
HOF VAN CASSATIE 19 FEBRUARI 2019

STRAFONDERZOEK – ONDERZOEKSDADEN

Gerechtigd onderzoek – Onderzoeksdaden – Zoeken in informaticasysteem – Medewerkingsverplichting – Elektronische dienstverlener – Webmaildienst – Artikel 88bis, § 2 Sv. – Artikel 90quater, § 2 Sv. – Opsporing van verkeersgegevens – Onderscheppen van niet voor het publiek toegankelijke communicatie – Lokalisering van de medewerkingsverplichting – Economische activiteit op het Belgische grondgebied – Vrij verkeer van diensten – Wetsconflicten – Technische interceptiemogelijkheid

Een dienstverlener die een webmaildienst aanbiedt en die zijn economische activiteiten actief op consumenten in België richt, is verplicht mee te werken met de Belgische gerechtelijke autoriteiten, ongeacht de plaats waar die dienstverlener is gevestigd of waar de infrastructuur ligt die vereist is om gevolg te geven aan de vordering van de onderzoeksrechter. De artikelen 88bis, § 2 en 90quater, § 2 Sv. houden geen verplichting in om in België over een infrastructuur of andere fysieke aanwezigheid te beschikken, ondanks de inhoud van artikel 2, § 1 en 2 van het koninklijk besluit van 9 januari 2003.

De medewerkingsverplichting kan op Belgisch grondgebied worden gelokaliseerd aangezien er geen interventie van de Belgische gerechtelijke autoriteiten in het buitenland vereist is. Zodoende is de onderzoeksrechter er niet toe gehouden een rechtshulpverzoek te richten aan de Staat waar de dienstverlener zijn vestiging of infrastructuur heeft en is evenmin gebonden door de wetgeving van dat land. Het wetsconflict met het Luxemburgs recht maakt geen overmacht uit in hoofde van de dienstverlener die weigert mee te werken.

De dienstverlener wordt geacht zijn activiteiten dermate technisch te organiseren dat hij kan voldoen aan de medewerkingsverplichtingen naar Belgisch recht. In casu, had de dienstverlener zelfs geen intentie om mee te werken met het Belgische gerecht.

Skype Communications SARL

Zet.: P. Maffei (voorzitter), P. Hoet, A. Lievens, E. Francis en I. Couwenberg (raadsheren)

OM: L. Decreus (advocaat-generaal)

Pl.: Mrs. H. Geinger, J. Verbist, S. De Schrijver, Fr. Thiebaut

Zaak: P.17.1229.N

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Antwerpen, correctionele kamer, van 15 november 2017.

ENQUÊTE PÉNALE – MESURES D'ENQUÊTE

Instruction – Actes d'instruction – Recherche dans les systèmes informatiques – Obligation de collaboration – Fournisseur d'un service de communications électroniques – Messagerie électronique – Article 88bis, § 2, C.i.cr. – Article 90quater, § 2, C.i.cr. – Repérage de données de trafic – Interception de communications non accessibles au public – Localisation de l'obligation de collaboration – Activité économique sur le territoire belge – Libre prestation de services – Conflits de lois – Capacité technique d'interception

Un fournisseur d'un service de messagerie électronique dont l'activité économique s'adresse activement aux consommateurs en Belgique, a l'obligation de collaborer avec les autorités judiciaires belges, indépendamment du lieu où se trouve son siège social ou du lieu où se situe l'infrastructure requise pour donner suite à la demande du juge d'instruction. Une infrastructure ou autre présence physique en Belgique n'est pas requise par les articles 88bis, § 2 et 90quater, § 2, C.i.cr., malgré l'énoncé de l'article 2, § 1^{er} et 2, de l'arrêté royal du 9 janvier 2003.

L'obligation de collaboration peut être localisée sur le territoire belge étant donné qu'elle ne requiert pas d'intervention des autorités judiciaires belges à l'étranger. Dès lors, le juge d'instruction n'est pas tenu d'adresser une demande d'entraide judiciaire à l'État où le siège ou l'infrastructure de ce fournisseur se trouve et n'est pas davantage lié par la législation de ce pays. Le conflit de lois avec le droit luxembourgeois ne constitue pas un cas de force majeure dans le chef du fournisseur qui refuse de collaborer.

Le fournisseur de services est tenu d'organiser ces activités de manière à pouvoir répondre aux obligations de collaboration imposées par le droit belge. En l'espèce, le fournisseur de services n'avait simplement pas l'intention de collaborer avec la justice belge.

De eiseres voert in een memorie die aan dit arrest is gehecht, twee middelen aan.

Advocaat generaal Luc Decreus heeft op 30 januari 2019 een schriftelijke conclusie neergelegd.

De raadslieden van de eiseres hebben op 15 februari 2019 ter griffie van het Hof een door artikel 1107, tweede lid Gerechtelijk Wetboek bedoelde noot neergelegd na schriftelijke conclusie van het Openbaar Ministerie.

Op de rechtszitting van 19 februari 2019 heeft raadsheer Erwin Francis verslag uitgebracht en heeft voormelde advocaat-generaal geconcludeerd.

II. Beslissing van het Hof

Beoordeling

Eerste middel

TWEDE ONDERDEEL

1. Het onderdeel voert schending aan van artikel 56 VWEU: het oordeel van het arrest over de medewerkingsverplichting van de eiseres op grond van de artikelen 88bis en 90quater Wetboek van Strafvordering impliceert noodzakelijk dat de eiseres in België zo niet over een vestiging, dan toch over enige infrastructuur of fysieke aanwezigheid dient te beschikken wanneer zij in België haar elektronische communicatiediensten wenst aan te bieden; dit dient te worden beschouwd als een verbod, minstens een belemmering of het minder aantrekkelijk maken van de activiteit van de eiseres als dienstverrichter in België, wat in strijd is met het in artikel 56 VWEU neergelegde verbod om het vrij verrichten van diensten te beperken; artikel 2, § 1 en § 2 van het koninklijk besluit van 9 januari 2003 houdende modaliteiten voor de wettelijke medewerkingsplicht bij gerechtelijke vorderingen met betrekking tot elektronische communicatie (hierna koninklijk besluit van 9 januari 2003) bepaalt dat iedere verstrekker van een elektronische communicatiedienst één of meerdere personen bij naam dient aan te duiden en te belasten met de taken die uit deze medewerkingsplicht voortvloeien; deze personen vormen de “Coördinatieceel Justitie”; het tweede lid van § 2 van dat artikel bepaalt dat die cel op het grondgebied van het Rijk dient te zijn gevestigd; minstens op grond van die bepaling is de eiseres verplicht op het Belgische grondgebied een coördinatieceel Justitie te vestigen, wat dient te worden beschouwd als een infrastructuur of minstens fysieke aanwezigheid met het oog op het verschaffen van de bedoelde technische medewerking; ook deze bepaling houdt een verbod in, minstens een belemmering of het minder aantrekkelijk maken van de activiteit van de eiseres als dienstverrichter in België.

De eiseres verzoekt aan het Hof van Justitie van de Europese Unie de volgende prejudiciële vraag te stellen: “*Verhindert artikel 56 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie aan een lidstaat om aan een verstrekker van telecommunicatiediensten of elektronische communicatiediensten in de zin van de artikelen 88bis en 90quater van het Wetboek van Strafvordering, die gevestigd is in een andere lidstaat en die niet beschikt over enige vestiging of fysieke aanwezigheid in de eerstgenoemde lidstaat die hem zou toe-*

laten om communicatie op het grondgebied van deze lidstaat te onderscheppen, om op grond van nationaalrechtelijke bepalingen (d.i. een wettelijke bepaling of een op grond van deze wettelijke bepaling genomen uitvoeringsbesluit) de verplichting op te leggen om te voorzien in een zogenaamde ‘Coördinatieceel Justitie’ en/of enige andere infrastructuur en/of fysieke aanwezigheid (in de vorm van een bijkantoor, servers, communicatienetwerken) op het grondgebied van laatstgenoemde staat met als enig doel in staat te zijn om communicatie te onderscheppen op het grondgebied van deze lidstaat op rechtstreekse vordering van de aldaar bevoegde overheden, met dien verstande dat de onderschepping van de communicatie kan plaatsvinden buiten het grondgebied van deze lidstaat en op minder belastende wijze voor de dienstverstrekker, met name indien de vordering tot onderscheppen van communicatie aan de dienstverstrekker wordt gericht via de procedures die expliciet voor dit doel werden voorzien in de toepasselijke Europese verdragen en instrumenten aangaande wederzijdse rechtshulp in strafzaken?”

2. Het arrest oordeelt dat:

- de eiseres weliswaar economisch actief is in België, maar niet fysiek door middel van bijvoorbeeld een vestiging;
- de aan de eiseres gevraagde registratiegegevens en medewerking bij een afluistermaatregel op grond van de artikelen 88bis en 90quater Wetboek van Strafvordering zonder meer territoriaal in België te situeren zijn aangezien het Belgische communicatie betreft;
- de medewerkingsplicht wel degelijk in België kan worden gelokaliseerd, ook voor de medewerkingsplichtige die zich in het buitenland bevindt;
- het niet “*van waar men bij deze gegevens kan geraken en waarvandaan men deze kan manipuleren*” is dat doorslaggevend is voor de lokalisatie van het misdrijf van niet-medewerking, maar wel de plaats waar de gevorderde gegevens moeten worden ontvangen, dit is België;
- de verplichting de gevorderde informatie, data of technische ondersteuning in België aan de onderzoekers ter beschikking te stellen, voor de dienstverstrekker geenszins de verplichting inhoudt om in België over een maatschappelijke zetel, infrastructuur of fysieke aanwezigheid te beschikken;
- de vordering wordt verstuurd vanuit België naar de maatschappelijke zetel van de eiseres en deze vordering door de gevorderde entiteit dient te worden voldaan in België, waar de gevorderde informatie of technische medewerking dient te worden verleend;
- het feit dat de technische ondersteuning op Belgisch grondgebied ter beschikking dient te worden gesteld, betekent dat de dienstverstrekker zich dermate technisch dient te organiseren dat de afgeluisterde gesprekken aan de onderzoekers in België worden aangeleverd, desgevallend via digitale weg;
- elke dienstverstrekker die zich op de Belgische markt

begeeft, technisch zo dient georganiseerd te zijn dat hij op vlotte wijze de eventuele vorderingen op grond van de artikelen 46*bis*, 88*bis* en 90*quater* Wetboek van Strafvordering kan beantwoorden.

Aldus impliceert het oordeel van het arrest dat de gevraagde technische informatie in België dient te worden verleend, niet dat de eiseres zo niet over een vestiging, dan toch wel over enige infrastructuur of fysieke aanwezigheid in België dient te beschikken wanneer zij in dit land haar elektronische communicatiediensten wenst aan te bieden.

In zoverre berust het onderdeel op een onjuiste lezing van het arrest en mist het bijgevolg feitelijke grondslag.

3. Voor het overige oordeelt het arrest dat de eiseres wordt vervolgd wegens het niet meedelen van de gevraagde informatie overeenkomstig artikel 88*bis* Wetboek van Strafvordering en het niet leveren van technische bijstand bij de af luistermaatregel op grond van artikel 90*quater* Wetboek van Strafvordering, maar niet wegens het niet hebben van een technische infrastructuur op Belgisch grondgebied. Aldus steunt het arrest de veroordeling van de eiseres niet op het koninklijk besluit van 9 januari 2003.

In zoverre het onderdeel aanvoert dat artikel 2, § 1 en § 2 van dat koninklijk besluit artikel 56 VWEU schendt, kan het niet tot cassatie leiden en is het bij gebrek aan belang niet ontvankelijk.

4. Aangezien het onderdeel eensdeels uitgaat van een onjuiste lezing van het arrest en anderdeels niet ontvankelijk is om redenen die niet zijn ontleend aan normen die het onderwerp uitmaken van de voorgestelde prejudiciële vraag, bestaat er geen reden die vraag te stellen aan het Hof van Justitie.

EERSTE ONDERDEEL

5. Het onderdeel voert schending aan van artikel 149 Grondwet: het is tegenstrijdig, na de vaststelling dat de eiseres geen infrastructuur of vestiging in België heeft, te oordelen, enerzijds, dat de door de onderzoeksrechter van de eiseres gevorderde medewerking in België diende te worden verleend en ook de technische ondersteuning in België diende te worden verleend en, anderzijds, dat de verplichting om de gevorderde informatie en technische ondersteuning in België te verlenen niet vereist dat de dienstverstrekker in België over een maatschappelijke zetel, een infrastructuur of een fysieke aanwezigheid dient te beschikken.

6. De aangevoerde tegenstrijdigheid is volledig afgeleid uit de in het tweede onderdeel vergeefs aangevoerde onwettigheid.

Het onderdeel is niet ontvankelijk.

DERDE ONDERDEEL

7. Het onderdeel voert schending aan van artikel 2, 2. van het VN-handvest, artikel 4 VEU, artikel 18 van de overeen-

komst van 29 mei 2000 betreffende de wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen lidstaten van de Europese Unie, artikel 3, § 1 van het Europees verdrag van 20 april 1959 aangaande de wederzijdse rechtshulp in strafzaken, artikel 24 van het verdrag van 27 juni 1962 aangaande de uitlevering en de rechtshulp in strafzaken tussen het Koninkrijk België, het Groothertogdom Luxemburg en het Koninkrijk der Nederlanden, artikel 4 van de Luxemburgse gewijzigde wet van 30 mei 2005 houdende vaststelling van specifieke bepalingen voor de bescherming van personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens in de sector van de elektronische communicatie en houdende wijziging van de artikelen 88.2 en 88.4 van het Luxemburgse Wetboek van Strafvordering, zoals hier van toepassing, en de artikelen 88*bis* en 90*quater* Wetboek van Strafvordering, zoals hier van toepassing: in zoverre het arrest dient te worden begrepen als zou de door de onderzoeksrechter bevolen maatregel moeten worden uitgevoerd in Luxemburg wanneer de eiseres niet over enige infrastructuur of fysieke aanwezigheid in België beschikt, zonder dat een rechtshulpverzoek moet worden gedaan overeenkomstig artikel 18, § 1 en § 2 van de voormelde overeenkomst van 29 mei 2000 en zonder dat hierbij rekening moet worden gehouden met het Luxemburgs recht, in het bijzonder de bepaling vermeld in het onderdeel, schendt het de genoemde bepalingen, zeker nu voor het verlenen van de medewerking in het kader van de artikelen 88*bis* en 90*quater* Wetboek van Strafvordering veel verdergaande materiële handelingen in het buitenland moeten worden gesteld dan wanneer het enkel gaat om louter identificatiegegevens.

8. Artikel 88*bis* Wetboek van Strafvordering, zoals hier van toepassing, bepaalt:

“§ 1. Wanneer de onderzoeksrechter van oordeel is dat er omstandigheden zijn die het doen opsporen van telecommunicatie of het lokaliseren van de oorsprong of de bestemming van telecommunicatie noodzakelijk maken om de waarheid aan de dag te brengen, kan hij, zo nodig door daartoe de medewerking van de operator van een telecommunicatienetwerk of van de verstrekker van een telecommunicatiedienst te vorderen:

1° de oproepgegevens doen opsporen van telecommunicatiemiddelen van waaruit of waarnaar oproepen worden of werden gedaan;

2° de oorsprong of de bestemming van telecommunicatie laten lokaliseren.

In de gevallen bepaald in het eerste lid wordt voor ieder telecommunicatiemiddel waarvan de oproepgegevens worden opgespoord of waarvan de oorsprong of de bestemming van de telecommunicatie wordt gelokaliseerd, de dag, het uur, de duur, en, indien nodig, de plaats van de oproep vastgesteld en opgenomen in een proces-verbaal.

De onderzoeksrechter vermeldt de feitelijke omstandigheden van de zaak die de maatregel wettigen in een met redenen

omkleed bevelschrift dat hij meedeelt aan de procureur des Konings.

Hij vermeldt ook de duur van de maatregel, die niet langer kan zijn dan twee maanden te rekenen vanaf het bevelschrift, onverminderd een hernieuwing.

[...]

§ 2. Iedere operator van een telecommunicatienetwerk en iedere verstrekker van een telecommunicatiedienst deelt de gegevens waarom verzocht werd mee binnen een termijn te bepalen door de Koning, op voorstel van de minister van Justitie en de minister bevoegd voor Telecommunicatie.

Iedere persoon die uit hoofde van zijn bediening kennis krijgt van de maatregel of daaraan zijn medewerking verleent, is tot geheimhouding verplicht. Iedere schending van het geheim wordt gestraft overeenkomstig artikel 458 van het Strafwetboek.

Iedere persoon die zijn technische medewerking weigert aan de vorderingen bedoeld in dit artikel, medewerking waarvan de modaliteiten vastgesteld worden door de Koning, op voorstel van de minister van Justitie en de minister bevoegd voor Telecommunicatie, wordt gestraft met geldboete van zesentwintig euro tot tienduizend euro.”

Artikel 90quater, § 2 Wetboek van Strafvordering, zoals hier van toepassing, bepaalt:

“§ 2. Indien de maatregel een bewerking op een communicatienetwerk inhoudt, is de operator van dit netwerk of de verstrekker van de telecommunicatiedienst ertoe gehouden zijn technische medewerking te verlenen, wanneer de onderzoeksrechter hierom verzoekt.

Iedere persoon die uit hoofde van zijn bediening kennis krijgt van de maatregel of daaraan zijn medewerking verleent, is tot geheimhouding verplicht. Iedere schending van het geheim wordt gestraft overeenkomstig artikel 458 van het Strafwetboek.

Iedere persoon die zijn technische medewerking weigert aan de vorderingen bedoeld in dit artikel, medewerking waarvan de modaliteiten vastgesteld worden door de Koning, op voorstel van de minister van Justitie en de minister bevoegd voor Telecommunicatie, wordt gestraft met geldboete van zesentwintig euro tot tienduizend euro.”

9. Die bepalingen laten de Belgische onderzoeksrechter toe om, in het kader van zijn gerechtelijk onderzoek, vanwege iedere operator van een elektronisch communicatienetwerk en iedere verstrekker van een elektronische communicatiedienst die zijn economische activiteit actief op consumenten in België richt, de hier bedoelde informatieverstrekking of technische bijstand te vorderen met betrekking tot in België gevoerde elektronische communicatie, ongeacht de plaats waar die operator of verstrekker is gevestigd dan wel waar de infrastructuur ligt die vereist is om gevolg te geven aan de vordering van de onderzoeksrechter.

Eensdeels is een dergelijke operator of verstrekker immers onderworpen aan de Belgische wetgeving omwille van het enkele feit van zijn actieve deelname aan het economische leven in België. Anderdeels vereist de hier bedoelde medewerkingsplicht geen interventie van de Belgische gerechtelijke overheid in het buitenland. Bijgevolg is de onderzoeksrechter niet ertoe gehouden een rechtshulpverzoek te richten aan de staat waar die operator of vertrekker zijn vestiging of infrastructuur heeft en is hij niet gebonden door de wetgeving van dat land.

In zoverre het onderdeel uitgaat van een andere rechtsopvatting, faalt het naar recht.

10. Het arrest oordeelt zoals vermeld in het antwoord op het tweede onderdeel van dit middel en bovendien:

– een beweerde strijdigheid met het Luxemburgs recht is niet aan de orde aangezien de medewerkingsplicht van de eiseres op grond van de artikelen 88bis en 90quater Wetboek van Strafvordering betrekking heeft op communicatie in België en niet op communicatie in Luxemburg;

– de door de eiseres op Belgisch grondgebied verstrekte dienstverlening aan inwoners van België valt onder het toepasselijk Belgisch recht en niet onder het Luxemburgs recht;

– de vordering van de onderzoeksrechter beoogde een informatieverstrekking door de eiseres aan de Belgische onderzoekers, alsmede een technische medewerking bij een afluistermaatregel op Belgisch grondgebied. Er is geen sprake van het verrichten van opsporingshandelingen door de organen 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 de eiseres;

– evenmin is er sprake van een strijdigheid van de artikelen 88bis en 90quater Wetboek van Strafvordering met artikel 2 van het VN-handvest dat in de soevereine gelijkheid van de verdragsluitende lidstaten voorziet.

Aldus is de beslissing naar recht verantwoord.

In zoverre kan het onderdeel niet worden aangenomen.

VIERDE ONDERDEEL

11. Het onderdeel voert schending aan van artikel 8 EVRM en artikel 2 van de Luxemburgse wet van 11 augustus 1982 betreffende de bescherming van de persoonlijke levenssfeer: het arrest oordeelt ten onrechte dat de door de eiseres te verlenen medewerking onder het Belgisch en niet onder het Luxemburgs recht valt en de eiseres gehouden was deze medewerking te verlenen op grond van een bevel van de Belgische onderzoeksrechter, terwijl de eiseres als in Luxemburg gevestigde rechtspersoon zonder infrastructuur in België gehouden was om de Luxemburgse wet na te leven;

indien de eiseres wordt verplicht om gebruiksgegevens over te maken aan de Belgische onderzoeksrechter met schending van het Luxemburgs recht, is zij gedwongen de privacy te miskennen van de personen die gebruik maken van haar diensten.

12. In zoverre het onderdeel schending aanvoert van artikel 2 van de Luxemburgse wet van 11 augustus 1982 betreffende de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, heeft het dezelfde strekking als de in het derde onderdeel van dit middel vergeefs aangevoerde schending van de Luxemburgse wet van 30 mei 2005 en is het om dezelfde redenen te verwerpen.

13. In zoverre het onderdeel schending aanvoert van artikel 8 EVRM, is het afgeleid uit de vergeefs aangevoerde schending van artikel 2 van de Luxemburgse wet van 11 augustus 1982 en is het niet ontvankelijk.

Tweede middel

EERSTE ONDERDEEL

14. Het onderdeel voert schending aan van de artikelen 88bis en 90quater Wetboek van Strafvordering en artikel 126 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, telkens zoals hier van toepassing: het arrest oordeelt dat de eiseres de nodige maatregelen diende te nemen opdat zij kon voldoen aan de vorderingen van de onderzoeksrechter op grond van artikel 88bis Wetboek van Strafvordering en dat zij strafrechtelijk verantwoordelijk is indien zij wetens en willens nalaat aan deze vorderingen gevolg te geven; de eiseres is evenwel slechts strafrechtelijk verantwoordelijk voor het niet voldoen aan de bedoelde medewerkingsverplichting indien de wet haar ook een verplichting oplegt om deze gegevens te bewaren; dergelijke verplichting bestond niet in de periode van de telastlegging.

15. Het arrest steunt de veroordeling van de eiseres niet enkel op de in het onderdeel vermelde reden, maar ook op de reden dat de eiseres zelfs geen intentie heeft gehad om te voldoen aan het gevraagde, terwijl in het schrijven van de eiseres nochtans werd bevestigd dat zij de basisabonneegegevens kon vrijgeven, alsmede andere informatie zoals overzichten van online communicaties via de eiseres. Met die zelfstandige reden is de beslissing naar recht verantwoord.

Het onderdeel dat niet opkomt tegen die reden, kan niet tot cassatie leiden en is bijgevolg bij gebrek aan belang niet ontvankelijk.

TWEDE ONDERDEEL

16. Het onderdeel voert schending aan van artikel 56 VWEU en artikel 2 koninklijk besluit van 9 januari 2003: het arrest schendt artikel 2 koninklijk besluit van 9 januari 2003 door te oordelen dat dit artikel de eiseres niet verplicht tot het hebben van een infrastructuur in België van waaruit medewerking moet worden verleend; uit dat artikel volgt immers dat

de eiseres verplicht is op het Belgische grondgebied een “Coördinatiecel Justitie” te vestigen, wat dient te worden beschouwd als een infrastructuur of minstens een fysieke aanwezigheid met het oog op het verschaffen van technische medewerking; een bepaling van nationaal recht volgens welke een in een andere lidstaat gevestigde onderneming in de lidstaat waar zij elektronische communicatiediensten wil aanbieden een vaste inrichting moet oprichten, is in strijd met het in artikel 56 VWEU neergelegde verbod om het vrij verrichten van diensten te beperken.

De eiseres verzoekt aan het Hof van Justitie van de Europese Unie de volgende prejudiciële vraag te stellen: “*Verhindert artikel 56 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie aan een lidstaat om aan een verstrekker van telecommunicatiediensten of elektronische communicatiediensten in de zin van de artikelen 88bis en 90quater van het Wetboek van Strafvordering, die gevestigd is in een andere lidstaat en die niet beschikt over enige vestiging of fysieke aanwezigheid in de eerstgenoemde lidstaat die hem zou toelaten om communicatie op het grondgebied van deze lidstaat te onderscheppen, om op grond van nationaalrechtelijke bepalingen (d.i. een wettelijke bepaling of een op grond van deze wettelijke bepaling genomen uitvoeringsbesluit) de verplichting op te leggen om te voorzien in een zogenaamde ‘Coördinatiecel Justitie’ en/of enige andere infrastructuur en/of fysieke aanwezigheid (in de vorm van een bijkantoor, servers, communicatienetwerken) op het grondgebied van laatstgenoemde staat met als enig doel in staat te zijn om communicatie te onderscheppen op het grondgebied van deze lidstaat op rechtstreekse vordering van de aldaar bevoegde overheden, met dien verstande dat de onderschepping van de communicatie kan plaatsvinden buiten het grondgebied van deze lidstaat en op minder belastende wijze voor de dienstenverstrekker, met name indien de vordering tot onderscheppen van communicatie aan de dienstenverstrekker wordt gericht via de procedures die expliciet voor dit doel werden voorzien in de toepasselijke Europese verdragen en instrumenten aangaande wederzijdse rechtshulp in strafzaken?*”

17. In zoverre het onderdeel schending aanvoert van artikel 2 koninklijk besluit van 9 januari 2003, is het om de redenen vermeld in het antwoord op het tweede onderdeel van het eerste middel, niet ontvankelijk.

18. Voor het overige oordeelt het arrest dat:

– de verplichting om de gevorderde informatie, data of technische ondersteuning in België aan de onderzoekers ter beschikking te stellen, geenszins de verplichting inhoudt voor de dienstverstrekker om in België over een maatschappelijke zetel of een infrastructuur te beschikken;

– het geenszins zo is dat het koninklijk besluit van 9 januari 2003 de operatoren of dienstverstrekkers zou verplichten tot het hebben van infrastructuur in België, van waaruit de

medewerking zou moeten worden verstrekt; dit is een te enge lezing van dat koninklijk besluit;

– de eiseres wordt vervolgd wegens het niet meedelen van de gevraagde informatie overeenkomstig artikel 88bis Wetboek van Strafvordering en wegens het niet leveren van technische bijstand bij de af luistermaatregel van artikel 90quater van dat wetboek, maar niet wegens het niet hebben van een technische infrastructuur op Belgisch grondgebied.

Anders dan waarvan het onderdeel uitgaat bij de aanvoering van de schending van de artikelen 88bis en 90quater Wetboek van Strafvordering en van artikel 56 VWEU, steunt het arrest de beslissing om de eiseres schuldig te verklaren aan het haar ten laste gelegde feit zodoende niet op een in het koninklijk besluit van 9 januari 2003 opgelegde verplichting om een “Coördinatieceel Justitie” op te richten op het Belgische grondgebied.

In zoverre berust het onderdeel op een onjuiste lezing van het arrest en mist het bijgevolg feitelijke grondslag.

19. Er bestaat geen reden om de door de eiseres voorgestelde prejudiciële vraag, die uitgaat van een onjuiste lezing van het arrest, te stellen aan het Hof van Justitie.

AMBTSHALVE ONDERZOEK

20. De substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen zijn in acht genomen en de beslissing is overeenkomstig de wet gewezen.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiseres tot de kosten.

Bepaalt de kosten op 143,61 EUR.

(...)

Note

La fin de la saga Skype: les fournisseurs de services étrangers obligés de collaborer avec la justice belge en dépit des possibilités techniques et de leurs obligations en droit étranger¹

Vanessa Franssen² et Marine Corhay³

I. INTRODUCTION

Le 19 février 2019, la Cour de cassation a rendu son arrêt dans l’affaire *Skype*, attendu avec impatience par la communauté juridique et les acteurs économiques. Toutefois, l’arrêt offre très peu de réponses aux questions de taille qui se posent. En fait, un lecteur non initié aurait même beaucoup de mal à comprendre l’enjeu de l’affaire. L’objectif de ce commentaire est dès lors d’apporter, de manière succincte, un éclairage sur cet arrêt et les questions laissées en suspens, qui touchent à la thématique délicate mais fondamentale de la collaboration des fournisseurs de services autres que les traditionnels opérateurs et fournisseurs de

services de télécommunications.

Dans un premier temps, nous esquisserons brièvement les faits et la procédure qui a précédé l’arrêt annoté. Ensuite, dans une seconde étape, nous expliquerons les questions soumises à la Cour de cassation, avant de procéder à une analyse critique de l’arrêt et de la législation nationale sur laquelle il se fonde. Nous clôturerons avec quelques mots de mise en perspective de cette jurisprudence, notamment en parallèle avec les actuelles négociations au niveau de l’Union européenne et du Conseil de l’Europe.

II. FAITS ET PROCÉDURE DEVANT LES JURIDICTIONS DE FOND

Les faits remontent à septembre 2012. Dans le cadre d’une enquête relative à une organisation criminelle, le juge d’instruction requiert que Skype Communications SARL (ci-

après: *Skype*), d’un côté, produise des données de trafic relatives aux communications *Skype* d’un des suspects (art. 88bis, § 2, C.i.cr.) et, de l’autre, prête son concours

^{1.} Cette publication s’inscrit dans un projet de recherche de droit comparé financé par le F.R.S-FNRS (CDR J.0293.17) et l’ULiège, qui est consacré à la collaboration des fournisseurs de services dans le cadre des enquêtes pénales.

^{2.} Chargée de cours à l’ULiège, collaboratrice scientifique à la KU Leuven et membre du barreau de Bruxelles.

^{3.} Assistante à l’ULiège.