

72 **Rb. 's-Gravenhage**
21 februari 2007

(Mrs. P.A. Koppen, A.C.J. van Dooijeweert en E.M. Valk)

aftappen netwerken

- internetservice providers
- investering

Internetproviders moeten van de overheid hun netwerken aftapbaar maken. XS4ALL stelt dat dit een enorme investering is voor providers en wil dat de overheid de kosten zou dragen om het netwerk aan te passen. Hiertoe had het bedrijf een rechtszaak aangespannen. De rechter beaamt dat het aftapbaar maken hoge kosten met zich meebrengt, maar ziet geen mogelijkheden om de Staat mee te laten betalen. XS4ALL overweegt hoger beroep.

Partijen:

Uitspraak in de zaak van:

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, XS4ALL Internet B.V., gevestigd te Amsterdam, eiseres
Procureur mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt

tegen:

De Staat der Nederlanden (Ministerie van Economische Zaken), zetelend te Den Haag, gedaagde
Procureur mr. A.B. van Rijn

Partijen zullen hierna XS4ALL en de Staat genoemd worden.

De procedure

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 7 maart 2005;
- de conclusie van antwoord;
- de conclusie van repliek, tevens vermeerdering van eis;
- de conclusie van dupliek;
- de op 13 maart 2006 gehouden pleidooien en de ter gelegenheid daarvan overgelegde stukken.

Ten slotte is vonnis bepaald.

Feiten en wettelijk kader

XS4ALL is sinds 1993 actief in Nederland als 'internet service provider', een aanbieder van internetdiensten aan consumenten en bedrijven. In 2003 behaalde zij een omzet van circa €51 miljoen. Zij heeft circa 285 werknemers in dienst en bedient circa 250.000 zakelijke en particuliere klanten.

2.2. XS4ALL is een aanbieder van openbare telecommunicatiediensten in de zin van de Telecommunicatiewet (Tw).

2.3. Art. 13.1 Tw luidt als volgt:

1. Aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken en openbare telecommunicatiediensten stellen hun telecommunicatienetwerken en telecommunicatiediensten uitsluitend beschikbaar aan gebruikers indien deze aftapbaar zijn.
2. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld met betrekking tot de technische aftapbaarheid van openbare telecommunicatienetwerken en openbare telecommunicatiediensten.

Art. 13.2 Tw luidt als volgt:

1. Aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken zijn verplicht medewerking te verlenen aan de uitvoering van een bevel op grond van het Wetboek van Strafvordering dan wel een toestemming op grond van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 tot het aftappen of opnemen van telecommunicatie die over hun telecommunicatienetwerken wordt afgewikkeld.
2. Aanbieders van openbare telecommunicatiediensten zijn verplicht medewerking te verlenen aan de uitvoering van een bevel op grond van het Wetboek van Strafvordering dan wel een toestemming op grond van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 tot het aftappen of opnemen van door hen verzorgde telecommunicatie.
3. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld met betrekking tot de te nemen organisatorische en personele maatregelen en te treffen voorzieningen met betrekking tot aftappen.

Art. 13.2a Tw luidt als volgt:

1. Aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken en openbare telecommunicatiediensten voldoen aan een vordering op grond van artikel 126n of artikel 126u van het Wetboek van Strafvordering dan wel een verzoek op grond van artikel 28 van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 tot het verstrekken van gegevens over een gebruiker van een openbaar telecommunicatienetwerk dan wel een openbare telecommunicatiedienst en het telecommunicatieverkeer met betrekking tot die gebruiker.
2. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld met betrekking tot de wijze waarop de aanbieders aan de vordering of het verzoek voldoen en de wijze waarop de gegevens, bedoeld in het eerste lid, beschikbaar worden gehouden.

Art. 13.2b Tw luidt als volgt:

Aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken en openbare telecommunicatiediensten voldoen aan een vordering op grond van de artikelen 126nc tot en met 126nh en 126uc tot en met 126uh van het Wetboek van Strafvordering.

Art. 13.4 Tw luidt als volgt:

1. Aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken en openbare telecommunicatiediensten voldoen aan een vordering op grond van artikel 126na, eerste lid, of artikel 126ua, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering dan wel een verzoek op grond van artikel 29 van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 tot het verstrekken van gegevens terzake van naam, adres, postcode, woonplaats, nummer en soort dienst van een gebruiker van een openbaar telecommunicatienetwerk dan wel een openbare telecommunicatiedienst.
2. Aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken en openbare telecommunicatiediensten voldoen aan een vordering op grond van artikel 126na, tweede lid, of artikel 126ua, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering dan wel een verzoek

- op grond van artikel 29 van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 tot het op bij algemene maatregel van bestuur te bepalen wijze achterhalen en verstrekken van de gegevens, bedoeld in het eerste lid. Teneinde aan deze verplichting te kunnen voldoen bewaren de aanbieders bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen gegevens voor een periode van drie maanden, vanaf het tijdstip waarop deze gegevens voor de eerste maal zijn verwerkt.
3. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld met betrekking tot de wijze waarop de aanbieders aan een vordering of een verzoek, bedoeld in het eerste en tweede lid, voldoen en de wijze waarop de gegevens, bedoeld in het eerste lid, beschikbaar worden gehouden.

Art. 13.5 Tw luidt als volgt:

1. Aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken en openbare telecommunicatiediensten zijn verplicht gegevens met betrekking tot een bijzondere last dan wel een toestemming op grond van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 als bedoeld in artikel 13.2 dan wel een vordering of een verzoek als bedoeld in artikel 13.2a, artikel 13.2b of artikel 13.4, eerste of tweede lid te beveiligen tegen kennisneming door onbevoegden alsmede geheimhouding te betrachten met betrekking tot deze gegevens.
2. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld met betrekking tot de te nemen maatregelen in verband met de beveiliging, bedoeld in het eerste lid.

Art. 13.6 Tw luidt als volgt:

1. De investerings-, exploitatie- en onderhoudskosten voor de technische voorzieningen die door aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken en openbare telecommunicatiediensten zijn of worden gemaakt teneinde te kunnen voldoen aan de artikelen 13.1, 13.4 en 13.5 komen te hunnen laste.
2. Aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken en openbare telecommunicatiediensten hebben aanspraak op vergoeding uit 's Rijks kas van de door hen gemaakte admini-

stratiekosten en personeelskosten rechtstreeks voortvloeiend uit het voldoen aan een bijzondere last dan wel een toestemming op grond van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 als bedoeld in artikel 13.2, eerste en tweede lid, dan wel een vordering of een verzoek als bedoeld in artikel 13.2a, artikel 13.2b of artikel 13.4, eerste of tweede lid.

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

Art. 13.8 Tw luidt als volgt:

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

2.4. De Tw is op 15 december 1998 in werking getreden. De art. 13.1 en 13.6 lid 1 Tw zijn na de inwerkingtreding niet gewijzigd.

2.5. Bij het Besluit aftappen openbare telecommunicatienetwerken en -diensten van 10 november 1998 (*Stb.* 642), laatstelijk gewijzigd bij besluit van 16 december 2002 (*Stb.* 2003, 22) en de Regeling aftappen openbare telecommunicatienetwerken en -diensten (*Stcrt.* 2001, 107), die in werking is getreden op 15 juni 2001, zijn nadere regels inzake technische aftapbaarheid gesteld.

2.6. Aan de aanbieders van internetdiensten is met toepassing van art. 13.8 Tw tot 15 april 2001 ontheffing verleend van de verplichting alle netwerken en diensten aftapbaar te maken.

Het geschil

3.1. XS4ALL vordert na vermeerdering van eis bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

- I. voor recht te verklaren dat art. 13.6 lid 1 Tw 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 een of meer van de volgende bepalingen: art. 6 lid 1 richtlijn nr. 2002/20/EG, art. 15 richtlijn nr. 2002/58/EG, art.

49 EG-Verdrag, ongeschreven Gemeenschapsrecht, art. 1 Eerste Protocol EVRM, art. 10 EVRM, art. 8 EVRM;

- II. 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 Tw, althans een (door de rechtbank al dan niet naar periode, kostensoort of anderszins te beperken) onderdeel daarvan;

- III. voor recht te verklaren:

- (a) dat de Staat, door de wijze waarop hij de uitvoeringsregeling van hoofdstuk 13 Tw en de technische en functionele specificaties van aftapbaarheid heeft voorbereid, vastgesteld en uitgevoerd, onrechtmatig heeft gehandeld jegens XS4ALL en
- (b) dat de Staat deswege schadeplichtig is;

- IV. de Staat te veroordelen tot betaling aan XS4ALL van een bedrag van € 489.293, althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag, althans een bij staat op te maken en volgens de wet te vereffenen bedrag, steeds te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag der opeisbaarheid tot aan de dag der algehele betaling;
- V. de Staat te veroordelen in de kosten van het geding.

3.2. XS4ALL legt aan haar vorderingen feitelijk het volgende ten grondslag. De Staat heeft in de periode 2000-2001 in twee overlegorganen geheel eigen standaarden ontwikkeld voor de soorten van diensten en gegevens die aftapbaar of opvraagbaar zouden moeten zijn (de functionele vereisten) en voor de gewenste veilige wijze van overdracht van de afgetapte datastromen aan de opsporingsautoriteiten. Door de ontwikkeling van de Europese standaard voor te willen zijn, heeft de Staat de aanbieders hier ten lande aanzienlijke pionierskosten opgedrongen. De Staat heeft zeer gedetailleerde, complexe en dus dure eisen gesteld aan de aftapvoorzieningen. De functionele en technische specificaties waren echter niet tijdig gereed. Na uitvaardiging van de regelgeving bleven bovendien nog vele vragen onbeantwoord.

XS4ALL schat op basis van een rapport

van Ernst & Young dat zij in de periode 2001-2004 in totaal ? 489.293,- aan kosten heeft gemaakt om te kunnen voldoen aan de eisen van hoofdstuk 13 Tw. Deze betreffen met name investeringen in aanschaf van apparatuur, kosten van extern projectmanagement en personeelskosten. Als gevolg van de complexiteit van aftapbaarheid en onduidelijkheid over de technische en functionele eisen waaraan het systeem moest voldoen, zijn vooral de personele kosten zeer hoog geweest.

De onduidelijkheid over de eisen die de overheid zal stellen aan aftapbaarheid en de hoge en onzekere kosten die met de ontwikkeling en implementatie van aftapbaarheid gemoeid zijn, vormen ook een aanzienlijke rem op de ontwikkeling en beschikbaarstelling van nieuwe diensten, zoals beveiligde internetverbindingen (VPN-diensten), versie 6 van het Internet Protocol (IPv6), bellen via internet (voice over IP, VoIP) en openbare toegangspunten voor draadloos internet (WiFi). Een en ander is des te meer bezwaarlijk, omdat internetgebruikers toch onaftapbare telefoongesprekken kunnen voeren bij aanschaf van softwareapplicaties zoals Skype, die worden aangeboden door leveranciers die niet onder de wettelijke definitie vallen van aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken of -diensten. XS4ALL draagt derhalve de lasten van een voorziening in het algemeen belang die dat belang niet volledig borgt.

3.3. De vorderingen I en II zijn gebaseerd op de volgende juridische grondslagen.

Art. 13.6 lid 1 Tw vormt een beperking van het vrije verkeer van diensten in de zin van art. 49 van het EG-Verdrag. Voor de keuze van de Nederlandse wetgever om de kosten van het aftapbaar maken voor rekening van de aanbieders van elektronische-communicatiediensten te laten komen, bestaat geen rechtvaardigingsgrond die is erkend in het EG-Verdrag of de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Thans bepaalt richtlijn nr. 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Machtigingsrichtlijn) dat de voorwaarden waaraan algemene machtigingen voor het aanbieden van elektronische communicatiediensten worden onderworpen, objectief ge-

rechtvaardigd in relatie tot de betrokken dienst, niet-discriminerend, proportioneel en transparant moeten zijn. Art. 13.6 lid 1 Tw is voorts in strijd met algemene beginselen van Gemeenschapsrecht, met name het gelijkheids- en het evenredigheidsbeginsel en meer in het bijzonder het beginsel van de 'égalité devant les charges publiques'. Voorts is art. 13.6 lid 1 Tw in strijd met art. 1 van het Eerste Protocol (EP) bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Met deze bepaling wordt het gebruik van de eigendom van XS4ALL gereguleerd zonder dat is voldaan aan het vereiste van een 'fair balance' tussen het algemeen belang enerzijds en individuele rechten anderzijds, op grond waarvan een redelijke mate van evenredigheid moet bestaan tussen de gebruikte middelen en het doel dat ermee wordt nagestreefd. Voor XS4ALL vormt deze bepaling immers een individuele en buitensporige last. Zelfs betekent de bepaling een ontneming van eigendom zonder schadevergoeding, hetgeen op grond van art. 1 EP in de regel niet is toegestaan. De eigendom in de zin van art. 1 EP wordt gevormd door zowel het eigendomsrecht van XS4ALL op haar netwerk als het geld dat zij op grond van art. 13.6 lid 1 Tw gedwongen is te investeren in het aftapbaar maken en houden van haar netwerk en diensten (conclusie van replek, randnummer 89). Ook de aanspraak van XS4ALL op terugbetaling van de gemaakte kosten van aftapbaarheid dient als eigendom in voormelde zin te worden opgevat (pleitnota, randnummer 56).

Bovendien is de gewraakte wetsbepaling in strijd met de op de Staat rustende positieve verplichtingen op grond van richtlijn nr. 2002/58/EG (Privacyrichtlijn) en de art. 8 (privacy) en 10 (vrijheid van meningsuiting) van het EVRM, aangezien daardoor de communicatievrijheid wordt beperkt, zonder dat die beperking noodzakelijk is in een democratische samenleving. Gezien voormelde strijdigheden dient artikel 13.6, eerste lid, Tw onverbindend te worden verklaard, althans buiten toepassing te worden gelaten. Deze wetgeving dient als onrechtmatig te worden aangemerkt, zodat XS4ALL aanspraak kan maken op vergoeding van de kosten die zij heeft gemaakt en maakt om aan de verplichtingen van hoofdstuk 13 Tw te voldoen.

Vordering III is gebaseerd op de stelling dat de Staat door de onzorgvuldige wijze waarop hij de regelgeving op basis van hoofdstuk 13 Tw en de technische en functionele specificaties van aftapbaarheid heeft voorbereid, vastgesteld en uitgevoerd stelselmatig de belangen van internetaanbieders heeft miskend en hen aldus voor (nog) hogere kosten heeft geplaatst.

3.4. De Staat voert gemotiveerd verweer.

De beoordeling

Dat de wetgever in het belang van openbare orde en veiligheid van anderen de aanbieders van internetdiensten mag verlangen dat zij technische voorzieningen installeren om hun systemen aftapbaar te doen zijn, is op zichzelf door XS4ALL niet gemotiveerd betwist. Het geschil draait om de kosten.

4.2. Evenmin is in geschil dat het aftapbaar maken en houden van haar infrastructuur voor XS4ALL relatief hoge kosten met zich brengt. XS4ALL wenst die kosten geheel of gedeeltelijk op de Staat te verhalen. Art. 13.6 lid 1 Tw staat aan de mogelijkheid van kostenverhaal in de weg. Het onverbindend verklaren of buiten toepassing laten van deze bepaling brengt echter niet mee dat de door XS4ALL gemaakte en nog te maken kosten van rechtswege ten laste van de Staat komen. De rechtbank zal daarom eerst vorderingen II en IV bespreken. Indien die vorderingen niet kunnen worden toegewezen, heeft XS4ALL bij vordering I geen belang meer.

4.3. In vordering IV wordt door XS4ALL voor de periode 2001-2004 vergoeding gevorderd van de kosten waarvoor de Staat volgens vordering II aansprakelijk is. Deze kosten worden veroorzaakt door de wetgeving die tot aftapbaarheid verplicht, dus niet door het bepaalde in art. 13.6 lid 1 Tw. Of die bepaling in strijd is met het Gemeenschapsrecht en/of het EVRM is voor de beoordeling van vorderingen II en IV dan ook niet relevant.

De aftapbaarheidswetgeving houdt op zichzelf geen – de jure of de facto – ontneming in van de eigendom van XS4ALL van haar (investeringen in haar) netwerk. Evenmin behelst deze wetgeving, waarin eisen worden gesteld aan de producten en diensten die door de betrokken aanbieders op de markt worden gebracht, een regulering van het

gebruik dat XS4ALL van haar kapitaal kan maken. Derhalve kan niet worden gezegd dat het niet toekennen van schadevergoeding voor het aftapbaar maken en houden van netwerk en diensten van XS4ALL een aantasting vormt van het recht op ongestoord genot van de eigendom van het in haar infrastructuur geïnvesteerd vermogen, die in strijd zou kunnen zijn met art. 1 EP EVRM.

4.4. Gezien het uitdrukkelijk beroep dat XS4ALL heeft gedaan op het beginsel van de gelijkheid voor de publieke lasten, moet nog wel worden nagegaan of de bestaande regelgeving inzake aftapbaarheid in strijd met dat beginsel en daarmee onrechtmatig is, doordat deze er niet in voorziet dat de kosten geheel of gedeeltelijk uit algemene middelen worden voldaan.

In de jurisprudentie is de regel ontwikkeld dat onevenredig nadelige – dat wil zeggen: buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende, en op een beperkte groep van burgers of instellingen drukkende – gevolgen van een op zichzelf rechtmatig overheidsbesluit niet ten laste van die beperkte groep behoren te komen, maar gelijkelijk over de gemeenschap dienen te worden verdeeld. Het toebrengen van zodanige onevenredige schade is jegens de getroffen onrechtmatig. Deze regel wordt door de Hoge Raad afgeleid uit het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten als een van de verschijningsvormen van het gelijkheidsbeginsel (arrest van 20 juni 2003, *NJ* 2005, 189).

4.5. De rechtbank stelt in dit verband voorop dat zij de Staat niet kan volgen in zijn stelling dat het logisch is de kosten van aftapbaarheid te leggen bij de marktpartijen die door hun actief zijn op de markt 'het probleem' veroorzaken. Deze redenering zou alleen mogelijk hout snijden indien het aftapbaar maken uitsluitend tot doel zou hebben internetcriminaliteit op te sporen, doch het gaat onbetwist om de opsporing van allerlei soorten strafbare feiten. Daar komt bij dat XS4ALL de markt in 1993 betrad, terwijl de plicht om systemen aftapbaar te maken in 1998 werd opgelegd. In zoverre kan naar het oordeel van de rechtbank dan ook niet worden volgehouden dat het met die verplichting samenhangende financiële nadeel tot het normale maatschappelijke of bedrijfsrisico van

XS4ALL behoort. Of gesproken moet worden van onevenredig nadeel, op grond waarvan het niet gerechtvaardigd zou zijn de kosten (geheel) bij XS4ALL te laten, hangt vooral af van de hoogte van de kosten en van de mogelijkheden die op anderen te verhalen.

4.6. XS4ALL heeft bij conclusie van repliek twee nadere rapportages van Ernst & Young overgelegd in reactie op het verweer dat de Staat tegen de bij dagvaarding gepresenteerde kostenberekening heeft gevoerd.

De Staat heeft bij dupliek aangevoerd dat door deze rapportages weliswaar zijn inzicht is verbeterd, maar dat niet kan worden geverifieerd of het door XS4ALL opgegeven personele tijdsbeslag klopt en evenmin kan worden nagegaan of de aangeschafte apparatuur de meest efficiënte oplossing biedt. De Staat bestrijdt de stelling dat het niet mogelijk is de apparatuur tegelijk te gebruiken voor het filteren en voor het afhandelen van het netwerkverkeer. Tevens voert de Staat aan dat de door XS4ALL gestelde kosten voor haar geen schade opleveren, aangezien de kosten worden doorberekend aan de klanten. XS4ALL heeft niet aannemelijk gemaakt dat zij minder klanten krijgt en minder winst maakt dan anders het geval zou zijn, aldus de Staat.

4.7. De rechtbank is van oordeel dat XS4ALL voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de winstgevendheid van het door XS4ALL uitgeoefende bedrijf door de aftapbaarheidswetgeving in enige mate wordt aangetast. In hoeverre dat het geval is, kan zij op basis van de beschikbare gegevens echter niet beoordelen. Aan bewijsoverlevering komt de rechtbank niet toe, gelet op hetgeen hierna zal worden overwogen.

4.8. De kosten waarvoor XS4ALL verhaal zoekt, worden veroorzaakt door verplichtingen in hoofdstuk 13 Tw, dus door wetgeving in formele zin. Gezien het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet en de daaraan door de Hoge Raad in het *Harmonisatiewet*-arrest van 14 april 1989 (*NJ* 1989, 469) gegeven uitleg, staat het de rechter niet vrij deze verplichtingen te toetsen aan een algemeen rechtsbeginsel zoals het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten.

4.9. Ter beoordeling staat dan nog de vraag of toepassing van de verplichtingen van hoofdstuk 13 Tw zonder te voorzien in een adequate schadevergoeding verenigbaar is met het Gemeenschapsrecht en met het EVRM.

Het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten is ontwikkeld in de jurisprudentie van de Franse Conseil d'Etat en wordt dus ook buiten onze grenzen erkend. De erkenning binnen de Nederlandse rechtsorde is echter niet het gevolg van de doorwerking van enige rechtstreeks werkende verdragsbepaling of bepaling van secundair Gemeenschapsrecht. Het EG-recht en het EVRM bieden geen zelfstandige rechtsingang om op basis van het leerstuk van de onevenredige schade te procederen, zoals de Staat voor het EG-recht terecht heeft aangevoerd. Weliswaar omvat het EG-recht ook algemene beginselen van Gemeenschapsrecht, maar daaraan kan alleen worden getoetst in het kader van toetsing aan een geschreven communautaire bepaling. Aangezien naar nationaal recht niet kan worden vastgesteld dat XS4ALL een aanspraak heeft op terugbetaling van de gemaakte kosten van aftapbaarheid, komt de rechtbank niet toe aan beantwoording van de ter pleitzitting opgeworpen vraag of het niet honoreren van deze beweerde aanspraak moet worden opgevat als ontneming van eigendom in de zin van art. 1 EP EVRM.

4.10. Hetgeen onder 4.3 tot en met 4.9 is overwogen, brengt mee dat vorderingen II en IV moeten worden afgewezen. Gelet op het onder 4.2 overwogene, wordt vordering I afgewezen bij gebrek aan resterend belang.

4.11. Naar aanleiding van de stelling dat XS4ALL door de wijze van voorbereiding, vaststelling en uitvoering van lagere regelgeving op basis van hoofdstuk 13 Tw op onnodig hoge kosten is gejaagd, overweegt de rechtbank als volgt.

Het gaat om wetgeving die in beginsel eenzijdig door de bij wet aangewezen staatsorganen kan worden vastgesteld. Indien deze tevoren over de inhoud willen overleggen met organisaties van belanghebbenden, schept dit op zichzelf geen verplichting om de voor hen met dat overleg gepaard gaande kosten te vergoeden. Om te beoordelen of de Staat door het vaststellen van andere inhoudelijke eisen had moeten voorkomen dat XS4ALL ter uitvoering van de aan haar opgelegde lagere regelgeving bepaalde kosten zou moeten maken, is een concrete afweging nodig, die door de rechter slechts kan worden verricht met respect voor de aan het openbaar bestuur toekomende beleidsvrijheid. Een en ander betekent dat XS4ALL

meer had moeten stellen dan zij heeft gedaan om aansprakelijkheid van de Staat aan te kunnen nemen voor schade die het gevolg is van het in vordering IIIa als onrechtmatig aangeduide handelen. Vordering IIIb moet dan ook worden afgewezen. Na deze afwijzing kan vordering IIIa bij gebrek aan belang evenmin worden toegewezen.

4.12. XS4ALL zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden verwezen, inclusief de gevorderde nakosten. Deze veroordeling zal op verzoek van de Staat uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

De beslissing

De rechtbank:

- wijst de vorderingen af;
- veroordeelt XS4ALL in de proceskosten, tot aan deze uitspraak aan de zijde van de Staat begroot op € 4584 aan verschotten en € 10 320 aan salaris van de procureur;
- bepaalt dat XS4ALL over deze proceskosten de wettelijke rente verschuldigd zal zijn met ingang van veertien dagen na de datum van betekening van dit vonnis;
- verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

XS4ALL zette deze zaak met veel publiciteit op de agenda. Het kon toch niet zo zijn dat de Telecommunicatiewet een vrijbrief gaf aan de overheid om kosten voor het aftapbaar maken van openbare telecommunicatienetwerken en -diensten ongelimiteerd bij de aanbidders in rekening te brengen! De rechtbank ziet het duidelijk niet als zijn taak om te moeten oordelen over principiële aangelegenheden als verenigbaarheid met de in het EG-verdrag neergelegde dienstenvrijheid, strijdigheid met Europese richtlijnen en mogelijke schending van het eerste protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM). Ook het beroep op het algemeen rechtsbeginsel van gelijkheid voor de openbare lasten faalt vanwege het toetsingsverbod. Kortom, van de aangevoerde argumenten blijft wat de rechtbank betreft niets meer over. Weliswaar zou in deze noot nog uitgebreid kunnen worden ingegaan op de vraag of de rechter wellicht wat te kort door de bocht is gegaan, maar dat hoort meer

thuis in een tijdschrift over constitutioneel of Europees recht.

Toch wordt de vinger op de pijnlijke plek gelegd wanneer de rechtbank in par. 4.5 stelt:

'(...) dat zij de Staat niet kan volgen in zijn stelling dat het logisch is de kosten van aftapbaarheid te leggen bij de marktpartijen die door hun actief zijn op de markt 'het probleem' veroorzaken. Deze redenering zou alleen mogelijk hout snijden indien het aftapbaar maken uitsluitend tot doel zou hebben internetcriminaliteit op te sporen, doch het gaat onbetwist om de opsporing van allerlei soorten strafbare feiten. Daar komt bij dat XS4ALL de markt in 1993 betrad, terwijl de plicht om systemen aftapbaar te maken in 1998 werd opgelegd. In zoverre kan naar het oordeel van de rechtbank dan ook niet worden volgehouden dat het met die verplichting samenhangende financiële nadeel tot het normale maatschappelijke of bedrijfsrisico van XS4ALL behoort.'

Terecht stelt de rechtbank hier de legitimatie van de lastenverdeling aan de orde. In de recente evaluatie van hoofdstuk 13 Telecommunicatiewet, in opdracht van het ministerie van Economische Zaken geschreven door het onderzoeksbureau Dialogic, wordt dit probleem uitgebreid beschreven en in een historische context geplaatst (Bijlage bij *KamerstukkenII* 2005/06, 30 517, nr 1). In reactie op vragen uit de Kamer kiest het kabinet, dat op dit punt niet van inconsistentie kan worden beschuldigd, voor de klassieke 'mijn naam is haas'-strategie (*KamerstukkenII* 2005/06, 30 517, nr. 2, p. 12):

'Uitgangspunt van het kabinetsbeleid is dat de overheid in het algemeen belang verplichtingen kan opleggen aan bedrijven, waarbij deze bedrijven de kosten voor uitvoering van die verplichtingen dragen. Hierbij kan worden gedacht aan eisen die worden opgelegd ten behoeve van het milieu, de veiligheid van werknemers, de belastingwetgeving, de bescherming van persoonsgegevens, etc. De reden om de bedrijven dergelijke kosten te laten dragen is erin gelegen dat de omvang van deze kosten sterk afhangt van de inrichting van de eigen bedrijfsvoering, dat bedrijven zelf de meest efficiënte oplossing zullen kiezen en dat bedrijven de kosten kunnen doorberekenen aan de klanten. In dit

geval wordt een verplichting opgelegd waarmee de opsporing van strafbare feiten en de staatsveiligheid is gediend. Tegen deze achtergrond acht het kabinet het in de huidige situatie redelijk om de investeringskosten gemoeid met de aftapbaarheidseis op de aanbidders te laten rusten.'

Een concreet antwoord op de vraag die ook de rechtbank stelt – wat is eigenlijk het belang van de aanbidders in relatie tot de algemene opsporing van strafbare feiten en de staatsveiligheid en daarmee van de kostenverdeling – wordt zorgvuldig vermeden. Ook het algemeen overleg naar aanleiding van de evaluatie, dat op 28 maart plaats vond, bood weinig nieuwe gezichtspunten. Naar alle waarschijnlijkheid zal het debat opnieuw gevoerd worden wanneer het kabinet het wetsvoorstel inzake de bewaarplicht naar de Tweede Kamer stuurt (zie over dit voorontwerp de rubriek Telecommunicatie, *Computerrecht* 2007, 59). Er is inmiddels een definitief voorstel dat voor advies aan de Raad van State is gezonden). Ook de kosten van de bewaarplicht worden in de eerste plaats bij de aanbidders neergelegd. Het is de vraag of de Tweede Kamer hierin het kabinet zal volgen. Uiteindelijk gaat het bij aftappen en bewaarplichten niet om de kosten, maar om de legitimatie van het aftappen en bewaren zelf. Na jaren van ongebreidelde uitbreiding van opsporingsmiddelen is enige bezinning op haar plaats. De recente oratie van Bert Jaap Koops biedt daarvoor mooie aanknopingspunten (*Tendensen in opsporing en technologie*, Nijmegen: WLP, ISBN 90-5850-232-5). Ook voor hen die een andere kostenverdeling zouden willen.

N.A.N.M. van Eijk