

**Arrest dd. 30 juni 2010,**  
**uitgesproken door het Hof van Beroep te Gent**

In de zaak van

**OM**

Tegen

**Yahoo**

Beklaagd van:

In het gerechtelijk arrondissement Dendermonde en bij samenhang elders in het Rijk, minstens in de periode van 10.12.2007 tot en met de datum der dagvaarding, en alleszins op 10.12.2007, op 10.3.2008 en 7.7.2008,

door de misdaad of het wanbedrijf rechtstreeks te hebben uitgevoerd of aan de uitvoering te hebben meegewerkt of door enige daad tot de uitvoering zodanige hulp te hebben verleend dat de misdaad of het wanbedrijf niet had kunnen worden gepleegd, of om door giften, beloften, bedreigingen, misbruik van gezag of van macht, misdadige kuiperijen of arglistigheden, de misdaad of het wanbedrijf rechtstreeks te hebben uitgelokt,

als dader in de zin van artikel 66 S.W.B.:

inbreuk te hebben gepleegd op artikel 46bis §2 van het Belgisch Wetboek van Strafvordering, door als operator van een elektronisch communicatienetwerk of verstrekker van een elektronische communicatiedienst van wie gevorderd werd door de procureur des Konings, om de in paragraaf 1 van artikel 46bis van het Wetboek van Strafvordering bedoelde gegevens mede te delen, geweigerd te hebben deze gevorderde gegevens mede te delen aan de procureur des Konings,

in casu, door als op Belgisch territorium actieve operator van een elektronisch communicatienetwerk of verstrekker van een elektronische communicatiedienst, na gevorderd te zijn middels de vordering van de procureur des Konings te Dendermonde dd. 21.11.2007 overeenkomstig artikel 46bis van het Belgisch Wetboek van Strafvordering, om met betrekking tot de e-mailaccounts:

- ...@yahoo.com;

- ...@yahoo.com;
- ...@yahoo.com;
- ...@yahoo.com;
- ...@yahoo.com;
- ...@yahoo.com;
- ...@yahoo.com;

de volgende gegevens mede te delen:

1. de complete identificatie-/registratiegegevens van degene die de account heeft gecreëerd/geregistreerd, inclusief het IP-adres, datum en uur (+ tijdszone) van de registratie;
2. het e-mailadres dat gekoppeld is aan het profiel;
3. alle andere persoonsgegevens of informatie die kan leiden tot identificatie van de gebruiker(s) van de account;

geweigerd te hebben deze gegevens mede te delen aan de procureur des Konings.

Bij vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Dendermonde, 13° kamer, zetelende in correctionele zaken dd. 2 maart 2009, op tegenspraak gewezen, werd Yahoo! Inc. schuldig verklaard en veroordeeld tot een geldboete van TIENDUIZEND EURO, verhoogd met 45 decimen, hetzij 55.000,00 euro, alsmede tot de gerechtskosten begroot op 38,62 euro, haar tevens verplichtend een bijzondere vergoeding voor het verloop van de strafprocedure te betalen van 25,00 euro en een solidariteitsbijdrage van 25,00 euro, verhoogd met 45 decimen, hetzij 137,50 euro bij wijze van bijdrage tot de financiering van het Fonds tot hulp aan de slachtoffers van opzettelijke gewelddaden en aan de occasionele redders;

en werd beklaagde bevolen tot teruggave mits verbeurte van een dwansom van 10.000 euro per dag vertraging in mededeling van de gegevens zoals vermeld in de schriftelijke vordering op grond van artikel 46bis Sv. van 21.11.2007 van de procureur des Konings te Dendermonde en dit vanaf datum dat huidig vonnis in kracht van gewijsde treedt.

\* \* \* \* \*

Tegen voormeld vonnis werd hoger beroep ingesteld:

- op 4 maart 2009 door Yahoo! Inc. tegen al de beschikkingen;
- op 12 maart 2009 door het Openbaar Ministerie tegen Yahoo! Inc..

\* \* \* \* \*

Gehoord in openbare terechtzitting in het Nederlands :

- mr. G. Warson in de plaats van mr. P. Londers en mr. J. Dhont, allen advocaat te Brussel, die Yahoo! Inc. vertegenwoordigt in haar middelen van verdediging;
- de heer J. Kerkhofs, Substituut-Procureur des Konings te Dendermonde, in zijn vordering.

\* \* \* \* \*

#### PROCESGANG

01. De zaak werd oorspronkelijk door een rechtstreekse dagvaarding (hierna kortheidshalve aangeduid als 'inleidende akte') aanhangig gemaakt bij de correctionele rechtbank te Dendermonde.
02. Deze rechtbank sprak vonnis uit op 2 maart 2009.
03. De zaak werd bij dit Hof aanhangig gemaakt door het hoger beroep, ingesteld tegen dit vonnis (hierna kortheidshalve aangeduid als 'beroepen vonnis'), van :
  - a. De beklaagde Yahoo ! Inc., op 4 maart 2009 (aangetekend tegen alle beschikkingen van dit vonnis, te haren laste uitgesproken);
  - b. Het openbaar ministerie, op 12 maart 2009 (aangetekend tegen voornoemde beklaagde);
04. Na regelmatige betekening van een dagvaarding werd de zaak voor de derde kamer van dit Hof - zetelend in correctionele zaken - vastgesteld voor behandeling (buiten het geval van artikel 205 van het Wetboek van strafvordering, wordt de zaak bij het appelgerecht aanhangig gemaakt door de regelmatig ter griffie ingekomen verklaring van hoger beroep, zodat de dagvaarding van het openbaar ministerie om voor dit rechtscollege te verschijnen alleen tot doel heeft de partijen in te lichten over de plaats, de dag en het uur van het onderzoek van het hoger beroep).

05. De zaak is inhoudelijk behandeld door deze kamer van het Hof, uitsluitend samengesteld uit de magistraten zoals aangegeven in het proces-verbaal van terechtzitting dd. 19 mei 2010 (zie ook artikel 780 Ger. Wb.).

06. De beklaagde is voor deze kamer niet verschenen, doch werd vertegenwoordigd door haar raadsman.

07. Dit arrest wordt uitgesproken in openbare terechtzitting, met inachtnaam van hetgeen is bepaald in artikel 782bis Gerechtelijk Wetboek (zoals van toepassing vanaf 26/06/2008).

#### I. BEOORDELING

08. Elk hoger beroep is tijdig en regelmatig.

09. De beklaagde staat in deze zaak terecht voor een beweerde inbreuk op artikel 46bis, § 2, van het Belgisch wetboek van strafvordering.

10. Luidens artikel 46bis § 1 van deze bepaling zijn de 'operator van een elektronisch communicatienetwerk' of de 'verstrekker van een elektronische communicatiedienst' gehouden medewerking te verlenen aan de procureur des Konings bij het opsporen van de misdaden en wanbedrijven. Doen zij dit niet worden zij strafbaar gesteld. Enkel diegenen die één van de aangegeven hoedanigheden hebben zijn strafbaar.

11. Uit de stukken van het strafdossier valt af te leiden dat een aantal personen (derden - in deze zaak niet betrokken) via een 'internet access provider' (afgekort IAP - dienst die toegang verschaft tot het internet) toegang verkregen tot het (wereldwijde) internet en zich op die wijze richtten tot de portaal-site van Yahoo! Inc ([www.yahoo.com](http://www.yahoo.com)), teneinde een gratis e-mailadres van Yahoo te verkrijgen. Zij gebruikten dit Yahoo-e-mailadres nadien om berichten te versturen aan andere bezitters van een e-mailadres. Het openbaar ministerie stelt dat deze derden zich daarbij schuldig maakten aan strafbare gedragingen in België (gedragingen die alhier al evenmin het voorwerp zijn van beoordeling).

12. Het is tegen deze globale achtergrond dat het openbaar ministerie medewerking vroeg aan de beklaagde. De procureur des Konings wilde de aanvragers van een e-mailaccount bij Yahoo identificeren. Daartoe werden een aantal identificatiegegevens gevraagd aan Yahoo. Deze aanvraag geschiedde zowel elektronisch als schriftelijk.

13. De beklaagde, Yahoo! Inc, 701 First Avenue, Sunnyvale, CA 94089, United States of America, weigerde volgens het openbaar ministerie medewerking te verlenen. Het alhier ter beoordeling staande misdrijf werd in de inleidende akte gesitueerd in het gerechtelijk arrondissement Dendermonde en bij samenhang elders in het Rijk, minstens in de periode van 10 december 2007 tot en met de datum van de dagvaarding (noot van het Hof : 22/09/2008), en alleszins op 10/12/2007, 10/03/2008 en vanaf 07/07/2008.

14. Het openbaar ministerie zette ter zitting uiteen dat 'Yahoo in België territoriaal aanwezig is, zowel commercieel, als dienstverstrekker, alleszins minstens virtueel via het internet'. Onmiddellijk wordt opgemerkt dat het openbaar ministerie niet aangeeft in welke hoedanigheid Yahoo (nl. als operator van een netwerk dan wel als verstrekker van een communicatiedienst) precies wordt vervolgd.

15. Het 'Yahoo! gratis webmail'-systeem bestaat volgens de beklaagde in essentie in het verschaffen van een software-applicatie die toelaat om aan de hand van een Yahoo!-e-mailadres elektronische berichten te versturen en te ontvangen van op eender welke locatie.

16. Deze stelling van de beklaagde is geloofwaardig en werd door het Openbaar Ministerie in deze zaak op geen enkel ogenblik op aannemelijke wijze weerlegd.

17. Het Hof stelt in het algemeen vast:

a. Het versturen van tekstberichten via elektronische communicatienetwerken bestaat sinds vele decennia. Het 'wereld wijde web (hierna afgekort www)' wordt sinds het einde van de vorige eeuw op grote schaal gebruikt door het brede publiek. Het 'www' betreft een overkoepelend netwerk van websites die op eenvoudige wijze met een webbrowser bekeken kunnen worden.

b. Onder elektronische post verstaat dit Hof : "Een tekst-, spraak-, geluid- of beeldbericht dat over een openbaar communicatienetwerk wordt verzonden en in het netwerk of in de eindapparatuur van de ontvanger kan worden opgeslagen tot het door de afnemer wordt opgehaald" (zie en vgl. Art. 2, 2° van de wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij (wet elektronische handel)). Deze definitie sluit aan bij de definitie die is terug te vinden in de Europese richtlijn betreffende privacy en elektronische

communicatie, al wordt daar het begrip e-mail gehanteerd en spreekt men van ontvanger in plaats van afnemer ((Artikel 2 h) van Richtlijn 2002/58/EG van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie - hierna verder aangeduid als richtlijn elektronische privacy).

c. Een e-mail in enge zin is naar de opvatting van dit Hof de elektronische boodschap die verstuurd wordt via het internet en gebaseerd is op het zogenaamde SMTP (simple message transfer protocol), zijnde een stelsel van regels of standaards ontworpen om computers met elkaar en met randapparaten te kunnen verbinden.

d. Elektronische communicatie is een ruimer begrip dan elektronische post.

e. Elektronische communicatie betreft volgens dit Hof informatie die wordt uitgewisseld of overgebracht tussen een eindig aantal partijen door middel van een openbare elektronische communicatiedienst (artikel 2,d) richtlijn elektronische privacy).

f. Surfen op het internet betreft een voorbeeld van elektronische communicatie die in beginsel geen elektronische post uitmaakt.

g. De vertrouwelijkheid van elektronische communicatie (en ook van elektronische post) wordt beschermd door artikel 122 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie - zie ook hierna).

h. In principe belandt een elektronisch bericht niet rechtstreeks van de verzender bij de ontvanger maar wordt, net zoals bij analoge post, gebruik gemaakt van intermediaire communicatiediensten (meestal internet service providers, aanbieders van specifieke e-maildiensten of aanbieders van mobiele netwerken).

i. Voor het versturen en ontvangen van een e-mail wordt onder meer gebruik gemaakt van mailservers (hoofdzakelijk de zgn. SMTP-servers voor het versturen van berichten en de POP-server voor het ontvangen ervan) en DNS (Domain name system: systeem voor de vertaling van woordelijke domeinnamen naar IP-adressen en omgekeerd - IP-adressen zijn in nummers uitgedrukte unieke identificatieadressen op het internet).

j. Aan de gebruikers van e-mail wordt door de e-mailclient (d.i. een programma dat gebruikt wordt voor het versturen en ontvangen van e-mail via een mailserver) een zogenaamde e-mailaccount met een daaraan gekoppeld e-mailadres ter beschikking gesteld.

18. Het Hof stelt in het bijzonder vast:

a. De e-mailaccounts waarvan het openbaar ministerie in deze zaak, in toepassing van artikel 46bis Sv., identificatie vroeg aan de beklaagde werden door de beklaagde uitgereikt en toegekend aan diverse personen (natuurlijke personen of rechtspersonen). Het is daarbij geloofwaardig geworden - en in rechte alleszins onvoldoende weerlegd - dat de bewuste e-mailaccounts werden aangevraagd en aangemaakt op vraag van personen die zich op dat ogenblik niet in België bevonden.

b. Deze e-mail-accounts behoren toe aan de beklaagde. Het gebruik ervan werd door deze laatste toegekend aan de derden-aanvragers (natuurlijke personen of rechtspersonen, wellicht niet in België gelocaliseerd op het ogenblik van deze gebruikmaking (zie de - door het openbaar ministerie niet weerlegde - informatie, aanwezig in het strafdossier)).

c. Het is geloofwaardig gebleken - en alleszins onvoldoende in rechte weerlegd - dat, op het ogenblik van de aanvraag en de toekenning van deze accounts, de derden-aanvragers zich buiten België bevonden, zodat zij op dat ogenblik wellicht geen gebruik maken van operatoren van een communicatienetwerk of de diensten van de verstrekkers van een elektronische communicatiedienst, in België gevestigd.

d. De accounts zelf zijn klaarblijkelijk gelocaliseerd op Amerikaans grondgebied, binnen een aldaar bestaand 'webmail-systeem', beheerd door de beklaagde. Dit systeem is bereikbaar door naar de portaalsite van Yahoo in Amerika te 'surfen' (d.w.z. door zich langs elektronische weg te begeven naar de site van Yahoo in Amerika). Mits het aldaar intikken van een gebruikersnaam en een paswoord verkregen de derden-aanvragers toelating om deze accounts te gebruiken. De 'overdracht' of 'transmissie' van alle aldus medegedeelde gegevens, alsmede de interconnectie(s) op het www, geschieden wellicht via netwerken die toebehoren aan verschillende operatoren en met tussenkomst van zgn. elektronische dienstverleners, zonder dat bewezen werd dat de beklaagde bij deze overbrenging tussenkwam of enige constitutieve handeling stelde. Het is in deze zaak helemaal niet komen vast te staan dat Yahoo over dergelijke openbare netwerkinfrastructuur zou beschikken dan wel als openbare dienstverlener zou tussenkomen bij de overdracht of transmissie van dergelijke gegevens (zgn. 'bits en bytes') vanuit België of enig ander land in de wereld naar de portaalsite van Yahoo in Amerika.

e. Alle destijds, door de openbaar ministerie, gevraagde identificatiegegevens bevinden zich eveneens op Amerikaans grondgebied (nl. op de (elektronische) apparatuur, toebehorend aan de beklaagde en deel uitmakend van het interne webmail-systeem, ontwikkeld door en eigendom van de beklaagde). Deze identificatiegegevens kunnen vanuit België niet worden geraadpleegd of zichtbaar gemaakt (dit is trouwens de reden waarom het openbaar ministerie een vordering richtte tot de beklaagde).

f. Het is door het openbaar ministerie niet aannemelijk gemaakt dat de beklaagde enige vestiging zou hebben op Belgisch grondgebied. De beklaagde heeft alhier evenmin een bedrijfszetel of werkelijke zetel. Zij stelt alhier al evenmin werknemers tewerk.

g. Het gegeven dat het openbaar ministerie vanuit België (via een eigen e-mailaccount die niet toebehoort aan de beklaagde) de portaalsite van de beklaagde in Amerika kan bereiken langs elektronische weg is enkel het gevolg van het feit dat het openbaar ministerie via een (eigen) operator van een netwerk en/of verstrekker van een elektronische communicatiedienst (in België) over een aansluiting beschikt en alzo toegang tot het internet verkrijgt. Alleen op die wijze kon de portaalsite van de beklaagde in Amerika worden bereikt (d.w.z. virtueel zichtbaar gemaakt op het scherm in België). Het is ook enkel via deze weg en dit portaal dat ook het webmail-systeem van de beklaagde kan worden aangesproken en bereikt. Een bericht, gepost in België, wordt dan via de bestaande openbare netwerken en diensten afgeleverd bij Yahoo.

h. Nergens is op afdoende wijze in deze zaak komen vast te staan dat Yahoo, hetzij als operator van een netwerk, hetzij als verstrekker van een communicatiedienst, enige rol vervult (of heeft vervuld), dan wel tussenkomt of tussengekomen is bij de overbrenging van gegevens vanuit België naar de portaalsite van Yahoo.

i. Het is geloofwaardig geworden dat alle apparatuur of infrastructuur, eigendom van de beklagde (bv. server), in Amerika is gelocaliseerd. De portaalsite van Yahoo! Inc. bevindt zich klaarblijkelijk in Amerika en wordt aldaar bestuurd en van daaruit beheerd. Deze site kan, mits tussenkomst van operatoren van netwerken en verstrekkers van elektronische communicatiediensten, vanuit België worden bereikt en alhier (op het computerscherm) gevisualiseerd door Belgische internetgebruikers (zie hoger). Dergelijke bereikbaarheid is mogelijk door de aanwezigheid van netwerken, bestaande interconnecties en dienstverleners van elektronische communicatie, zonder enige tussenkomst van de beklagde. Het is niet overtuigend bewezen dat Yahoo daarbij bemiddelend zou tussenkomen, laat staan bij dit alles op constitutieve wijze 'overbrengings- of transmissiedaden' zou stellen of daarvoor zou verantwoordelijk zijn.

j. Het is niet omdat een buitenlandse vennootschap in België via een computerscherm, toebehorend aan particulieren of vennootschappen, op één of andere wijze zichtbaar kan worden gemaakt dat daarom alleen reeds deze buitenlandse vennootschap alhier zou moeten worden geacht aanwezig te zijn en handelingen te stellen die onder het toepassingsveld zouden kunnen worden ondergebracht van artikel 46 bis van het wetboek van strafvordering. Dergelijke (virtuele) zichtbaarheid laat al evenmin toe de bestemming van een bericht of van communicatie, verzonden vanuit België, als operator van een netwerk of verstrekker van communicatiedienst, in de zin van artikel 46bis Sv., aan te merken.

k. Inzonderheid werd in deze zaak op onvoldoende wijze nagegaan of de (schakel en routerings)-apparatuur, waardoor de toegang tot de portaalsite van Yahoo vanuit België (via het internet) mogelijk werd gemaakt, eigendom is van de beklagde en/of deze apparatuur door de beklagde werd beheerd. Het Hof acht het geloofwaardig dat dit niet het geval is. Zonder dat het tegenbewijs op afdoende wijze werd geleverd bestaat volgens dit Hof de mogelijkheid dat de infrastructuur en de apparatuur, alsmede de toegang tot het wereldwijde web, mogelijk worden gemaakt door tussenkomst van andere personen (natuurlijke personen of rechtspersonen) dan Yahoo, die in België kunnen worden aangemerkt als (eind)gebruikers, als abonnees, als operatoren van een elektronisch communicatienetwerk of als verstrekkers van een elektronische communicatiedienst, in de zin van artikel 46bis §§1 en 2 van het wetboek van strafvordering en artikel 2 van de wet van 13 juni 2005 (zie ook hierna). De weg tot de portaalsite van de beklagde geschiedt klaarblijkelijk via zulke bestaande netwerken en diensten, eigendom van of beheerd door andere personen dan de beklagde. De beklagde maakt voor de toepassing van haar webmaildienst enkel gebruik van de (bestaande) infrastructuur en de bestaande communicatiediensten ('netwerken' en 'diensten' in de zin van artikel 46bis Sv.). Het tegendeel is in deze zaak niet aangetoond door het openbaar ministerie.



l. De bestaande Belgische regelgeving (zie wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie) omvat volgende definities van (1) de "operatoren van een elektronisch communicatienetwerk en (2) verstrekkers van een elektronische communicatiedienst" (zie artikel 2 van de wet van 13 juni 2005 - eigen onderlijningen door het Hof aangebracht) :

- " elektronisch communicatienetwerk": de actieve of passieve transmissiesystemen en, in voorkomend geval, de schakel- of routeringsapparatuur en andere middelen die het mogelijk maken signalen over te brengen via draad, radiogolven, optische of andere elektromagnetische middelen, voorzover zij worden gebruikt voor de transmissie van andere signalen dan radio-omroep- en televisiesignalen;

- " elektronische communicatiedienst ": een gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen, waaronder schakel- en routeringsverrichtingen, van signalen via elektronische communicatienetwerken, met uitzondering van (a) de diensten waarbij met behulp van elektronische communicatienetwerken en -diensten overgebrachte inhoud wordt geleverd of inhoudelijk wordt gecontroleerd, met uitzondering van (b) de diensten van de informatiemaatschappij zoals omschreven in artikel 2 van de wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, die niet geheel of hoofdzakelijk bestaan uit het overbrengen van signalen via elektronische communicatienetwerken en met uitzondering van (c) radio-omroep en televisie;

m. Het aanbieden van zulke netwerken of diensten in België is, overeenkomstig artikel 9 van deze wet, voorwerp van een kennisgeving aan het B.I.P.T..

n. In de wet van 13 juni 2005 zijn ook definities opgenomen van andere 'actoren' of marktspelers die kunnen opereren binnen het globale 'www', nl. :

i. Artikel 2 - 12° "gebruiker": een natuurlijke of rechtspersoon die gebruik maakt van of verzoekt om een openbare elektronische communicatiedienst;

ii. Artikel 2 - 13° "eindgebruiker": een gebruiker die geen openbaar elektronische communicatienetwerk of openbare elektronische communicatiediensten aanbiedt;

iii. Artikel 2 - 14° "consument": een natuurlijke persoon die gebruik maakt van of verzoekt om een openbare elektronische communicatiedienst voor andere dan bedrijfs- of beroepsdoeleinden;

iv. Artikel 2 - 15° "abonnee": een natuurlijke of rechtspersoon die houder is van een nummer dat toegekend is door een operator voor de levering van elektronische communicatiediensten en die gebruik maakt van een elektronische communicatiedienst ingevolge een met een operator gesloten contract;

o. In de artikelen 125 tot en met 127 van deze wet wordt bepaald dat de Koning nadere regeling kan uitwerken wat betreft :

i. de nadere regels en de middelen die moeten worden ingezet om het identificeren, het opsporen, lokaliseren, afluisteren, kennismaken en opnemen van elektronische communicatie mogelijk te maken;

ii. de voorwaarden waaronder de operatoren de verkeersgegevens en de identificatiegegevens van eindgebruikers, registreren en bewaren, met het oog op het opsporen en de beteugeling van strafbare feiten;

iii. de technische en administratieve maatregelen die aan de operatoren of aan de eindgebruikers worden opgelegd om :

1° in het kader van een noodoproep de oproeplijn te kunnen identificeren;

2° de oproeper te kunnen identificeren en het opsporen, lokaliseren, afluisteren, kennisnemen en opnemen van privé-communicatie mogelijk te maken onder de voorwaarden bepaald door de artikel en 46bis, 88bis en 90ter tot 90decies van het Wetboek van strafvordering en door de wet van 30 november 1998 houdende regeling van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten.

p. Het Hof stipt aan dat de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie de omzetting vormt, in Belgisch recht, van:

- Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten ("Kaderrichtlijn") (PbEG 24 april 2002, L 108/33);

- Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten ("Machtigingsrichtlijn") (PbEG 24 april 2002, L 108/21);

- Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten ("Toegangsrichtlijn") (PbEG 24 april 2002, L 108/7);

- Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en diensten ("Universele dienstrichtlijn") (PbEG 24 april 2002, L 108/51);

- Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie ("Privacy- en elektronische communicatierichtlijn") (PbEG 31 juli 2002, L 201/37);

- en Richtlijn 2002/77/EG van de Commissie van 16 september 2002 betreffende de mededinging op de markten voor elektronische communicatienetwerken en -diensten ("Mededingingsrichtlijn") (PbEG 17 september 2002, L 249/21).

q. Uit de memorie van toelichting en de artikelsgewijze bespreking bij het wetsontwerp tot wijziging van artikel 46 bis van het wetboek van strafvordering (Parl. St., Senaat, zitting 2005-2006, 31 juli 2006, 3-1824/1) blijkt dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om in artikel 46bis Sv. eenzelfde terminologie te gebruiken als in de wet van 13 juni 2005. De betekenis en inhoud van de begrippen 'operator van elektronische communicatienetwerken' en 'verstrekker van elektronische

communicatiediensten' in artikel 46bis van het wetboek van strafvordering en in de wet van 13 juni 2005 is dus dezelfde.

r. Deze begrippen moeten, met het oog op de toepassing in het strafrecht en bij de strafbaarstelling van individuen, strikt worden geïnterpreteerd.

19. In tegenstelling tot hetgeen in het beroepen vonnis werd aangenomen komt dit Hof tot het besluit dat niet op overtuigende wijze is komen vast te staan dat de beklaagde zou dienen te worden aangemerkt als 'operator van een elektronisch communicatienetwerk' of 'verstrekker van een elektronische communicatiedienst', in de zin van artikel 46bis Sv. (zie hoger). Het webmail-systeem, zoals door Yahoo! uitgewerkt en ter beschikking gesteld van de gebruikers van het internet, kan op zich niet worden gekwalificeerd als een elektronische communicatiedienst in de zin van de Belgische wet. Het is geloofwaardig dat het Yahoo-systeem zelf enkel gebruik maakt van het globale (wereldwijde) netwerk, uitgebouwd en beheerd door - van Yahoo te onderscheiden - operatoren van netwerken en verstrekkers van elektronische communicatiediensten.

20. In deze zaak werd onvoldoende overtuigend aangetoond dat het aanbieden, toepassen en gebruiken van software in een elektronische communicatieomgeving (in deze zaak, inzonderheid, het verschaffen van een webmail-systeem) een handeling zou uitmaken die op zich het voorwerp moet uitmaken van een kennisgeving aan het B.I.P.T..

21. Bij dit laatste instituut werd in deze zaak geen verder gedetailleerd onderzoek uitgevoerd. Aan de technische aspecten van deze zaak, die nochtans belangrijk zijn voor een correcte juridische oordeelsvorming, werd tijdens het vooronderzoek weinig of geen aandacht besteed.

22. Het is inzonderheid nergens aannemelijk geworden dat de beklaagde over de nodige infrastructuur of diensten zou beschikken om extern (d.w.z. buiten de muren of bestaansgrenzen van de beklaagde om) elektronische communicatie te verrichten. Het is al evenmin op overtuigende wijze komen vast te staan welke actieve of passieve transmissiesystemen en, in voorkomend geval, welke schakel- of routeringsapparatuur en andere middelen die het mogelijk maken signalen over te brengen via draad, radiogolven, optische of andere elektromagnetische middelen, de beklaagde ter beschikking zou stellen van de consumenten. Het is zelfs in het geheel niet nagegaan, laat staan in rechte bewezen, dat de beklaagde buiten haar terreinen of systemen zélf zorgt voor de transmissie van signalen, laat staan zulke transmissie of overbrenging zou verzorgen.

23. Het verschaffen van webmail via een portaalsite (handeling gesteld door de beklaagde) wordt in zulke omstandigheden niet beschouwd als een elektronische communicatiedienst in de zin

van artikel 46bis Sv.. Het e-mail-systeem van de beklagde doet zich op geloofwaardige wijze voor als een netwerkkapplicatie, d.w.z. software waarvan de toepassing niet is gericht op het tot stand brengen en in stand houden van netwerkverbindingen en netwerktransport. Het betreft naar de opvatting van dit Hof wel een programma dat gebruik maakt van netwerkverbindingen en netwerktransport (net zoals andere e-mailprogramma's netwerkkapplicaties betreffen zoals bv. Pegasus-mail en Eudora, en internet browsers, zoals Microsoft Internet Explorer en Netscape Communicator). Er bestaat, gelet op de karige (technische) gegevens waarop dit Hof acht mocht slaan, voor het overige enkel onzekerheid nopens het feit of de beklagde handelingen stelde die kunnen worden aangemerkt als het transporteren en routeren van elektronische signalen of van informatie over een elektronisch communicatienetwerk. De bestaande informatie laat dit Hof enkel toe vast te stellen dat geloofwaardig werd gemaakt dat de e-mailberichten enkel via een bestaande operator van een netwerk en via tussenkomst van een verstrekker van een communicatiedienst (die zich telkenmale niet identificeren met de beklagde) van de ene postbus (gelegen in België) naar de andere postbus (gelegen in Amerika) werden overgebracht. Het webmailsysteem van Yahoo! Inc. betreft dan ook klaarblijkelijk enkel een toepassing (applicatie), die wordt uitgevoerd over een bestaand netwerk (het koperdraadnetwerk van Belgacom of het coaxiale netwerk van Telenet) en met tussenkomst van de verstrekker van een elektronische communicatiedienst (die alhier instaat voor de levering van toegang tot het internet aan de Belgische ingezetenen). Zonder dat dit alles op afdoende wijze werd weerlegd door het openbaar ministerie is het in zulke omstandigheden ook geloofwaardig gebleven dat het de leverancier van internettoegang is die integraal instaat voor het effectieve transport of de effectieve overbrenging van signalen over het internet. De leverancier van internettoegang is de leverancier van een elektronische communicatiedienst. Diegene wiens netwerk wordt gebruikt, is de leverancier van het elektronische communicatienetwerk. Marktspelers kunnen deze beide rollen combineren (bv. Telenet in België).

24. Nergens kwam vast te staan dat de beklagde, als loutere aanbieder van webmail, controle zou gehad hebben over de geboden elektronische communicatiedienst of over het elektronische communicatienetwerk. Er zijn al evenmin aanwijzingen dat Yahoo! Inc. in deze zaak diegene is die verantwoordelijk is voor het uitbaten van het netwerk of de infrastructuur en hierover controle zou hebben.

25. Gelet op dit alles is in deze zaak onvoldoende komen vast te staan dat de materiële toepassingsvoorwaarden van artikel 46bis van het wetboek van strafvordering vervuld zouden zijn. Het is niet bewezen dat de voorwaarden tot vaststelling van de schuld en de strafbaarheid van de beklagde vervuld zijn.

26. Er wordt niet ingegaan op de vraag tot het formuleren van een prejudiciële vraag, zoals voorgesteld door het openbaar ministerie. Uit hetgeen hoger in dit arrest werd uiteengezet blijkt duidelijk dat, overeenkomstig de gegevens die aan dit Hof werden verstrekt, de beklagde in deze

zaak helemaal niet kan worden aangemerkt als een operator van een netwerk of verstreker van een dienst, in de zin van artikel 46bis wetboek van strafvordering. Het antwoord op de voorgestelde prejudiciële vraag is niet onontbeerlijk om uitspraak te doen en er is klaarblijkelijk geen schending zoals bedoeld in artikel 26 § 1 van de wet op het arbitragehof.

27. Het beroepen vonnis wordt hervormd. De beklagde wordt ontslagen van rechtsvervolging.

28. De kosten van beide instanties, gevallen aan de zijde van het openbaar ministerie, vallen ten laste van de Staat.

OP DEZE GRONDEN,

het Hof, rechtdoende op tegenspraak;

met toepassing van de artikelen:

- hoger in dit arrest aangegeven;
- 211 en 212 Sv.;
- 24 van de wet van 15/06/1935 op het taalgebruik in gerechtszaken.

Alle andere en strijdige conclusies van de hand wijzend als niet gegrond,

Verklaart elk hoger beroep ontvankelijk en erover beslissend:

Doet het beroepen vonnis teniet en, opnieuw wijzende,

Ontslaat de beklagde van rechtsvervolging hoofdens het feit zoals in de inleidende akte te laste gelegd.

Laat de kosten van beide instanties, gevallen aan de zijde van het openbaar ministerie, ten laste van de Staat.

Dit arrest is gewezen door de derde kamer van het Hof van beroep te Gent, samengesteld uit de magistraten die in deze zaak hebben gezeteld en geoordeeld:

K. DEFOORT

Raadsheer

M. MINNAERT

Raadsheer

B. DESMET

Kamervoorzitter

en op de openbare terechtzitting van DERTIG JUNI TWEEDUIZEND EN TIEN uitgesproken door Kamervoorzitter B. Desmet,

in aanwezigheid van E. Vanhorenbeeck, Advocaat-generaal;

J. Kerkhofs, Substituut Procureur des Konings,

met bijstand van D. Bamps, griffier.