



**PERS**

## **Hof van beroep Antwerpen**

### **Arrest**

kamer C4 (voorheen kamer 12)  
correctionele zaken

**2013/PGA/2286 – 2016/VJ11/1041**

**Het OPENBAAR MINISTERIE**

tegen

**SKYPE COMMUNICATIONS SARL,**

met maatschappelijke zetel gevestigd te 2165 Luxemburg  
(Groothertogdom Luxemburg), Rives de Clausen 23-29,  
met ondernemingsnummer 0891.471.273;

beklaagde

vertegenwoordigd door mr. Steven De Schrijver, advocaat bij de  
balie Brussel, door mr. Frederic Thiebaut, advocaat bij de balie  
Mechelen, en door mr. Louis Verstraeten, advocaat bij de balie  
Antwerpen

**1. Ten laste gelegde feiten**

- a. Om de misdaad of het wanbedrijf uitgevoerd te hebben of om aan de uitvoering ervan rechtstreeks medegewerkt te hebben
- b. Om, door enige daad, tot de uitvoering zodanige hulp verleend te hebben dat zonder zijn bijstand het misdrijf niet kon gepleegd worden
- c. Om, door giften, beloften, bedreigingen, misbruik van gezag of van macht, misdadige kuiperijen of arglistigheden, dit misdrijf rechtstreeks uitgelokt te hebben
- d. Om, hetzij door woorden in openbare bijeenkomsten of plaatsen gesproken, hetzij door enigerlei geschrift, drukwerk, prent of zinnebeeld, aangeplakt, rondgedeeld of verkocht, te koop geboden of openlijk tentoongesteld, het feit rechtstreeks uitgelokt te hebben.

Te Mechelen en bij samenhang elders in het Rijk, tussen 6 september 2012 en de datum van het bevel tot dagvaarding, zijnde 20 maart 2014, meermaals, op niet nader bepaalde data, minstens op 10 september 2012, op 1 oktober 2012, op 3 oktober 2012 en op 27 augustus 2013,

Inbreuk te hebben gepleegd op artikel 88bis §2 en 90quater §2 van het Wetboek van Strafvordering door als operator van een telecommunicatienetwerk of als verstrekker van een telecommunicatiedienst van wie gevorderd wordt door de onderzoeksrechter om de in artikel 88bis §1 en 90ter §1 Wetboek van Strafvordering bedoelde gegevens mee te delen en/of de in artikel 88bis §2 en 90quater §2 Wetboek van Strafvordering bedoelde technische medewerking te verlenen, geweigerd te hebben deze gevorderde gegevens mee te delen en/of deze gevorderde technische medewerking te verlenen,

In casu, door als op Belgisch territorium actieve operator van een telecommunicatienetwerk of verstrekker van een telecommunicatiedienst, na gevorderd te zijn door middel van de vordering van onderzoeksrechter Philippe VAN LINTHOUT te Mechelen d.d. 7 september 2012 overeenkomstig artikel 88bis §2 en 90quater §2 van het Wetboek van Strafvordering om alle noodzakelijke technische medewerking te verstrekken voor het kunnen uitvoeren van een af luistermaatregel en registratiemaatregel op de Skype account “adolf.vardikyan” van Adolf VARDIKYAN, geweigerd te hebben de noodzakelijke technische medewerking te verstrekken aan de onderzoeksrechter en de behandelende politiediensten.

## **2. Bestreden beslissing**

### **2.1.**

Bij het vonnis, op tegenspraak gewezen op 27 oktober 2016 door de rechtbank van eerste aanleg Antwerpen, afdeling Mechelen, kamer MC1, werd als volgt beslist:

verklaart de strafvordering ontvankelijk en wijst de door beklagde ingestelde valsheidsvordering als onontvankelijk af;

veroordeelt beklagde SKYPE COMMUNICATIONS SARL voor de bewezen verklaarde enige tenlastelegging tot een geldboete van 5.000,00 euro, verhoogd met 50 deciem en aldus gebracht op 30.000,00 euro;

veroordeelt beklaagde tot de kosten van de strafvordering, tot op heden begroot op 47,47 euro;

veroordeelt beklaagde tot betaling van de vaste vergoeding voor beheerskosten in strafzaken van 51,20 euro;

verplicht beklaagde bovendien tot betaling van een bedrag van 25,00 euro bij wijze van bijdrage tot de financiering van het bijzonder fonds tot hulp aan de slachtoffers van opzettelijke gewelddaden en aan de occasionele redders; zegt dat dit bedrag vermeerderd wordt met 50 deciem en aldus 150,00 euro bedraagt;

houdt ambtshalve de burgerlijke belangen aan.

## **2.2.**

Er werd hoger beroep ingesteld tegen voormeld vonnis d.d. 27 oktober 2016 op de griffie van de rechtbank van eerste aanleg Antwerpen, afdeling Mechelen:

- op 25 november 2016 door de beklaagde SKYPE COMMUNICATIONS SARL tegen al de beschikkingen ten laste van voornoemde
- op 29 november 2016 door het OPENBAAR MINISTERIE tegen al de beschikkingen op strafgebied.

## **2.3.**

Er werd een verzoekschrift in de zin van artikel 204 Wetboek van Strafvordering ingediend op de griffie van de rechtbank van eerste aanleg Antwerpen, afdeling Mechelen:

- op 25 november 2016 door de beklaagde SKYPE COMMUNICATIONS SARL
- op 29 november 2016 door het OPENBAAR MINISTERIE.

## **3. Rechtspleging voor het hof**

De zaak werd behandeld op de openbare zitting van 20.09.2017.

Het hof heeft hierbij gehoord:

- het Openbaar Ministerie in zijn uiteenzetting van de zaak en in zijn vordering,
- de beklaagde in haar middelen van verdediging, ontwikkeld door haar raadslieden, voornoemd.

De neergelegde conclusies en stukken werden in het beraad betrokken.

#### **4. Beoordeling van de ontvankelijkheid van de rechtsmiddelen en van de omvang van het hoger beroep**

##### **4.1. Ontvankelijkheid van de hogere beroepen**

1. De verklaringen van hoger beroep, zowel van de beklaagde als van het Openbaar Ministerie, werden tijdig en regelmatig gedaan op de griffie van de rechtbank die het bestreden vonnis heeft gewezen.

2. Het verzoekschrift van de beklaagde d.d. 25.11.2016 zoals bedoeld in artikel 204 Wetboek van Strafvordering werd tijdig ingediend ter griffie van de rechtbank die het bestreden vonnis heeft gewezen en de daarin bepaalde grieven zijn nauwkeurig.

3. Het verzoekschrift van het Openbaar Ministerie d.d. 29.11.2016 zoals bedoeld in artikel 204 Wetboek van Strafvordering werd tijdig ingediend ter griffie van de rechtbank die het bestreden vonnis heeft gewezen en de daarin bepaalde grief met betrekking tot de strafmaat is nauwkeurig.

4. Gelet op het bovenstaande zijn de hogere beroepen van de beklaagde en van het Openbaar Ministerie regelmatig naar vorm en termijn en ontvankelijk.

##### **4.2. Omvang van de hogere beroepen**

Het hof heeft ambtshalve geen grieven van openbare orde opgeworpen zoals bedoeld in artikel 210, tweede lid Wetboek van Strafvordering.

Gelet op de overwegingen onder rubriek 4.1. van dit arrest is de rechtsmacht van het hof daarom beperkt tot de beoordeling van de beschikkingen op strafrechtelijk gebied van het bestreden vonnis die betrekking hebben op de rechtsmacht van de Belgische strafrechter, de opgeworpen onvolledigheid van het strafdossier en de beweerde deloyale houding van het Openbaar Ministerie, de beweerde schending van het recht van verdediging en het recht op een eerlijk proces, de beweerde machtsoverschrijding van de bevoegdheid, saisine en beslissingsmacht van de onderzoeksrechter, de ingestelde valsheidsvordering, de ontvankelijkheid van de strafvordering en de gevraagde bewijsuitsluiting, de schuld van de beklaagde en de strafmaat, de gerechtskosten en de bijdragen.

## **5. Beoordeling ten gronde op strafrechtelijk gebied**

### **5.1.1. De procedurele grieven van beklaagde: de beweerde onontvankelijkheid van de strafvordering**

In haar beroepsconclusies op blz. 15 e.v. besluit beklaagde tot de onontvankelijkheid van de strafvordering op grond van de hiernavolgende argumenten: (1) deloyale houding van het Openbaar Ministerie, (2) valsheid van het aanvankelijk proces-verbaal, (3) onbevoegdheid/machtsoverschrijding van de onderzoeksrechter en (4) gebrek aan rechtsmacht in hoofde van de Belgische rechter.

#### **5.1.1.1. Wat betreft de beweerde deloyale houding van het Openbaar Ministerie: schending van art. 28bis §3 Sv., art. 6 EVRM en de rechten van verdediging (eerste middel van beklaagde vanaf p. 31 van haar conclusie)**

Beklaagde SKYPE is van oordeel dat het Openbaar Ministerie, ondanks het herhaaldelijk en uitdrukkelijk verzoek van SKYPE, heeft nagelaten stukken (à décharge) te voegen, waarvan het Openbaar Ministerie wist dat deze relevant zijn teneinde bij te dragen tot de beoordeling. Beklaagde SKYPE verwijst in het bijzonder naar de inhoud van het schrijven van haar raadsman d.d. 21.10.2015, waarin een hele lijst van stukken werden opgesomd waarvan de voeging werd gevraagd.

Bij kantschrift d.d. 02.11.2015 heeft het Openbaar Ministerie een aantal stukken bij het strafdossier gevoegd, doch dit betreft slechts een gedeelte van de stukken waarvan beklaagde SKYPE de voeging vroeg.

Samen met de eerste rechter is het hof van oordeel dat er geen reden is om aan te nemen dat het Openbaar Ministerie zich deloyaal zou hebben opgesteld op het vlak van de bewijsgaring (eerste middel A beklaagde). Het hof verwijst naar de omstandige en oordeelkundige motivering ter zake door de eerste rechter, zoals weergegeven op blz. 10, 11 en 12 van het bestreden vonnis, dewelke door beklaagde in hoger beroep niet wordt weerlegd, en dewelke door het hof wordt bevestigd en overgenomen, en als volgt wordt aangevuld.

Bij de beoordeling of de rechten van verdediging van een beklaagde al dan niet werden geschonden, dient de strafprocedure in haar geheel te worden bekeken, en geldt als uitgangspunt dat het Openbaar Ministerie, tot bewijs van het tegendeel, vermoed wordt loyaal op te treden. Dit tegendeel wordt niet aangetoond, en evenmin wordt door beklaagde aannemelijk gemaakt dat uit de lijst van door beklaagde gevraagde documenten, die thans nog niet voorliggen, "*nog meer onregelmatigheden zouden kunnen blijken*" (zie p. 34 conclusie SKYPE). De loutere insinuatie door beklaagde (zie p. 37 conclusie beklaagde) dat het niet kan worden uitgesloten dat er nog andere stukken worden achtergehouden door het Openbaar Ministerie, volstaat evenmin om het vermoeden van loyaal optreden van het Openbaar Ministerie te weerleggen.

De loutere vraag van een beklaagde aan het Openbaar Ministerie tot voeging van bepaalde stukken aan het strafdossier, impliceert in hoofde van het Openbaar Ministerie niet automatisch de plicht tot voeging van deze gevraagde stukken aan het dossier, zeker niet wanneer door de beklaagde niet de relevantie wordt aangetoond van deze stukken in het kader van de beoordeling van de voorliggende strafvordering en wanneer evenmin aannemelijk wordt gemaakt dat de inhoud van deze stukken onjuist zou zijn of dat deze stukken onregelmatig tot stand zouden gekomen zijn.

Het hof is van oordeel dat beklaagde SKYPE tegenspraak heeft kunnen voeren over alle relevante elementen die betrekking hebben op de haar ten laste gelegde feiten, zowel wat betreft de procedurele aspecten van de zaak, als wat betreft de grond van de zaak. Bovendien betreft een groot gedeelte van de door beklaagde geviseerde stukken e-mailverkeer tussen enerzijds haarzelf (haar juridische dienst en haar aangestelden) en anderzijds de onderzoekers (FCCU), waarvan beklaagde van in den beginne kennis had en waarover zij zelf beschikte.

Klaarblijkelijk was beklaagde SKYPE zelf in het bezit van een aantal door haar gevraagde stukken, minstens heeft zij deze stukken probleemloos bekomen (naar eigen zeggen "*bij wijze van toeval*", evenwel zonder verdere precisering - zie p. 34 conclusie SKYPE), en heeft

zij deze stukken zelf bij haar bundel stavingsstukken gevoegd en neergelegd, en werd erover zowel in eerste aanleg als in hoger beroep tegenspraak over gevoerd.

Evenmin is er een inbreuk vast te stellen op de bepalingen van art. 28bis, §3, in fine Sv. (eerste middel C beklagde), noch op art. 6 EVRM, en werden de rechten van verdediging van beklagde en het recht op een eerlijk proces tijdens de gehele duur van het strafproces gerespecteerd (eerste middel B en D beklagde), zodat er geen sprake is van enige onontvankelijkheid van de strafvordering (middel ontwikkeld door beklagde op blz. 39 van haar conclusie) "*in de geest en naar de letter van het EVRM*" op deze gronden.

Beklagde stelt op p. 36 van haar conclusie dat het Openbaar Ministerie "*niet alle kaarten op tafel heeft gelegd*", en dat de rechten van verdediging van SKYPE daardoor "*onherstelbaar*" geschonden zouden zijn, doch beklagde duidt niet verder op afdoende wijze aan - rekening houdend met het door beklagde uitvoerig gevoerde verweer - hoe haar rechten van verdediging dan wel "*onherstelbaar*" geschonden zouden zijn.

**5.1.1.2. Wat betreft de beweerde valsheid van het aanvankelijk proces-verbaal en de door beklagde ingestelde valsheidsvordering (tweede middel beklagde)**

Als tweede middel werpt beklagde - in ondergeschikte orde - van p. 40 t.e.m. p. 47 van haar conclusie op dat het aanvankelijk proces-verbaal ME20F1105151/2012 met als datum 24.10.2012 (intellectueel) vals zou zijn, aangezien deze datum niet met de werkelijkheid zou overeenstemmen nu in het navolgend proces-verbaal nr. 105196/2012 met als datum 05.10.2012 werd vermeld: "*Ingevolge de weigering van Skype Communications om gevolg te geven aan uw vordering tot het plaatsen van de af luistermaatregel, werd proces-verbaal opgesteld onder nummer ME20F1105151/2012*".

In randnummer 77 van haar conclusie (p. 41) benadrukt beklagde dat de valsheid die zij aan de bodemrechter wenst voor te leggen, de valsheid betreft van het aanvankelijk proces-verbaal ME20F1105151/2012, dat als opstellingsdatum 24.10.2012 vermeldt. De door beklagde voorgehouden valsheid slaat derhalve enkel op de datum van het betreffende aanvankelijk proces-verbaal, doch niet op de verdere inhoud ervan.

De valsheidsprocedure is een incidentele procedure waarvan een partij in een geding gebruik kan maken als zij ervan uitgaat dat een stuk, dat in het dossier berust of door een andere partij wordt overgelegd, niet met de waarheid strookt en haar belangen schaadt.



Om de valsheidsvordering op een ontvankelijke wijze te kunnen instellen, dient de partij die de valsheidsprocedure instelt aan te tonen dat haar belangen door de vermeende valsheid geschaad worden. Bijgevolg dient beklagde in concreto aan te tonen dat de beweerde foutieve datum van het aanvankelijk proces-verbaal ME20F1105151/2012 haar belangen schaadt. De loutere vaststelling dat een bepaald stuk, dat van valsheid wordt beticht, een foutieve vermelding inhoudt, volstaat op zich derhalve niet om op ontvankelijke wijze een valsheidsvordering in te stellen.

In randnummers 78 in fine, 79 en 80 van haar conclusie omschrijft beklagde haar belang voor het instellen van de valsheidsvordering: indien de datum van het betreffende aanvankelijk proces-verbaal na een gegrondverklaring van de valsheidsvordering aangepast zou moeten worden naar een vroegere datum, ten laatste 05.10.2012, zou dit volgens beklagde een gevolg hebben "*ter beoordeling van de rechtsmacht van de onderzoeksrechter*".

Teneinde de ontvankelijkheid van de door beklagde ingestelde valsheidsvordering te kunnen beoordelen, dient het hof derhalve na te gaan of de datum van het betreffende aanvankelijk proces-verbaal (24.10.2012 dan wel ten laatste 05.10.2012) enig gevolg kan hebben bij de beoordeling van de rechtsmacht van de onderzoeksrechter.

Ter zake verwijst beklagde in het bijzonder naar het kantschrift van de onderzoeksrechter d.d. 09.10.2012, opgesteld conform art. 56 §1, zesde lid Sv., waarbij de onderzoeksrechter aan het Openbaar Ministerie kennis geeft van 'mogelijks nieuwe feiten'. De stelling van beklagde (ter verantwoording van haar belang bij het instellen van haar valsheidsvordering) komt erop neer dat indien de werkelijke datum van het aanvankelijk proces-verbaal ME20F1105151/2012 gesitueerd zou zijn voorafgaand aan het kantschrift van de onderzoeksrechter d.d. 09.10.2012 ("*05.10.2012 of eerder*"), dit een gevolg zou hebben "*ter beoordeling van de rechtsmacht van de onderzoeksrechter*".

Dit standpunt van beklagde kan niet gevolgd worden. Er bestaat immers geen enkele wettelijke bepaling die het Openbaar Ministerie verbiedt om een opsporingsonderzoek op te starten, ook al is er (nog) geen kennisgeving door de onderzoeksrechter overeenkomstig art. 56 §1, lid 6 Sv. Politiediensten zijn bevoegd en zelfs wettelijk verplicht om proces-verbaal op te stellen wanneer zij kennis krijgen van een misdaad of een wanbedrijf. Hiervoor dient niet gewacht te worden op een eventuele kennisgeving door de onderzoeksrechter overeenkomstig art. 56 §1, lid 6 Sv.

Zelfs indien de datum van het aanvankelijk proces-verbaal ME20F1105151/2012 foutief zou zijn vermeld op dit proces-verbaal, en deze datum in werkelijkheid gesitueerd zou zijn voorafgaand aan het kantschrift van de onderzoeksrechter d.d. 09.10.2012, meer bepaald ten laatste op 05.10.2012, dan nog zou dit naar het oordeel van het hof géén rechtsgevolgen hebben voor de rechtsmacht van de onderzoeksrechter, noch voor de ontvankelijkheid van de strafvordering.

Aangezien beklaagde haar belang voor het instellen van de valsheidsvordering uitdrukkelijk beperkt heeft tot de datum van het betreffende aanvankelijk proces-verbaal, en deze (al dan niet foutieve) datum naar het oordeel van het hof in concreto géén gevolg heeft bij de beoordeling van de rechtsmacht van de onderzoeksrechter, besluit het hof dat beklaagde géén belang heeft bij het instellen van de valsheidsvordering zoals deze *in concreto* door beklaagde werd ingesteld en gelibelleerd.

De door beklaagde bij conclusie ingestelde valsheidsvordering is derhalve onontvankelijk bij gebrek aan het vereiste belang in hoofde van beklaagde.

Gelet op de onontvankelijkheid van deze valsheidsvordering, is de vraag van beklaagde om haar valsheidsvordering op basis van de stukken die SKYPE bijbrengt, in samenlezing met het strafdossier, gegrond te verklaren (randnummer 83 conclusie beklaagde) niet aan de orde, evenmin als het door beklaagde gevraagde getuigenverhoor (randnummer 84 conclusie beklaagde).

Evenmin is de strafvordering op grond van de in dit middel door beklaagde aangevoerde redenen onontvankelijk (randnummer 85 conclusie beklaagde), noch bestaat er een reden om het betreffende aanvankelijk proces-verbaal en de navolgende processen-verbaal nietig te verklaren of als bewijs uit te sluiten (randnummer 86 conclusie beklaagde), dan wel 'recht te zetten'.

**5.1.1.3. Wat betreft de beweerde overschrijding van de bevoegdheid/saisine/beslissingsmacht van de onderzoeksrechter (schending art. 56 en 61 Sv.) en schending van de algemene rechtsbeginselen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter en schending van art. 6 EVRM (derde middel beklaagde)**

Als derde middel werpt beklaagde vanaf p. 47 van haar conclusie - in ondergeschikte orde - op dat het aanvankelijk proces-verbaal ME20F1105151/2012 en het navolgend proces-

verbaal 105196/2012 zijn tot stand gekomen na de overschrijding van de bevoegdheid, minstens daden buiten saisine en/of beslissingsmacht van de onderzoeksrechter wegens het stellen van daden van vervolging/opsporing, schending van artikelen 56 en 61 Sv., miskennis van de algemene rechtsbeginselen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter en volgens hetwelk niemand tegelijk rechter en partij mag zijn in eenzelfde zaak, alsook schending van art. 6 EVRM.

Beklaagde verwijst in het bijzonder naar het kantschrift van de onderzoeksrechter d.d. 19.09.2012 met plichtnummer 47.2011/065.0628 inzake het gerechtelijk onderzoek met nummer 2011/065, waarbij de onderzoeksrechter het volgende verzoek richt aan de gerechtelijke directeur van de federale gerechtelijke politie van Mechelen:

*"ZEER DRINGEND*

*Betreft: VARDIKYAN Adolf - PAPOYAN Arsen - MIKAYEL YAN Romik*

*Met beleefd verzoek:*

*Mijn ambt te willen inlichten over de verdere uitvoering van de bevolen tapmaatregel op de Skype account "adolf.vordikyon" van Adolf VARDIKYAN (opdracht 47.2011/065.0613);*

*Mijn ambt ontving nog geen vijfdaagse verslagen.*

*Zo Skype Communications SARL zou weigeren gevolg te geven aan mijn vordering tot het plaatsen van een af luistermaatregel, verzoek ik u dringend proces-verbaal te willen opstellen voor inbreuken op artikel 88bis §2 en artikel 90quater §2 van het Wetboek van Strafvordering.*

*..."*

Samen met de eerste rechter is het hof van oordeel dat de onderzoeksrechter door dit kantschrift geenszins zijn bevoegdheid, saisine of beslissingsmacht te buiten zou zijn gegaan doordat hij een afzonderlijke strafvervolging zou hebben ingesteld ten aanzien van de beklagde, evenmin heeft de onderzoeksrechter hierdoor blijk gegeven van een gebrek aan onafhankelijkheid of onpartijdigheid.

Het hof verwijst ter zake naar de omstandige en oordeelkundige motivering door de eerste rechter, zoals weergegeven op blz. 13, 14 en 15 van het bestreden vonnis, dewelke door

beklaagde in hoger beroep niet wordt weerlegd, en dewelke door het hof wordt bevestigd en overgenomen, en - mede in antwoord op de beroepsconclusie (p. 47 t.e.m. p. 57) van beklagde - als volgt wordt aangevuld.

Dit middel van beklagde is grotendeels gebaseerd op de premisse dat er nooit een aanvankelijk proces-verbaal ME20F1105151/2012 of een navolgend proces-verbaal 105196/2012 zou zijn opgesteld door de verbalisanten zonder het kantschrift van de onderzoeksrechter d.d. 19.09.2012 met plichtnummer 47.2011/065.0628 (door beklagde genoemd: 'de opdracht').

Deze premisse van beklagde wordt echter niet ondersteund door enig objectief gegeven van het strafdossier: uit niets blijkt immers dat de verbalisanten, wanneer zij geconfronteerd zouden worden met de vaststelling dat beklagde haar medewerking tot het plaatsen van een afluistermaatregel weigerde, zonder het kantschrift van de onderzoeksrechter d.d. 19.09.2012, géén proces-verbaal zouden hebben opgesteld in verband met deze weigering als mogelijke inbreuk op de bepalingen van art. 88bis §2 en art. 90quater §2 Sv., terwijl het opstellen van zulk proces-verbaal in die omstandigheden nochtans hun wettelijke plicht was (art. 15.10 en art. 15.40 van de Wet van 05.08.1992 op het politieambt).

Deze premisse, waarop het derde middel A van beklagde grotendeels gebaseerd is, overstijgt derhalve niet het niveau van de loutere veronderstelling of bewering door beklagde. Het feit dat het navolgend proces-verbaal 105196/2012 verwijst naar het plichtnummer 47.2011/065.0628 van de onderzoeksrechter, doet hieraan geen afbreuk.

Een onderzoeksrechter mag immers alle inlichtingen inwinnen teneinde de waarheid te achterhalen, wanneer hij tijdens een gerechtelijk onderzoek naar feiten waarvoor hij gevat is, op aanwijzingen stuit van een mogelijk nieuw (samenhangend) misdrijf waarvoor hij nog niet gevat is, zolang de onderzoeksrechter maar geen bijzondere onderzoekshandelingen stelt die behoren tot zijn bevoegdheden (bv. huiszoeking, aanhouding, ...).

Het verzoek van de onderzoeksrechter om dringend proces-verbaal te willen opstellen voor inbreuken op artikel 88bis §2 en artikel 90quater §2 van het Wetboek van Strafvordering indien Skype Communications SARL zou weigeren gevolg te geven aan de vordering tot het plaatsen van een afluistermaatregel, valt daarom niet gelijk te stellen met een daad van opsporing, zoals beklagde ten onrechte voorhoudt in randnummer 103 van haar conclusie.

Bijgevolg kan niet besloten worden dat de onderzoeksrechter ingevolge zijn kantschrift d.d. 19.09.2012 met plichtnummer 47.2011/065.0628 "*de strafvordering en minstens de*

*opsporing heeft geïnitieerd"* (randnummer 93 conclusie beklaagde). De verbalisanten hebben louter hun wettelijke plicht tot opstelling van een proces-verbaal vervuld, waarvoor het kantschrift van de onderzoeksrechter geenszins noodzakelijk was.

Gelet op het bovenstaande, is het door de beklaagde onder randnummer 94 van haar conclusie gevraagde getuigenverhoor van rechercheur Bert DE COCK in dit verband niet ter zake dienend, en wordt dit verzoek door het hof afgewezen, zonder dat de rechten van verdediging van beklaagde door deze afwijzing op enigerlei wijze geschaad worden.

Er is derhalve geen sprake van enige schending van de artikelen 56 en/of 61 Sv. (derde middel B van beklaagde).

Evenmin is er sprake van miskenning van het algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk niemand tegelijk rechter en partij mag zijn in een zelfde zaak (derde middel C van beklaagde), nu de onderzoeksrechter geen daden van vervolging, noch van opsporing heeft gesteld ten aanzien van nieuwe feiten waarvoor hij nog niet gevat was.

Tenslotte is er evenmin sprake van miskenning van het algemeen rechtsbeginsel van de onpartijdigheid en de onafhankelijkheid van de rechter (derde middel D van beklaagde). De onderzoeksrechter heeft zich door zijn kantschrift van d.d. 19.09.2012 met plichtnummer 47.2011/065.0628 geenszins begeven op het terrein en de bevoegdheden van het Openbaar Ministerie.

Bij gebreke aan schending van de hoger vermelde wetsbepalingen en algemene rechtsbeginselen, kan niet besloten worden tot de onontvankelijkheid van de strafvordering (derde middel E van beklaagde), noch tot de bewijsuitsluiting van het aanvankelijk proces-verbaal ME20F1105151/2012 en het navolgend proces-verbaal 105196/2012 (derde middel F van beklaagde): nu niet wordt aangetoond dat deze processen-verbaal louter tot stand zijn gekomen op instigatie van de onderzoeksrechter, wordt de wettelijke bewijskracht van deze processen-verbaal niet aangetast door de vermelding in het kantschrift van d.d. 19.09.2012 van het verzoek van de onderzoeksrechter.

De betrouwbaarheid van de vaststellingen van de verbalisanten, in het bijzonder met betrekking tot de weigering van SKYPE om gevolg te geven aan de vordering tot het plaatsen van een af luistermaatregel, is alleszins niet aangetast.

**5.1.1.4. Wat betreft het beweerde gebrek aan rechtsmacht in hoofde van de Belgische rechter om kennis te nemen van de huidige feiten - schending van art. 3 Sw. (vierde middel beklagde - in ondergeschikte orde)**

Als vierde middel werpt beklagde vanaf p. 59 van haar conclusie op dat het aan haar ten laste gelegde misdrijf onmogelijk in België kan zijn gepleegd, en dat de Belgische rechter zodoende geen rechtsmacht heeft om ter zake te oordelen, hetgeen tot de onontvankelijkheid van de strafvordering zou leiden.

Samen met de eerste rechter is het hof van oordeel dat de op grond van art. 88bis Sv. gevraagde informatie en de op grond van art. 90quater Sv. gevraagde technische medewerking aan de onderzoekers op Belgisch grondgebied dient te worden verleend, zodat het misdrijf van het weigeren om de gevraagde informatie mede te delen of de gevraagde technische medewerking te verlenen, gepleegd wordt op de plaats waar deze gevorderde informatie of technische medewerking moet worden ontvangen door de bevoegde onderzoekers, zijnde op Belgisch grondgebied.

Het misdrijf is immers voltrokken op de plaats waar de gevraagde mededeling/informatie/medewerking moet worden ontvangen, niet op de plaats waar de betreffende rechtspersoon gevestigd is. Bijgevolg kan de medewerkingsplicht wel degelijk in België worden gelokaliseerd, ook voor de medewerkingsplichtige die zich in het buitenland bevindt. Verzuimen aan deze plicht te voldoen is een Belgisch territoriaal misdrijf en zowel Belgen als buitenlanders kunnen het plegen.

Op grond van het territorialiteitsbeginsel, vervat in art. 3 Sw., worden de (zelfs gedeeltelijk) op Belgisch grondgebied gepleegde misdrijven gestraft overeenkomstig de bepalingen van de Belgische wet. De Belgische hoven en rechtbanken hebben derhalve rechtsmacht om kennis te nemen van de thans voorliggende feiten.

Het hof verwijst ter zake naar de oordeelkundige redengeving van de eerste rechter op p. 8, 9 en 10 van het bestreden vonnis, welke door beklagde in hoger beroep niet weerlegd wordt en door het hof wordt beaamd en overgenomen, en - mede in antwoord op de conclusie van beklagde (p. 58 t.e.m. 68) - aangevuld als volgt.

Beklaagde SKYPE verschuilt zich achter het feit dat zij "*geen enkele infrastructuur bezit of beheert in België*", zodat de plaats waar SKYPE haar medewerking kon verlenen per definitie Luxemburg zou zijn, zijnde de vestigingsplaats van haar vennootschap.

Het feit dat SKYPE als vennootschap naar Luxemburgs recht gevestigd is in het Groothertogdom Luxemburg is naar het oordeel van het hof niet relevant, om reden dat de op grond van art. 88bis Sv. gevraagde informatie en de op grond van art. 90quater Sv. gevraagde technische medewerking aan de onderzoekers op Belgisch grondgebied dient te worden verleend, ongeacht de plaats van vestiging van de tot mededeling of technische medewerking verplichte partij.

Het is derhalve niet "*van waar men bij deze gegevens kan geraken en waarvandaan men deze dan kan manipuleren*" (conclusie beklagde, rand nummer 120) dat doorslaggevend is voor de lokalisatie van het misdrijf.

In randnummers 126, 127 en 128 van haar conclusie stelt beklagde SKYPE dat het standpunt van het Hof van Cassatie in de zaak YAHOO! (arrest d.d. 01.12.2015) niet per analogie kan toegepast worden op de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 90quater §2 Sv., om reden dat in de zaak YAHOO! een inbreuk op art. 46bis, §2, vierde lid Sv. voorlag, hetgeen de feitelijke 'mededeling' of 'overdracht' van gegevens aan de verzoekende overheid in België omvat, terwijl art. 90quater §2 Sv. enkel het verlenen van technische medewerking omvat.

Voor wat betreft de verplichtingen die voortvloeien uit art. 88bis Sv., die zoals bij art. 46bis, §2, vierde lid Sv. de verplichting inhouden om de gevraagde gegevens mee te delen (zie art. 88bis, §2, eerste lid) geldt alleszins het standpunt van het Hof van Cassatie, zoals verwoord in zijn arrest d.d. 01.12.2015, met name dat het misdrijf, bepaald in art. 46bis, §2, vierde lid Sv., wordt gepleegd op de plaats waar de gevorderde gegevens moeten worden ontvangen, zijnde in België. Die verplichting tot het meedelen van de gevraagde gegevens vereist immers geen aanwezigheid in het buitenland van Belgische politieambtenaren of magistraten, noch van personen die voor hen optreden, evenmin vereist die maatregel het stellen van enige materiële handeling in het buitenland.

In de randnummers 126, 127 en 128 van haar conclusie, wordt door beklagde overigens niet betwist dat bovenvermeld standpunt van het Hof van Cassatie per analogie kan worden toegepast op de verplichtingen die voortvloeien uit art. 88bis Sv.

Voor wat betreft de verplichtingen die voortvloeien uit art. 90quater §2 Sv., die de verplichting inhoudt tot het verlenen van technische medewerking bij de afluistermaatregel, is het hof van oordeel dat het standpunt van het Hof van Cassatie, zoals verwoord in zijn arrest d.d. 01.12.2015, ook hier onverkort van toepassing is: de technische medewerking dient door de operator van het communicatienetwerk of de verstrekker van de

telecommunicatiedienst in België verleend te worden, telkens wanneer de Belgische onderzoeksrechter hierom verzoekt. Elke andere interpretatie zou deze wettelijke verplichting volkomen uithollen en onwerkbaar maken.

Art. 46bis, §2, vierde lid Sv. bepaalt evenmin dat de op basis van deze wetsbepaling gevorderde gegevens in België dienen te worden verstrekt aan de procureur des Konings of aan de officier van gerechtelijke politie, doch het Hof van Cassatie oordeelde in zijn arrest d.d. 01.12.2015 dat de operator of de verstrekker die weigert om de aldus gevorderde gegevens mee te delen, in België strafbaar is ongeacht zijn plaats van vestiging.

In geval van weigering tot het verlenen van technische medewerking door de operator van het communicatienetwerk of de verstrekker van de telecommunicatiedienst, is deze operator of verstrekker strafbaar in België op grond van art. 90quater §2, lid 3 Sv., zodat de Belgische hoven en rechtbanken wel degelijk rechtsmacht hebben om kennis te nemen van huidige feiten.

Van enige extraterritorialiteit is geen sprake, evenmin bestaat er een reden om de strafvordering onontvankelijk te verklaren.

### **5.1.2. Wat betreft de grond van de zaak**

#### **5.1.2.1. Valt SKYPE onder het toepassingsgebied van de artikelen 88bis en 90quater Sv.?**

Vanaf p. 68 van haar conclusie houdt beklagde SKYPE voor dat zij de bepalingen van de artikelen 88bis en 90quater Sv. niet geschonden heeft, om reden dat SKYPE niet zou vallen onder het toepassingsgebied van deze artikelen. Meer in het bijzonder houdt SKYPE voor dat zij geen operator van een telecommunicatienetwerk of verstrekker van een telecommunicatiedienst is.

Op basis van de vaststelling dat SKYPE in de weerhouden incriminatieperiode technische hulpmiddelen (gratis software) verschaftte aan haar Belgische gebruikers, waardoor deze gebruikers na aanmelding op de server van SKYPE en na verificatie van de accountgegevens door SKYPE, via een elektronisch netwerk (het internet) met andere SKYPE-gebruikers konden communiceren en gegevens uitwisselen, waardoor SKYPE ontegensprekelijk dient beschouwd te worden als een "*verstrekker van een telecommunicatiedienst*" in de zin van de



artikelen 88bis en 90quater §2 Sv. (versie 2012), is het hof van oordeel dat beklaagde SKYPE wel degelijk onder het toepassingsgebied van deze artikelen valt.

Het hof verwijst ter zake naar de oordeelkundige redengeving van de eerste rechter op p. 19, 20 en 21 van het bestreden vonnis, welke door beklaagde in hoger beroep niet weerlegd wordt en door het hof wordt beaamd en overgenomen, en - mede in antwoord op de conclusie van beklaagde (p. 68 t.e.m. 80) - wordt aangevuld als volgt.

De artikelen 88bis en 90quater Sv. (versie 2012) leggen bepaalde verplichtingen op aan de "*operator van een telecommunicatienetwerk*" en aan "*de verstrekker van een telecommunicatiedienst*". In deze bepalingen worden deze begrippen niet gedefinieerd.

Beklaagde SKYPE kan echter niet gevolgd worden in haar stelling (randnummer 139 en volgende van haar conclusie) dat het voor de wetgever zonder meer duidelijk was dat de verwijzingen naar '*telecommunicatie*' in de artikelen 88bis en 90quater op consistente wijze geïnterpreteerd dienden te worden met de Wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven.

Het hof verwijst ter zake in het bijzonder naar het Verslag namens de commissie voor de Justitie, zoals door het Openbaar Ministerie geciteerd op p. 15 van zijn conclusie: uit dit verslag blijkt dat het begrip '*elektronische communicatie*' slaat op alle vormen van communicatie, en dat het begrip '*elektronische communicatie*' in de plaats is gekomen van het begrip '*telecommunicatie*', zelfs als dit nog niet in alle wetsbepalingen is aangepast.

In dit kader werd door het Openbaar Ministerie terecht verwezen naar art. 2 van het KB d.d. 09.01.2003, waarin bevestigd werd dat de toenmalige artikelen 88bis en 90quater Sv. van toepassing zijn op operatoren en dienstverstrekkers van '*elektronische communicatie*', ook al maakten de toenmalige artikelen 88bis en 90quater Sv. in 2003 nog gewag van de "*operator van een telecommunicatienetwerk*" en "*de verstrekker van een telecommunicatiedienst*".

Deze zienswijze wordt enerzijds bevestigd door de parlementaire voorbereiding van de Wet van 29 mei 2016 betreffende het verzamelen en het bewaren van de gegevens in de sector van de elektronische communicatie. Door deze wet werd in art. 88bis Sv, de term '*telecommunicatie*' vervangen door '*elektronische communicatie*'. In de voorbereidende werken van de wet wordt uitdrukkelijk gesteld dat dit een aanpassing en uniformering van de terminologie betreft (Parl. St. Kamer 2015-16, 1567/001, 40: "*er wordt voorgesteld de terminologie uniform te maken*", Parl. St. Kamer 2015-16, 1567/001,41: "*De wijziging in § 1,*

*tweede lid is louter terminologisch*"), hetgeen dus géén inhoudelijke wijziging of aanpassing van het toepassingsgebied betreft.

Uit het feit dat de terminologie van art. 46bis Sv., 88bis en 90quater Sv. niet gelijktijdig werd aangepast, kan echter niet afgeleid worden dat de begrippen *'telecommunicatiedienst'* en *'elektronische communicatiedienst'* een verschillende betekenis zouden hebben (gehad).

Anderzijds werd door de Wet van 25.12.2016 in de artikelen 46bis en 88bis Sv. de term *'verstrekker van elektronische communicatienetwerken en -diensten'* en in art. 90quater Sv. de term *'verstrekker van telecommunicatienetwerken en -diensten'* vervangen door de definitie uit het arrest van het Hof van Cassatie d.d. 18.01.2011: *'iedereen die binnen het Belgisch grondgebied, op welke wijze ook, een dienst beschikbaar stelt of aanbiedt, die bestaat in het overbrengen van signalen via elektronische communicatienetwerken, of er in bestaat gebruikers toe te laten via een elektronisch communicatienetwerk informatie te verkrijgen of te ontvangen of te verspreiden. Hieronder wordt ook de verstrekker van een elektronische communicatiedienst begrepen'*.

In de voorbereidende werken van de Wet van 25 december 2016 houdende diverse wijzigingen van het Wetboek van Strafvordering en het Strafwetboek, met het oog op de verbetering van de bijzondere opsporingsmethoden en bepaalde onderzoeksmethoden met betrekking tot internet en elektronische en telecommunicaties en tot oprichting van een gegevensbank stemafdrukken (Parl. St. Kamer 2015-16, 1966/001, 65) wordt verduidelijkt dat het voormalige begrip *'verstrekker van een elektronische communicatiedienst'* (art. 46bis, 88bis en 90quater, §2 Sv.) wordt vervangen door een nieuwe, ruimere omschrijving die overeenstemt met de interpretatie van het Hof van Cassatie in zijn "Yahoo-arrest" d.d. 18.01.2011: *"iedereen die binnen het Belgisch grondgebied, op welke wijze ook, een dienst beschikbaar stelt of aanbiedt, die bestaat in het overbrengen van signalen via elektronische communicatienetwerken, of er in bestaat gebruikers toe te laten via een elektronisch communicatienetwerk informatie te verkrijgen of te ontvangen of te verspreiden."*

Daar wordt in het wetsontwerp, om reden van duidelijkheid, het volgende aan toegevoegd: *"Hieronder wordt ook de verstrekker van een elektronische communicatiedienst begrepen"*.

In verband met deze terminologische aanpassing wordt in de voorbereidende werken uitdrukkelijk benadrukt dat deze aanpassing een verduidelijking betreft, doch geenszins een inhoudelijke wijziging, en dat deze categorie van aanbieders op zeer ruime wijze dient geïnterpreteerd te worden, en dat de medewerkingsplicht derhalve ook slaat op bedrijven die webdiensten aanbieden zoals die van Yahoo Mail, Hotmail, Gmail, etc., maar evengoed

op diensten als Facebook, Twitter, WhatsApp, Instagram en alle andere diensten die onder de nieuwe wettelijke omschrijving vallen (Parl. St. Kamer 2015-16,1966/001,32-33).

In tegenstelling tot hetgeen beklagde SKYPE in haar conclusie voorhoudt, bestaat er in de artikelen 46bis, 88bis en 90quater Sv. derhalve geen wezenlijk verschil tussen de begrippen '*telecommunicatie*' en '*elektronische communicatie*'. Deze zienswijze houdt geen schending in van het principe van de restrictieve interpretatie van de strafwet.

Dat de beklagde SKYPE een verstreker is van een elektronische communicatiedienst blijkt uit de tweeledige noodzakelijke tussenkomst van SKYPE bij de elektronische communicatie door haar gebruikers: ten eerste dienen alle gebruikers van SKYPE de software van SKYPE te downloaden op hun computer, tablet, .., en ten tweede dient elke gebruiker van SKYPE bij aanvang van elke communicatie verbinding te maken met de server van SKYPE, waarna SKYPE een verificatie en authenticatie uitvoert van de logingegevens van de betreffende gebruikers. Het feit dat de uiteindelijke communicatie tussen de SKYPE-gebruikers over het internet verloopt en niet via een eigen netwerk van SKYPE, doet aan deze vaststelling geen afbreuk.

Deze zienswijze ligt trouwens in de lijn van het Cybercrime-Verdrag van Boedapest van 23.11.2001 inzake de bestrijding van strafbare feiten verbonden met elektronische netwerken, in België bekrachtigd door de Wet van 03.08.2012.

Artikel 18 van dit verdrag verplicht de staten om hun bevoegde autoriteiten de bevoegdheid te verlenen om te bevelen "*dat een serviceprovider die zijn diensten aanbiedt, met betrekking tot deze diensten abonnee-informatie overlegt die deze serviceprovider in zijn bezit heeft of tot welks toegang deze gerechtigd is*".

Artikel 1 van dit verdrag omschrijft een serviceprovider als:

- iedere publieke of private instelling die aan de gebruikers van haar diensten de mogelijkheid biedt te communiceren met behulp van een computersysteem;
- iedere andere instelling die computergegevens verwerkt of opslaat ten behoeve van een zodanige communicatiedienst of van de gebruikers van een zodanige dienst.

Beklaagde SKYPE biedt een computersysteem aan waardoor haar gebruikers (op een beveiligde manier) kunnen communiceren, zodat de door SKYPE aangeboden diensten vallen onder het toepassingsgebied van het Cybercrime-verdrag, en België verplicht is om

ondermeer de overlegging van identificatiegegevens mogelijk te maken, ongeacht of de betreffende 'serviceprovider' in België gevestigd is.

SKYPE stelt onder randnummer 151 (p. 74) van haar conclusie dat zij geen toegang heeft tot de door haar gebruikers via internet verstuurd signalen, en dat zij die toegang niet kon verkrijgen "*zonder minstens substantiële wijzigingen aan te brengen aan haar software, werkwijze en fysieke infrastructuur*". Dit impliceert dat SKYPE, mits de nodige aanpassingen aan haar technische installaties en haar werkwijze, wel toegang kan bekomen tot de door haar gebruikers verstuurd signalen en zij aldus derhalve wel technische medewerking zou kunnen verlenen aan de onderzoeksrechter wanneer deze dat zou vorderen. Zo houdt beklagde SKYPE naar eigen zeggen (p. 84 conclusie SKYPE) sinds kort wel de inhoud bij van "Instant messaging" communications, zijnde tekstberichten die door SKYPE-gebruikers die online zijn aan elkaar kunnen worden verstuurd.

Er is geen schending van het rechtszekerheidsbeginsel te weerhouden, noch van het geldend Europees recht, zoals door beklagde ten onrechte wordt voorgehouden in randnummer 150 e.v. van haar conclusie. Evenmin wordt er door bovenstaande zienswijze van het hof een "*ogenschijnlijke leegte in de wetgeving*" opgevuld door verboden analogie.

Tenslotte tracht beklagde in randnummers 158, 159 en 160 van haar conclusie vergeefs voor te houden dat het begrip 'verstrekker van een telecommunicatiedienst' in de artikelen 88bis en 90quater Sv. in de weerhouden incriminatieperiode (tussen 06.09.2012 en 20.03.2014) niet voldoende duidelijk en precies was om haar voldoende rechtszekerheid te bieden en haar toe te laten om redelijkerwijze te voorzien dat zij binnen het toepassingsgebied zou vallen van de medewerkingsverplichting vervat in de artikelen 88bis en 90quater Sv.

Rekening houdend met bovenstaande overwegingen en deze door de eerste rechter weerhouden, kan er in hoofde van beklagde SKYPE in de voorziene incriminatieperiode geen sprake zijn van een onoverwinnelijke (rechts-)dwaling. In deze periode had beklagde SKYPE reeds kennis van de arresten van het Hof van Cassatie d.d. 18.01.2011 en 04.09.2012.

#### **5.1.2.2. Territoriale toepasbaarheid van de artikelen 88bis en 90quater Sv. op beklagde SKYPE in België**

Vanaf randnummer 161 van haar conclusie werpt SKYPE op dat de bepalingen van de artikelen 88bis en 90quater Sv. territoriaal niet op haar van toepassing zouden zijn, omdat zij

haar zetel in Luxemburg heeft en zij niet beschikt over een aparte vestiging in België, en er wat haar betreft geen 'voldoende territoriaal aanknopingspunt' met het Belgisch grondgebied bestond.

Na nieuw onderzoek ter terechtzitting door het hof, en door de stukken van het dossier, is het hof van oordeel dat beklagde SKYPE in de voorziene incriminatieperiode wel degelijk actief deelnam aan het economische leven in België, zodat naar analogie met het arrest van het Hof van Cassatie d.d. 01.12.2015 in de YAHOO!-zaak de artikelen 88bis en 90quater Sv. territoriaal wel degelijk van toepassing zijn op beklagde SKYPE, ook al beschikt zij in België niet over een aparte vestiging.

Hiervoor wordt verwezen naar de oordeelkundige redengeving van de eerste rechter op blz. 22 t.e.m. 25 van het bestreden vonnis, welke door beklagde in hoger beroep niet weerlegd wordt en door het hof wordt beaamd en overgenomen, en - mede in antwoord op de argumenten door beklagde opgeworpen vanaf p. 80 van haar conclusie - als volgt aangevuld.

Het is een vaststaand gegeven dat beklagde SKYPE zowel tijdens de voorziene incriminatieperiode, als thans, economisch actief is in België. Deze economische aanwezigheid van SKYPE in België overstijgt de loutere 'virtuele' aanwezigheid via een (passieve) internetsite, en is derhalve een voldoende territoriaal aanknopingspunt in België, ook al is SKYPE in België niet fysiek aanwezig door middel van bijvoorbeeld een vestiging.

SKYPE had een Nederlandstalige versie van haar website voorzien zodat Nederlandstalige Belgische gebruikers automatisch (door hun IP-lokalisatie dan wel door hun taalkeuze van internetbrowser, minstens vanaf december 2012) in het Nederlands konden gebruik maken van de diensten van SKYPE, hetgeen enkel kan verklaard worden door de duidelijke wil in hoofde van SKYPE om zich actief en commercieel te richten tot potentiële gebruikers van de SKYPE-technologie in België. Indien SKYPE niet de bedoeling had om zich actief te richten tot de (Nederlandstalige) Belgische markt, dan bestond er geen reden om ook een Nederlandstalige versie van haar website ter beschikking te stellen.

Om als bedrijf economisch actief te zijn in België, is het geenszins vereist dat dit bedrijf een maatschappelijke zetel of uitbatingszetel in België dient te hebben. Het volstaat dat dit bedrijf, ook al is het in het buitenland gevestigd, de bedoeling had om met de Belgische klanten overeenkomsten te sluiten, hetgeen in het geval van SKYPE alleszins het geval is op de Belgische territoriale markt. SKYPE biedt aan de verschillende landen, en dus ook specifiek aan Belgische gebruikers, op haar website meerdere mogelijkheden om te betalen

voor de geleverde diensten. SKYPE is derhalve economisch bereikbaar en aanwezig voor de Belgische consument, zodat SKYPE eveneens justitieel bereikbaar en aanwezig is in België.

Wanneer SKYPE in randnummer 166 van haar conclusie stelt dat zij in 2012 geen advertenties ('In-client target display advertenties) toonde in of via haar software, "*vermits dit werd uitbesteed aan Microsoft*" (zijnde haar moedermaatschappij), erkent zij dat de Belgische SKYPE-gebruikers in 2012 wel degelijk advertenties te zien kregen wanneer zij de SKYPE technologie gebruikten. Het feit dat deze lokaal relevante advertenties niet door SKYPE zelf geplaatst werden, doch wel door haar moedermaatschappij Microsoft of diens afdeling 'Microsoft advertising', verandert niets aan de vaststelling dat SKYPE ook hierdoor economisch actief was op de Belgische territoriale markt: SKYPE liet immers haar software doelbewust gebruiken door een derde (haar moedermaatschappij) om doelgericht advertenties te tonen aan haar gebruikers in België. Dit blijkt ten overvloede uit stuk 31 van het bundel van SKYPE, zijnde de "Privacy Policy" van SKYPE uit het jaar 2012, punt 5.2. "Skype Advertisements".

Beklaagde SKYPE kan niet gevolgd worden in haar stelling dat voor de onderschepping van communicatie van Belgische SKYPE-gebruikers, de aanwezigheid vereist is van politieambtenaren of magistraten of van personen die voor hen konden optreden in het buitenland. De vordering wordt immers verstuurd vanuit België naar de maatschappelijke zetel van SKYPE, en deze vordering dient door de gevorderde entiteit te worden voldaan in België, alwaar de gevorderde informatie of technische medewerking dient te worden verleend, zonder dat hiervoor een rechtshulpverzoek nodig is. De aan beklagde SKYPE gevraagde registratiegegevens (art. 88bis Sv.) en de gevorderde af luistermaatregel (art. 90quater Sv.) zijn zonder meer territoriaal te situeren in België aangezien het Belgische communicatie betreft.

Ten onrechte tracht beklagde SKYPE voor te houden dat de interceptie van communicatie "*veel complexere en arbeidsintensievere handelingen vereist dat het 'simpele' opzoeken en verzamelen van gegevens op een server*". Elke dienstverstrekker die zich op de Belgische markt begeeft, dient immers technisch zo georganiseerd te zijn, dat zij op een vlotte wijze de eventuele vorderingen op grond van art. 46bis, art. 88bis en art 90quater Sv. kan beantwoorden. Eens de dienstverstrekker zich technisch hierop heeft voorzien, is zelfs het meewerken aan een af luistermaatregel een relatief eenvoudige aangelegenheid voor de dienstverstrekker.

In stuk 31 van het bundel van beklagde, zijnde de 'Skype privacy pollcv', geeft SKYPE zelf een opsomming van alle soorten van informatie die zij van haar gebruikers verzamelt en

gebruikt. Op p. 92 van haar conclusie stelt SKYPE dat deze informatie dateert van 2016 of 2017, doch uit deze opsomming blijkt dat SKYPE over heel wat meer informatie met betrekking tot haar gebruikers en de door deze gebruikers verstuurd berichten beschikt, dan zij wil doen uitschijnen. Indien SKYPE over al deze informatie beschikt in 2016 of 2017, dan had zij hierover ook kunnen beschikken in 2012, minstens blijft SKYPE in gebreke om aan te geven waarom dit in 2012 dan niet mogelijk zou zijn geweest.

Tenslotte stelt beklagde vanaf randnummer 183 van haar conclusie ten onrechte dat de vrijheid van diensten zoals voorzien in art. 56 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie beperkt zou worden door de verplichting om de nodige informatie, data en/of technische ondersteuning op het Belgisch grondgebied te verlenen.

De verplichting om de gevorderde informatie, data en/of technische ondersteuning in België aan de onderzoekers ter beschikking te stellen, houdt echter geenszins de verplichting in voor de dienstverstreker om in België over een maatschappelijke zetel of een infrastructuur/fysieke aanwezigheid te beschikken. Bijgevolg kan er niet besloten worden tot het bestaan van een verboden beperking op het beginsel van vrij verkeer van diensten binnen de EU.

De door beklagde in randnummer 190 van haar conclusie gesuggereerde prejudiciële vraag is derhalve niet ter zake dienend. Waar de eerste rechter stelde dat de technische ondersteuning op Belgisch grondgebied ter beschikking dient te worden gesteld, betekent dit dat de dienstverstreker zich dermate technisch dient te organiseren, dat de afgeluisterde gesprekken aan de onderzoekers in België worden aangeleverd, desgevallend via digitale weg. Het is niet de taak van het hof om te bepalen hoe SKYPE dit resultaat vanuit technisch oogpunt best bereikt.

#### **5.1.2.3. Heeft SKYPE haar medewerking geweigerd?**

Vanaf randnummer 192 van haar conclusie betwist beklagde dat zij een inbreuk zou hebben begaan op de artikelen 88bis en 90quater Sv., vermits zij haar medewerking niet zou hebben geweigerd. Zij stelt dat zij toch vrijwillig heeft meegewerkt met de FCCU, door de relevante gegevens die zij bezat over de beoogde gebruiker mee te delen. Verder stelt zij dat zij niet in staat was om verdere bijstand te leveren "*om geldige en wettige redenen*".

Voor wat betreft de beweerde medewerking door beklagde SKYPE, verwijst het hof naar het overzicht van de herhaalde verzoeken vanwege de FCCU vanaf 07.09.2012 aan

beklaagde SKYPE en de gestandaardiseerde en nietszeggende antwoorden vanwege de diensten van SKYPE op deze herhaalde verzoeken (zie aanvankelijk PV d.d. 24.10.2012 - stuk 14), alsmede naar de inhoud van het schrijven van de raadslieden van beklaagde aan de Regionale Computer Crime Unit d.d. 27.08.2013 (zie stuk 78). In dit laatste schrijven wordt ondubbelzinnig bevestigd dat SKYPE op het verzoek van de FCCU niet kon ingaan:

*"Wat de vordering betreft van de Federal Computer Crime Unit van 10 september 2012, die betrekking had op het verlenen van technische bijstand met het oog op de onderschepping en registratie van gesprekken van een gebruiker van Skype en het verstrekken van persoonsgegevens (inclusief identificatiegegevens, IP-adressen, geschiedenisbestanden, betalingsgegevens en de inhoud van de Skype-gesprekken van de betrokkene) gelieve te noteren dat onze cliënt hierop niet kon ingaan".*

Uit deze stukken blijkt ontegensprekelijk dat beklaagde SKYPE niet voldaan heeft aan haar wettelijke verplichting tot mededeling van de gevraagde informatie en tot technische medewerking bij de afluistermaatregel. In hoofde van beklaagde SKYPE heeft er zelfs geen intentie bestaan om te voldoen aan het door de FCCU gevraagde. In dit schrijven van de raadslieden van SKYPE werd nochtans bevestigd dat SKYPE de basis-abonneegegevens kan vrijgeven, alsook andere informatie zoals overzichten van online-communicaties via SKYPE.

De door de raadslieden van SKYPE gestelde voorwaarden van het gebruik van de desgevallend mee te delen informatie (enkel met het oog op het verzamelen van inlichtingen en niet om te dienen als bewijs in rechte) zijn uiteraard onverzoenbaar met de essentie van een in een gerechtelijk onderzoek kaderende vordering op grond van art. 88bis en/of 90quater Sv., die er juist op gericht zijn om snel en vlot (en dus niet via een rechtshulpverzoek) bewijzen te verzamelen die in rechte kunnen worden aangewend.

Het is geenszins zo dat het K.B. d.d. 09.01.2003, waarnaar beklaagde in randnummer 199 van haar conclusie verwijst, de operatoren of dienstverstrekkers zou verplichten tot het hebben van infrastructuur in België, van waaruit de medewerking zou moeten worden verleend. Dit is een te enge lezing van genoemd K.B.

Beklaagde wordt vervolgd wegens het niet meedelen van de gevraagde informatie overeenkomstig art. 88bis Sv. en wegens het niet leveren van technische bijstand bij de afluistermaatregel van art. 90quater Sv., doch niet wegens het niet hebben van een technische infrastructuur op Belgisch grondgebied. Het is aan beklaagde om zich technisch te organiseren zodat voldaan kan worden aan de verzoeken conform art. 88bis Sv. en art. 90quater Sv.



Vanaf randnummer 201 van haar conclusie stelt beklagde SKYPE dat zij onmogelijk aansprakelijk zou kunnen worden gesteld voor een gebrek aan medewerking op grond van art. 88bis en 90quater Sv., om reden dat het voor haar technisch onmogelijk zou zijn om te voldoen aan de vordering om communicatie te onderscheppen op Belgisch grondgebied.

Een operator of een dienstverstreker die zich op de Belgische economische markt richt tot Belgische consumenten, dient de toepasselijke Belgische regelgeving na te leven, in het bijzonder de thans in het geding zijnde artikelen 88bis en 90quater Sv., en dient zich technisch aldus te organiseren dat zij vlot kan voldoen aan de vorderingen die op deze wettelijke bepalingen gesteund zijn. In randnummer 206 van haar conclusie erkent beklagde SKYPE dat het voor haar technisch mogelijk is om gesprekken in België te onderscheppen en de inhoud van die gesprekken aan de Belgische autoriteiten te verstrekken, mits zij haar volledige infrastructuur fundamenteel zou herconciëren. Van een materiële onmogelijkheid of overmachtssituatie om wetsconform te handelen, kan aldus geen sprake zijn in hoofde van beklagde SKYPE.

Het feit dat SKYPE haar technische installaties niet van in den beginne aldus heeft geconciëerd teneinde te kunnen voldoen aan haar wettelijke verplichtingen op grond van art. 88bis en 90quater Sv., maakt de inbreuk uit die thans aan beklagde wordt verweten.

De verwijzing door beklagde naar de bepalingen van art. 90quater §4 Sv. ("*... voor zover dit in hun mogelijkheden ligt*") is niet relevant, aangezien deze bepaling enkel van toepassing is op "*personen waarvan de onderzoeksrechter vermoedt dat zij een bijzondere kennis hebben van de communicatiedienst waarop de bewakingsmaatregel betrekking heeft of van diensten om gegevens, die worden opgeslagen, verwerkt of overgedragen via een informaticasysteem, te beveiligen of te versleutelen*". De strafvordering in huidige procedure is niet gesteund op deze bepaling, zodat de verwijzing door beklagde in dit kader irrelevant is.

Tenslotte stelt beklagde vanaf randnummer 207 van haar conclusie dat het ingaan op de vordering tot medewerking door het afluisteren mogelijk te maken, strijdig zou zijn met Luxemburgs recht, hetgeen in hoofde van beklagde SKYPE overmacht zou uitmaken.

Een beweerde strijdigheid met het Luxemburgse recht is echter niet aan de orde, nu de medewerkingsplicht van beklagde op grond van de artikelen 88bis en 90quater Sv. betrekking heeft op communicatie in België, en niet op communicatie in Luxemburg. De door beklagde op Belgisch grondgebied verstrekte dienstverlening aan inwoners van België, valt immers onder het toepasselijke Belgische recht, en niet onder het Luxemburgse recht.

De vordering van de onderzoeksrechter beoogde een informatieverstrekking door beklaagde SKYPE aan de Belgische onderzoekers, alsmede een technische medewerking bij een af luistermaatregel op Belgisch grondgebied. Er is geen sprake van het verrichten van opsporingshandelingen door (de aangestelden van) de Belgische Staat op het grondgebied van het Groothertogdom Luxemburg, zodat de procedure van wederzijdse rechtshulp in strafzaken niet gevolgd diende te worden.

De voorgehouden inbreuk op het Luxemburgs recht kan in deze omstandigheden dan ook geen overmacht uitmaken in hoofde van beklaagde SKYPE. Evenmin is er sprake van een strijdigheid van de artikelen 88bis en 90quater Sv. met artikel 2 van het VN-Handvest dat in de soevereine gelijkheid van de Verdragsluitende lidstaten voorziet.

#### **5.1.2.4. Besluit inzake de schuld en de toerekenbaarheid aan beklaagde**

Op basis van de inhoud van het strafdossier en de bovenstaande vaststellingen, is de schuld van beklaagde SKYPE aan de haar ten laste gelegde feiten in de voorziene incriminatieperiode naar recht bewezen. Deze feiten kunnen aan de rechtspersoon SKYPE moreel worden toegerekend.

#### **5.1.3. Straftoemeting**

Bij de straftoemeting wordt rekening gehouden met:

- de rechtspersoonlijkheid van de beklaagde,
- haar blanco strafblad in België,
- de omstandigheden en ernst van de feiten, die in België maatschappelijk verstreckende gevolgen hebben, aangezien door de bewuste weigering van beklaagde om gevolg te geven aan vorderingen van de onderzoeksrechter, gerechtelijke onderzoeken naar allerlei vormen van zware criminaliteit ernstig worden bemoeilijkt.

Daarom werd aan de beklaagde SKYPE door de eerste rechter om oordeelkundige redenen, beaamd en overgenomen door het hof, een wettige, passende en aangepaste bestraffing opgelegd. Het hof bevestigt derhalve de door de eerste rechter opgelegde geldboete van 5.000 euro meer opdecimen.

Deze effectieve geldboete moet de beklaagde SKYPE ertoe aanzetten om in de toekomst mee te werken aan de vorderingen van de gerechtelijke diensten en om zich daartoe desgevallend technisch aan te passen.

Het hof gaat niet in op het verzoek van beklaagde tot het verlenen van de opschorting, dan wel het opleggen van een geldboete met geheel of gedeeltelijk uitstel of het opleggen van de minimum geldboete, nu een dergelijke gunstmaatregel dan wel straf met (gedeeltelijk) uitstel van tenuitvoerlegging - rekening houdend met het maatschappelijk belang van de feiten - niet van aard is om beklaagde afdoende te wijzen op haar maatschappelijke beperkingen en verplichtingen.

## **6. Wettelijke bepalingen**

Het hof houdt rekening met volgende wettelijke bepalingen, de artikelen:

- 11, 12, 14, 24, 31 tot 37 en 41 van de wet van 15 juni 1935
- 88bis, 90quater, 162, 185, 190, 190ter, 194, 195, 199, 200, 202, 203, 203bis, 204, 210, 211 van het Wetboek van Strafvordering
- 1, 2, 3, 5, 7, 7bis, 38, 41bis, 66 van het Strafwetboek
- 1 van de wet van 5 maart 1952
- 2 en 3 van de wet van 28 december 2011
- 59 en 60 van de programmawet van 25 december 2016
- 58 van het KB van 18 december 1986
- 28 en 29 van de wet van 1 augustus 1985
- 91 van het KB van 28 december 1950

## **7. Beslissing**

Het hof,

Rechtdoende op tegenspraak;

Beslist op grond van de hoger vermelde redenen, binnen de perken van de hogere beroepen zoals hiervoor bepaald, als volgt:

Verklaart de hogere beroepen ontvankelijk;

Op strafrechtelijk gebied

Wijst het verzoek van beklaagde SKYPE tot het stellen van een prejudiciële vraag aan het Europees Hof van Justitie af;

Bevestigt het bestreden vonnis, zowel wat betreft het ontvankelijk verklaren van de strafvordering, het onontvankelijk verklaren van de door beklaagde ingestelde valsheidsvordering, de schuldigverklaring van beklaagde SKYPE aan de haar ten laste gelegde feiten, de door de eerste rechter opgelegde bestraffing en vergoeding van 51,20 euro;

Verplicht de beklaagde om bij wijze van bijdrage tot de financiering van het bijzonder fonds tot hulp aan de slachtoffers van opzettelijke gewelddaden en aan occasionele redders een bedrag te betalen van VIJFENTWINTIG EURO, verhoogd met 70 opdecimen en alzo gebracht op TWEEHONDERD EURO;

De kosten

Laat de kosten van het hoger beroep van het Openbaar Ministerie ten laste van de Staat;

Veroordeelt de beklaagde tot de overige kosten van de strafvordering in beide aanleggen, deze voorgeschoten door de openbare partij in totaal begroot op 251,98 euro.

Dit arrest is gewezen te Antwerpen door het hof van beroep, kamer C4 (voorheen kamer 12), samengesteld uit: