



Advies 472

Opname zitting - kiesheid - waardigheid - beroepsgeheim

Volgens artikel 8 EVRM is er geen beletsel om een rekwisitoor op te nemen, daar de advocaat dit in principe doet voor eigen gebruik om zo zijn verdediging te kunnen optimaliseren - een advocaat pleegt geen misdrijf (artikel 314bis Sw.) indien hij het rekwisitoor opneemt zij het in een openbare zitting, achter gesloten deuren of zelfs indien hij geen toestemming van de (parket)magistraten of andere actoren bekwaam. Van een strafbaar gebruik van een wettige opname zal hoogstwaarschijnlijk evenmin sprake zijn - de opname van een gesprek kan moeilijk beschouwd worden als een gestructureerd geheel van persoonsgegevens, laat staan dat er sprake is van bepaalde criteria die de persoonsgegevens gemakkelijk toegankelijk maken. De toepasbaarheid van de Privacywet op de opname van een rekwisitoor lijkt hiermee dan ook uitgesloten te zijn - het louter opnemen van een zitting is niet laakbaar. Het kan nuttig zijn omdat het vaak moeilijk is om notulen op te stellen. De advocaat moet wel vooraf melden dat hij het rekwisitoor zal opnemen, ongeacht of de zitting openbaar dan wel met gesloten deuren geschiedt. Het wordt immers strijdig geacht met de beginselen van waardigheid en kiesheid om dit stiekem te doen. Verder moet de advocaat met betrekking tot hetgeen hij opneemt uiteraard het beroepsgeheim respecteren.

Vraag:

Magistraten hebben het probleem aangekaart dat advocaten al dan niet stiekem het rekwisitoor opnemen.

U vraagt vooreerst of dit wettelijk kan, bij een openbare zitting of bij een zitting met gesloten deuren. Daarnaast rijst de vraag of dit als fatsoenlijk wordt ervaren en of de advocatuur dit wenst toe te laten of te verbieden.

Advies:

Ik verleen u volgend advies.

1. Het wettelijk kader

1.1. Artikel 8 EVRM

Artikel 8.1 EVRM beschermt het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven en bepaalt aldus niets expliciet over privécommunicaties:

“Eenieder heeft recht op eerbiediging van zijn privéleven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling.”

Uit de rechtspraak blijkt toch dat de verdragsrechtelijke bescherming van de persoonlijke levenssfeer ook betrekking heeft op privécommunicaties. Ook de deelnemers daaraan moeten elkaars privéleven eerbiedigen.

Niettegenstaande de verdragsrechtelijke bescherming van privécommunicaties, is volgens het Hof van Cassatie¹ het *louter opnemen* van een dergelijk gesprek waaraan men zelf deelneemt geoorloofd, ook al gebeurt dit zonder het medeweten van de andere deelnemers. *Elk gebruik* van de opname, buiten het geval van het gebruik voor zichzelf en anders dan bedoeld in artikel 314*bis*, § 2, tweede lid Sw., kan een inbreuk zijn op artikel 8 EVRM. De rechter moet dit beoordelen op grond van de feitelijke gegevens van de zaak en aan de hand van het criterium van de redelijke privacyverwachting. Dit criterium heeft onder meer betrekking op de inhoud en de omstandigheden waaronder het gesprek plaatsvond.

Verdragsrechtelijk gezien is er aldus geen beletsel om een rekvisitoor op te nemen, daar de advocaat dit in principe doet voor eigen gebruik om zo zijn verdediging te kunnen optimaliseren.

1.2. Artikel 314*bis* Sw.

1.

Artikel 314*bis* Sw. stelt een aantal afluistermisdrijven gepleegd door een particulier of een openbaar officier of ambtenaar, drager of agent van de openbare macht buiten de beoefening van zijn bediening, strafbaar.

Artikel 314*bis* Sw. luidt als volgt:

“§ 1. Met gevangenisstraf van zes maanden tot één jaar en met geldboete van tweehonderd [euro] tot tienduizend [euro] of met een van die straffen alleen wordt gestraft hij die:

1° ofwel, opzettelijk, met behulp van enig toestel privé-communicatie of telecommunicatie, waaraan hij niet deelneemt, tijdens de overbrenging ervan, afluistert of doet afluisteren, er kennis van neemt of doet van nemen, opneemt of doet opnemen, zonder de toestemming van alle deelnemers aan die communicatie of telecommunicatie;

2° ofwel, met het opzet een van de hierboven omschreven misdrijven te plegen, enig toestel opstelt of doet opstellen.

§ 2. Met gevangenisstraf van zes maanden tot twee jaar en met geldboete van vijfhonderd [euro] tot twintigduizend [euro] of met een van die straffen alleen wordt gestraft hij, die wetens, de inhoud van privé-communicatie of -telecommunicatie die onwettig afgeluisterd of opgenomen

¹ Cass. 9 september 2008, P.08.0276.N/3, <http://jure.juridat.just.fgov.be>.



is of waarvan onwettig kennis genomen is, onder zich houdt, aan een andere persoon onthult of verspreidt, of wetens enig gebruik maakt van een op die manier verkregen inlichting.

Met dezelfde straffen wordt gestraft hij die, met bedrieglijk opzet of met het oogmerk te schaden, gebruik maakt van een wettig gemaakte opname van privé-communicatie of -telecommunicatie.

(§ 2bis. Met gevangenisstraf van zes maanden tot één jaar en met geldboete van tweehonderd euro tot tienduizend euro of met één van die straffen alleen wordt gestraft hij die, onrechtmatig, een instrument, met inbegrip van informaticagegevens, dat hoofdzakelijk is ontworpen of aangepast om het in § 1 bedoelde misdrijf mogelijk te maken, bezit, produceert, verkoopt, verkrijgt met het oog op het gebruik ervan, invoert, verspreidt of op enige andere manier ter beschikking stelt.)

§ 3. Poging tot het plegen van een der misdrijven bedoeld (in de §§ 1, 2 of 2bis) wordt gestraft zoals het misdrijf zelf.

§ 4. De straffen gesteld (in de §§ 1 tot 3) worden verdubbeld indien een overtreding van een van die bepalingen wordt begaan binnen vijf jaar na de uitspraak van een vonnis of een arrest houdende veroordeling wegens een van die strafbare feiten of wegens een van de strafbare feiten beoogd (in artikel 259bis, §§ 1 tot 3), dat in kracht van gewijsde is gegaan.”

Alvorens deze bepaling te toetsen aan de concrete door u voorgelegde casus, is het nuttig om enkele begrippen toe te lichten.

Uit de parlementaire stukken blijkt dat het begrip ‘communicatie’ in de gebruikelijke betekenis moet aangewend worden en aldus elke taaluiting, hetzij mondeling of niet mondeling, hetzij rechtstreeks of op afstand, ongeacht het aantal betrokkenen omvat. Communicatie heeft aldus betrekking op gesprekken, zelfs in de vorm van een monoloog.²

Communicatie is privé wanneer ze niet bestemd is om door iedereen te worden gehoord of ontvangen. Het privé-karakter van uitingen, gesprekken, mededelingen, boodschappen e.d. hangt eerder af van de context en de intenties ervan dan van de locatie waar ze geuit / ontvangen worden.³ Of de communicatie al dan niet een beroepsmatig karakter heeft, doet evenmin ter zake.⁴

De feiten van artikel 314bis, § 1 Sw. zijn slechts strafbaar indien een technisch hulpmiddel wordt gebruikt. De bewoording “met behulp van enig toestel” is weliswaar ruim, maar volgens de wetgever voldoende precies.⁵

Er kan enkel sprake zijn van een strafbaarstelling wanneer de onderschepping gebeurt tijdens de overbrenging van de communicatie, dit wil zeggen op het traject tussen de zender en de ontvanger.

² Parl. St. Senaat, 1992-1993, nr. 843/1, 7.

³ Parl. St. Senaat, 1992-1993, nr. 843/1, 6-7 en nr. 843/2, 38.

⁴ D. DEWANDELEER, “Afluistermisdrijven (art. 259bis en 314bis Sw.)”, *Comm. Straf.*, nr. 27, 14.

⁵ Parl. St. Senaat, 1992-1993, nr. 843/1, 6.



Het wegnemen of kennisnemen van het resultaat van een gegevensoverdracht (bijvoorbeeld de uitprint van een faxbericht, de bij de bestemming opgeslagen e-mail) is derhalve niet strafbaar.⁶

Het begrip 'opnemen' wordt omschreven als het vastleggen van gegevens op een of andere gegevensdrager om deze gegevens te kunnen gebruiken. In de praktijk zal het opnemen van (telefoon)gesprekken vaak gebeuren met een bandopnemer.⁷

Een andere vereiste is dat de pleger van het misdrijf niet deelneemt aan de communicatie. Wanneer de deelnemer aan een gesprek zonder de toestemming en zelfs buiten het medeweten van de andere gesprekspartner(s) het gesprek zou opnemen, is hij niet strafbaar. Het gebruik daarentegen van deze wettige opname is wel strafbaar conform artikel 314*bis*, § 2, tweede lid Sw.⁸

Daarnaast hebben de deelnemers aan de communicatie geen toestemming verleend. Wanneer slechts één deelnemer heeft toegestemd om bijvoorbeeld een gesprek op te nemen en de andere deelnemers waren van deze opname niet op de hoogte (en hebben aldus geen toestemming gegeven), is de derde die het gesprek opneemt strafbaar. De toestemming kan uitdrukkelijk zijn en eventueel aan de opname van de communicatie voorafgaan, maar zij kan ook stilzwijgend zijn en uit het geheel van de omstandigheden blijken.⁹ Opgemerkt dient te worden dat de toestemming tot afluisteren of kennisnemen niet de toestemming tot opname impliceert. Voor dit laatste is de bijzondere toestemming van de deelnemers vereist.¹⁰

Verder is er algemeen opzet vereist. Het volstaat dat de dader 'wetens en willens' handelt; de beweegredenen zijn niet van belang.¹¹

2.

Gelet op de bovenstaande toelichting behoeft het niet veel uitleg dat een rekwisitoor valt onder het begrip 'communicatie'. Het is immers een rechtstreekse mondelinge taaluiting, meer bepaald een monoloog.

Wanneer de zitting met gesloten deuren geschiedt is het niet de bedoeling dat iedereen kennis kan nemen van het dossier en meer in het bijzonder van het rekwisitoor waarover het hier gaat. Het rekwisitoor kan in dit geval aldus als een privé-communicatie worden beschouwd. Anders is het indien het om een openbare zitting gaat. In dat geval kan de opname van het rekwisitoor door een advocaat niet strafbaar worden gesteld op grond van artikel 314*bis* Sw.

Wat betreft het toestemmingsvereiste, dient een onderscheid gemaakt te worden tussen het stiekem en het niet stiekem opnemen van het rekwisitoor. In het eerste geval heeft de advocaat geen toestemming om het gesprek op te nemen, in het tweede geval wel. De advocaat dient evenwel de toestemming te hebben van alle deelnemers aan de communicatie. Hoewel het rekwisitoor uitsluitend

⁶ *Parl. St. Senaat*, 1992-1993, nr. 843/1, 6.

⁷ *Parl. St. Senaat*, 1992-1993, nr. 843/1, 8.

⁸ D. DEWANDELEER, "Afluistermisdrijven (art. 259*bis* en 314*bis* Sw.)", *Comm. Straf.*, nr. 28, 14-15.

⁹ *Parl. St. Senaat*, 1992-1993, nr. 843/1, 8.

¹⁰ D. DEWANDELEER, "Afluistermisdrijven (art. 259*bis* en 314*bis* Sw.)", *Comm. Straf.*, nr. 39, 20.

¹¹ D. DEWANDELEER, "Afluistermisdrijven (art. 259*bis* en 314*bis* Sw.)", *Comm. Straf.*, nr. 41, 21.



uitgaat van de parketmagistraat, moeten mijns inziens de magistra(a)t(en) van de zetel, alsook de andere advocaten die optreden in de zaak en de cliënten hun toestemming verlenen voor de opname van het rekwisitoor. Zij nemen in zekere zin ook deel aan de communicatie.

Als aldus elke participant zijn toestemming heeft gegeven, kan de advocaat niet strafbaar worden gesteld op grond van artikel 314*bis*, § 1, 1° Sw.

Een andere voorwaarde voor de strafbaarstelling is dat de advocaat die het gesprek opneemt er niet aan deelneemt. Hierboven heb ik reeds opgesomd wie mijns inziens deelneemt aan het gesprek. De advocaat die de opname doet behoort hier ook toe. Dit betekent dat hij (zelfs als hij geen toestemming zou verkregen hebben van alle deelnemers) geen strafbare feiten pleegt volgens artikel 314*bis*, § 1, 1° Sw.

Besluitend kan aldus gesteld worden dat de advocaat - die als deelnemer aan de communicatie wordt beschouwd - in geen geval strafbaar kan gesteld worden op grond van artikel 314*bis*, § 1 Sw. voor de opname van het rekwisitoor, zelfs niet als hij het stiekem (zonder toestemming) heeft gedaan tijdens een zitting met gesloten deuren. De opname is wettig.

Van een wettige opname kan evenwel strafbaar gebruik worden gemaakt (artikel 314*bis*, § 2, tweede lid Sw.).¹²

Belangrijk bij deze bepaling is het bedrieglijk opzet of het oogmerk te schaden. Dit betekent dat de dader zichzelf of een ander enig onrechtmatig voordeel wil verschaffen (bedrieglijk opzet) of de wil heeft om iemand anders materiële of morele schade te berokkenen.¹³

Een advocaat die het rekwisitoor opneemt doet dit wellicht om het achteraf te kunnen beluisteren om zo de verdediging grondig te kunnen voorbereiden. Van bedrieglijk opzet of oogmerk om te schaden zal in principe geen sprake zijn. Er is derhalve geen sprake van een strafrechtelijke inbreuk.

Ik besluit dan ook dat een advocaat geen misdrijf pleegt indien hij het rekwisitoor opneemt zij het in een openbare zitting, achter gesloten deuren of zelfs indien hij geen toestemming van de (parket)magistraten of andere actoren bekwaam. Van een strafbaar gebruik van een wettige opname zal hoogstwaarschijnlijk evenmin sprake zijn.

1.3. Privacywet

In de derde plaats wordt de wet van 8 december 192 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens (hierna: Privacywet) onder de loep genomen.

Vooreerst behoeven enkele begrippen enige toelichting.

¹² D. DEWANDELEER, "Afluistermisdrijven (art. 259*bis* en 314*bis* Sw.)", *Comm. Straf.*, nr. 101, 36.

¹³ D. DEWANDELEER, "Afluistermisdrijven (art. 259*bis* en 314*bis* Sw.)", *Comm. Straf.*, nr. 86, 30.



Voor de toepassing van deze wet wordt het begrip 'persoonsgegevens' gedefinieerd als "iedere informatie betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon verstaan, hierna "betrokkene" genoemd; als identificeerbaar wordt beschouwd een persoon die direct of indirect kan worden geïdentificeerd, met name aan de hand van een identificatienummer of van één of meer specifieke elementen die kenmerkend zijn voor zijn of haar fysieke, fysiologische, psychische, economische, culturele of sociale identiteit." (artikel 1, § 1 Privacywet).

Hierbij wordt opgemerkt dat de wet alleen gegevens van natuurlijke personen beschermt en niet van rechtspersonen. Indien de gegevens in verband met rechtspersonen informatie bevat over de natuurlijke personen (bijvoorbeeld de namen van de bestuurders van een vennootschap), genieten deze laatsten wel van de bescherming van de Privacywet.¹⁴

Dit betekent in casu dat indien het opgenomen rekwisitoor uitsluitend betrekking zou hebben op een rechtspersoon, geen beroep kan gedaan worden op de Privacywet. Dit zal evenwel nagenoeg nooit het geval zijn.

Onder 'verwerking' wordt verstaan "elke bewerking of elk geheel van bewerkingen met betrekking tot persoonsgegevens, al dan niet uitgevoerd met behulp van geautomatiseerde procedés, zoals het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, bijwerken, wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiden of op enigerlei andere wijze ter beschikking stellen, samenbrengen, met elkaar in verband brengen, alsmede het afschermen, uitwissen of vernietigen van persoonsgegevens." (artikel 1, § 2 Privacywet) (eigen onderlijning)

Het opnemen van een gesprek door middel van een bandopnemer kan begrepen worden onder de term "verwerking". De gegevens worden immers vastgelegd, bewaard op cassette of op een andere drager. De opname van een rekwisitoor kan derhalve beschouwd worden als een verwerking van persoonsgegevens.

Een 'bestand' is "elk gestructureerd geheel van persoonsgegevens die volgens bepaalde criteria toegankelijk zijn, ongeacht of dit geheel gecentraliseerd dan wel gedecentraliseerd is of verspreid op een functioneel of geografisch bepaalde wijze." (artikel 1, § 3 Privacywet) (eigen onderlijning)

De parlementaire voorbereiding leert ons dat de Privacywet niet van toepassing is op de geïnformatiseerde dossiers als dusdanig. Zij is van toepassing op de geautomatiseerde verwerking in zoverre die verwerking de registratie van gegevens in de vorm van een bestand meebrengt. Iedere andere vorm van verwerking, zoals bijvoorbeeld de elektronische post, is dus uitgesloten.¹⁵ Ongestructureerde dossiers vallen niet onder het begrip 'bestand' omdat 'met name de inhoud van een bestand moet gestructureerd zijn volgens specifieke criteria met betrekking tot personen, welke criteria de persoonsgegevens gemakkelijk toegankelijk maken.'¹⁶

De opname van een gesprek kan mijns inziens moeilijk beschouwd worden als een gestructureerd geheel van persoonsgegevens, laat staan dat er sprake is van bepaalde criteria die de

¹⁴ Parl. St. Kamer, 1990-1991, nr. 1610/1, 6.

¹⁵ Parl. St. Kamer, 1990-1991, nr. 1610/1, 5.

¹⁶ Parl. St. Kamer, 1997-1998, nr. 1566/1, 14.



persoonsgegevens gemakkelijk toegankelijk maken. De toepasbaarheid van de Privacywet op de opname van een rekwisitoor lijkt hiermee dan ook uitgesloten te zijn.

2. Het deontologisch kader

Reeds in 2006 heeft de commissie deontologie zich gebogen over een gelijkaardige vraag.

De commissie oordeelde toen dat het louter opnemen van een zitting niet laakbaar is. Het kan met name nuttig zijn omdat het vaak moeilijk is om notulen op te stellen. De vraag wat later met de opname gebeurt moet los gezien worden van de vraag of het toegelaten is een opname te maken.

De advocaat moet wel vooraf melden dat hij het rekwisitoor zal opnemen, ongeacht of de zitting openbaar dan wel met gesloten deuren geschiedt. Het wordt immers strijdig geacht met de beginselen van waardigheid en kiesheid om dit stiekem te doen. Ik verwijs in dat opzicht ook naar advies 270, dat gehecht wordt aan huidig advies.

Verder moet de advocaat met betrekking tot hetgeen hij opneemt uiteraard het beroepsgeheim respecteren.

3. Besluit

Ik besluit dan ook dat de Orde van Vlaamse Balies geen reden ziet om deze praktijk te verbieden. Noch wettelijk, noch deontologisch is er enig beletsel, zij het wel dat het fatsoen gebiedt om vooraf te melden dat er een opname zal plaatsvinden.

Edward Janssens
Bestuurder departement deontologie

18 juli 2013

