijk minimum te beperken.

- 102 Hoewel dit als zodanig niet expliciet door de Staat wordt gesteld, laat staan gemotiveerd, is een sleutelement in het betoog van de Staat dat de financiële last verbonden met de aftapbaarheidsplicht geen beperking van artikel 10 EVRM vormt, met andere woorden dat artikel 10 EVRM slechts het ontvangen en verspreiden van informatie beschermt. Deze lezing van de reikwijdte van artikel 10 lid 1 EVRM is met het oog op de jurisprudentie van het EHRM onhoudbaar.
- 103 Volgens de heersende opvattingen ziet artikel 10 EVRM op het gehele communicatieproces.<sup>33</sup> Een aantal fasen in dat proces worden in het eerste lid ook uitdrukkelijk genoemd: het koesteren van een mening, de vrijheid inlichtingen en denkbeelden te ontvangen en door te geven. In zijn jurisprudentie heeft het Hof de bescherming verder uitgebreid. Zo heeft het in *Autronic* de toegang tot (tele)communicatiemiddelen expliciet onder de vrijheid van meningsuiting onder artikel 10 EVRM gebracht: “Article 10 applies not only to the content of the information, but also to the means of transmission or reception, since any restriction imposed on the means necessarily interferes with the right to receive and impart information.”<sup>34</sup>
- 104 Artikel 10 EVRM ziet ook op toegang tot de markt. In *Lentia* ging het om toegang tot de omroepmarkt.<sup>35</sup> Het Oostenrijkse recht voorzag niet in de toelating van commerciële omroep. Uit deze arresten blijkt niet alleen dat de bescherming van artikel 10 EVRM meer omvat dan een vrijheid informatie te ontvangen en te verspreiden, maar ook dat het EHRM uitdrukkelijk de stand der techniek en de marktontwikkelingen meeneemt in de interpretatie van de reikwijdte van artikel 10 EVRM. In zijn *Antelecom*-arrest doet de Hoge Raad hetzelfde door artikel 10 EVRM ook op het telefoonnetwerk van toepassing te achten.<sup>36</sup> In dat licht kan worden aangenomen dat aanbieders van internet(toegangs)diensten, zoals XS4ALL, rechten op toegang tot de markt aan artikel 10 EVRM kunnen ontleen om hun communicatiediensten aan het publiek aan te bieden.
- 105 De vraag die voorts gesteld dient te worden, is of de financiële last voor aftapbaarheid waarmee de aanbieder wordt opgezadeld, een beperking is als bedoeld in artikel 10 lid 2 EVRM. Doorslaggevend voor de vraag of sprake is van een beperking is als zodanig

<sup>33</sup> E.J. Dommering e.a., *Informatierecht*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2000, p. 96; L.F. Asscher, *Communicatiegrondrechten*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2002, p. 111 e.v.

<sup>34</sup> EHRM 22 mei 1990, *NJ* 1991, 740 (*Autronic*), ov. 47.

<sup>35</sup> EHRM 24 mei 1993, *NJ* 1994, 518 (*Lentia*), m.nt. EJD.

<sup>36</sup> HR 26 februari 1999, *NJ* 1999, 716, (*Antelecom*), m.nt. EJD.

niet of een regeling beoogt naar inhoud en strekking de rechten van artikel 10 lid 1 EVRM te beperken. Het gaat om het effect dat de regeling, zoals deze in de praktijk wordt toegepast, op de vrijheid van de burger heeft. Het Hof kijkt namelijk dwars door uiterlijke verschijningsvormen en formaliteiten heen naar de werkelijke positie van de burger.<sup>37</sup> *'Hindrance in fact can contravene the Convention just like a legal impediment'*.<sup>38</sup>

106 De huidige regeling, waarbij aanbieders zoals XS4ALL de plicht hebben om op eigen kosten de door hen aan hun gebruikers aangeboden netwerken en/of diensten aftapbaar te maken en te houden, weerhoudt XS4ALL nieuwe (betrouwbare en beter beveiligde diensten) op de markt te brengen, doordat XS4ALL wordt geconfronteerd met kosten die op voorhand hoog en onvoorspelbaar zijn. Artikel 13.6 lid 1 Tw heeft dan ook wel degelijk een zelfstandige betekenis als beperking, *naast* de aftapbaarheidsplicht in artikel 13.1 Tw.

107 Dat XS4ALL vrij is de kosten voor aftapbaarheid door te berekenen aan klanten, zoals de Staat in § 6.2.4. stelt, moge in beginsel juist zijn, maar dit neemt in de praktijk de toegangsbelemmering waarmee XS4ALL zich geconfronteerd ziet, niet weg. Ten eerste kan XS4ALL deze kosten pas in haar tarieven meenemen, wanneer zij duidelijkheid heeft over de hoogte ervan. Ten tweede is de beslissing om de kosten voor aftapbaarheid aan klanten door te berekenen, een commerciële beslissing die bij uitstek aan de aanbieder zelf dient te zijn voorbehouden. In de concurrentiestrijd dienen aanbieders zoveel mogelijk hun eigen positie te kunnen bepalen. Bovendien blijft, zelfs al zou XS4ALL de kosten doorberekenen, het principiële bezwaar overeind dat er geen rechtvaardiging is aan te wijzen voor de afwenteling van de kosten voor aftapbaarheid, een voorziening ten algemene nutte, op een specifieke groep personen.

### *Beperking toelaatbaar?*

108 In § 6.2.5 e.v. stelt de Staat zich op het standpunt dat de beperking voldoet aan de eisen van artikel 10 lid 2 EVRM. Zoals bekend, dient de toelaatbaarheid van een beperking vastgesteld te worden aan de hand van een driestappentoets: is de beperking (1) voorzien bij wet, (2) noodzakelijk in een democratische samenleving, en dient zij (3) een van de in artikel 10 lid 2 EVRM limitatief opgesomde algemene belangen. Hier gaat het met name om de vraag of de regeling zoals deze in concreto is vormgegeven en wordt toegepast, noodzakelijk is in een democratische samenleving. Naar de mening van XS4ALL is de redenering van de Staat op dit punt onjuist en onvolledig.

109 Dat de aftapbaarheid van netwerken en diensten noodzakelijk kan zijn in verband met de opsporing en vervolging van strafbare feiten en bescherming van nationale veiligheid, stelt XS4ALL als zodanig niet ter discussie. Dat wil echter niet noodzakelijkerwijs zeggen dat de kosten voor aftapbaarheid voor rekening van de aanbieders van openbare telecommunicatiediensten en/of -netwerken dienen te komen, zoals de Staat lijkt te veronderstellen. Zoals reeds gesteld, heeft artikel 13.6 lid 1 Tw een zelfstandige

<sup>37</sup> Van Dijk & Van Hoof, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, p. 74.

<sup>38</sup> EHRM 9 oktober 1979, NJ 1980, 376, m.nt. E.A. Alkema (*Airey*).

betekenis als beperking, nu het XS4ALL ervan weerhoudt nieuwe communicatiediensten op de markt te brengen. Op de Staat rust de plicht door middel van *relevant and sufficient reason* aannemelijk te maken dat de beperking die artikel 13.6 lid 1 Tw voor aanbieders als XS4ALL vormt, een *pressing social need* dient en *proportionate to the legitimate aim pursued* is.

- 110 Uit § 6.2.5 blijkt dat volgens de Staat de *pressing social need* gelegen is in de noodzaak van aftapbaarheid voor strafvordering en nationale veiligheid. XS4ALL ziet niet in in welk opzicht de aftapbaarheid in het gedrang zou komen, wanneer de Staat zelf de kosten hiervoor draagt. Ook de louter budgettaire overwegingen vormen als zodanig geen *pressing social need*.<sup>39</sup>
- 111 Ook de argumenten die de Staat in § 6.2.5 aandraagt om de proportionaliteit van de maatregel te onderbouwen, overtuigen niet. De in § 4.1-4.31 gegeven onderbouwing van de Staat voor de afwenteling van de kosten op de aanbieders is zoals reeds uiteengezet niet houdbaar. Noch aanbieders, noch gebruikers van de diensten hebben een positie die hen dusdanig onderscheidt van de normale burger dat het de afwenteling van de kosten van aftapbaarheid op hun schouders rechtvaardigt. De aftapvoorzieningen worden niet in het bijzonder aangewend om internetcriminaliteit te voorkomen dan wel op te sporen. Internetgebruikers profiteren ook niet in het bijzonder van de aangelegde aftapvoorzieningen. Het is volgens XS4ALL dan ook volledig terecht dat alle belastingbetalers aan de voorziening meebetalen. Iedereen profiteert immers op gelijke wijze van het feit dat in het kader van de opsporing kan worden getapt.
- 112 De redenering dat XS4ALL gebruikers in staat stelt van internet te gebruiken om criminele activiteiten te verrichten en derhalve als veroorzaker dient op te draaien voor de kosten van aftapbaarheid, is geïnspireerd op het principe van 'de vervuiler betaalt' dat uit het milieurecht bekend is. Volgens dit principe zouden echter degenen die afgetapt worden – en waarvan in een strafzaak vervolgens ook blijkt dat zij schuldig zijn aan een met gebruikmaking van internet gepleegde misdrijf – moeten opdraaien voor deze kosten, niet XS4ALL of haar gebruikers al geheel. Hierboven is reeds aangetoond dat XS4ALL niet verantwoordelijk is voor de eventuele criminele activiteiten die haar gebruikers, al dan niet op internet, verrichten.
- 113 De stelling van de Staat dat uit de redenering van XS4ALL zou volgen dat de financiering van de aftapbaarheid uit belastingmiddelen een beperking van de vrijheid van informatie voor alle belastingbetalers voortvloeit en deze daarom als gekunsteld zou moeten worden verworpen, kan XS4ALL zonder meer niet volgen. XS4ALL heeft er in haar dagvaarding op gewezen dat de hoge en onvoorspelbare kosten die de aftapbaarheidsplicht met zich meebrengt, haar belemmert nieuwe communicatiediensten te introduceren. Het gaat dus om een beperking van de rechten, die XS4ALL zelf aan artikel 10 EVRM kan ontlenen. Dat laat overigens onverlet dat ook de uitingsvrijheid

<sup>39</sup> Vgl. ook HR 20 september 2002, NJ 2002, 148.

van XS4ALL-klienten wordt geraakt, doordat hen het gebruik van deze nieuwe communicatiediensten wordt onthouden.

- 114 De ruime *margin of appreciation* die de Staat claimt waar het gaat om de keuze om de aftapbaarheid voor rekening van de aanbieders te laten komen en de individuele tap voor rekening van de overheid, is niet zonder meer uit de jurisprudentie van het EHRM ten aanzien van artikel 10 EVRM af te leiden. Het Hof laat inderdaad bij de vaststelling of de beperking noodzakelijk is in democratische samenleving, de verdragstaat in de regel een zekere beoordelingsvrijheid (*margin of appreciation*), maar de reikwijdte van deze *margin of appreciation* verschilt per vrijheidsrecht, per beperkingsgrond en per situatie.<sup>40</sup> Uit de jurisprudentie van het Hof over het aftappen en onderscheppen van communicatie blijkt dat het EHRM in de regel slechts een zeer geringe *margin* laat. De zaak *Silver* waarin zowel Commissie als Hof bij elk van de 64 onderschepte brieven minutieus toetsen of de maatregel noodzakelijk is, is in dit opzicht illustratief.<sup>41</sup> XS4ALL ziet niet in waarom dit ten aanzien van de (verwante) aftapbaarheidsregeling anders zou zijn.
- 115 XS4ALL bestrijdt de stelling van de Staat dat de kosten die zij ten behoeve van de aftapbaarheid van haar netwerk en diensten moet maken, zo gering zijn dat niet gesproken kan worden van een disproportionele beperking. Uit de rapportage van Ernst & Young blijkt duidelijk dat het gaat om een substantieel bedrag. Bij kleinere aanbieders – voor zover die door artikel 13.6 lid 1 Tw niet van de markt zijn verdreven of gebleven – vormen de vereiste investeringen een nog groter percentage van het beschikbare investeringsbudget. Overigens is het bij de nieuwe communicatiediensten die XS4ALL in de markt wil zetten, nog maar de vraag of die kosten niet veel hoger zullen zijn.

## 6.4 Artikel 8 EVRM

- 116 Hetgeen is betoogd ten aanzien van artikel 10 EVRM, geldt in vergelijkbare mate voor artikel 8 EVRM. Artikel 13.6 lid 1 Tw leidt tot een beperktere beschikbaarheid van privacyvergrotende communicatiediensten en is daarom een niet-noodzakelijke beperking van de privacy van alle gebruikers. Bovendien is ook artikel 13.1 Tw een beperking van de privacy van de gebruikers, omdat daarmee het aftappen van vertrouwelijke communicatie wordt mogelijk gemaakt. De proportionaliteit van die beperking wordt negatief beïnvloed door het feit dat de in dat verband gemaakte kosten – kosten die worden gemaakt voor het algemene belang – worden afgewenteld op een kleine groep. De onduidelijkheid en onvoorspelbaarheid van die kosten is een aanvullende factor die maakt dat artikel (13.1 jo.) 13.6 lid 1 Tw een schending inhoudt van artikel 8 EVRM.

<sup>40</sup> Over de *margin of appreciation* zie Van Dijk & Van Hoof, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, p. 82-95; J.C.G. Schokkenbroek, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het EVRM*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

<sup>41</sup> EHRM 25 maart 1983, *Series A*. 61 (*Silver*).

## 6.5 De rol van positieve verplichtingen

- 117 In § 6.2.6 e.v. gaat de Staat in op de positieve verplichtingen die op grond van artikel 8 en 10 EVRM op de Staat rusten. Zij stelt dat op grond van artikel 8 en 10 EVRM de Staat geen positieve verplichting heeft om de kosten voor aftapbaarheid op zich te nemen. XS4ALL heeft dat ook niet gesteld. XS4ALL heeft gesteld dat de uit artikel 8 en 10 EVRM voortvloeiende positieve verplichtingen voor de Staat om de privacy en communicatievrijheid van gebruikers van internetdiensten te waarborgen, in de proportionaliteitstoetsing die op basis van artikel 10 lid 2 EVRM verricht dient te worden, moeten worden meegenomen.
- 118 Op grond van het EVRM dient de Staat zich niet alleen te onthouden van inbreuken op de fundamentele rechten en vrijheden van de burger, maar hij dient ook te waarborgen dat de burger effectief van zijn rechten en vrijheden gebruik kan maken. Omdat het EHRM erkent dat de burger ook op andere wijzen dan door ingrepen van de staat belemmerd kan worden bij de uitoefening van zijn in het EVRM gewaarborgde rechten en vrijheden, heeft het het zogenaamde leerstuk der positieve verplichtingen ontwikkeld. Op grond hiervan dient de staat soms juist actie te ondernemen om de vrijheden van de burger te waarborgen. In *Airey* gaf het Hof aan dat

*fulfilment of a duty under the Convention on occasion necessitates some positive action on the part of the State; in such circumstances, the State cannot simply remain passive and there is ... no room to distinguish between acts and omissions [...] The Convention must be interpreted in the light of present-day conditions [...] and it is designed to safeguard the individual in a real and practical way as regards those areas with which it deals.*<sup>42</sup>

- 119 Sinds *Marckx*<sup>43</sup> en *Airey*,<sup>44</sup> de eerste uitspraken waarin het EHRM aannam dat een verdragstaat niet voldeed aan een concrete positieve verplichting en aldus het EVRM schond, heeft het Hof het bestaan van zeer uiteenlopende positieve verplichtingen op allerlei verschillende terreinen en voor allerlei verschillende verdragsbepalingen geaccepteerd. Hoewel het leerstuk der positieve verplichtingen vooral onder artikel 8 EVRM tot ontwikkeling is gekomen, heeft het Hof ook uit andere verdragsbepalingen positieve verplichtingen afgeleid. Een niet-limitatieve lijst van voorbeelden omvat de plicht een moord te onderzoeken,<sup>45</sup> de plicht kwetsbare personen te beschermen tegen mishandeling door anderen,<sup>46</sup> de plicht aangehouden personen prompt te informeren over de gronden voor de aanhouding,<sup>47</sup> de plicht onvermogen verdachten van gratis rechtsbijstand te voorzien,<sup>48</sup> de plicht te voorzien in de wettelijke erkenning

42 EHRM 9 oktober 1979, *Series A*. 32 (*Airey*), § 25-26.

43 EHRM 13 juni 1979, *Series A*. 31 (*Marckx*); *NJ* 1980, 463, m.nt. E.A.Alkema.

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

45 Bijv. EHRM 4 mei 2001, <http://www.echr.coe.int> (*Kelly vs. VK*).

46 Bijv. EHRM 10 mei 2001, <http://www.echr.coe.int> (*Z vs. VK*).

47 Bijv. EHRM 30 augustus 1990, *Series A*. 182 (*Fox, Campbell & Hartley*).

48 Bijv. EHRM *Series A*. 37 (*Artico*).

van een succesvolle geslachtsverandering,<sup>49</sup> de plicht mediaorganisaties te beschermen tegen agressie van derden gericht tegen de legitieme uitoefening van hun uitingsvrijheid<sup>50</sup> en de plicht burgers informatie te verstrekken over gezondheidsbedreigende activiteiten in hun directe omgeving.<sup>51</sup>

- 120 Hieruit volgt reeds dat anders dan de Staat in § 6.2.7 suggereert, dat positieve verplichtingen niet slechts tot het in artikel 8 EVRM gewaarborgde *respect for family life* beperkt blijven. Ook uit de andere elementen in artikel 8 EVRM ('private life'<sup>52</sup>, 'home'<sup>53</sup>, 'correspondence') kunnen positieve verplichtingen voortvloeien. In beginsel kunnen positieve verplichtingen in elke situatie waarin de burger zich geconfronteerd ziet met (ernstige) belemmeringen van zijn door het EVRM gewaarborgde rechten en vrijheden die niet rechtstreeks tot een overheidshandeling te herleiden zijn, een rol spelen. Op de staat rust dan de plicht de belemmering, voorzover redelijkerwijs mogelijk, weg te nemen.
- 121 Of de staat in een concreet geval aan zijn positieve verplichting heeft voldaan om de burger in staat te stellen van zijn rechten en vrijheden gebruik te maken, wordt door het Hof beoordeeld aan de hand van de zogenaamde *fair balance*-test. Op basis hiervan dient een afweging tussen enerzijds het belang van het individu en anderzijds de belangen van de gemeenschap te worden verricht. In de meeste gevallen wordt de staat een zekere *margin of appreciation* wordt gelaten ten aanzien van de wijze waarop hij aan zijn verdragsverplichting voldoet. Deze '*margin*' zal meer of minder ruim zijn<sup>54</sup>, afhankelijk van de vraag of het daarbij gaat om een inspanningsverplichting dan wel een resultaatsverplichting<sup>55</sup>.
- 122 Uit een en ander volgt dat de staat op grond van het EVRM een algemene taak als hoeder van de grondrechten toekomt. Met deze taak corresponderen positieve ver-

49 Bijv. EHRM 11 juli 2002, *RJ&D 2002-VI (Christine Goodwin vs. VK)*.

50 Bijv. EHRM 16 maart 2000, *RJ&D 2000-III (Ozgur Gündem)*.

51 Bijv. EHRM 19 februari 1998, *RJ&D 1998-I (Guerra)*.

52 Bijv. EHRM 26 maart 1985, *Series A. 91*; *NJ 1985*, 525, m.nt. EAA (*X & Y v. Nederland*). EHRM 24 juni 2004, *Mediaforum 2004-7/8*, nr. 24, m.nt. G.A.I. Schuijt (*Caroline von Hannover*).

53 EHRM 4 mei 1999, zaak 36448/97, *EHRM 28 (1999) CD 175 (Marzari v. Italië)*. Besproken in A. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford: Hart Publishing, p. 150. In zijn (overigens afwijzende) beslissing ten aanzien van de ontvankelijkheid van de klacht nam het Hof aan dat artikel 8 EVRM weliswaar geen recht op een bepaalde woning omvatte, zoals klager stelde, maar dat in het geval van een ernstige ziekte of handicap onder omstandigheden wel een positieve overheidsverplichting een aan aangepaste woning ter beschikking te stellen zou kunnen bestaan, wanneer het niet ter beschikking stellen daarvan het privé-leven ernstig zou raken. Het Hof oordeelde in casu dat de staat in elk geval aan zijn positieve verplichting had voldaan doordat hij enerzijds een commissie met het vaststellen van de behoeften van zieke en gehandicapte personen had belast en anderzijds klager had aangeboden zijn woning aan te passen.

54 Die '*margin*' is zeker niet altijd ruim. Zie bijv. EHRM 26 maart 1985, *Series A. 91*; *NJ 1985*, 525, m.nt. EAA (*X & Y v. Nederland*); EHRM 24 juni 2004, *Mediaforum 2004-7/8*, nr. 24, m.nt. G.A.I. Schuijt (*Caroline von Hannover*). Uitgebreid R. Lawson, 'Positieve verplichtingen onder het EVRM: opkomst en ondergang van de 'fair balance' test'- deel I, *NJCM-Bulletin 1995-5*, p. 567 e.v. en R. Lawson, 'Positieve verplichtingen onder het EVRM: opkomst en ondergang van de 'fair balance' test'- deel II, *NJCM-Bulletin 1995-6*, p. 727-750.

55 Vgl bijv. EHRM 13 juni 1979, *Series A. 31 (Marckx)*; *NJ 1980*, 463, m.nt. EAA. EHRM 26 maart 1985, *Series A. 91*; *NJ 1985*, 525, m.nt. EAA (*X & Y v. Nederland*).

plichtingen om grondrechtbelemmeringen, zover redelijkerwijs mogelijk, uit de weg te ruimen, zodat de burger ook effectief van zijn vrijheid of recht gebruik kan maken.<sup>56</sup>

- 123 De positieve verplichtingen van de Staat op grond van het EVRM zijn in onderhavige procedure relevant, omdat de financiële last die de Staat XS4ALL middels artikel 13.6 lid 1 Tw oplegt, XS4ALL ervan weerhoudt communicatiediensten op de markt te brengen die beter beveiligd en betrouwbaarder zijn dan de bestaande diensten. Aan deze nieuwe diensten bestaat vanuit privacyoogpunt een grote behoefte. Het is immers een feit van algemene bekendheid dat de privacy op het internet nog onvoldoende gewaarborgd is, zeker in vergelijking met traditionele communicatiemiddelen zoals de post en telefonie. E-mailcommunicatie en surfgedrag kunnen relatief makkelijk worden onderschept door onbevoegden, terwijl ook persoonsgegevens op internet slecht beveiligd blijken te zijn.
- 124 Niet alleen de privacy is in het geding, het feit dat de communicatie van de burger via Internet zo kwetsbaar is, heeft ook een *chilling effect* op de communicatievrijheid van de burger. Deze heeft immers geen zicht op wat er met zijn communicatie en persoonsgegevens gebeurt en dient derhalve altijd rekening te houden met de mogelijkheid van onderschepping of monitoring. Zowel artikel 8 als 10 EVRM zijn dus in het geding.
- 125 Op grond van de jurisprudentie van het EHRM mag worden aangenomen dat de Staat positieve verplichtingen heeft om, gezien de bedreigingen waaraan des burgers communicatie op Internet blootgesteld wordt, actie te ondernemen, teneinde privacy en communicatievrijheid op Internet (beter) te waarborgen. Aan zijn positieve verplichtingen op grond van artikel 8 en 10 EVRM zou de Staat uitvoering kunnen geven door de introductie van nieuwe beter beveiligde en betrouwbaardere communicatiediensten door aanbieders zoals XS4ALL te stimuleren en te bevorderen. In plaats daarvan doet de Staat hier, zonder enige motivering, juist het tegenovergestelde.
- 126 Naar de mening van XS4ALL versterkt dit het disproportionele karakter van de betwiste beperking.

## 6.6 Doorwerking EVRM in het Gemeenschapsrecht

- 127 De Staat lijkt in § 5.4.9 te suggereren, dat de doorwerking van het EVRM in het Gemeenschapsrecht voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de nationale maatregel waarom het in casu draait, niet relevant is – zulks ten onrechte.

<sup>56</sup> Harris, O'Boyle & Warbrick leiden deze algemene taak af uit artikel 1 EVRM. Dit artikel bepaalt dat de verdragstaten "shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in [...] this Convention." Zie D.J. Harris, M. O'Boyle & C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, London: Butterworths 1995, p.19. Van Dijk & Van Hoof wijzen op het effectiviteitsbeginsel. Van Dijk & Van Hoof, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, p. 74.

- 128 De toetsing van het HvJEG aan grondrechten als algemene beginselen van Gemeenschapsrecht was in eerste instantie inderdaad beperkt tot de beoordeling van de rechtmatigheid van handelingen van de communautaire instellingen zelf, maar het Hof heeft het toepassingsbereik geleidelijk ook tot het optreden van de Lid-Staten uitgebreid. Doorslaggevend is of deze maatregelen binnen het toepassingsgebied van het Gemeenschapsrecht vallen.<sup>57</sup> Dat is hier onbetwist het geval.
- 129 Uit de jurisprudentie van het HvJEG blijkt dat (1) handelingen van de Gemeenschapsinstellingen, (2) handelingen van de Lid-Staten ter uitvoering van Gemeenschaps-handelingen<sup>58</sup> en (3) handelingen of maatregelen van Lid-Staten die betrekking hebben op een rechtsverhouding of -situatie die specifiek door het EG-Verdrag wordt geregeld, binnen dat gebied vallen. In het derde geval gaat het bijvoorbeeld om situaties waarin nationale maatregelen een beperking op het vrij verkeer van goederen, diensten, kapitaal en werknemers vormen. Het grondrecht wordt dan meegenomen in de toets of een nationale maatregel een toelaatbare exceptie vormt op het vrij verkeer van goederen, diensten, kapitaal en werknemers.<sup>59</sup>
- 130 Het grondrecht kan daarbij aan beide kanten van de balans een rol spelen. Niet alleen kan een nationale maatregel ter bescherming van een grondrechtelijk belang een toegestane exceptie op een van de economische vrijheden vormen, uit *ERT* blijkt dat een nationale beperking op een van de economische vrijheden die op zichzelf een legitiem doel (in casu de verzorging van de televisie-omroep als dienst van algemeen belang) dient en onder de normale wijze van toetsing wellicht toelaatbaar zou zijn, gelijktijdig een inbreuk op de fundamentele vrijheden van de burger kan vormen en als gevolg daarvan ontoelaatbaar zijn.<sup>60</sup> De samenloop heeft dus tot gevolg dat strikter wordt getoetst.
- 131 Dit is uiteraard wel degelijk relevant voor de onderhavige procedure. Artikel 13.6 lid 1 Tw is immers niet alleen een exceptie op het vrije verkeer van diensten, maar beperkt bovendien ook de rechten die XS4ALL aan artikel 1 Eerste Protocol EVRM en de artikelen 8 en 10 EVRM kan ontleen. Of artikel 13.6 lid 1 Tw als exceptie op het vrije verkeer van diensten toelaatbaar is, dient dan ook strikt te worden getoetst.
- 132 In de periode dat de Machtigingsrichtlijn 1997 van toepassing was, diende de toelaatbaarheid van beperkingen van het vrije verkeer van diensten te worden bepaald aan de hand van het primaire EG-recht. Op grond hiervan kan het vrij verkeer van diensten slechts worden beperkt door regelingen die hun rechtvaardiging vinden

57 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 11 juli 1985, zaken 60/84 en 61/84, *Jur.* 1985, p. I-2605 (*Cinéthèque*); HvJ EG 18 juni 1991, zaak C-260/89, *Jur.* 1991, p. I-2925 (*ERT*); HvJ EG 26 juni 1997, zaak C-368/95, *Jur.* 1997, p. I-3689 (*Familiapress*).

58 HvJ EG 13 juli 1989, zaak 5/88, *Jur.* 1989, p. 2639 (*Wachauf*), ov. 19. Later meermaals bevestigd onder meer in HvJ EG 24 maart 1994, zaak C-2/92, *Jur.* 1994, p. I-983 (*Bostock*), ov. 16.

59 Zo speelde artikel 10 EVRM een rol als (mogelijke) legitimatie voor een beperking op de vrijheid van diensten als onderdeel van een nationaal cultuur- of mediabeleid. Vgl. HvJ EG 18 juni 1991, zaak C-260/89, *Jur.* 1991, p. 2951 (*ERT*); Zie ook HvJ EG 25 juli 1991, zaken C-288/89 en 353/89, *Jur.* 1991, p. I-1259 en p. I-4088 (*Goudse Kabel* en *NOB*).

60 HvJ EG 18 juni 1991, zaak C-260/89, *Jur.* 1991, p. I-2925 (*ERT*), ov. 42-43.

in de door het HvJEG erkende dwingende redenen van algemeen belang en die van toepassing zijn op alle personen of ondernemingen die een activiteit binnen de desbetreffende Lidstaat uitoefenen. Dergelijke regelingen zijn slechts gerechtvaardigd, indien zij de verwezenlijk van het gestelde doel waarborgen en de gekozen regeling noodzakelijk (dwz proportioneel en niet verder gaat dan nodig is) is voor de verwezenlijking van het gestelde doel van algemeen belang. Aangezien fundamentele rechten in het geding zijn, dienen de twee laatste eisen strikt te worden geïnterpreteerd. Artikel 13.6 lid 1 Tw voldoet niet aan deze toets, omdat zij niets bijdraagt aan het doel van de regeling, nl. zeker stellen dat afgetapt kan worden. Voorts is zoals boven reeds uiteengezet de gekozen regeling niet proportioneel en gaat zij veel verder dan noodzakelijk is.

- 133 Dit is niet anders onder de Machtigingsrichtlijn 2002. In tegendeel, deze richtlijn bevat op zichzelf al een strengere toets dan het primaire EG-recht. Artikel 6 lid 1 van deze richtlijn bepaalt dat alleen voorwaarden in de delen A, B, C aan de algemene machtiging mogen worden onderworpen, mits deze voorwaarden objectief gerechtvaardigd zijn in relatie tot het betrokken netwerk of de betrokken dienst, en bovendien niet-discriminerend, proportioneel en transparant zijn. In het licht van de betrokken fundamentele rechten en vrijheden moeten deze voorwaarden strikt worden geïnterpreteerd. Artikel 13.6 lid 1 Tw voldoet niet aan deze voorwaarden, zoals reeds hierboven (§ 4.3) uiteengezet.

## **7 BEWIJS**

- 134 De in deze conclusie gedane aanbiedingen tot het leveren van bewijs (§§ 15, 45) gelden uiteraard in aanvulling op het bij dagvaarding gedane bewijsaanbod.

## **8 VERMEERDERING VAN EIS**

- 135 Gezien het processuele debat tot dusver ziet XS4ALL aanleiding haar eis op een punt te vermeerderen en op een aantal ondergeschikte punten te wijzigen. De vermeerdering ziet op de wijze waarop de Staat de uitvoeringsregelgeving van hoofdstuk 13 Tw en de technische en functionele specificaties van aftapbaarheid heeft voorbereid, vastgesteld en uitgevoerd. Als hierboven en bij dagvaarding betoogd heeft de Staat in dat gehele proces stelselmatig de belangen van internetaanbieders miskend en hen zodoende voor (nog) hogere kosten geplaatst dan nodig. De wijzigingen van eis geven uw Rechtbank expliciet de mogelijkheid om, indien de vorderingen slechts deels toewijsbaar zouden zijn, zulks ook te doen.

## 9 MET CONCLUSIE

Dat 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, althans een (door uw Rechtbank al dan niet naar periode, kostensoort of anderszins te beperken) onderdeel daarvan;
3. voor recht te verklaren dat de Staat, door de wijze waarop hij de uitvoeringsregelgeving van hoofdstuk 13 Tw en de technische en functionele specificaties van aftapbaarheid heeft voorbereid, vastgesteld en uitgevoerd, onrechtmatig heeft gehandeld jegens XS4ALL en deswege schadeplichtig is;
4. de Staat te veroordelen tot betaling aan XS4ALL van een bedrag van 489.293 (zegge vierhonderdnegentachtigduizend tweehonderddrieënnegentig euro), althans een door uw Rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag, althans een bedrag, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, steeds te vermeerderen met wettelijke rente vanaf de dag der opeisbaarheid tot aan de dag der algehele betaling;
5. gedaagde te veroordelen in de kosten van geding.

Procureur

## AANVULLENDE PRODUCTIES

	<b>Datum</b>	<b>Omschrijving</b>
Productie E-5	15 februari 2001	Vragen van de NLIP aan de Staat met betrekking tot de functionele en technische specificaties van aftapbaarheid, en de daarop namens de Staat gegeven antwoorden
Productie E-6	9 april 2001	Brief van de NLIP aan de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat
Productie E-7	18 juli 2005	Aanvullende rapportage van Ernst & Young Accountants
Productie E-8	18 juli 2005	Rapportage van Ernst & Young EDP Auditors