

BELGIAN SUPREME COURT

Decision

No. P.13.2082.N

YAHOO! Inc., registered office at CA 94089 Sunnyvale (United State of America), First Avenue 701,

Accused,

Plaintiff,

With as counsels Mr Jan Dhont and Mr Bertold Theeuwes, members of the Brussels Bar Association.

I. THE ADMINISTRATION OF JUSTICE BY THE COURT

The appeal to the Belgian Supreme Court is directed against the Decision of the Court of Appeals in Antwerp, correctional chamber, rendered on 20 November 2013 after reference following decision of the Court of 4 September 2012.

The Plaintiff, in a statement of case attached to the present decision, presents two recourses of remedies at law.

The Judge of Appeal Erwin Francis has drawn-up a report.

The Public Prosecutor for the Supreme Court Luc Decreus has drawn up his conclusive findings.

II. DECISION OF THE SUPREME COURT

Assessment

First recourse to a legal remedy.

1. The Legal Remedy adduces violation of article 2, § 1, of the Charter of the United Nations, signed on 26 June 1945 and ratified by the Belgian 14 December 1945 Act, and of article 46*bis* of the Belgian Rules of Criminal Procedure as well as repudiation of the rule of Customary International Law (CIL) forming integral part of the Belgian legal order stating that a State in principle has no extraterritorial enforcement jurisdiction outside its territory: the indictment and conviction of the Plaintiff, as an USA based company, with a view to the enforcement of the compulsory obligation to cooperate embodied in article 46*bis* of the Belgian Rules of Criminal Procedure entails such an unlawful extraterritorial jurisdiction, and repudiates the principle of the sovereign equality of all States; the Public Prosecutor's summing-up of the case assorted with the demand he summoned the Plaintiff to comply with cannot after all be censured enforceable since the Plaintiff cannot be forced to supply the information requested under coercion of the sanction determined in article 46*bis* of the aforementioned Rules; this rule must be interpreted in this sense.

2. Article 46*bis* of the Belgian Rules of Criminal Procedure reads as follows:

- In paragraph, section 1 the Belgian Rules determine that the Public Prosecutor, when investigating crimes or offences, can summon the operator of an electronic communication network or the supplier of an electronic communication service, by a motivated and written decision, to cooperate with a view to obtaining the data and information mentioned in his decision;
- In paragraph 2, section 1 the Belgian Rules determine that each and every operator of an electronic communication network and each and every supplier of an electronic communication service summoned to supply the data requested in the sense of paragraph 1, does supply the Public Prosecutor with them.

3. This disposition in paragraph 2, fourth section, stipulates that the refusal to supply the requested data shall be punished with a fine. This sanction intends to enforce the obligation to cooperate upon the aforementioned

operators and suppliers and lends thus to article 46*bis*, § 2, of the Belgian Rules of Criminal Procedure the feature of a measure of coercion.

4. Generally spoken, a State can but impose measures of coercion on its own territory with a view to enforcing its laws and, by imposing such a measure on the territory of another State, arrogates itself an extraterritorial jurisdiction that denies the sovereignty of that State.

5. A State imposes a measure of coercion on its own territory as far as there is, between that measure and that territory, a sufficient territorial link. What territorial link is at least requested, is amongst other things determined by the nature and the scope of the measure of coercion.

6. The penal sanction in the sense of article 46*bis*, § 2, fourth section of the Belgian Rules of Criminal Procedure only intends to enforce upon operators and suppliers active in Belgium a measure with a view to obtain mere identification data on the occasion of a crime or offence, the investigation of which falls within the competency of the Belgian prosecution authorities. This measure does not require a presence abroad of Belgian Police or Magistrates, nor of agents acting on their behalf. This measure neither requires any material action or act abroad. The measure therefore has a restricted scope and bearing, the execution of which does not require any intervention outside the Belgian territory.

7. Article 3 of the Belgian Penal Code stipulates that the crime or offence committed on Belgian territory by Belgians or foreigners, shall be punished according to the dispositions of Belgian law.

The crime or offence in the sense of article 46*bis*, § 2, fourth section, of the Belgian Rules of Criminal Procedure shall be committed in the place where the requested data have to be obtained and received. As a consequence, the operator or supplier that refuses to furnish these data is punishable in Belgium, without regard to the place where he has established his office or domicile.

8. It follows from the preceding, on the one side, that a measure consisting in the compulsion to furnish the referred to data is taken on Belgian territory towards each and every operator or supplier that directs his economic activity on consumers in Belgium, on the other, that the Belgian Judge who convicts an operator or

supplier established abroad for denial to comply with this obligation and thus coerces the compliance with a measure taken in Belgium, does not exert extraterritorial jurisdiction.

As far as the legal remedy proceeds from another interpretation of law, it fails as a matter of right.

9. Relaying the reasons given in the judgment the appeal was lodged against and adducing reasons of their own, the Judges in Appeal among other things consider that the Plaintiff, as a supplier of a free webmail service, is present on Belgian territory and voluntarily subjects himself to Belgian law as he actively participates in Belgian economic life, by specifically using the domain name 'www.yahoo.be', the use of the local language, showing publicity based on the location of the users of his services and his reachability in Belgium for these users by installing a complaint box and a FAQ desk.

Reiterating the reasons given in the judgment the appeal was lodged against (4.2 and 4.4), the Judges in Appeal consider moreover that:

- the Public Prosecutor does not require anything in the United States from an American subject, but requires something in Belgium from an American subject offering services on Belgian territory;
- *"The argumentation of the defense on the territoriality principle can be backed up to the degree that the transfer or seizure is requested of objects or data found in the USA, with no link at all to Belgian territory whatsoever and the beholder of these objects or data cannot be reached in Belgium (really nor virtually). This would be the case if the transfer is requested of the content of an e-mail or website, thus of content and identities, a case that differs substantially of the merely technical registration data of electronic communication (IP-addresses and time data). In the present case, this is not at all the matter. It is about telecommunication in Belgium, i.e. domestic telecommunication (...), so that the Public Prosecutor, The Examining Judge and finally the Judge deciding on the merit of the case in Belgium is territorially competent."*

It was therefore that the Judges in Appeal could judge that by declaring the Plaintiff guilty and condemning her for violation of article 46bis, § 2, of the Belgian Rules of Criminal procedure, they did not exercise

extraterritorial jurisdiction they are not entitled to.

To that degree and in that aspect, the legal remedy cannot be admitted.

Second recourse to a legal remedy.

10. The Legal Remedy adduces violation of article 17.1 of the Convention agreed upon between the Kingdom of Belgium and the United States of America, concerning judicial cooperation in criminal matters of 28 January 1988 and of article 46*bis* of the Belgian Rules of Criminal Procedure:

The decision wrongly declares the Plaintiff guilty and condemns the same to be punished for non-compliance with the request by the Public Prosecutor on the basis of article 46*bis*; that request could only produce legal effect as to compel the Plaintiff to furnish these data under coercion of a penal sanction if the request were to be served upon the Plaintiff according to the proceedings set out in article 17.1 of the aforementioned Convention; article 46*bis* of the Belgian Rules of Criminal procedure should be understood in this sense; the decision takes it that the request was legally effective, though it was not handed over according to the said proceedings.

11. The Legal remedy is totally inferred from the vainly adduced unlawfulness in the first Legal Remedy and is not, as a consequence, admissible.

Automatic inquiry into the decision taken upon the legal action

12. The substantial and under penalty of nullity prescribed legal forms have all been complied with, and the decision is taken according to law.

Enacting terms

The Supreme Court,

Rejects the Appeal to the Supreme Court.

Condemns the Plaintiff to the legal costs, estimated at 97.41 EUR.

The present decision has been taken in Brussels by the Belgian Supreme Court, second chamber composed of the Judge of Appeal Filip Van Volsem as ad interim President, the Judges of Appeal Alain Bloch, Peter Hoet, Antoine Lievens and Erwin Francis, and pronounced at the public audience of 1 December 2015 by the ad interim President Filip Van Volsem in the presence of Public Prosecutor Luc Decreus, with the assistance of Court Registrar Frank Adriaensen.

F. Adriaensen

E. Francis

A. Lievens

P. Hoet

A. Bloch

F. Van Volsem

Hof van Cassatie van België

Arrest

Nr. P.13.2082.N

YAHOO! Inc., met zetel te CA 94089 Sunnyvale (Verenigde Staten van Amerika), First Avenue 701,

beklaagde,

eiseres,

met als raadslieden mr. Jan Dhont en mr. Bertold Theeuwes, advocaten bij de balie te Brussel.

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Antwerpen, correctionele kamer, van 20 november 2013, gewezen op verwijzing na arrest van het Hof van 4 september 2012.

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

Raadsheer Erwin Francis heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Luc Decreus heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste middel

1. Het middel voert schending aan van artikel 2, § 1, van het Handvest van de Verenigde Naties, ondertekend op 26 juni 1945 en goedgekeurd door de wet van 14 december 1945, en artikel 46*bis* Wetboek van Strafvordering, alsmede miskenning van de regel van internationaal gewoonterecht die deel uitmaakt van de Belgische rechtsorde en die bepaalt dat een Staat in beginsel geen uitvoerende jurisdictie mag uitoefenen buiten zijn grondgebied: de schuldigverklaring en veroordeling tot straf van de eiseres, als onderneming die is gevestigd op het Amerikaanse grondgebied, met het oog op het afdwingen van de in artikel 46*bis* Wetboek van Strafvordering bepaalde medewerkingsverplichting, houdt de uitoefening in van een niet-toegelaten uitvoerende jurisdictie buiten het Belgische grondgebied en miskent het principe van de soevereine gelijkheid van Staten; de vordering die de procureur des Konings aan de eiseres heeft gestuurd, kan immers niet geacht worden tot rechtsgevolg te hebben dat zij verplicht was de gevorderde gegevens te verstrekken onder dwang van de strafsancie bepaald in artikel 46*bis* Wetboek van Strafvordering; deze bepaling moet in die zin worden uitgelegd.

2. Artikel 46*bis* Wetboek van Strafvordering bepaalt:

- in paragraaf 1, eerste lid, dat de procureur des Konings bij het opsporen van misdaden en wanbedrijven, bij een gemotiveerde en schriftelijke beslissing de medewerking kan vorderen van de operator van een elektronisch communicatienetwerk of van de verstrekker van een elektronische communicatiedienst teneinde de in die bepaling vermelde gegevens te verkrijgen;
- in paragraaf 2, eerste lid, dat iedere operator van een elektronisch communicatienetwerk en iedere verstrekker van een elektronische communicatiedienst van wie wordt gevorderd de in paragraaf 1 bedoelde gegevens mede te delen, deze verstrekt aan de procureur des Konings.

3. Die bepaling vermeldt in paragraaf 2, vierde lid, ook dat de weigering de bedoelde gegevens mee te delen, wordt gestraft met een geldboete. Deze straf-

sanctie strekt ertoe de op de bedoelde operatoren en verstrekkers rustende medewerkingsverplichting af te dwingen en geeft in zoverre aan artikel 46*bis*, § 2, Wetboek van Strafvordering het karakter van een dwangmaatregel.

4. In de regel kan een Staat enkel op zijn eigen grondgebied dwangmaatregelen nemen om de naleving van zijn wetten af te dwingen en eigent hij zich, zo hij een dergelijke maatregel neemt op het grondgebied van een andere Staat, een extraterritoriale rechtsmacht toe die de soevereiniteit van die Staat miskent.

5. Een Staat neemt een dwangmaatregel op zijn eigen grondgebied wanneer er tussen die maatregel en dat grondgebied een voldoende territoriaal aanknopingspunt bestaat. Welk territoriaal aanknopingspunt minstens vereist is, wordt onder meer bepaald door de aard en de draagwijdte van de dwangmaatregel.

6. De in artikel 46*bis*, § 2, vierde lid, Wetboek van Strafvordering bepaalde strafsanctie strekt enkel ertoe vanwege in België actieve operatoren en verstrekkers zoals hiervoor bedoeld, een maatregel af te dwingen die tot doel heeft loutere identificatiegegevens te verkrijgen naar aanleiding van een misdrijf waarvan de opsporing behoort tot de bevoegdheid van de Belgische strafrechtsmachten. Die maatregel vereist 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. Het betreft derhalve een dwangmaatregel met een beperkte draagwijdte, waarvan de uitvoering geen interventie buiten het Belgische grondgebied vereist.

7. Artikel 3 Strafwetboek bepaalt dat het misdrijf, op het grondgebied van het Rijk door Belgen of door vreemdelingen gepleegd, gestraft wordt overeenkomstig de bepalingen van de Belgische wetten.

Het misdrijf, bepaald in artikel 46*bis*, § 2, vierde lid, Wetboek van Strafvordering, wordt gepleegd op de plaats waar de gevorderde gegevens moeten worden ontvangen. Bijgevolg is de operator of de verstrekker die weigert deze gegevens mee te delen, in België strafbaar ongeacht zijn plaats van vestiging.

8. Uit het voorgaande volgt, eensdeels, dat de maatregel die bestaat in de verplichting de hier bedoelde gegevens te verstrekken, wordt genomen op het Belgische grondgebied ten aanzien van elke operator of verstrekker die zijn economische activiteit actief op consumenten in België richt, anderdeels, dat de Belgische

rechter die een in het buitenland gevestigde operator of verstrekker veroordeelt wegens het miskennen van deze verplichting en die aldus de naleving van een in België genomen maatregel afdwingt, geen extraterritoriale rechtsmacht uitoefent.

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

9. Met overname van de redenen van het beroepen vonnis en met eigen redenen oordelen de appelrechters onder meer dat de eiseres, als verstrekker van een gratis webmaildienst, in België territoriaal aanwezig is en zich vrijwillig aan de Belgische wet onderwerpt omdat zij actief deelneemt aan het economische leven in België, onder meer door gebruik te maken van de domeinnaam “*www.yahoo.be*”, het gebruik van de lokale taal, het tonen van reclame gebaseerd op de locatie van de gebruikers van haar diensten en haar bereikbaarheid in België voor die gebruikers via onder meer een klachtenbus en een vraagbaak.

Met overname van de redenen van het beroepen vonnis (ro 4.2 en 4.4) oordelen de appelrechters ook dat:

- de procureur des Konings niets in de Verenigde Staten van Amerika vraagt aan een onderdaan van dat land, maar substantieel iets in België vraagt aan een in België aangetroffen dienstverlenende onderdaan van dat land;
- *“De verdediging kan gevolgd worden in hun redenering inzake het territorialiteitsbeginsel in de mate dat de overdracht of inbeslagname zou worden gevraagd van voorwerpen of data die zich in de VSA bevinden, en waarmee géén enkel Belgisch-territoriaal component is gemoeid en indien de houder van die voorwerpen of data niet in België bereikbaar is (noch reëel, noch virtueel). Dit kan betrekking hebben op de situatie van de overmaking van de inhoud van een e-mail of website en inhoud en identiteiten, wat substantieel verschilt van de loutere technische registratiegegevens van elektronisch verkeer (IP-adressen en tijdstippen). In casu doet deze situatie zich echter niet voor. In casu betreft het immers telecommunicatie in België, m.a.w. in het binnenland (...), zodat de procureur, de onderzoeksrechter en finaal de rechter ten gronde in België territoriaal bevoegd is.”*

Op grond van die redenen konden de appelrechters oordelen dat zij door de eiseres schuldig te verklaren en haar tot straf te veroordelen wegens inbreuk op artikel

46bis, § 2, Wetboek van Strafvordering, geen hen niet toekomende extraterritoriale rechtsmacht uitoefenden.

In zoverre kan het middel niet worden aangenomen.

Tweede middel

10. Het middel voert schending aan van artikel 17.1 van de Overeenkomst van 28 januari 1988 tussen het Koninkrijk België en de Verenigde Staten van Amerika aangaande rechtshulp in strafzaken en artikel 46bis Wetboek van Strafvordering: ten onrechte verklaart het arrest de eiseres schuldig en veroordeelt het haar tot straf wegens het niet voldoen aan de vordering van de procureur des Konings op grond van artikel 46bis Wetboek van Strafvordering; die vordering kon alleen dan tot rechtsgevolg hebben dat de eiseres verplicht was deze gegevens te verstrekken onder dwang van een strafsancie indien zij aan de eiseres zou gericht zijn overeenkomstig de procedure van artikel 17.1 van het vermelde verdrag; artikel 46bis Wetboek van Strafvordering moet in die zin worden uitgelegd; de beslissing van het arrest houdt in dat die vordering dwingend effect had, terwijl zij niet werd overgemaakt overeenkomstig de vermelde procedure.

11. Het middel is geheel afgeleid uit de in het eerste middel vergeefs aangevoerde onwettigheid en is bijgevolg niet ontvankelijk.

Ambtshalve onderzoek van de beslissing op de strafvordering

12. 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 97,41 euro.

Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, tweede kamer, samengesteld uit raadsheer Filip Van Volsem, als waarnemend voorzitter, de raadsheren Alain Bloch, Peter Hoet, Antoine Lievens en Erwin Francis, en op de openbare rechtszitting van 1 december 2015 uitgesproken door waarnemend voorzitter Filip Van Volsem, in aanwezigheid van advocaat-generaal Luc Decreus, met bijstand van griffier Frank Adriaensen.

F. Adriaensen

E. Francis

A. Lievens

P. Hoet

A. Bloch

F. Van Volsem