



UHASSELT

KNOWLEDGE IN ACTION

KU LEUVEN



Maastricht University

Faculteit Rechten

master in de rechten

Masterthesis

Het opnemen door particulieren van privégesprekken en privé-uiteenzettingen en het gebruik ervan

Carmen Hendrickx

Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten, afstudeerrichting rechten

PROMOTOR :

Prof. dr. Frank VERBRUGGEN

De transnationale Universiteit Limburg is een uniek samenwerkingsverband van twee universiteiten in twee landen: de Universiteit Hasselt en Maastricht University.



UHASSELT

KNOWLEDGE IN ACTION

www.uhasselt.be

Universiteit Hasselt
Campus Hasselt:
Martelarenlaan 42 | 3500 Hasselt
Campus Diepenbeek:
Agoralaan Gebouw D | 3590 Diepenbeek

2023
2024



Maastricht University

Faculteit Rechten

master in de rechten

Masterthesis

Het opnemen door particulieren van privégesprekken en privé-uiteenzettingen en het gebruik ervan

Carmen Hendrickx

Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten, afstudeerrichting rechten

PROMOTOR :

Prof. dr. Frank VERBRUGGEN

Inhoud

Inhoud	1
Samenvatting	3
Voorwoord	4
1. Inleiding	5
1.1 Probleemstelling en onderzoeksopzet	5
1.2 Onderzoeksvragen en methode	8
1.3 Originaliteit en relevantie	9
2. Historiek	10
3. Opnemen van privégesprekken	11
3.1 Begrippenkader	12
3.2 Artikel 314bis Sw.	14
3.2.1 Algemeen	14
3.2.2 "Met bedrieglijk opzet of met het oogmerk te schaden, gebruikmaakt van een wettig gemaakte opname van privécommunicatie of -telecommunicatie."	16
3.2.3 Uitzonderingen	18
3.3 Wat brengt de toekomst?	18
3.4 Opnemen van eigen telefoongesprekken	20
3.4.1 Patiënt en hulpverlener: quid?	22
3.5 Tussenconclusie	22
4. (On)rechtmatig verkregen bewijs	24
4.1 Bewijs in het strafrecht	24
4.1.1 Bewijslast	24
4.1.2 Drager van de bewijslast	24
4.1.3 Omvang van de bewijslast	26
4.2 Bewijsvoering	26
4.2.1 Beschikbare bewijsmiddelen	27
4.3 Beperking van het bewijs	28
4.3.1 Wat is onrechtmatig verkregen bewijs?	28
4.3.2 Tussenconclusie	33
4.4 Pre- Antigoontijdperk	34
4.5 Het befaamde Antigoon-arrest	35
4.5.1 Een op straffe van nietigheid geschreven regel	36
4.5.2 Onbetrouwbaarheid van het bewijs	37
4.5.3 In strijd met het recht op een eerlijk proces	37

4.6 Antigoon anno 2024?	40
4.7 De toekomst	42
4.8 Tussenconclusie	43
5. Recht op privacy gewaarborgd door artikel 8 EVRM	45
5.1 De verticale werking van het EVRM	45
5.1.1 Overheidsaansprakelijkheid	46
5.1.2 Quid de horizontale werking?	46
5.2 Directe horizontale werking van het EVRM.	47
5.2.1 Rechtspraak van andere staten.....	47
5.2.2 Quid in België?	48
5.3 Artikel 8 EVRM en privé/telecommunicatie	48
5.3.1 EHRM en correspondentie.....	49
5.3.2 EHRM en aftap door particulieren	50
5.3.3 EHRM en de Antigoon-toets.....	53
6. conclusie	55
7. aanbevelingen	57
8. Bibliografie.	59
8.1 Rechtspraak.....	59
8.2 Wetgeving	60
8.3 Rechtsleer	61
Boeken	61
tijdschriften	62
8.4 Andere	63

Samenvatting

Mag ik als particulier een privégesprek opnemen waaraan ik zelf deelneem? Kan ik die opname als bewijs gebruiken in een strafzaak voor een Belgische rechtbank? En is dat verenigbaar met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens (hierna EVRM) dat het recht op privacy waarborgt? Deze scriptie probeert een antwoord te geven op bovenstaande vragen aan de hand van een casus die uit het leven van de auteur is gegrepen.

Daarvoor wordt er gekeken naar de Belgische wetgeving en de rechtspraak. In de wetgeving vinden we geen bepaling die het opnemen van een privégesprek tussen twee deelnemers strafbaar stelt. Enkel het gebruik van een wettig gemaakte opname met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden door één van de deelnemers is strafbaar. Ook in de rechtspraak stelt men dat personen een gesprek waaraan ze deelnemen mogen opnemen.

Is een opname die door één van de deelnemers wordt gemaakt, rechtmatig verkregen, en meer nog, kan deze opname gebruikt worden in een strafzaak? Een dergelijke opname kan rechtmatig zijn wanneer ze niet voortvloeit uit een misdrijf, maar ook wanneer het recht op privacy niet geschonden is. Het maken van een dergelijke opname staat niet in de weg dat het recht op privacy, vervat in artikel 8 EVRM, kan geschonden worden. Wanneer het recht op privacy wordt geschonden, is het bewijs onrechtmatig verkregen. Het is echter aan de feitenrechter om hierover te oordelen, rekening houdend met alle feiten van de zaak.

Wanneer de rechter oordeelt dat het bewijs onrechtmatig is verkregen, moet er getoetst worden aan de Antigoon-criteria. Wanneer hieraan voldaan is, kan de opname toch nog gebruikt worden in een strafzaak. Dit zou ook in de casus het geval kunnen zijn.

Om te onderzoeken of de Belgische wetgeving voldoet aan de vereisten van artikel 8 EVRM wordt er gekeken naar de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens (hierna EHRM). Dat Hof oordeelde dat de bescherming van artikel 8 EVRM ruim is en zich strekt tot alle vormen van communicatie, zowel privé als zakelijk. Als het Hof oordeelt dat er een schending is, dan ligt dit vaak aan het gebrek aan een wettelijke basis. Verder draagt het Hof de techniek van de redelijke privacyverwachting hoog in het vaandel. Op het vlak van de Antigoon-criteria heeft het Europees Hof voor de rechten van de mens zich al positief uitgesproken.

Conclusie: het opnemen van een telefoongesprek door één van de deelnemers is niet meteen strafbaar. Wel mag de opname niet in strijd zijn met het recht op privacy want dan kan de rechter oordelen dat het bewijs onrechtmatig verkregen is. Wanneer de rechter geconfronteerd wordt met onrechtmatig verkregen bewijs dan zal hij de Antigoon-criteria moeten toepassen. Doorstaat de opname de Antigoon-toets, dan kan de opname toch nog gebruikt worden. Gaat deze bescherming ver genoeg? Het gebruik van de Antigoon-toets is voorlopig conform met de rechtspraak van het EHRM. Artikel 8 EVRM verzet zich niet tegen een opname van het gesprek door één van de deelnemers. Er is wel nood aan een wettelijke basis en deze lijkt te ontbreken in het Belgische recht.

Voorwoord

Ik wil graag iedereen bedanken die in mij geloofde toen ik besloot stappen te zetten in de juridische wereld: mijn familie en vrienden, die me ten volle hebben gesteund tijdens mijn opleiding, de vrienden die ik in deze periode heb leren kennen. Zij hebben me gesteund tijdens de lessen en de voorbereidingen. Mijn dank gaat ook uit naar het OOC, waar ik nog altijd met veel plezier werk. Mijn collega's geven me motivatie en kracht om deze opleiding af te ronden. Bedankt ook aan mijn jongeren, die me vanop de zijlijn aan het toejuichen zijn. Hoewel zij het niet gemakkelijk hebben, toveren ze regelmatig een lach op mijn gezicht. Ik hoop dat zij een thuis vinden, een veilige plek waar ze ten volle zichzelf kunnen zijn. Bedankt aan mijn begeleider, die nooit heeft opgegeven en me is blijven steunen bij het schrijven van deze scriptie.

1. Inleiding

1.1 Probleemstelling en onderzoeksopzet

1. Dit verhaal start in 2018. Ik was aan het werk in een onthaal-, observatie- en oriëntatiecentrum (OOOC) in Vlaanderen. ¹De persoon met wie ik telefoneerde, was niet tevreden met de gang van zaken. Het was niet de eerste keer dat dit gebeurde. Een OOOC is een "instelling" in de bijzondere jeugdzorg waar kinderen ongeveer twee maanden verblijven en waarna wij als OOOC een advies schrijven. Ouders moeten, meestal na een beslissing van de jeugdrechter, hun kinderen aan ons toevertrouwen en gaan vaak niet akkoord met deze beslissing. ² Ik probeerde het gesprek (dat al een half uur duurde) af te ronden aangezien ik vooral leefgroep begeleider ben en mijn hoofdtaak erin bestaat om voor deze kinderen te zorgen, ze te begeleiden, te observeren, ... De kinderen zijn dus mijn hoogste prioriteit. De dame (moeder van een van de minderjarigen die bij ons verbleven) zei me: "Geen probleem, ik heb dit gesprek opgenomen en ik zie u op de rechtbank." Het gesprek werd beëindigd en ik dacht bij mezelf: "Doe maar, je kan dit bewijs toch niet gebruiken. Ik heb namelijk geen toestemming gegeven." Toch bleef ik een beetje zitten met deze woorden: "Ik heb dit gesprek opgenomen en ik zie u op de rechtbank."

2. Een kleine fast forward naar een paar jaar later. Ik was in gesprek met twee van mijn jongeren (minderjarigen die in het OOOC verblijven.) Mijn jongeren vertelden me dat een andere jongere vaak gesprekken tussen haar en de leefgroepbegeleiders opnam en doorstuurde naar anderen (onbekende derden). Ik schrok ervan dat dat gebeurde. Ik wist dat mijn jongeren heel creatief waren, maar dit? Met het telefoongesprek van een paar jaar geleden in mijn achterhoofd begon ik wat dingen op te zoeken. Zo kwam ik onder andere bij het cassatiearrest van 9 januari 2001 waar het Hof van Cassatie met andere woorden had gezegd dat er geen schending is van artikel 314bis SW. En artikel 8 EVRM wanneer een telefoongesprek door één van de deelnemers wordt opgenomen. ³In mijn geval wil dit zeggen dat de boze mama aan de lijn effectief het gesprek tussen ons had mogen opnemen.

3. Het cassatiearrest dat ik had gelezen en de situatie waarin ik mij bevond, bleven aan mij knagen, ook toen ik in 2018 startte met de opleiding rechten want ik had een doel. Ik zou zelf jeugdrechter worden en goede beslissingen nemen voor mijn jongeren. Zo leerde ik in mijn opleiding rechten over rechtmatig en onrechtmatig verkregen bewijs. In dit leerstuk kwam ook het befaamde Antigoon-arrest naar voor. In sommige gevallen kon onrechtmatig verkregen bewijs toch worden toegelaten in strafzaken. De algemene regel zei dat onrechtmatig verkregen bewijs toelaatbaar was in strafzaken met uitzondering van drie situaties. Ik dacht weer aan de woorden van de boze mama aan de telefoon: "Ik zie u in de rechtbank." Was het bewijs dat deze mama had tegen mij rechtmatig of onrechtmatig verkregen?

¹ <https://www.jeugdhulp.be/organisaties/onthaal-observatie-en-orientatiecentrum-oooc> (geraadpleegd op 4/11/2023)

² <https://www.jeugdhulp.be/organisaties/onthaal-observatie-en-orientatiecentrum-oooc> (geraadpleegd op 4/11/2023)

³ ARNOU, L., "Eigen telefoongesprekken opnemen mag van Cassatie", *DJK* 2001, nr 25,5; Cass., 9 januari 2001, Computerr., 2001, afl. 4, 199, met noot J. DUMORTIER.

4. Naast de vraag over het onrechtmatig verkregen bewijs had ik nog enkele bedenkingen. Ik kende inmiddels via de rechtenopleiding ook het Europees verdrag voor de rechten van de mens (hierna: EVRM). Dit verdrag legt aan de lidstaten de verplichting op om de rechten en vrijheden die zijn vastgesteld in titel één van het verdrag en in de aanvullende protocollen ervan te verzekeren voor iedereen die onder hun rechtsmacht valt.⁴ Artikel 1 EVRM verplicht de hoge verdragsluitende partijen om deze rechten en vrijheden te verzekeren. Hiermee wordt bedoeld dat het in de eerste plaats de verdragsluitende staten zijn die instaan voor de naleving van de bepalingen van het verdrag, in de tweede plaats is dit de taak van het Europees Hof voor de rechten van de mens (hierna: EHRM) in Straatsburg. Indien men voldoet aan alle voorwaarden van artikel 35 EVRM, dan kan een particulier persoon zich wenden tot het Hof indien deze persoon van mening is dat een verdragsstaat een vrijheid of recht dat wordt bepaald in het EVRM heeft geschonden.

5. In het EVRM stonden een aantal rechten die erg toepasselijk waren of toepasselijk konden zijn in mijn situatie. Zo dacht ik meteen aan artikel 8 EVRM, het recht op privacy. In dit artikel zijn vier rechten vervat. (1) Ten eerste is er de eerbiediging van het privéleven, dit eerste recht wordt vaak in één adem genoemd met het recht op de (2) eerbiediging van het gezinsleven. Deze twee rechten zitten ook vervat in de Belgische grondwet, met name in artikel 22.⁵ (3) Vervolgens is er de eerbiediging van het huis, wat in de Belgische grondwet te vinden is in artikel 15, dat stelt dat de woning onschendbaar is en dat een huiszoeking slechts kan plaatsvinden in de gevallen die de wet bepaalt en in de vorm die zij voorschrijft.⁶ (4) Ten slotte bevat artikel 8 EVRM ook het recht op communicatie. Hieronder valt zeker het briefgeheim dat vervat zit in artikel 29 van de Belgische grondwet. Hier schreef de wetgever dat het briefgeheim onschendbaar is.

6. Er bestond een tijdje discussie of het telefoongeheim ook onder de bescherming van artikel 8 EVRM viel, maar hier heeft het Europees Hof voor de rechten van de mens met het Klass-arrest duidelijkheid geschapen door te oordelen dat ook het telefoongeheim onder de bescherming van artikel 8 EVRM viel.⁷ Het Belgische Hof van Cassatie oordeelde in 2001 dat er geen schending kon zijn van artikel 8 EVRM wanneer een telefoongesprek door één van de deelnemers werd opgenomen. Het EVRM kent ons rechten toe die ons moeten beschermen tegen inmenging in de privacy. Wanneer een verdragsstaat toch toelaat dat een gesprek door één van de deelnemers wordt opgenomen, is er dan sprake van voldoende bescherming?⁸

7. Een ander artikel dat van belang was, was artikel 6 EVRM, het recht op een eerlijk proces. Dit artikel vereist dat er een garantie is op een eerlijke en openbare behandeling van een zaak en dit binnen een redelijke termijn door een bij wet ingestelde onafhankelijke onpartijdige instantie.⁹ Wordt het recht op een eerlijk proces mogelijk niet geschonden voor de persoon in kwestie waarvan het gesprek werd opgenomen zonder diens toestemming en dit gesprek vervolgens in een strafzaak wordt gebruikt als bewijs?

⁴ Art.1 EVRM

⁵ Art.22 GW.

⁶ Art.15 GW

⁷ EHRM 6 september 1978, nr.5029/71, Klass and others/Germany.

⁸ ARNOU, L., "Eigen telefoongesprekken opnemen mag van Cassatie", *DJK* 2001, nr 25,5; Cass., 9 januari 2001, Computerr., 2001, afl. 4, 199, met noot J. DUMORTIER.

⁹ Art.6 EVRM

8. Na nog meer onderzoekwerk over dit onderwerp kwam ik uit op een recenter arrest van het Belgische Hof van Cassatie.¹⁰ In deze zaak werd een telefoongesprek tussen twee particulieren opgenomen door één van de deelnemers aan het gesprek. Daarna werd dit gesprek doorgegeven aan de bevoegde instanties en werd één van de deelnemers opgepakt en een gerechtelijk onderzoek gestart. De beklaagde in deze zaak haalde aan dat door het gebruik van deze opname twee van zijn rechten waren geschonden. Eerst en vooral zijn recht op privacy, vermeld in artikel 8 EVRM en vervolgens zijn recht op een eerlijk proces, vermeld in artikel 6 EVRM. Het Hof oordeelde in deze zaak dat er noch een schending was van artikel 8 EVRM noch van artikel 6 EVRM. Verder oordeelde het Hof hier dat: "het verbod om van een telecommunicatie kennis te nemen of een telecommunicatie op te nemen niet van toepassing is op de persoon die als deelnemer aan die communicatie de inhoud ervan opneemt, met of zonder toestemming van zijn gesprekspartner."¹¹

9. Tot een rechtszaak is het in mijn geval nooit gekomen, maar toch bleef ik met vragen zitten. Is het effectief mogelijk dat een gesprek dat is opgenomen door één van de deelnemers aan dit gesprek gebruikt wordt in een strafzaak? Is dit telefoongesprek rechtmatig of onrechtmatig verkregen als dit in handen valt van de bevoegde instanties en indien dit bewijs onrechtmatig is, kan dit dan nog wel gebruikt worden? En wat met de artikelen 6 en 8 EVRM? Moeten we ons neerleggen bij de uitspraak van het Hof van Cassatie en blindelings aannemen dat er in dit geval geen sprake kan zijn van een schending van de artikelen 6 en 8 EVRM.

¹⁰ Cass.8 januari 2014, N° p.13.1935.F.

¹¹ Cass.8 januari 2014, n° P.13.1935.F, NC 2016,nr.5,418-424 met noot L.Arnou.

1.2 Onderzoeksvragen en methode

10. Nu het probleem duidelijk geschetst is, luidt de onderzoeksvraag van deze masterscriptie als volgt: **“In welke mate biedt het Belgische rechtssysteem voldoende bescherming tegen het gebruik in strafzaken van zonder toestemming gemaakte geluids- of beeldopnames door een bij die opname betrokken particulier?”** (Evaluerende onderzoeksvraag)

De onderzoeksvraag is een eerder globale karakterisering van enkele deelvragen.¹² Deze deelvragen specificeren de verschillende onderdelen van de vraagstelling .¹³ Voor deze scriptie kan de onderzoeksvraag beantwoord worden door volgende drie subonderzoeksvragen te formuleren:

1. Wat zijn de strafrechtelijke regels in het Belgische recht over het opnemen van private communicatie door particuliere deelnemers aan die communicatie? (Beschrijvende onderzoeksvraag)
2. In welke mate kwalificeert een dergelijke opname als onrechtmatig verkregen bewijs en moet ze zo worden uitgesloten als bewijselement in een strafrechtelijke procedure zowel onder het huidige als onder het nieuwe Wetboek van Strafvordering.? (beschrijvende onderzoeksvraag)
3. In welke mate voldoen de bestudeerde regels aan de vereiste horizontale werking van het recht op privacy zoals gewaarborgd door artikel 8 EVRM? (Evaluerende onderzoeksvraag)

11. Deze scriptie wordt in drie delen onderverdeeld. In het eerste deel wordt er gekeken hoe het maken van opnames tussen deelnemers geregeld is in het Belgische recht. Dit is een beschrijvende onderzoeksvraag omdat er wordt getracht te weten te komen of volgens het Belgische recht (privé)gesprekken tussen deelnemers mogen worden opgenomen. In het eerste deel van deze scriptie wordt ook een stuk gewijd aan de historiek. In het Belgische recht zijn er op het vlak van opname van gesprekken verschillende wijzigingen doorgevoerd door de wetgever. Er wordt gekeken naar de intentie van de wetgever en hoe dit aan bod kwam in de rechtspraak. In het tweede deel proberen we te weten te komen of, indien dergelijke opname al dan niet rechtmatig gemaakt is, deze opname gebruikt mag worden in strafzaken. Ook hier kunnen we spreken van een beschrijvende vraag. In het tweede deel wordt er gekeken naar het belang van de Antigoon-rechtspraak. Verder wordt er bekeken hoe deze Antigoon-toets in het nieuwe Wetboek van Strafvordering zijn ingang vindt. Het derde deel gaat na of het Belgische rechtssysteem nog voldoende waarborgen biedt ter bescherming van de privacy bij het maken van geluidsoptnames en het gebruik hiervan in strafzaken.

¹² Hox J, 't Hart H., Boeije H, “*onderzoeksmethoden*”, den haag, 2009, p368.

¹³ Hox J, 't Hart H., Boeije H, “*onderzoeksmethoden*”, den haag, 2009, p368.

In dit derde deel wordt de focus gelegd op artikel 8 EVRM of met andere woorden, het recht op privacy. In het derde deel wordt er verder gekeken naar de rechtspraak van het EHRM en of die ook op deze manier wordt toegepast in het Belgische rechtssysteem.

12. De beschrijvende subonderzoeksvragen geven de mogelijkheid om dieper in te gaan op enkele begrippen die belangrijk zijn om de hoofdonderzoeksvraag te beantwoorden. In de hoofdonderzoeksvraag wordt het opnemen van privégesprekken in het Belgische recht getoetst en wordt nagegaan hoe er in strafzaken wordt omgegaan met onrechtmatig verkregen bewijs.

13. Er werd voor deze scriptie gekozen voor een monodisciplinair onderzoek. Er wordt naar slechts één discipline gekeken en dat is het recht. Er werd bewust gekozen voor een monodisciplinair onderzoek aangezien de onderzoeksvraag op zich al heel omvangrijk is. Dit onderzoek gaat uit van een diepere kennis van een gespecialiseerd onderwerp.¹⁴ Monodisciplinair onderzoek zou dus bijdragen aan de blootlegging van meer diepgaander problemen.¹⁵ Interdisciplinair onderzoek wordt voornamelijk aangemoedigd om een diverser publiek aan te trekken door de samenwerking met andere disciplines.¹⁶ Hoewel het interessant zou zijn geweest de mening van de magistratuur te vragen over de invulling van het privacy begrip, was het voor dit onderzoek echt het doel om in het huidige wetgevend kader een antwoord, maar eventueel ook een oplossing te vinden voor bovenstaand probleem.

14. De rechtsvergelijking in deze scriptie is niet het hoofddoel en daarom zal er ook niet expliciet vergeleken worden met rechtstelsels van andere landen, maar er is wel voor gekozen om in deze scriptie de aandacht te vestigen op rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens aangezien het Hof met betrekking tot artikel 8 EVRM en het opnemen van gesprekken al verschillende keren heeft moeten oordelen. Verder bestaat er ook rechtspraak met betrekking tot artikel 6 EVRM, het recht op een eerlijk proces en het gebruik van opnames in een strafzaak.

1.3 Originaliteit en relevantie

15. De originaliteit van deze scriptie ligt vooral in het feit dat het probleem rechtstreeks vanuit de professionele ervaring van de auteur komt. Het probleem dat in deze scriptie wordt behandeld, is uit het leven gegrepen. Deze scriptie wordt dus geschreven vanuit waargebeurde feiten en situaties waar de auteur van deze scriptie mee te maken kreeg. Dit probleem komt echter ook vaak voor in het dagelijkse leven. Denk maar aan familieruzies of burengeschillen. Het is vandaag de dag niet abnormaal dat wanneer klanten naar een bedrijf zoals een bank of telecombedrijf bellen, ze op voorhand al te horen krijgen dat het telefoongesprek kan worden opgenomen om de kwaliteit van de dienstverlening te verbeteren.

16. Deze scriptie is juridisch relevant want er wordt stilgestaan bij het begrip privacy. Wat betekent privacy de dag van vandaag voor ons? Wanneer vinden we inmenging in ons privéleven aanvaardbaar

¹⁴ Xin LIU, Bu Yi, ea., "Is interdisciplinary collaboration research more disruptive than monodisciplinary research?" *Asist&t*, jaargang 58, afl.1, 2021, p264-272.

¹⁵ Xin LIU, Bu Yi, ea., "Is interdisciplinary collaboration research more disruptive than monodisciplinary research?" *Asist&t*, jaargang 58, afl.1, 2021, p264-272.

¹⁶ Kestemont, L., "naar een rechtswetenschappelijke methodeleer: een expliciet methodologisch kader voor het rechtswetenschappelijk onderzoek in het socialezekerheidsrecht, KULeuven, 2016, p346.

en in welke gevallen kunnen we hiermee leven? Hoe snel vinden we dat iemand anders privacy mag geschonden worden? Er wordt te weinig stilgestaan bij de impact van de huidige technologische middelen en onze privacy. Deze scriptie trekt dit debat open en hoopt een bron van inspiratie te zijn, of een extra stimulans voor de wetgever, de doctrine, de rechtspraak om niet te licht om te gaan met het privacybegrip.

2. Historiek

17. Dat buiten het briefgeheim vermeld in artikel 29 GW. ook het telefoongeheim moest beschermd worden, daar was de wetgever al snel achter gekomen. Een eerste wet in de materiële zin van het woord was er al in de omzendbrief van 17 augustus 1923.¹⁷ Hierin werd gesteld dat een telefoonmaatschappij geen gevolg mocht geven aan een vordering door de overheid waardoor het geheim van aangegane gesprekken zou worden geschonden en dat geen toegang zou moeten worden gegeven aan rechters om boodschappen te onderscheppen. Het was echter nog wachten tot 1930 voor er een wet kwam op de bescherming van het telefoongeheim.¹⁸ In deze wet werd namelijk gesteld dat: "al wie een telegram of elke andere aan de regie toevertrouwde mededeling heeft verduisterd, geopend of er zich meester van heeft gemaakt, om er ten onrechte kennis van te nemen, of een middel heeft aangewend om over de openbare telegraaf -of telefoonlijn verzonden telegrammen of gevoerde gesprekken te onderscheppen" gestraft kon worden met een gevangenisstraf en/of een geldboete.¹⁹

18. De wet van 1930 was echter nog niet van toepassing op draadloze communicatie waardoor de wetgever opnieuw ingreep met de wet van 30 juli 1979.²⁰ In deze wet werd gesteld dat er een verbod was om radioberichtgevingen op te vangen die niet voor de opvanger bestemd waren.²¹ Er werd gesteld dat er een algemeen afluisterverbod was. De vraag die onbeantwoord bleef was of de eerbiediging van het telefoongeheim ook onder de bescherming van artikel 8 EVRM viel. Het Europees Hof voor de rechten van de mens gaf een antwoord op deze vraag.²² De feiten gaan als volgt: Er waren een paar Duitse staatsburgers naar het Hof gestapt omdat de Duitse overheid een aantal maatregelen had genomen in verband met telefonie. Deze Duitse burgers beweerden dat de Duitse overheid artikel 8 EVRM had geschonden omdat de Duitse burger niet op de hoogte was van deze maatregelen. Het Hof heeft hier geoordeeld dat er geen schending was van artikel 8 EVRM.²³ Het belangrijke aan dit arrest van het Europees Hof voor de rechten van de mens is dat het in deze zaak heeft geoordeeld dat telefoongesprekken en de eerbiediging van het telefoongeheim vallen

¹⁷ M., MINNAERT, "De wet ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het beluisteren, kennisnemen en opnemen van privé-communicatie en -telecommunicatie" in K. BAERT, H. CASMAN en B. DE TEMMERMAN (eds.), *Nieuwe wetgeving inzake echtscheiding, cessie schuldvordering, medeëigendom, immuniteit bij beslag, politierechtbank, telefoonaftap, vergoeding verkeersslachtoffers : een eerste commentaar*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 153-201.

¹⁸ Wet van 30 oktober 1930 tot samenordering der verschillende wetsbepalingen op de telegrafie en de telefonie met draad., BS 20 oktober 1930.

¹⁹ Wet van 30 oktober 1930 tot samenordering der verschillende wetsbepalingen op de telegrafie en de telefonie met draad., BS 20 oktober 1930.

²⁰ Wet van 6 mei 1998 tot wijziging van de wet van 30 juli 1979 betreffende de radioberichtgeving.

²¹ Art.4c van de wet van 30 juli 1979 betreffende de radioberichtgeving.

²² EHRM 6 september 1978, nr.5029/71, Klass and others/Germany.

²³ EHRM 6 september 1978, nr.5029/71, Klass and others/Germany.

onder artikel 8 EVRM.²⁴ Dit wil onder andere zeggen dat indien er een inbreuk is van artikel 8 EVRM er moet worden voldaan aan de voorwaarden vermeld in het tweede lid van dat artikel.²⁵

19. In 1994 voerde de Belgische wetgever met de wet van 30 juni 1994 artikelen 259bis Sw. en 314bis Sw. in.²⁶ Deze artikelen stellen het afluisteren van gesprekken, of het doen afluisteren van gesprekken waaraan men zelf niet deelneemt strafbaar.²⁷ In deze wet werden een aantal begrippen gedefinieerd, met name wat er werd begrepen onder privécommunicatie.

20. In 2001 velde het Hof van Cassatie een arrest met betrekking tot het opnemen van telefoongesprekken tussen particulieren.²⁸ In dit arrest ging het over een aantal personen die werden bedreigd door een dame. De slachtoffers van deze bedreiging stapten hiermee naar de bevoegde instanties. Deze zeiden niets te kunnen doen aangezien er niet voldoende bewijzen zouden zijn dat de dame in kwestie deze personen zou bedreigen. De verdediging beargumenteerde dat het opnemen van het telefoongesprek de voorwaarden van artikel 314bis Sw. en artikel 8 EVRM niet zouden kunnen overleven.²⁹ Concreet vond de verdediging dat er een schending was van artikel 8 EVRM omdat de persoon die het telefoongesprek opnam de dame in kwestie niet om toestemming voor de opname had gevraagd. Er zou volgens de verdediging enkel een geldige opname kunnen worden gemaakt van het telefoongesprek wanneer er toestemming zou zijn van alle deelnemers, wat *in casu* niet het geval was. De opname van het telefoongesprek was met andere woorden onrechtmatig verkregen bewijs en moest uit de debatten worden geweerd.³⁰ Het Hof van Cassatie was het niet eens met deze redenering. Het Hof oordeelde als volgt: "hij die een telefoongesprek voert kan het recht op eerbiediging van zijn privéleven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling niet inroepen ten aanzien van de deelnemer aan dit gesprek, daar hij zelf deze deelnemer deelachtig maakt aan het voorwerp van het recht."³¹

3. Opnemen van privégesprekken

21. Om een antwoord te kunnen geven op de onderzoeksvraag van deze scriptie, wordt in het eerste deel dieper ingegaan op de manier waarop het opnemen van telefoongesprekken tussen deelnemers aan die gesprekken geregeld is in het Belgische recht. Hiervoor wordt er eerst een begrippenkader gegeven waarin de belangrijkste begrippen worden uitgelegd. Wat is privécommunicatie juist en wat wordt er begrepen onder het opnemen van gesprekken? Daarna wordt er dieper ingegaan op de

²⁴ EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71, Klass and others/Germany.

²⁵ Art. 8, tweede lid EVRM.

²⁶ Wet van 30 juni 1994 betreffende de bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het afluisteren, kennisnemen en opnemen van privécommunicatie en -telecommunicatie, BS 24 januari 1995.

²⁷ Wet van 30 juni 1994 betreffende de bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het afluisteren, kennisnemen en opnemen van privécommunicatie en -telecommunicatie, BS 24 januari 1995.

²⁸ Cass., 9 januari 2001, Computerr., 2001, afl. 4, 199, met noot J. DUMORTIER; ARNOU, L., "Eigen telefoongesprekken opnemen mag van Cassatie", DJK 2001, nr 25,5.

²⁹ Cass., 9 januari 2001, Computerr., 2001, afl. 4, 199, met noot J. DUMORTIER; ARNOU, L., "Eigen telefoongesprekken opnemen mag van Cassatie", DJK 2001, nr 25,5.

³⁰ Cass., 9 januari 2001, Computerr., 2001, afl. 4, 199, met noot J. DUMORTIER; ARNOU, L., "Eigen telefoongesprekken opnemen mag van Cassatie", DJK 2001, nr 25,5.

³¹ Cass., 9 januari 2001, Computerr., 2001, afl. 4, 199, met noot J. DUMORTIER; ARNOU, L., "Eigen telefoongesprekken opnemen mag van Cassatie", DJK 2001, nr 25,5.

relevante wetgeving. In deze scriptie richten we ons op artikel 314bis §2, tweede lid van het Strafwetboek. Ten slotte wordt er in dit hoofdstuk gekeken naar de relevante rechtspraak. Hoe gaat het er in de praktijk aan toe? Dit hoofdstuk wordt beëindigd met een tussenconclusie en de toepassing daarvan op de casus in de probleemstelling.

3.1 Begrippenkader

22. De regelgeving rond het opnemen van gesprekken door de overheid was al langere tijd geregeld, maar het was nog wachten op de wet van 1995 tot dergelijke bepaling voor particulieren onderling werd ingevoerd in het Strafwetboek. In het wetsontwerp van deze wet kunnen we twee doelen vinden die tot dit voorstel hebben geleid. Ten eerste was het een doelstelling van de regering om de burger een bredere wettelijke bescherming te bieden door het principiële verbod op het afluisteren klaar en duidelijk te regelen.³² Een tweede doelstelling was om met de invoering van een afwijking van het principiële verbod in het kader van gerechtelijke onderzoeken met betrekking tot ernstige feiten ook bij te dragen tot een verhoogde efficiëntie van het gerecht.³³ De toenmalige minister garandeerde dat het ontwerp rekening hield met de zorgen van het Europees Hof voor de rechten van de mens inzake privacy en dat de uitzonderingen zouden worden beperkt tot het strikt noodzakelijke.

23. Het wetsontwerp benadrukte dat er nog steeds een algemeen en principiële afluisterverbod geldt. Dit verbod geldt voor:

- het opzettelijke beluisteren, kennisnemen en opnemen en het doen beluisteren, kennisnemen en opnemen, met behulp van enig toestel zonder de vereiste toestemming van privé-communicatie en – telecommunicatie.
- het opstellen of doen opstellen van afluisterapparatuur e.d.
- het bewust onder zich houden, verspreiden of gebruiken van via het afluisteren e.d. verkregen informatie.
- het misbruik maken van wettig gemaakte opnamen van privé-communicatie of – telecommunicatie.³⁴

24. Uit dit wetsontwerp volgt niet veel later de wet van 30 juni 1994.³⁵ Deze wet voert artikel 314bis Sw. in. Vooraleer dit ingevoerde artikel in detail wordt besproken, worden enkele begrippen bekeken en uitgelegd. Een goed begrip van de verschillende begrippen in een strafbepaling is belangrijk om met enige zekerheid te kunnen zeggen welke gedragingen juist strafbaar zijn.

³² Ontwerp van wet ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het beluisteren, kennisnemen en opnemen van privé-communicatie en -telecommunicatie, Verslag namens de commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer ERDMAN, Parl.St. Senaat 1992-93, nr. 843-2, 36.

³³ Ontwerp van wet ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het beluisteren, kennisnemen en opnemen van privé-communicatie en -telecommunicatie, Verslag namens de commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer ERDMAN, Parl.St. Senaat 1992-93, nr. 843-2, 36.

³⁴ B., CAPELLE, "Telefoongeheim en privacy", in B. DEPOORTER (ed.), *Telecom en Internet: recht in beweging*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 164-182; werp van wet ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het beluisteren, kennisnemen en opnemen van privé-communicatie en -telecommunicatie, Verslag namens de commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer ERDMAN, Parl.St. Senaat 1992-93, nr. 843-2, 36.

³⁵ wetsontwerp van wet ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het beluisteren, kennisnemen en opnemen van privé-communicatie en -telecommunicatie, Verslag namens de commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer ERDMAN, Parl.St. Senaat 1992-93, nr. 843-2, 36.

25. Een eerste begrip is privécommunicatie en telecommunicatie. Communicatie of telecommunicatie wordt geacht privé te zijn wanneer ze niet bestemd is om door iedereen gehoord te worden. Dit verbod is niet plaatsgebonden. Het maakt dus niet uit waar een persoon zich begaf of er sprake is of kan zijn van het privékarakter. Het privé-karakter hangt van andere zaken af zoals het doen van uitingen, mededelingen of boodschappen en het voeren van gesprekken en hangt eerder af van de context en de intenties dan van de locatie waar ze gehoord worden. De term privécommunicatie heeft door de jaren heen ook een metamorfose ondergaan en wel met de wet van 25 december 2016.³⁶ Sinds het wetsontwerp en later ook de wet wordt het begrip privécommunicatie vervangen door de term: "niet voor publiek toegankelijke communicatie." Met dit begrip wordt de communicatie of elektronische communicatie bedoeld in de privésfeer. Het is een eerder overkoepelend begrip dat de termen privécommunicatie en -telecommunicatie omvatten.³⁷

26. Een volgend begrip dat om enige uitleg vraagt is het begrip telecommunicatie. Volgens het wetsontwerp is dit: "elke taaluiting, al dan niet mondeling, rechtstreeks of op afstand, ongeacht het aantal betrokkenen: monologen of het inspreken of laten afdraaien van een dictafoon, telegrammen, ..., elektronische gegevensoverdracht in computers en computernetwerken worden daaronder ook begrepen..."³⁸

27. Ten slotte zijn er de begrippen opnemen en kennisnemen. Onder het begrip opnemen wordt begrepen het vastleggen van gegevens op een of andere gegevensdrager³⁹ om deze gegevens later te kunnen gebruiken. In de praktijk zal het opnemen meestal door middel van een bandopnemer geschieden. Hierbij valt op te merken dat de tekst die hier wordt voorgedragen dateert van 1992 toen er nog veel minder mogelijkheden waren in verband met het opnemen van telefoongesprekken.

28. In de huidige tijd zijn deze opties veel veelzijdiger, denk maar aan het gebruik van een telefoontoestel of een slimme camera met geluidsopname aan een deurbel. Kennisnemen daarentegen is een ruim begrip en is van toepassing op de meer technische vormen van communicatie zoals elektronische gegevensoverdracht.⁴⁰

29. De toestemming van deelnemers kan op twee wijzen worden uitgedrukt. Dit kan uitdrukkelijk of bijzonder zijn en eventueel aan het beluisteren, opnemen of kennisnemen van de communicatie of telecommunicatie voorafgaan. De instemming kan ook stilzwijgend zijn en uit een geheel van omstandigheden blijken. Het is verder onmogelijk om te stellen dat de instemming steeds

³⁶ Wetsontwerp houdende diverse wijzigingen van het Wetboek van Strafvordering en het Strafwetboek, met het oog op de verbetering van de bijzondere opsporingsmethoden en bepaalde onderzoeksmethoden met betrekking tot internet en elektronische en telecommunicaties en tot oprichting van een gegevensbank stemafdrukken, Parl.St. Kamer 2015-16, nr. 54K1966/001, 53.

³⁷ CAPELLE, B., "Telefoongeheim en privacy", in B. DEPOORTER (ed.), *Telecom en Internet: recht in beweging*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 164-182

³⁸ CAPELLE, B., "Telefoongeheim en privacy", in B. DEPOORTER (ed.), *Telecom en Internet: recht in beweging*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 164-182

³⁹ CAPELLE, B., "Telefoongeheim en privacy", in B. DEPOORTER (ed.), *Telecom en Internet: recht in beweging*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 164-182

⁴⁰ CAPELLE, B., "Telefoongeheim en privacy", in B. DEPOORTER (ed.), *Telecom en Internet: recht in beweging*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 164-182

uitdrukkelijk en vooraf moet zijn gegeven aangezien dit ernstige hinder zou opleveren voor het maatschappelijk leven.

3.2 Artikel 314bis Sw.

30. Zoals hierboven aangegeven, werden er met de wet van 30 juni 1994 onder andere twee nieuwe artikelen toegevoegd in het Strafwetboek.⁴¹ Dit waren de artikelen 259bis Sw. en 314bis Sw. Zowel in artikel 314bis Sw. als artikel 259bis Sw. zijn er 5 verschillende gedragingen die strafbaar worden gesteld. Artikel 314bis Sw. is van toepassing op particulieren terwijl het bij artikel 259bis Sw. juist essentieel is dat de dader een openbaar officier of ambtenaar, drager of agent van de openbare macht is die naar aanleiding van de uitoefening van zijn bediening buiten de gevallen die de wet bepaalt of zonder inachtneming van de vormen die zij voorschrijft bepaalde gedragingen stelt.⁴² Het verschil tussen de twee artikelen zit hem dus in de hoedanigheid van de dader. Waar het bij artikel 259bis Sw. belangrijk is dat de dader een bepaalde hoedanigheid heeft, zien we dat er in artikel 314bis Sw. geen hoedanigheid aan te pas komt en dat de dader eender welke andere persoon kan zijn die deze gedragingen stelt.⁴³ In deze scriptie wordt ervoor gekozen om een deel van artikel 314bis te bespreken omdat dit betrekking heeft op de op te lossen casus. Er wordt wel nog kort ingegaan op eventuele uitzonderingen.

3.2.1 Algemeen

31. Deze artikelen gaan over de opname en kennisname van privécommunicatie waaraan men zelf niet deelneemt. Vóór de invoering van deze artikelen werd het afluisteren door een aantal bepalingen verboden, soms strafbaar gesteld.⁴⁴ De strafbaarstelling werd later uitgebreid en versterkt door de wet van 13 juni 2005.⁴⁵ Artikel 124 van deze wet stelt namelijk dat "indien men daartoe geen toestemming heeft gekregen van alle andere, direct of indirect betrokken personen, niemand met opzet kennis mag nemen van het bestaan van informatie van alle aard die via elektronische weg is verstuurd en die niet persoonlijk voor hem bestemd is, noch opzettelijk kennis mag nemen van gegevens inzake elektronische communicatie en met betrekking tot een andere persoon, noch de informatie, identificatie of gegevens die met of zonder opzet werden verkregen, wijzigen, schrappen, kenbaar maken, opslaan of er enig gebruik van maken."⁴⁶

⁴¹ Wet van 30 juni 1994 betreffende de bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het afluisteren, kennisnemen en opnemen van privécommunicatie en -telecommunicatie, *BS* 24 januari 1995.

⁴² Art. 259bis, §1 Sw.

⁴³ Art. 314bis Sw.

⁴⁴ M., MINNAERT, "De wet ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het beluisteren, kennisnemen en opnemen van privé-communicatie en -telecommunicatie" in K. BAERT, H. CASMAN en B. DE TEMMERMAN (eds.), *Nieuwe wetgeving inzake echtscheiding, cessie schuldvordering, medeëigendom, immuniteit bij beslag, politierechtbank, telefoonaftap, vergoeding verkeersslachtoffers : een eerste commentaar*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 153-201.; Wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, *BS* 27 maart 1991.; Wet van 30 juli 1979 betreffende de radioberichtgeving, *BS* 30 augustus 1979.

⁴⁵ Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, *BS* 20 juni 2005.

⁴⁶ Art. 124 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, *BS* 20 juni 2005.

Personen die niet deelnemen aan de communicatie mogen deze enkel beluisteren met toestemming van alle deelnemers. Deze toestemming zal hetzij uitdrukkelijk, hetzij stilzwijgend zijn en uit het geheel van de omstandigheden blijken.

32. Dit artikel⁴⁷ stelt dus, samen met artikel 259bis Strafwetboek, verschillende handelingen strafbaar die een inbreuk uitmaken op een bijzonder aspect van de persoonlijke levenssfeer, namelijk de niet voor publiek toegankelijke communicatie of met andere woorden privécommunicatie zoals hierboven al uitgelegd. Beide artikelen vermelden steeds 5 misdrijven die afzonderlijk strafbaar worden gesteld. De volgende handelingen worden strafbaar gesteld in artikel 314bis Strafwetboek:

- hij die opzettelijk, met behulp van enig toestel niet voor publiek toegankelijke communicatie, waaraan hij niet deelneemt, onderschept of doet onderscheppen, ervan kennisneemt of kennis doet nemen, opneemt of doet opnemen, zonder de toestemming van alle deelnemers aan die communicatie;
- hij die met het opzet een van de in artikel 259bis, § 1, 1o Sw., resp. artikel 314bis, § 1, 1o Sw. omschreven misdrijven te plegen, enig toestel opstelt of doet opstellen (art. 259bis, § 1, 2o Sw., resp. art. 314bis, § 1, 2o Sw.)
- hij die wetens de inhoud van niet voor publiek toegankelijke communicatie of gegevens van een informaticasysteem die onwettig onderschept of opgenomen zijn 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 (art. 259bis, § 1, 3o Sw., resp. art. 314bis, § 2, eerste lid Sw.)
- hij die met bedrieglijk opzet of met het oogmerk te schaden, gebruik maakt van een wettig gemaakte opname van niet voor publiek toegankelijke communicatie of gegevens van een informaticasysteem (art. 259bis, § 2 Sw., resp. art. 314bis, § 2, tweede lid Sw.)
- hij die onrechtmatig een instrument, met inbegrip van informaticagegevens, dat hoofdzakelijk is ontworpen of aangepast om het in artikel 259bis, § 1 Sw., resp. artikel 314bis, § 1 Sw. 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 (art. 259bis, § 2bis Sw., resp. art. 314bis, § 2bis Sw.)

33. Zoals hierboven al aangegeven heeft dit artikel betrekking op niet-deelnemers aan een gesprek. Toch is het relevant om dit artikel te bespreken want ondanks het feit dat het zich focust op niet-deelnemers en hen strafbaar stelt, is niet heel het artikel enkel maar van toepassing op niet-deelnemers. Er wordt daarom niet verder ingegaan op alle strafbare gedragingen vermeld in dit artikel maar enkel op de gedraging die voor deze scriptie relevant is.

⁴⁷ Art. 314bis Sw.

3.2.2 "Met bedrieglijk opzet of met het oogmerk te schaden, gebruikmaakt van een wettig gemaakte opname van privécommunicatie of -telecommunicatie."⁴⁸

34. Hier is ook weer de eerste voorwaarde dat er bedrieglijk opzet is, het moet zijn gebeurd met het oogmerk om te schaden.⁴⁹ Hier is er dus sprake van het bijzonder opzet. Dat zou ook bestaan wanneer de bekendmaking aan de andere persoon enkel zou gebeuren om de nieuwsgierigheid van de ander te bevredigen.⁵⁰ Het tweede vereiste is dat er een wettig gemaakte opname moet zijn.⁵¹ Het woord "opname" kan worden omschreven als de vastlegging van gegevens op een of andere gegevensdrager die bestemd zijn om er later gebruik van te kunnen maken.⁵² Een volgende voorwaarde is het gebruik maken. "Dit gebruik bestaat erin dat de wettige opname van niet voor publiek toegankelijke communicatie of van gegevens van een informaticasysteem, gelet op het schuldbestanddeel waarmee het verbonden wordt, nader kan worden getypeerd als misbruik."⁵³ Het gebruiken slaat hier op het aanwenden en het gebruik van de inhoud van de opname en heeft niet enkel betrekking op het onder zich hebben van de opname.⁵⁴ Ook hier wordt een poging bestraft zoals het misdrijf zelf.⁵⁵

35. Het is dit stuk dat de aandacht verdient als we kijken naar het probleem *in casu*. Is artikel 314bis §2, lid 2 Sw. van toepassing op mijn casus? Mevrouw die het gesprek had opgenomen, was wel een deelnemer van het gesprek. Hiervoor is het belangrijk om naar de wet zelf te kijken en dus ook naar het wetsontwerp zelf om deze vraag te kunnen beantwoorden.

Artikel 2 van het wetsontwerp van 1992 zegt dat artikel 314bis Sw. is ingevoegd in het Strafwetboek.⁵⁶ Dit artikel stelt dezelfde gedragingen strafbaar als artikel 1 van het wetsontwerp maar hier zijn de gedragingen gesteld door een particulier.⁵⁷

36. Voor de verdere uitleg en verantwoording van artikel 314bis moet er dus gekeken worden naar artikel 1 van het wetsontwerp.⁵⁸ In dat artikel staat: "§ 2, tweede lid bestraft degene die misbruik maakt van een wettig gemaakte opname van een privécommunicatie of -telecommunicatie. Dit kan

⁴⁸ Art. 314bis §2, tweede lid Sw.

⁴⁹ Berkmoes, H. "interceptie van privécommunicatie en gegevens van een informaticasysteem" commentaar in X., Postal memorialis. Lexion strafrecht strafvordering en bijzondere wetten, 155/47-155109, (63p.)

⁵⁰ Berkmoes, H. "interceptie van privécommunicatie en gegevens van een informaticasysteem" commentaar in X., Postal memorialis. Lexion strafrecht strafvordering en bijzondere wetten, 155/47-155109, (63p.); D. DEWANDELEER, "Tapmisdrijven (art. 259bis en 314bis Sw.)", Comm. Straf., 30; nr. 82.

⁵¹ Berkmoes, H. "interceptie van privécommunicatie en gegevens van een informaticasysteem" commentaar in X., Postal memorialis. Lexion strafrecht strafvordering en bijzondere wetten, 155/47-155109, (63p.)

⁵² D. DEWANDELEER, "Tapmisdrijven (art. 259bis en 314bis Sw.)", Comm. Straf., 30; nr. 82.

⁵³ Van 'afluisterverbod' via telefoontap naar data-interceptie en legal hacking in [X., Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, 1 - 64 \(64 p.\)](#)

⁵⁴ Van 'afluisterverbod' via telefoontap naar data-interceptie en legal hacking in [X., Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, 1 - 64 \(64 p.\)](#)

⁵⁵ Artikel 314bis §3 Sw.

⁵⁶ Art. 2 wetsontwerp van wet ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het beluisteren, kennisnemen en opnemen van privé-communicatie en -telecommunicatie, Parl. St. Senaat 1992-93, nr. 843-1, 67.

⁵⁷ wetsontwerp van wet ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het beluisteren, kennisnemen en opnemen van privé-communicatie en -telecommunicatie, Parl. St. Senaat 1992-93, nr. 843-1, 67.

⁵⁸ Art. 1 wetsontwerp van wet ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het beluisteren, kennisnemen en opnemen van privé-communicatie en -telecommunicatie, Parl. St. Senaat 1992-93, nr. 843-1, 67.

bestaan uit het aanwenden door derden van een feit of inlichting voor een ander doel dan datgene waarvoor de toestemming tot de opname werd verleend.”⁵⁹

Dit eerste deel lijkt eerder logisch, het is het deel dat hierna komt dat de aandacht trekt, namelijk: “naast inbreuken op dit specialiteitsbeginsel kunnen ook meer specifieke misbruiken (wraak, afpersing, politieke twisten enz.) van een opname door de deelnemers aan de communicatie betoegeld worden.”⁶⁰

37. Interessant is wat dit voor deze casus kan betekenen. Ten eerste wil dit zeggen dat artikel 314bis Sw. ook kan gebruikt worden in zaken die betrekking hebben op wraak of afpersing. *In casu* kan dit zeker gepleit worden voor de strafrechter aangezien deze vrouw, een mama van een jongere die bij ons (in het OOC) geplaatst was, zich er meerdere keren per dag schuldig aan maakte om dergelijke telefoontjes te plegen, zowel met de directie van onze voorziening als met andere leefgroepbegeleiders. Dat kan volgens mij een soort wraak zijn op de voorziening waar ik werk, maar dit zal geargumenteed moeten worden en door de rechter *in concreto* moeten worden beoordeeld.

38. Een tweede punt is dat in het wetsontwerp zelf de wetgever de mogelijkheid voorziet dat deze bepaling ook geldt voor de deelnemer aan het gesprek die het gesprek mag opnemen, (zie later) bestraft kan worden wanneer wordt aangetoond dat zij een rechtmatig gemaakte opname met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden gebruikt.⁶¹ Op dit vlak is er wel één nuancering. Zo heeft het Belgische Hof van Cassatie als volgt geoordeeld: “hij die met het oog op bewijsvoering in een geschil waarbij de deelnemers aan een gesprek betrokken zijn, gebruik maakt van een door hem gemaakte opname van dat gesprek waaraan hij heeft deelgenomen, handelt niet met het door artikel 314bis §2, tweede lid Sw. bedoelde bedrieglijk opzet of oogmerk om te schaden.”⁶² *In concreto* wil dit zeggen dat wanneer een deelnemer die een gesprek opneemt waar hij zelf aan deelneemt met het oog op bewijsvoering, zich niet schuldig maakt aan het bedrieglijk opzet of het oogmerk om te schaden vermeld in artikel 314bis §2, tweede lid Sw.

39. *In casu* is dit niet van toepassing aangezien op het moment van de opname van het telefoongesprek er nog geen zaak hangende was en de reden waarom de mama het gesprek opnam dus niet puur voor de bewijsvoering was van een al hangende zaak. Dit cassatiearrest zou wel van toepassing kunnen zijn als er al een geding hangende was bij de bevoegde rechter. Ik ga ervan uit dat dit voorbeeld enkel van toepassing is wanneer er al een geschil hangende is tussen twee partijen inzake de bewijsvoering en niet wanneer er nog geen geschil hangende is. ⁶³

⁵⁹ Art.1 wetsontwerp van wet ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het beluisteren, kennisnemen en opnemen van privé-communicatie en -telecommunicatie, Parl.St. Senaat 1992-93, nr. 843-1, 67. ;D. DEWANDELEER, “Tapmisdrijven (art. 259bis en 314bis Sw.)”, Comm.Straf., 30; nr. 82.

⁶⁰ Berkmoes, H. “interceptie van privécommunicatie en gegevens van een informaticasysteem” commentaar in X. , Postal memorialis. Lexion strafrechtn strafvordering en bijzondere wetten, I55/47-I55109, (63p.); Art.1 wetsontwerp van wet ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het beluisteren, kennisnemen en opnemen van privé-communicatie en -telecommunicatie, Parl.St. Senaat 1992-93, nr. 843-1, 67.

⁶¹ Artikel 2 wetsontwerp van wet ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het beluisteren, kennisnemen en opnemen van privé-communicatie en -telecommunicatie, Parl.St. Senaat 1992-93, nr. 843-1, 67.; art.314bis §2, tweede lid Sw.

⁶² Cass 17 november 2015, P.14.0880.N. Cass 17 november 2015, t. straf. 2017/4, p250-251.

⁶³ Cass 17 november 2015, P.14.0880.N. Cass 17 november 2015, t. straf. 2017/4, p250-251.

De mama mocht het gesprek opnemen omdat zij deelneemster is aan het gesprek. Toch kan zij strafrechtelijk vervolgd worden op basis van artikel 314bis§2, tweede lid Sw. aangezien zij deze opname heeft gemaakt met het oogmerk om te schaden.

3.2.3 Uitzonderingen

43. De wet van 13 juni 2005 bepaalt in artikel 125 dat de bepalingen van artikel 124 Wet elektronische communicatie (hierna WEC) en van de artikelen 259bis en 314bis Strafwetboek niet van toepassing zijn in de volgende gevallen:⁶⁴

- wanneer de wet het stellen van de bedoelde handelingen toestaat of oplegt;
- wanneer de bedoelde handelingen worden gesteld met als enig doel de goede werking van het netwerk na te gaan en de goede uitvoering van een elektronische communicatiedienst te garanderen;
- wanneer de handelingen worden gesteld om de interventie van hulp- en nooddiensten mogelijk te maken die antwoorden op aan hen gerichte verzoeken om hulp;
- wanneer de handelingen door het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie worden gesteld op bevel van de onderzoeksrechter, van de procureur des Konings, op verzoek van het diensthoofd bedoeld in artikel 3, 8° van de Wet van 30 november 1998 houdende regeling van de inlichtingen- en veiligheidsdienst, en/of in het kader van zijn algemene opdracht inzake toezicht en controle;
- wanneer de handelingen door de ombudsdienst voor telecommunicatie of op zijn verzoek worden gesteld in het kader van zijn wettelijke onderzoeksopdrachten en niet het afluisteren van communicaties betreffen;
- wanneer de handelingen worden uitgevoerd door de ambtenaren die zijn gemachtigd door de minister die de economie onder zijn bevoegdheden heeft, in het kader van hun wettelijke bevoegdheden tot opsporing en niet het afluisteren van communicaties betreffen;
- wanneer de handelingen door de Ethische Commissie voor de telecommunicatie of haar secretariaat of op verzoek van een van hen worden gesteld in het kader van hun wettelijke onderzoeksopdrachten en niet het afluisteren van communicaties betreffen;⁶⁵
- wanneer de handelingen worden gesteld met als enig doel de eindgebruiker diensten aan te bieden die erin bestaan het ontvangen van ongewenste elektronische communicatie te verhinderen, mits hiertoe de nodige toestemming werd verkregen van de eindgebruiker.

3.3 Wat brengt de toekomst?

40. Nog niet zo lang gelden is het nieuwe Strafwetboek goedgekeurd door de wet van 24 februari 2024 tot invoering van boek II van het Strafwetboek.⁶⁶ In het nieuwe Strafwetboek vallen deze

⁶⁴ Art.124 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, BS 20 juni 2005.; S.DESMEDT., M.CAPRONI., praktische gids privacy in de onderneming, Wolters Kluwer Belgium, Mechelen, 2019, 346p.

⁶⁵ Berkmoes, H. "interceptie van privécommunicatie en gegevens van een informaticasysteem" commentaar in X. , Postal memorialis. Lexion strafrechtn strafvordering en bijzondere wetten, I55/47-I55109, (63p.)

⁶⁶ Wet van 29 februari 2024 tot invoering van boek II van het Strafwetboek(1), BS 8 april 2024.

artikelen onder hoofdstuk negen: misdrijven tegen het privéleven. Art. 344 bestraft hier het bedrieglijk gebruik van een wettig gemaakte opname. Dit artikel zegt dat: "het bedrieglijk gebruik van een wettig gemaakte opname van privé-communicatie of privé-gegevens van een informaticasysteem is het, met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden en buiten de gevallen die de wet bepaalt of zonder inachtneming van de vormen die zij voorschrijft, gebruik maken van een wettig gemaakte opname van voor het publiek niet toegankelijke communicatie of voor het publiek niet toegankelijke gegevens van een informaticasysteem."⁶⁷

41. In het algemeen blijven dezelfde gedragingen strafbaar als in het huidige Strafwetboek. Wat anders is, zijn de straffen. Deze worden nu onderverdeeld in niveaus. Deze inbreuken worden doorgaans bestraft met een straf van niveau 2.⁶⁸ Artikel 36 zegt dat: "De straf van niveau 2 bestaat uit een van de volgende straffen: 1° de gevangenisstraf van zes maanden tot ten hoogste drie jaar; 2° de behandeling onder vrijheidsberoving van zes maanden tot ten hoogste twee jaar; 3° de straf onder elektronisch toezicht van een maand tot ten hoogste een jaar; 4° de werkstraf van meer dan honderdtwintig uur tot ten hoogste driehonderd uur; 5° de probatiestraf van meer dan twaalf maanden tot ten hoogste twee jaar; 6° de veroordeling bij schuldigverklaring. Bij aanneming van verzachtende omstandigheden wordt de straf van niveau 2 vervangen door een van de straffen van niveau 1. De straf van niveau 1 bestaat uit een van de volgende straffen: 1° de geldboete van 200 euro tot ten hoogste 20.000 euro; 2° de werkstraf van twintig uur tot ten hoogste honderdtwintig uur; 3° de probatiestraf van zes maanden tot ten hoogste twaalf maanden; 4° de verbeurdverklaring, met inbegrip van de verruimde verbeurdverklaring; 5° de geldstraf vastgesteld op basis van het verwachte of uit het misdrijf behaalde voordeel; 6° de veroordeling bij schuldigverklaring. Wanneer de wet voorziet in een bijkomende straf voor een misdrijf dat wordt bestraft met een hoofdstraf van niveau 1, kan de rechter bij aanneming van verzachtende omstandigheden die bijkomende straf uitspreken in plaats van de hoofdstraf."⁶⁹

42. Er geldt ook een verzwaring wanneer deze gedragingen worden gepleegd door een persoon met een openbare functie in het kader van de uitoefening van deze functie.⁷⁰ Deze verzwaring komt overeen met huidig artikel 259bis Sw. Het nieuw Strafwetboek zal pas in werking treden 2 jaar na de dag van de bekendmaking ervan in het Belgisch staatsblad.⁷¹ Dat is op 8 april 2026.⁷²

⁶⁷ Art. 344 van de wet van 29 februari 2024 tot invoering van boek II van het strafwetboek(1), BS 8 april 2024.

⁶⁸ Art. 36 van de wet van 29 februari 2024 tot invoering van boek I van het Strafwetboek(1),

⁶⁹ Art. 36 van de wet van 29 februari 2024 tot invoering van boek I van het Strafwetboek(1), BS 08/04/2024.

⁷⁰ Art. 343 nieuw Sw en art. 345 nieuw Sw uit de wet van 29 februari 2024 tot invoering van boek II van het Strafwetboek(1), BS 08/04/2024.

⁷¹ Art. 119 de wet van 29 februari 2024 tot invoering van boek II van het strafwetboek(1), BS 8 april 2024.

⁷² de wet van 29 februari 2024 tot invoering van boek II van het strafwetboek(1), BS 8 april 2024.

3.4.Opnemen van eigen telefoongesprekken

44. De hamvraag hier blijft wel of particulieren onderling of beter gezegd de deelnemers aan het gesprek, zelf het telefoongesprek mogen opnemen en dit zonder de toestemming van de betrokkenen. Wanneer er wel toestemming is van alle betrokkenen dan is er geen probleem. Hoe deze toestemming moet worden uitgedrukt kunnen we afleiden uit het wetsontwerp dat hierboven besproken wordt. Als alle deelnemers aan het gesprek toestemming geven dan mag een derde het gesprek opnemen, het gesprek beluisteren of er kennis van nemen zonder dat men één van de strafbare feiten pleegt vermeld in de artikelen 259bis Sw. en 314bis Sw.

45. Het wetsontwerp zegt dat de toestemming op twee manieren kan gebeuren.⁷³ Ten eerste kan dit uitdrukkelijk gebeuren en kan voorafgaan aan de communicatie zelf. Ten tweede kan de instemming ook stilzwijgend gebeuren en uit een geheel van de omstandigheden blijken.

Maar wat indien er geen toestemming is van de andere deelnemer? In eerste instantie kunnen enkel niet-deelnemers bestraft worden indien zij het gesprek opnemen, af luisteren of beluisteren wanneer zij niet deelnemen aan het gesprek.⁷⁴ Buiten artikel 314bis §2, tweede lid Sw. kent het Strafwetboek geen bepaling waarbij een deelnemer aan privécommunicatie bestraft kan worden voor het opnemen van het gesprek waar hij zelf aan deelneemt. Er zou dus bij gebrek aan een strafbepaling van uit kunnen worden gegaan dat dit zou mogen. Wanneer de wet niet meteen in een verklaring of een uitleg voorziet, wordt er gekeken naar de rechtspraak en de rechtsleer.

46. Een eerste indicatie wordt gevonden bij één van de hoogste rechtscolleges in België. In het arrest van 9 januari 2001 van het Hof van Cassatie ging het over volgende zaak: een aantal personen werd bedreigd door een vrouw. Aangezien er niets werd gedaan door gebrek aan bewijs, namen de slachtoffers de telefoongesprekken op.⁷⁵ Het Openbaar Ministerie ging daarop verder met de vervolging. De verdediging van de dame was ervan overtuigd dat artikel 314bis de voorwaarden van artikel 8 EVRM niet zou overleven. De verdediging beargumenteerde dat het opnemen van een telefoongesprek door één van de deelnemers alleen maar geldig zou kunnen gebeuren wanneer de andere deelnemer zijn toestemming hiervoor zou geven.⁷⁶ Zonder toestemming zou er dus geen geldige opname zijn. De vrouw wist *in casu* niet dat er een opname werd gemaakt en had dus geen toestemming gegeven voor de opname.⁷⁷ Omdat er geen toestemming was gegeven, was er een schending van artikel 8 EVRM en moest de opname worden gezien als ontoelaatbaar bewijsmateriaal.

⁷³ wetsontwerp van wet ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het beluisteren, kennisnemen en opnemen van privé-communicatie en -telecommunicatie, Parl.St. Senaat 1992-93, nr. 843-1, 67.

⁷⁴ art.314bis Sw.

⁷⁵ Cass., 9 januari 2001, Computerr., 2001, afl. 4, 199, met noot J. DUMORTIER; Cass.8 januari 2014,n° P.13.1935.F, NC 2016,nr.5,418-424 met noot L.Arnou.

⁷⁶ Cass., 9 januari 2001, Computerr., 2001, afl. 4, 199, met noot J. DUMORTIER; Cass.8 januari 2014,n° P.13.1935.F, NC 2016,nr.5,418-424 met noot L.Arnou.

⁷⁷ Cass., 9 januari 2001, Computerr., 2001, afl. 4, 199, met noot J. DUMORTIER; Cass.8 januari 2014,n° P.13.1935.F, NC 2016,nr.5,418-424 met noot L.Arnou.

Het Hof van Cassatie was het niet eens met deze redenering.⁷⁸ Het oordeelde: "hij die een telefoongesprek voert kan het recht op eerbiediging van zijn privéleven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling niet inroepen ten aanzien van de deelnemer aan dit gesprek , daar hij zelf deze deelnemer deelachtig maakt aan het voorwerp van het recht."⁷⁹

47. Hetzelfde Hof van Cassatie heeft deze zienswijze nog eens bevestigd in 2014.⁸⁰ *In casu* ging het over een telefoongesprek dat werd opgenomen door één van de deelnemers. Deze heeft het telefoongesprek dan doorgegeven aan de politiediensten. Door de beklaagde werd er een vordering ingesteld op basis van artikel 314bis Strafwetboek en op basis van de artikelen 6 en 8 EVRM. Het Hof oordeelde hier als volgt: "het verbod om van een telecommunicatie kennis te nemen of een telecommunicatie op te nemen is niet van toepassing op de persoon die als deelnemer aan die communicatie de inhoud ervan opneemt, met of zonder toestemming van zijn gesprekspartner." Hiermee bevestigt het Hof dus zijn vorige rechtspraak waarin het stelde dat er geen strafbaar feit is gepleegd wanneer een persoon een telefoongesprek waaraan hij zelf deelneemt opneemt, zonder toestemming van de gesprekspartner."⁸¹

Ten slotte oordeelde het Hof ook nog eens in 2015 dat noch artikel 8.1, noch artikel 314bis Sw. het louter opnemen van een gesprek door een deelnemer aan dit gesprek zonder medeweten van de andere deelnemers beletten. ⁸²

48. Uit het bovenstaande kan worden afgeleid dat deelnemers aan een gesprek wel degelijk het gesprek kunnen en mogen opnemen, ook al is dit zonder de toestemming van de andere deelnemer(s). Dit kunnen we afleiden uit het arrest van het Hof van Cassatie uit 2001: "die een telefoongesprek voert kan het recht op eerbiediging van zijn privéleven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling niet inroepen ten aanzien van de deelnemer aan dit gesprek , daar hij zelf deze deelnemer deelachtig maakt aan het voorwerp van het recht."⁸³ , maar ook uit het latere arrest van hetzelfde Hof waar het oordeelde dat: "het verbod om van een telecommunicatie kennis te nemen of een telecommunicatie op te nemen is niet van toepassing op de persoon die als deelnemer aan die communicatie de inhoud ervan opneemt, met of zonder toestemming van zijn gesprekspartner."⁸⁴ In dit laatste arrest zegt het Hof expliciet dat deelnemers aan de communicatie het gesprek mogen opnemen, met of zonder de toestemming van de andere deelnemers.

⁷⁸ Cass., 9 januari 2001, Computerr., 2001, afl. 4, 199, met noot J. DUMORTIER; Cass.8 januari 2014,n° P.13.1935.F, NC 2016,nr.5,418-424 met noot L.Arnou.

⁷⁹ Cass., 9 januari 2001, Computerr., 2001, afl. 4, 199, met noot J. DUMORTIER; Cass.8 januari 2014,n° P.13.1935.F, NC 2016,nr.5,418-424 met noot L.Arnou.

⁸⁰ Cass.8 januari 2014,n° P.13.1935.F,

⁸¹ Cass.8 januari 2014,n° P.13.1935.F, NC 2016,nr.5,418-424 met noot L.Arnou. Cass.8 januari 2014, N° p.13.1935.F.

⁸² Cassatie 17 november 2015, P.14.0880.N

⁸³ Cass., 9 januari 2001, Computerr., 2001, afl. 4, 199, met noot J. DUMORTIER

⁸⁴ Cass.8 januari 2014,n° P.13.1935.F,

3.4.1 Patiënt en hulpverlener: quid?

49. In de hulpverlening hebben we nog geen voorbeeld van cassatierechtspraak. Wat we wel hebben is het voorbeeld tussen een cliënt en een advocaat.⁸⁵ De advocaat-generaal stelt in zijn conclusies dat het cassatieberoep moet verworpen worden aangezien uit de rechtspraak van het EHRM en het Hof van Cassatie al eerder naar voren kwam dat het louter opnemen van een gesprek waaraan men zelf deelneemt, niet ongeoorloofd is ook al is dit zonder het medeweten van de andere deelnemers.⁸⁶ Ook hier zien we dat de bovenstaande bespreking op hetzelfde neerkomt, ook wanneer de patiënt het gesprek met een hulpverlener zou opnemen.⁸⁷ Omgekeerd zou dit een ander verhaal zijn, maar daar wordt in deze scriptie niet verder op ingegaan omdat dit niet relevant is voor het oplossen van de casus. Een laatste nuancering die hier wel op zijn plaats is, is dat wanneer er aan het begin van het gesprek wordt aangegeven dat het een confidentieel gesprek is, er geen opname mag gemaakt worden.⁸⁸ In het algemeen is het zo dat de redelijke privacyverwachting voor een professional lager ligt en dat het dus moeilijker zal zijn om zich op een succesvolle manier hierop te beroepen. Het is ook in dit geval dat er wel een schending kan zijn van artikel 8 EVRM. Dit wordt in een later hoofdstuk verder uiteengezet.⁸⁹

3.5 Tussenconclusie

50. Tijd om de eerste onderzoeksvraag te beantwoorden. De eerste onderzoeksvraag luidde als volgt: "Wat zijn de strafrechtelijke regels in het Belgische recht over het opnemen van private communicatie door particuliere deelnemers aan die communicatie?" We hebben in het eerste deel gezien dat op het vlak van strafrechtelijke regels die van toepassing zijn op deelnemers we in eerste instantie geen strafrechtelijke bepaling gevonden hebben die het opnemen van telefoongesprekken/privé gesprekken door één van de deelnemers strafbaar stelt. De strafrechtelijke bepaling die wel voorhanden is, namelijk artikel 314bis Sw, is enkel van toepassing op niet-deelnemers aan de communicatie. Toch moet deze zienswijze genuanceerd worden want artikel 314bis, §2, tweede lid van het Strafwetboek is zowel van toepassing op deelnemers als op niet-deelnemers. Daar wordt het gedrag strafbaar gesteld waarbij men misbruik maakt van een wettig gemaakte opname, door deze opname aan te wenden met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden. Uit het wetsontwerp van 1992 waarmee dit artikel in het Strafwetboek werd ingevoegd, blijkt dat de wetgever de intentie had om dit artikel van toepassing te verklaren op zowel deelnemers als niet-deelnemers aan de communicatie.⁹⁰

⁸⁵ Cass/ 17 november 2015, NC 2017, 57., Cass. 17 november 2015, p.14.0880.N

⁸⁶ Concl. Adv. Gen. Winants bij Cass. 17 november 2015, P.15.0880.N, www.cass.be.

⁸⁷ Delbeke E., "het maken van gebruiken van beeld-en geluidsopnames door zorgverlener en patiënt. Een toetsing aan het regelgevend kader voor gegevensbescherming", T. Gez. 2020-21, afl 4, 294-309.

⁸⁸ A. MATTHIJS, "Telefonie" in K. Stappers (ed.), Privacy in de arbeidsrelatie – Gids voor het voeren van een privacybeleid, Gent, Story Publishers, 2008, 68.

⁸⁹ De smedt, S., Caproni M., "praktische gids privacy in de onderneming", Wolters Kluwer, Mechelen, 2023, 499p.

⁹⁰ wetsontwerp van wet ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het beluisteren, kennisnemen en opnemen van privé-communicatie en -telecommunicatie, Parl.St. Senaat 1992-93, nr. 843-1, 67.

51. Het Hof van Cassatie heeft hier in 2015 wel over geoordeeld dat wanneer partijen al in een geschil verwikkeld zijn en het telefoongesprek opnemen om tijdens de bewijsvoering te kunnen gebruiken, artikel 314bis, §2, tweede lid Sw. niet van toepassing kan zijn.

52. Een strafrechtelijke bepaling die van toepassing is op deelnemers is er niet. Daarom werd er in deze scriptie gekeken naar de rechtspraak, met name de rechtspraak van het Hof van Cassatie. Het Hof van Cassatie is consequent in zijn visie. Het Hof heeft namelijk al verschillende keren geoordeeld dat "het verbod om van een telecommunicatie kennis te nemen of een telecommunicatie op te nemen niet van toepassing is op de persoon die als deelnemer aan die communicatie de inhoud ervan opneemt, met of zonder toestemming van zijn gesprekspartner."⁹¹ Het Hof van Cassatie ziet geen graten in het opnemen van een telefoongesprek door één van de deelnemers aan dit gesprek ook al werd er geen toestemming gegeven door één van de deelnemers. Deze visie blijft het Hof aanhouden in de verschillende besproken arresten. Hieruit kan geconcludeerd worden dat deelnemers aan een gesprek in het algemeen, ook zonder toestemming, het gesprek mogen opnemen en ook zonder dat er een schending is van het recht op privacy.

53. Wanneer er dan gekeken wordt naar de casus waarmee deze scriptie begon, dan kunnen we op basis van de rechtspraak concluderen dat de mama inderdaad het gesprek mocht opnemen, ook zonder mijn toestemming. Ook in de hulpverleningsrelatie mocht zij dit doen. Uit de rechtspraak blijkt dat het opnemen van een gesprek door één van de deelnemers geoorloofd is, ook al is er geen toestemming gegeven door de andere deelnemers.

54. Er is een uitzondering, namelijk wanneer ik aan het begin van het gesprek had gezegd dat dit een confidentieel gesprek zou zijn, dan had de mama in kwestie het gesprek niet mogen opnemen, maar dit was niet het geval. De mama van de jongere kan eventueel wel op basis van artikel 314bis, §2, tweede lid Sw. strafbaar worden gesteld wanneer ze een rechtmatig gebruikte opname zou gebruiken met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden. De opname is in principe rechtmatig verworven want ze mocht deze opname maken maar ze zou deze opname willen gebruiken om een zaak te kunnen starten, tegen de leefgroepbegeleider of tegen de voorziening. Of dit argument aanvaard zal worden, hangt af van de beoordeling door de bevoegde rechter.

⁹¹ Cassatie 2001.

4.(On)rechtmatig verkregen bewijs

55. In dit hoofdstuk wordt dieper ingegaan op bewijs in strafzaken. In het eerste deel wordt er gekeken naar hoe het bewijs in strafzaken in het algemeen is geregeld. Wat is de bewijslast, wie draagt hem en wat is de omvang van de bewijslast? Vervolgens wordt er dieper ingegaan op de bewijsvoering zelf. Wat zijn de bewijsmiddelen en wat zijn de beperkingen van het bewijs? Er wordt een definitie gegeven van onrechtmatig verkregen bewijs, waarna er dieper wordt ingegaan op de Antigoon-rechtspraak. Vervolgens wordt er een blik geworpen op de toekomst door middel van het nieuwe wetsontwerp van het Wetboek van Strafvordering. Tot slot volgt de conclusie en wordt het onderstaande toegepast op de casus.

4.1 Bewijs in het strafrecht

4.1.1 Bewijslast

56. De bewijsregeling strekt tot het vaststellen van de waarheid, met andere woorden, de menselijke zekerheid over het bestaan van een misdrijf en de schuld van de beklaagde. Deze zekerheid is vereist voor een veroordeling. De pure waarschijnlijkheid of mogelijkheid van schuld aan een misdrijf is niet voldoende om tot een veroordeling over te gaan. De bewijsregeling inzake strafrecht is vooral een jurisprudentieel product, er zijn slechts enkele artikelen in het Wetboek van Strafvordering die hier betrekking op hebben.

57. Een basisprincipe in het strafrecht is het vermoeden van onschuld, dit wil zeggen dat elke persoon als onschuldig wordt beschouwd zolang zijn schuld niet is bewezen. Het is niet aan de beklaagde om zijn onschuld te bewijzen. Het vermoeden van onschuld kan niet rechtstreeks teruggevonden worden in wetten of in de Grondwet. Het is een algemeen rechtsbeginsel dat de vervolgende partij of de burgerlijke partij het bewijs moet leveren van het misdrijf. Het principe van onschuldig tot bewezen kunnen we wel terugvinden in de artikelen 6. 2 EVRM en 14.2 IVBPR.⁹²

4.1.2 Drager van de bewijslast

58. In de regel is het zo dat de vervolgende partij het bewijs moet leveren van de feiten die zij ten laste leggen aan de beklaagde. In de praktijk is het vaak het O.M. dat het bewijs zal moeten leveren. De taak van het O.M.⁹³ bestaat erin om in strafzaken de toepassing van de wet te volgen. Artikel 28 quater, lid 2 Sv. bepaalt dat de Procureur des Konings de strafvordering uitoefent op een wijze door de wet bepaald. ⁹⁴ Het O.M stelt dus de strafvordering in, stelt het strafdossier samen en waakt ook over het verloop van de rechtspleging en de uitvoering van de door de rechter uitgesproken

⁹² Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.

⁹³ Het openbaar ministerie

⁹⁴ Art. 28quater, 2^e lid Sv.

maatregelen of straffen.⁹⁵ Het O.M kan de strafvordering instellen, zowel bij de onderzoeksrechter als meteen bij het vonnisgerecht.⁹⁶

59.Het O.M. moet het bestaan van de constitutieve bestanddelen kunnen bewijzen, dit betreft zowel het materieel als het moreel bestanddeel.⁹⁷ Dit vloeit voort uit het vermoeden van onschuld. Wanneer er twijfel zou zijn, moet de beklaagde worden vrijgesproken.⁹⁸ Het bewijsrisico ligt dus ook bij het O.M.⁹⁹

60.Verder kan ook de burgerlijke partij een rol spelen bij de bewijslast. De strafrechter kan enkel een schadevergoeding toekennen wanneer het schadeverwekkend feit ook effectief bewezen wordt. Daarom is het ook de taak van de benadeelde partij om dit bewijs leveren.¹⁰⁰ Wie slachtoffer is van bepaalde feiten had tot 1998 geen specifieke rechten wanneer men zich geen burgerlijke partij stelde.¹⁰¹ In 1998 creëerde de wetgever een speciaal statuut voor het slachtoffer. Het slachtoffer kan 4 hoedanigheden aannemen. De wet verplicht ook dat het slachtoffer voldoende en juiste informatie krijgt over de verschillende mogelijke opties.¹⁰² (1) In dit geval krijgt het slachtoffer een verwittiging wanneer er een dagvaarding komt bij het vonnisgerecht.¹⁰³ (2) Vervolgens kan het slachtoffer ook een verklaring van benadeelde persoon afleggen. Dit is het statuut dat de wetgever in 1998 creëerde voor het slachtoffer.¹⁰⁴ Het slachtoffer moet eerst een verklaring van benadeelde persoon afleggen.¹⁰⁵ De benadeelde persoon heeft recht op een advocaat, kan ieder document dat hij nuttig acht invoegen in het dossier. Het O.M. heeft een verwittigingsplicht t.o.v. de benadeelde partij en de benadeelde partij heeft ook recht op inzage en een kopie van het strafdossier. (3) Een derde optie voor het slachtoffer is om zich burgerlijke partij te stellen. Hierdoor wordt het slachtoffer ook partij van het proces. Men kan zich burgerlijke partij stellen voor de instelling van de strafvordering of na het instellen van de strafvordering.¹⁰⁶

⁹⁵ Verstraeten, R., & Verbruggen, F., *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors* (2022). Antwerpen,Intersentia, 577p.;Verstraeten, R., & Verbruggen, F., *inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, intersentia,2023, 735p.

⁹⁶ Verstraeten, R., & Verbruggen, F., *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors* (2022). Antwerpen,Intersentia, 577p.;Verstraeten, R., & Verbruggen, F., *inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, intersentia,2023, 735p.

⁹⁷ Verstraeten, R., & Verbruggen, F., *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors* (2022). Antwerpen,Intersentia, 577p.;Verstraeten, R., & Verbruggen, F., *inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, intersentia,2023, 735p.

⁹⁸ In dubio pro reo.

⁹⁹ Bekaert,P. ea, handboek voor de advocaat- stagiair: strafprocesrecht, Mechelen, wolters Kluwer Belgium, 2023, 407.

¹⁰⁰ Verstraeten, R., & Verbruggen, F. (2022). *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors* (2022). Intersentia, Antwerpen, 577.

¹⁰¹ Verstraeten, R., & Verbruggen, F., *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors* (2022). Antwerpen,Intersentia, 577p.;Verstraeten, R., & Verbruggen, F., *inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, intersentia,2023, 735p.

¹⁰² Art. 3bis VT.T. Sv.

¹⁰³ Artt. 182 en 2016quater Sv.

¹⁰⁴ Verstraeten, R., & Verbruggen, F. (2022). *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors* (2022). Intersentia, Antwerpen, 577.

¹⁰⁵ Art. 5bis V.T. Sv.

¹⁰⁶ Art.67 Sv.

61. De benadeelde kan zich in elke stand van het geding, tot het sluiten van de debatten burgerlijke partij stellen.¹⁰⁷ Er moet wel voldaan zijn aan enkele voorwaarden vooraleer het slachtoffer zich burgerlijke partij kan stellen. Zo vereist artikel 63 Sv. dat het slachtoffer benadeeld is door het misdrijf.¹⁰⁸ Verder is het belangrijk dat het slachtoffer kan aantonen dat het belang heeft, m.a.w. dat zijn huidige toestand, door zich burgerlijke partij te stellen, kan verbeteren of wijzigen. (4) Ten slotte kan het slachtoffer een burgerlijke vordering instellen bij de burgerlijke rechtbank. Een belangrijk beginsel hierbij is het adagium: " le criminel tient le civil en état." Dit adagium, dat ook verankerd staat in de wet, zegt dat de burgerlijke vordering geschorst kan worden zolang er niet definitief beslist is over de strafvordering, wanneer het gevaar zou bestaan voor onverenigbaarheid tussen de beslissing van de strafrechter en de burgerlijke rechter.¹⁰⁹

62. Het slachtoffer beschikt nog over één extra optie, een unicum. Het slachtoffer kan wanneer het gaat om eenvoudige zaken en wanneer de benadeelde zekerheid wil dat deze zaak voor een vonnisgerecht komt, opteren voor een rechtstreekse dagvaarding. De benadeelde geeft dan een opdracht aan een deurwaarder om een met naam aangeduide persoon te dagvaarden voor de politierechtbank of de correctionele rechtbank. Dit is een mogelijkheid voor overtredingen en wanbedrijven maar niet voor misdaden.¹¹⁰

4.1.3 Omvang van de bewijslast

63. Het is belangrijk dat alle constitutieve bestanddelen van het misdrijf worden bewezen. Dit geldt zowel voor het materieel bestanddeel als voor het morele bestanddeel, met andere woorden de schuldvorm.¹¹¹ Er wordt aangenomen dat wanneer er in de wet geen moreel bestanddeel wordt vermeld, het morele bestanddeel dan kan worden afgeleid wanneer er voldaan is aan de materiële bestanddelen van het misdrijf. Een expliciet bewijs is enkel nodig wanneer de beklaagde de aanwezigheid van het morele element zou betwisten.¹¹²

4.2 Bewijsvoering

64. De bewijsvoering bestaat uit het verwerven en presenteren van bewijselementen. De rechter steunt zijn uitspraak op deze bewijsmiddelen. In beginsel kent het strafrecht een vrij bewijsstelsel,

¹⁰⁷ Verstraeten, R., & Verbruggen, F., *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors* (2022). Antwerpen, Intersentia, 577p.; Verstraeten, R., & Verbruggen, F., *inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, intersentia, 2023, 735p.

¹⁰⁸ Art. 63 Sv.

¹⁰⁹ Art. 4 V.T. Sv.

¹¹⁰ Verstraeten, R., & Verbruggen, F. (2022). *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors* (2022). Intersentia, Antwerpen, 577.

¹¹¹ Verstraeten, R., & Verbruggen, F., *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors* (2022). Antwerpen, Intersentia, 577p.; Verstraeten, R., & Verbruggen, F., *inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, intersentia, 2023, 735p.

¹¹² Verstraeten, R., & Verbruggen, F., *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors* (2022). Antwerpen, Intersentia, 577p.; Verstraeten, R., & Verbruggen, F., *inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, intersentia, 2023, 735p.

toch wordt dit vrije stelsel beperkt door de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs en wegens niet aan tegenspraak onderworpen, niet toelaatbaar geachte bewijselementen anderzijds. Op het laatste wordt in deze scriptie niet verder ingegaan.¹¹³

65. Zoals hierboven al vermeld, geldt er in het strafrecht (in tegenstelling tot het burgerlijk recht) een vrij bewijsstelsel.¹¹⁴ Dit wil zeggen dat het bewijs en het tegenbewijs mag geleverd worden via alle bewijsmiddelen rechtens, behalve wanneer de wet anders zou bepalen.¹¹⁵ De wet bepaalt dat: "bewijs kan geleverd worden, hetzij door processen-verbaal of verslagen, hetzij door getuigen bij ontstentenis van verslagen en processen-verbaal of tot staving ervan."¹¹⁶ De artikelen 154 en 189 Sv. zijn exemplatief. Wanneer de wet specifieke bewijsmiddelen zou vooropstellen dan zou dit nog niet uitsluiten dat er bewijs kan geleverd worden via andere bewijsmiddelen.¹¹⁷ De rechter mag dus met alle gegevens rekening houden die door de partijen worden voorgelegd en die aan de tegenspraak worden onderworpen.¹¹⁸

4.2.1 Beschikbare bewijsmiddelen

66. De meest gebruikte bewijsmiddelen in strafzaken zijn de processen-verbaal, de bekentenissen die zijn afgelegd door de beklaagde, de verklaringen van partijen en getuigen, het deskundigenonderzoek, maatregelen inzake telecommunicatie, het onderzoek op het lichaam en het plaatsonderzoek.¹¹⁹ Verder zijn ook feitelijke vermoedens toegelaten als bewijsmiddel.¹²⁰ De rechter kan elk feitelijk vermoeden in aanmerking nemen, zonder dat hier voorwaarden aan gekoppeld zijn. Het gebruik van een polygraaftest is ook mogelijk in het strafrecht. De wetgever heeft hier een precieze regeling rond uitgewerkt.¹²¹ Bovenstaande opsomming is door het beginsel van vrijheid van bewijs slechts exemplatief. De rechter kan een oordeel vellen op basis van alle bewijsstukken die rechtmatig verkregen zijn.¹²²

¹¹³ Verstraeten, R., & Verbruggen, F., *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors* (2022).

Antwerpen, Intersentia, 577p.; Verstraeten, R., & Verbruggen, F., *inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, intersentia, 2023, 735p.

¹¹⁴ Bekaert, P. ea, handboek voor de advocaat- stagiair: strafprocesrecht, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2023, 407; Verstraeten, R., & Verbruggen, F. (2022). *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors* (2022). Intersentia, Antwerpen, 577.

¹¹⁵ Bekaert, P. ea, handboek voor de advocaat- stagiair: strafprocesrecht, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2023, 407.

¹¹⁶ Art. 154 Sv; Bekaert, P. ea, handboek voor de advocaat- stagiair: strafprocesrecht, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2023, 407.

¹¹⁷ Verstraeten, R., & Verbruggen, F. (2022). *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors* (2022). Intersentia, Antwerpen, 577.

¹¹⁸ Bekaert, P. ea, handboek voor de advocaat- stagiair: strafprocesrecht, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2023, 407.

¹¹⁹ Raf Verstraeten en Frank Verbruggen, *inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, intersentia, 2023, 735.

¹²⁰ Verstraeten, R., & Verbruggen, F., *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors* (2022).

Antwerpen, Intersentia, 577p.; Verstraeten, R., & Verbruggen, F., *inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, intersentia, 2023, 735p.

¹²¹ Art. 112duodecies Sv.; Raf Verstraeten en Frank Verbruggen, *inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, intersentia, 2023, 735.

¹²² Bekaert, P. ea, handboek voor de advocaat- stagiair: strafprocesrecht, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2023, 407.

67. Van de strafrechter wordt verwacht dat hij een actieve rol vervult.¹²³ Hij beschikt namelijk over een initiatiefrecht om bewijzen te verzamelen. Wanneer de rechter het bewijs onvoldoende acht om een beslissing te kunnen nemen, dan moet hij ambtshalve initiatieven nemen om het bewijsmateriaal te vervolledigen om zo tot een beslissing te komen. Hiervoor kan de rechter onderzoeksverrichtingen die hij noodzakelijk vindt, maar niet zelf kan bevelen, suggereren aan het O.M. Ook de partijen kunnen bepaalde verzoeken doen aan de strafrechter. De rechter zal dan beoordelen of hij bijkomende onderzoeksmaatregelen noodzakelijk acht.¹²⁴

4.3 Beperking van het bewijs

68. Nu de algemene beginselen zijn besproken van de manier waarop het bewijs in Belgische strafzaken wordt geregeld, aan wie het toekomt om de bewijsmiddelen aan te voeren en welke bewijsmiddelen er in strafzaken kunnen worden gebruikt, wordt er overgegaan op de beperkingen van het bewijs. Zoals hierboven aangehaald zijn er twee beperkingen op de toelaatbaarheid van het bewijs.¹²⁵ Een eerste is wanneer het bewijs rechtmatig wordt verkregen maar wanneer de partijen hiertegen geen tegenspraak hebben kunnen voeren. Het gevolg hiervan is dat het bewijselement in dat geval ontoelaatbaar is. Deze beperking wordt in deze scriptie niet verder besproken. De tweede beperking zal in deze scriptie uitvoerig aan bod komen en dat is wanneer bij het verkrijgen van het bewijs een onrechtmatigheid is gebeurd waardoor het gebruik van het bewijselement mogelijk zal moeten worden uitgesloten.¹²⁶ De hamvraag hier is vooral wanneer men juist kan spreken van onrechtmatig verkregen bewijs. Dit wordt in dit hoofdstuk verder besproken alsook wat er moet gebeuren wanneer een strafrechter wordt geconfronteerd met onrechtmatig verkregen bewijs.

4.3.1 Wat is onrechtmatig verkregen bewijs?

69. De onrechtmatigheid van het bewijs vindt zijn oorsprong in de manier waarop het bewijs werd verkregen. De regeling rond het onrechtmatig verkregen bewijs is er om het recht op een eerlijk proces te kunnen waarborgen. Deze waarborgen kunnen worden teruggevonden in artikel 6 EVRM en artikel 14 IVBPR.¹²⁷ Deze artikelen zeggen niets over de geoorlooftheid van bepaalde bewijsmiddelen want dat is een materie van het nationale recht. Artikel 6 EVRM sluit dan ook niet uit dat bepaalde bewijsmiddelen die onrechtmatig zijn verkregen worden gebruikt in strafzaken.

70. Een bewijselement is volgens het Belgische recht onrechtmatig verkregen wanneer dit element door de overheid of een aangever met het oog op het leveren van dat bewijs, verkregen is (1) ingevolge een misdrijf, (2) met miskenning van een regel van het strafprocesrecht, (3) ingevolge een schending van het recht op privacy, (4) met miskenning van het recht van verdediging of (5) met

¹²³ Verstraeten, R., & Verbruggen, F., *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors* (2022).

Antwerpen, Intersentia, 577p.; Verstraeten, R., & Verbruggen, F., *inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, intersentia, 2023, 735p.

¹²⁴ Verstraeten, R., & Verbruggen, F., *inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, intersentia, 2023, 735p.

¹²⁵ Verstraeten, R., & Verbruggen, F., *inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, intersentia, 2023, 735p.

¹²⁶ Verstraeten, R., & Verbruggen, F., *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors* (2022). Antwerpen, Intersentia, 577p.

¹²⁷ Internationaal verdrag inzake burgerlijke rechten en politieke rechten.

miskennis van het recht op menselijke waardigheid.¹²⁸ De verschillende elementen worden hieronder verder uitgewerkt.

71.Vroeger was men van oordeel dat een bewijsstuk onrechtmatig was ten aanzien van iedereen die een misdrijf had gepleegd waardoor het bewijsstuk werd verkregen. Het Belgische Hof van Cassatie heeft hierover geoordeeld dat het feit dat een bewijsstuk op bedrieglijke wijze is verkregen er niet noodzakelijk voor zorgt dat dit bewijsstuk ook effectief onrechtmatig verkregen is.¹²⁹ Er moet voldaan zijn aan twee cumulatieve voorwaarden: (1) de hoedanigheid van de persoon die de onrechtmatigheid begaat. Enkel wanneer het aangevoerde bewijs door de aangever aan het gerecht, door een met het onderzoek belaste persoon door een strafbaar feit of op een andere wijze onrechtmatig is verkregen, is het gebruik ervan in een strafzaak onrechtmatig.¹³⁰ (2) vervolgens wordt er ook vereist dat er een causaal verband is tussen de onrechtmatigheid en de overhandiging van het bewijselement aan onderzoekers. Concreet wil dit zeggen dat de onrechtmatigheid werd begaan met de intentie om het verkregen bewijsmateriaal in een strafprocedure te gebruiken.¹³¹

72.Verder onderscheidt het Belgische Hof van Cassatie de problematiek van het onrechtmatig verkregen bewijs van de vraag naar eventuele onrechtmatigheid die heeft geleid tot de aangifte van een misdrijf. Het feit dat de aangever via een onwettigheid het bestaan van dat misdrijf heeft vernomen, doet niets af aan de geldigheid van het nadien rechtmatig bekomen bewijs van dit misdrijf.¹³²

Een misdrijf

73.Het plegen van een misdrijf met het oog op het verkrijgen van bepaalde bewijselementen kan leiden tot de onrechtmatigheid van dat bewijs. Dit gaat dus over elk misdrijf. Verder wordt er geen onderscheid gemaakt tussen privépersonen of overheidspersoneel die het misdrijf zouden plegen.¹³³

In deze casus kan worden aangenomen dat het verkregen bewijs voortkomt uit een misdrijf. Zoals we in het eerste deel van deze scriptie hebben kunnen zien, kan de mama strafrechtelijk vervolgd worden op basis van artikel 314bis, §2, tweede lid Strafwetboek, aangezien zij de opname heeft gemaakt met het oogmerk om te schaden of met bedrieglijk opzet. *In casu* zou dit uit wraak kunnen zijn omdat haar kind uit huis werd geplaatst. Er kan ook geargumenteed worden dat de mama bepaalde dingen zei om een reactie uit te lokken en het Hof van Cassatie heeft hierover geoordeeld dat dit bewijs dan onrechtmatig is.¹³⁴ De uitlokking heeft dan betrekking op het bedrieglijk opzet vermeld in artikel 314bis Sw.

¹²⁸ Raf verstraeten en Frank Verbruggen, inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht, intersentia,2023, 735; Cass. 23 maart 2004, *RAGB* 2004, 1061, noot F.schuermans.

¹²⁹ Cass. 17 april 1991, *rév.dr.pén.*1992.,94, noot C. DE VALKENNEER.

¹³⁰ Raf verstraeten en Frank Verbruggen, inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht, intersentia,2023,

¹³¹ Raf verstraeten en Frank Verbruggen, inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht, intersentia,2023,

¹³² Cass. 30 mei 1995, *arr.Cass.* 1995; nr.267.

¹³³ Raf verstraeten en Frank Verbruggen, inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht, intersentia,2023, Verstraeten, R., & Verbruggen, F. (2022). *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors* (2022). Intersentia, Antwerpen, 577.

¹³⁴ Schouteden,M. "Antigoon in een nieuw, Burgerrechtelijk jasje: klaar voor de catwalk?", *TBBR* 2022, afl5,251-274

74. Hier moet wel een kleine nuancering bij gemaakt worden. Het Hof oordeelde in dit arrest: "Naar het oordeel van het Hof kan de geluidsopname van het telefoongesprek niet als aanvulling gelden, aangezien het op onrechtmatige wijze is verkregen. De opname is namelijk heimelijk gebeurd. Bovendien is de opname gemaakt op een ogenblik dat partijen al in een geschil verwickeld waren. Verder lijkt het erop dat de verkoper bepaalde verklaringen heeft uitgelokt om zichzelf een bewijs te verschaffen."¹³⁵ Deze visie van het Hof van Cassatie had betrekking op een burgerlijk geschil, of de strafrechter deze visie zou overnemen is maar de vraag. Hoe dan ook is dit een feitenkwestie die *in concreto* zal moeten worden beoordeeld door de rechter.

Miskening van een regel van strafprocesrecht

75. De rechtmatigheid van het bewijs is ook onderworpen aan de procedurele regels. Wanneer hier een fout wordt gemaakt of wanneer er procedurele regels niet worden nageleefd, zoals bij daden van onderzoek en het gerechtelijk onderzoek, dan kan dit een onrechtmatigheid uitmaken.¹³⁶

Schending van het recht op privacy

76. Schending van het recht op privacy wordt verder in deze scriptie nog besproken, maar ook inzake bewijsvergaring komt dit aan bod. Dit recht wordt onder andere gewaarborgd door de artikelen 17 IVBPR en 8 EVRM. Volgens artikel 8 EVRM kan een inmenging in de privacy door de overheid gerechtvaardigd worden wanneer dit voorzien is bij wet en noodzakelijk is in een democratische samenleving.¹³⁷ Het EHRM kan toetsen of een regel van nationaal recht hieraan effectief voldoet.¹³⁸

77. Indien de rechter niet meegaat in de hierboven uiteengezette argumentatie en dus besluit dat het bewijs rechtmatig verkregen is, kan misschien worden geopperd dat de geluidsopname zelf onrechtmatig is omdat ze een schending van het recht op privacy uitmaakt. Het Belgische Hof van Cassatie heeft in een arrest van 2001 geoordeeld over de vraag of het heimelijk opnemen een schending uitmaakt van artikel 8.1 EVRM. Het Hof oordeelde: "hij die een telefoongesprek voert kan het recht op eerbiediging van zijn privéleven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling niet inroepen ten aanzien van de deelnemer aan dit gesprek, daar hij zelf deze deelnemer deelachtig maakt aan het voorwerp van het recht."¹³⁹ In eerste instantie lijkt het Hof van Cassatie een duidelijke visie te hebben over dit onderwerp. Het Hof oordeelt namelijk dat een deelnemer aan het gesprek zijn recht van privacy niet kan inroepen tegen een deelnemer aan dat gesprek, met andere woorden in dit geval kan er geen schending zijn van artikel 8.1 EVRM.

78. Enkele jaren later in 2008, werd de bedenking gemaakt of de redenering van het Hof van Cassatie van 2001 nog kan worden toegepast. In het arrest van 2008 werd geoordeeld dat

¹³⁵ Cass. 14 juni 2021, AR C.20.0418.N,

¹³⁶ Raf verstraeten en Frank Verbruggen, inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht, intersentia, 2023,

¹³⁷ Art. 8.2 EVRM.

¹³⁸ Raf verstraeten en Frank Verbruggen, inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht, intersentia, 2023, Verstraeten, R., & Verbruggen, F. (2022). *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors* (2022). Intersentia, Antwerpen, 577.

¹³⁹ "Cass., 9 januari 2001, Computerr., 2001, afl. 4, 199, met noot J. DUMORTIER; Cass. 9 september 2008, n° P.08.0276.N.

telefoonverbindingen onder het privéleven vallen, deze worden dus ook gewaarborgd door artikel 8.1 EVRM.¹⁴⁰ Het arrest gaat verder door te stellen dat hoewel het EVRM niet uitdrukkelijk bepaalt dat het opnemen van telefoongesprekken ontoelaatbaar is, anderzijds iedere persoon die deelneemt aan een privégesprek, al dan niet telefonisch, aanspraak kan maken op de bescherming van artikel 8 EVRM.¹⁴¹ In België is het niet verboden om zo'n gesprek op te nemen maar dit wil nog niet zeggen dat er geen schending is van het recht op privacy.¹⁴²

79. Het EHRM heeft aan de hand van een test (de test van de legitieme verwachtingen) een middel gecreëerd om te oordelen of het monitoren van telefoon, e-mail of internetverbinding, een schending is van artikel 8 EVRM.¹⁴³ De vraag die in dit geval beantwoord moet worden is of degene die werd gemonitord een redelijke verwachting kon koesteren dat de privacy van telefoon-, e-mail- en internetverkeer in de gegeven concrete omstandigheden wel werd gerespecteerd.¹⁴⁴ Het criterium van de legitieme privacy verwachting zal a fortiori gelden voor de gevallen waarin de conversatie plaatsvindt buiten enige arbeidsverhouding.¹⁴⁵

80. Uit bovenstaande kunnen enkele conclusies worden getrokken. Ten eerste valt elke privécommunicatie onder de bescherming van artikel 8 EVRM. Dit gegeven wil echter niet zeggen dat het ongeoorloofd zou zijn om de communicatie waaraan men zelf deelneemt op te nemen zonder medeweten van de andere deelnemers.¹⁴⁶ Het is vooral het gebruik zelf van de opname dat ervoor zal zorgen of er effectief een schending is van artikel 8 EVRM.¹⁴⁷ Elk gebruik van dergelijke opname kan een schending uitmaken van artikel 8 EVRM, tenzij men de opname voor zichzelf gebruikt of wil gebruiken met de reden bedoeld in artikel 314bis §2, tweede lid Sw. Het is aan de rechter om, rekening houdend met de feiten, *in concreto* te beslissen of er effectief een schending is van artikel 8 EVRM. Om dit te beoordelen moet men dus uitgaan van de redelijke privacyverwachting, dit is de graad van privacy, die de andere deelnemer van de conversatie mag verwachten.¹⁴⁸ Om aan dit criterium te voldoen moet er rekening gehouden worden met enkele criteria: (1) vooreerst de omstandigheden extern van de conversatie zoals plaats, tijdstip, technisch middel waarmee de conversatie gevoerd wordt en vervolgens (2) aan de omstandigheden die eigen zijn aan de inhoud van de communicatie, zoals de reden van de communicatie, de context waarin de communicatie gebeurt, het onderwerp en de graad van intimiteit.¹⁴⁹

81. In het cassatiearrest van 15 mei 2009, herhaalt het Hof de redenering van het cassatiearrest van 2008.¹⁵⁰ Het Hof oordeelt dat artikel 314bis Sw. in principe niet verbiedt dat één van de deelnemers

¹⁴⁰ Cass. 9 september 2008, n° P.08.0276.N.

¹⁴¹ S. BOULART, "De opname van eigen telefoongesprekken: mét of zonder toestemming van de betrokkenen", R.W. 2002-03, (1601) 1602.

¹⁴² Art. 8 EVRM.;

¹⁴³ EHRM 3 april 2007, nr 62617/00, Lynette Copland/Verenigd Koninkrijk.

¹⁴⁴ EHRM 3 april 2007, nr 62617/00, Lynette Copland/Verenigd Koninkrijk, .

¹⁴⁵ EHRM 3 april 2007, nr 62617/00, Lynette Copland/Verenigd Koninkrijk, .; Cass. 9 september 2008, n° P.08.0276.N.

¹⁴⁶ Cass. 9 september 2008, n° P.08.0276.N.

¹⁴⁷ Cass. 9 september 2008, n° P.08.0276.N.

¹⁴⁸ Cass. 9 september 2008, n° P.08.0276.N.

¹⁴⁹ Cass. 9 september 2008, n° P.08.0276.N.

¹⁵⁰ Cass. 9 september 2008, n° P.08.0276.N.

een telefoongesprek opneemt zonder medeweten van de andere deelnemers, maar wanneer het aankomt op het gebruik van de opname zegt het Hof dat er wel een schending kan zijn van het recht op privacy en dat het aan de rechter is om te beoordelen op grond van de feitelijke gegevens van de zaak.¹⁵¹ De rechter moet hier toetsen aan de redelijke privacyverwachting.¹⁵² Weer een aantal jaar later specificeert het Hof deze privacyverwachting. Het Hof oordeelde in 2014 namelijk dat noch de artikelen 6 of 8 EVRM, noch artikel 314bis Sw. verbieden dat een opname mag gebruikt worden als bewijs wanneer men op de hoogte wordt gesteld van een misdaad of een wanbedrijf en zijn plicht vervult door dit door te geven aan de Procureur des Konings.¹⁵³

82. Ook het Arbeidshof van Antwerpen volgt de redenering van het Hof van Cassatie.¹⁵⁴ Hier oordeelde het Arbeidshof dat het gebruik van de opname wel degelijk nog een inbreuk kan zijn van het recht op privacy en dat er in de beoordeling van de rechter moet worden getoetst aan de redelijke privacyverwachting, waarbij er rekening wordt gehouden met de inhoud en de omstandigheden waaronder het gesprek plaatsvond.¹⁵⁵

83. Vervolgens wordt er in de rechtspraak vereist dat wanneer partijen al in geschil betrokken zijn, dat (1) bezwarende uitspraken niet werden uitgelokt door degene die het gesprek heeft opgenomen en (2) het bewijs van het feit enkel op deze wijze kon worden geleverd.¹⁵⁶ Er is echter wel een laatste nuancering. Wanneer er aan het begin van het gesprek wordt vermeld dat het gesprek confidentieel is, dan mag er geen opname van het gesprek gemaakt worden.¹⁵⁷

Miskenning van het recht op verdediging

84. Dit recht wordt gewaarborgd door artikel 6 EVRM. De rechter beoordeelt het eerlijke karakter van het proces in zijn geheel tijdens de vonnisfase. Het eerlijk karakter wordt beoordeeld over heel het proces en dus ook de onderzoeksfase. Enkele voorbeelden wanneer het eerlijke proces kan worden aangetast: wanneer men een verdachte verhoort onder eed, wanneer er bekentenissen worden afgelegd door de beklaagde na misleidende beloftes of bij politionele provocatie.¹⁵⁸

Miskenning van het recht op menselijke waardigheid

¹⁵¹ Cass. 15 mei 2009.

¹⁵² Cass. 15 mei 2009.

¹⁵³ Cass. 8 januari 2014, N° P.13.1935.F

¹⁵⁴ Arbh.(afd. Antwerpen, 2ek.) 22 maart 2021, K.M. t/ O. bvba (A.R. nr. 2019/AA/264)

¹⁵⁵ Arbh.(afd. Antwerpen, 2ek.) 22 maart 2021, K.M. t/ O. bvba (A.R. nr. 2019/AA/264)

¹⁵⁶ B. Allemeersch, "De heimelijke opname van een (eigen) telefoongesprek als bewijs in burgerlijke en commerciële geschillen", DAOR 2007, 333.; De SMEDT, S. , Caproni, M. , "Praktische gids in de onderneming", Wolters kluwer Belgium, Mechelen, 2023, 499 p.

¹⁵⁷ A. MATTHIJS, "Telefonie" in K. Stappers (ed.), Privacy in de arbeidsrelatie – Gids voor het voeren van een privacybeleid, Gent, Story Publishers, 2008, 68.

¹⁵⁸ Raf verstraeten en Frank Verbruggen, inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht, intersentia, 2023, Verstraeten, R., & Verbruggen, F. (2022). *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors* (2022). Intersentia, Antwerpen, 577.

85. Het gaat hier over elke behandeling die een ernstige krenking of aantasting uitmaakt van de menselijke waardigheid. Dit maakt steeds een onrechtmatigheid uit aangezien deze elementen altijd zijn verkregen door het plegen van een misdrijf. Dit criterium sluit dicht aan bij het verbod op elke ontorende behandeling, gewaarborgd in de artikelen 3 EVRM, artikel 17 IVBPR en artikel 417bis, 3° Sw..¹⁵⁹

4.3.2 Tussenconclusie

86. De vraag die hier beantwoord moet worden is of de gemaakte opname onrechtmatig is verkregen of niet. Een opname kan onrechtmatig verkregen zijn wanneer ze voortkomt uit een misdrijf. Het misdrijf dat *in casu* kan worden aangehaald is het misdrijf vermeld in artikel 314bis §2, tweede lid Sw. Dit is het gebruiken van een wettig gemaakte opname met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden.¹⁶⁰ Het argument hier zou zijn dat de vrouw uit wraak, omdat haar dochter in het OOC werd geplaatst, wilde bewijzen of aantonen dat de leefgroepbegeleiding de kinderen en jongeren die daar verbleven zou mishandelen of uithongeren. Deze argumentatie moet door de rechter *in concreto* worden beoordeeld, dus het is niet met zekerheid te zeggen dat de rechter deze argumentatie zou aannemen.

87. Vervolgens kan bewijs ook onrechtmatig verkregen zijn wanneer er een schending is van het recht op privacy. Hier is al heel wat rechtspraak over verschenen. Het hof was in 2001 van mening dat een deelnemer zich niet kon beroepen op zijn recht op privacy. Die redenering had het Hof in 2008 alweer verlaten door de redelijke privacyverwachting in het leven te roepen. Wanneer we het recht op privacy toepassen op de casus, dan kunnen we enkele dingen besluiten. Zo kunnen we ons niet beroepen op uitlokking. De mama in kwestie heeft wel provocerende dingen gezegd om een reactie uit te lokken van de leefgroepbegeleider maar aangezien partijen op dat moment nog niet in een geschil betrokken waren, kan de argumentatie hier niet op gebaseerd worden. Vervolgens is aan het begin van het gesprek ook niet expliciet uitgesproken dat het gesprek vertrouwelijk zou zijn. Het onderwerp is echter wel delicaat waardoor eventueel een impliciete confidentialiteit wel kan worden aangevoerd maar expliciet werd deze niet uitgesproken. Het criterium van de redelijke privacyverwachting heeft betrekking op de context van het gesprek maar ook op de inhoud ervan. Er wordt wel van uitgegaan dat wanneer één van de deelnemers het gesprek voert in een bepaalde hoedanigheid zoals die van zorgverlener of *in casu* leefgroepbegeleider, dat de redelijke privacyverwachting voor een professional ook lager ligt en dat het moeilijker zal zijn om zich op een succesvolle manier te beroepen op de redelijke privacyverwachting.¹⁶¹

88. Alhoewel het confidentiële karakter niet expliciet werd vermeld aan het begin van de conversatie, mag hier wel van uitgegaan worden omdat de gesprekken met ouders gaan over hun door de

¹⁵⁹ Raf verstraeten en Frank Verbruggen, inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht, intersentia, 2023, Strafrecht en strafprocesrecht voor Bachelors.

¹⁶⁰ Art. 314bis §2, tweede lid Sw.

¹⁶¹ V. VEREECKE, "De gespreksopname van een consultatie bij een advocaat" (noot onder Cass. 17 november 2015), RABG 2016/7, (520) 524.; Delbeke E., "het maken van gebruiken van beeld- en geluidsopnames door zorgverlener en patiënt. Een toetsing aan het regelgevend kader voor gegevensbescherming", T. Gez. 2020-21, afl 4, 294-309.

jeugdrechter geplaatste minderjarige. Minderjarigen moeten extra beschermd worden waardoor gesprekken met ouders over hun minderjarige kinderen sowieso een precair karakter hebben. De inhoud moet daarom als confidentieel worden bestempeld, waardoor de mama het gesprek niet had mogen opnemen. De rechter zal dit op basis van alle feitelijke gegevens als geheel moeten beoordelen.

89. Indien de rechter geen van bovenstaande argumenten aanneemt, dan is de opname rechtmatig verkregen en kan het bewijs sowieso gebruikt worden, maar de mama kan dan wel op basis van artikel 314bis §2, tweede lid Sw. strafrechtelijk vervolgd worden. Indien de rechter van mening is dat het gebruik van de opname uit een misdrijf komt, dan is het bewijs onrechtmatig verkregen. Dit zou deze redenering echter volledig tenietdoen want als er geoordeeld wordt dat het bewijs onrechtmatig verkregen is, dan zijn niet alle bestanddelen voor het misdrijf vermeld in artikel 314bis §2, tweede lid Sw. van toepassing, is er ook geen misdrijf en kan het bewijs ook niet uit een misdrijf komen.

90. Indien de rechter van mening zou zijn dat het bewijs onrechtmatig verkregen is omdat er schending is van het recht op privacy, dan moet er verder gekeken worden of het bewijs de Antigoontoetsing overleeft.

4.4 Pre- Antigoontijdperk

91. Het was de eerste Advocaat-Generaal die het Hof van Cassatie vroeg om de strafrechter de mogelijkheid te laten om onrechtmatig verkregen bewijs te betrekken in de beoordeling.¹⁶² Het Hof besliste hier toen anders over en oordeelde dat de rechter zijn redenering of overtuiging niet mag vormen aan de hand van onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen. Het Hof voegde hier aan toe dat het niet uitmaakt wie de onrechtmatigheid heeft begaan.¹⁶³

92. Het principe hier was duidelijk. Wanneer er enige twijfels waren over de rechtmatigheid van het bewijs dan was het aan de rechter om het bewijs ontoelaatbaar te verklaren en dit bewijs ook te weren uit de debatten. In het principe-arrest van het Hof van Cassatie oordeelde het Hof dat onregelmatigheden de beklaagde ten goede komen en dus niet kunnen worden gebruikt om de schuld van de beklaagde te bewijzen.¹⁶⁴ De onregelmatigheid van het bewijs zorgt er volgens het Hof van Cassatie niet voor dat de vordering onontvankelijk moet worden verklaard.¹⁶⁵ Wanneer de rechter oordeelt dat er te veel onregelmatigheden in zitten en men de rechtmatigheid van de bewijsstukken niet kan controleren, dan is het aan de rechter om de beklaagde vrij te spreken.¹⁶⁶ De sanctie van de bewijssuitsluiting geldt niet enkel voor het onrechtmatig verkregen bewijs, maar ook voor het

¹⁶² P. TRAEST, "Het bewijs in strafzaken", Gent, Mys&Breesch, 1992, 493.

¹⁶³ P. TRAEST, "Het bewijs in strafzaken", Gent, Mys&Breesch, 1992, 493

¹⁶⁴ VAN DONINCK, J., "Het lot van onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken: dat geeft te denken", *RWE* 2021-22, nr. 28, 1090-1104.

¹⁶⁵ VAN DONINCK, J., "Het lot van onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken: dat geeft te denken", *RWE* 2021-22, nr. 28, 1090-1104.

¹⁶⁶ MEESE, J., *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht*, Mortsels, Intersentia, 2020, 61-98.

bewijs dat hieruit zou voortvloeien.¹⁶⁷ Deze sanctie houdt namelijk in dat de rechter helemaal geen rekening mag houden met het bewijs en het helemaal niet in aanmerking mag nemen.¹⁶⁸

93. Hieruit volgt ook de vraag wat er dan juist bedoeld wordt met onrechtmatig verkregen bewijs. Het Hof van Cassatie gaf in 1986 al een eerste aanleiding tot het vormen van een definitie of voorbeelden van onrechtmatig verkregen bewijs. Het Hof was van oordeel dat bewijs onrechtmatig verkregen was wanneer het was verkregen door een daad die uitdrukkelijk door de wet verboden was, onverenigbaar was met de substantiële regelen van de rechtspleging inzake strafzaken en wanneer het bewijs onverenigbaar was met de algemene rechtsbeginselen zoals het recht van verdediging.¹⁶⁹ Later breidde het Hof deze definitie verder uit. Het Hof stelt dat het in principe niet geoorloofd is bewijs te gebruiken dat de overheid die met de opsporing, het onderzoek en de vervolging van misdrijven is belast of de aangever, met het oog op het leveren van dat bewijs, hebben verkregen ingevolge een misdrijf, met miskenning van een regel van het strafprocesrecht, ingevolge de miskenning van het recht op privacy, met miskenning van het recht van verdediging of met miskenning van het recht op menselijke waardigheid.¹⁷⁰

94. Toch bleef het Hof van Cassatie niet bij deze strikte interpretatie. Hieruit volgde een verzachting van de uitsluitingsregel. Het Hof oordeelde namelijk dat: "uit het enkele feit dat een stuk bedrieglijk is weggenomen van de eigenaar niet noodzakelijk volgt dat de overlegging ervan in rechte onrechtmatig is."¹⁷¹ Met andere woorden werd de onrechtmatige handeling die de bewijsstukken had opgeleverd niet als hinderpaal beschouwd voor het gebruik ervan in een strafzaak, vermits er is voldaan aan twee voorwaarden. De eerste voorwaarde is dat de personen die het onderzoek hebben gevoerd geen onrechtmatige daden mogen hebben gepleegd. De tweede voorwaarde is dat er geen verband mag bestaan tussen de onrechtmatigheid en de overhandiging ervan aan de met het onderzoek belaste personen. Met andere woorden: het bewijs wordt enkel uitgesloten wanneer de aangever of de personen belast met het onderzoek het bewijs onrechtmatig hebben verkregen of wanneer de onrechtmatigheid werd begaan door de aangever of door de personen die belast waren met het onderzoek.

4.5 Het befaamde Antigoon-arrest

95. Het duurde nog tot 2003 eer het Hof van Cassatie klaar was voor verdere versoepelingen. De zaak ging over politieagenten die een café-uitbater hadden gefouilleerd en ze hadden met de autosleutel die ze tijdens deze fouille hadden verkregen de wagen van de café-uitbater doorzocht. In de wagen werd er een geladen vuurwapen gevonden met een afgevijsd serienummer.¹⁷² Het Hof van Beroep oordeelde in deze zaak dat het bewijs dat de politieagenten hadden verkregen in strijd was

¹⁶⁷ VAN DONINCK, J., "Het lot van onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken: dat geeft te denken", *RWE* 2021-22, nr. 28, 1090-1104.

¹⁶⁸ VAN DONINCK, J., "Het lot van onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken: dat geeft te denken", *RWE* 2021-22, nr. 28, 1090-1104.

¹⁶⁹ Cass. 13 mei 1986, arr. Cass. 1985-86, 1230.

¹⁷⁰ J. VAN DONINCK. "Het lot van onrechtmatig verkregen bewijs." *Intersentia*, Brussel, 2020, 389.

¹⁷¹ Cass. 17 januari 1990, arr. cass. 1989-90, 655.

¹⁷² Cass. 23 maart 2004, A.R.P. 04.0012.N.

met artikel 29 van de wet op het politieambt.¹⁷³ Het bewijs werd niet uit de debatten geweerd ondanks het feit dat het Hof van Beroep het verkregen bewijs uitdrukkelijk als onrechtmatig verkregen heeft gekwalificeerd. Volgens het Hof van Cassatie zou hier alleen maar aanleiding toe zijn wanneer de onrechtmatige opsporing de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast of indien de beginselen van een behoorlijke procesorde ernstig geschonden zijn en hierdoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de beklaagde aan zijn recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak afbreuk is gedaan.¹⁷⁴

96. Met deze uitspraak zorgde het Hof van Cassatie voor heel wat opschudding. Waar het Hof in de jaren '90 koos voor een lichte versoepeling, was er nu sprake van een hele ommekeer. In dit arrest, het befaamde Antigoon-arrest, oordeelde het Hof namelijk dat onrechtmatig verkregen bewijs niet uit de debatten moet worden geweerd, en dus kan gebruikt worden in strafzaken, behalve in drie gevallen.¹⁷⁵ Onrechtmatig verkregen bewijs moet toch worden geweerd wanneer de naleving van bepaalde vormvoorwaarden is voorgeschreven op straffe van nietigheid, wanneer de begane onregelmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast en wanneer het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces.¹⁷⁶

4.5.1 Een op straffe van nietigheid geschreven regel

97. Het eerste uitsluitingscriterium is wanneer de naleving van bepaalde voorwaarden is voorgeschreven op straffe van nietigheid. De oorsprong hiervan kunnen we vinden in 1808 toen de wetgever koos voor een gesloten systeem van nietigheden. Van de rechter werd er hier geen eigen inbreng verwacht. Een voorbeeld hiervan is nietigheid wanneer de tapbeschikking van de onderzoeksrechter niet de hoedanigheid vermeldt van de officier van de gerechtelijke politie die belast is met de uitvoering van deze maatregel.¹⁷⁷ Het was lang niet altijd duidelijk wanneer deze uitzondering moest toegepast worden en daarom ontwikkelde de rechtspraak de substantiële rechtsvormen die een gelijkwaardige bescherming van bepalingen van fundamentele aard beogen.¹⁷⁸ Deze substantiële vormvereisten zijn degene die zo belangrijk worden geacht voor de goede rechtsbedeling dat het verzuim ervan tot de nietigheid geldt.¹⁷⁹ In de Antigoon-rechtspraak werd er echter geen rekening gehouden met deze substantiële vormvoorschriften. Het Hof oordeelde dat de sanctionering voor de substantiële vormvereisten moet worden beoordeeld in functie van de context van de schending, de invloed op de betrouwbaarheid van het bewijs en van het recht op een eerlijk proces, met andere woorden de andere twee voorwaarden van de Antigoon-toets. Wat betreft de bewijsregels die op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven, eerbiedigt het Hof van Cassatie de opties die door de wetgever zijn opgesteld.

¹⁷³ Antwerpen 11 april 2003, T.strafrecht, 2004, 147.

¹⁷⁴ Cass. 23 maart 2004, A.R.P.04.0012.N.

¹⁷⁵ Cass. 23 maart 2004, A.R.P.04.0012.N.

¹⁷⁶ Cass. 23 maart 2004, A.R.P.04.0012.N.

¹⁷⁷ Art. 90quater, §1, tweede lid, °5 Sv.

¹⁷⁸ Van doninck, J., "Het lot van onrechtmatig verkregen bewijs", Intersentia, Antwerpen, 2020, 380p.

¹⁷⁹ . Van doninck, J., "Het lot van onrechtmatig verkregen bewijs", Intersentia, Antwerpen, 2020, 380p.

4.5.2 Onbetrouwbaarheid van het bewijs

98. Het tweede uitsluitingscriterium is de onbetrouwbaarheid van het bewijs. Het uitgangspunt hier is dat er geen rekening gehouden kan worden met onbetrouwbaar bewijs, los van het feit of het bewijs rechtmatig of onrechtmatig is verkregen. Dit bewijsmateriaal heeft niet meer de bewijswaarde die men ervan zou mogen verwachten. Deze regel doelt dus vooral op situaties waarin de wet de bewijsverkrijging bijzonder regelt. Het feit dat deze regel wordt miskend tast de betrouwbaarheid van de bewijsvergaring aan. Voorbeelden hiervan kunnen zijn: het vaststellen van een verkeersovertreding met een niet-geijkt toestel of de bloedafname die in strijd is met de wet.¹⁸⁰ In dit geval zou de rechter niet aan de eigenlijke bewijswaardering komen, met andere woorden de beoordeling van de geloofwaardigheid van het bewijs.¹⁸¹

99. Het Hof heeft in een ander arrest geoordeeld dat wanneer de nagelaten rechtsvorm niet op straffe van nietigheid is voorgeschreven, de onregelmatigheid noch de betrouwbaarheid van het bewijs, noch het recht op een eerlijk proces aantast, de rechter geen bewijswaarde mag toekennen aan het bewijs dat is verkregen met een schending van bepalingen die het bijzonder bewijs regelen.¹⁸² Met andere woorden, ook al is er niet voldaan aan de Antigoon-criteria, dan nog mag de rechter dergelijk bewijs niet toelaten. In een ander arrest van het Hof stond de vraag dan ook centraal aan de hand van welke criteria de rechter kan overgaan tot toekenning van de wettelijke bewijswaarde. Het Hof oordeelde hier dat de ontzegging van de wettelijke bewijswaarde vereist dat het niet-nageleefde voorschrift tot doel heeft om de kwaliteit te waarborgen. Wil de rechter elke bewijswaarde uitsluiten, dan moet de rechter de Antigoon-criteria toepassen. Bij gebrek aan een wettelijke nietigheidssanctie is het dan aan de rechter om *in concreto* te beoordelen of de begane onregelmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast.¹⁸³

100. Het Hof heeft dit criterium door de jaren heen nog concreter gemaakt. Zo oordeelde het Hof dat voor het criterium van de betrouwbaarheid van bewijs, de rechter pas tot uitsluiting van dat bewijs kan overgaan wanneer hij vaststelt dat de onregelmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs daadwerkelijk heeft aangetast.¹⁸⁴

4.5.3 In strijd met het recht op een eerlijk proces

101. Het derde criterium is dat het bewijs niet in strijd mag zijn met het recht op een eerlijk proces. Hoe dit wordt beoordeeld vinden we onder andere terug in een arrest van het Grondwettelijk Hof.¹⁸⁵ Het Hof vatte in dit arrest de redenering van het Europees Hof voor de rechten van de mens¹⁸⁶

¹⁸⁰ P. TRAEST, "onrechtmatig verkregen doch bruikbaar bewijs: het Hof van Cassatie zet de bakens uit" (noot onder Cass 14 oktober 2003), T straf. 2004, (133) 137.

¹⁸¹ Van doninck, J., "Het lot van onrechtmatig verkregen bewijs", Intersentia, Antwerpen, 2020, 380p.

¹⁸² Cass. 26 november 2008, arr. Cass. 2008, 2730.

¹⁸³ Van doninck, J., "Het lot van onrechtmatig verkregen bewijs", Intersentia, Antwerpen, 2020, 380p.

¹⁸⁴ Cass. 26 mei 2015, arr. Cass 2015, 1383.

¹⁸⁵ GWH 22 december 2010, nr.158/2010.

¹⁸⁶ GWH 22 december 2010, nr.158/2010.

samen. Het Europees Hof voor de rechten van de mens heeft geoordeeld dat artikel 6 EVRM geen regels bevat over de toelaatbaarheid van bewijs in strafzaken. Dit zou in de eerste plaats de taak zijn van het nationaal recht. Toch heeft het EHRM al eerder geoordeeld dat het aanwenden van onrechtmatig verkregen bewijs een schending kan zijn van het recht op een eerlijk proces, dat vervat zit in artikel 6.1 EVRM. Het is belangrijk bij de beoordeling van een mogelijke schending van dat recht de hele procedure op zich te onderzoeken. Dit houdt ook in de manier waarop het bewijs is verkregen, en of het bewijs wettig werd verkregen. Het Hof heeft gezegd dat er aandacht moet worden besteed aan de authenticiteit en de kwaliteit van het bewijs en het belang ervan in de zaak en de vraag of de rechten van de verdediging werden geëerbiedigd. Hiermee bedoelde het EHRM dat de betrokkene de mogelijkheid moet hebben gehad om de authenticiteit en de kwaliteit van het bewijs te betwisten.

102. Het Grondwettelijk Hof gaat verder met zijn redenering door te stellen dat: "de in B.6.2 aangehaalde arresten... betrekking hadden op bewijsmateriaal dat met de miskenning van artikel 8 EVRM was verkregen, doen ervan blijken, enerzijds, dat het EHRM van oordeel is dat de artikelen 6 en 8 EVRM geen regels bevatten betreffende de toelaatbaarheid van een bewijs in een rechtszaak en, anderzijds, dat het aanwenden van een bewijs met miskenning van artikel 8 EVRM werd verkregen, niet noodzakelijk tot een schending leidt van artikel 6.1 EVRM."¹⁸⁷ Dit wil ook zeggen dat wanneer bewijs verkregen met miskenning van het recht op privacy vervat in artikel 8 EVRM niet noodzakelijk leidt tot een schending van het recht op een eerlijk proces.¹⁸⁸

103. Een eerste principe-arrest van het EHRM brengt hier meer duidelijkheid over.¹⁸⁹ Het arrest Schenk/ Zwitserland gaat over een zakenman Schenk die een contactadvertentie plaatst. Een zekere Pauty reageert hierop en krijgt de opdracht om tegen betaling de voormalige vrouw van Schenk te vermoorden. Pauty doet dit niet en brengt het doelwit zelf op de hoogte. Beiden gaan naar de politie en na een gesprek met de onderzoeksrechter wordt beslist dat Pauty het volgende telefoongesprek met Schenk zou opnemen.¹⁹⁰ Dit telefoongesprek doet Schenk de das om. Schenk trekt naar het EHRM in Straatsburg en is van mening dat door het telefoongesprek zijn recht op een eerlijk proces is geschonden. Het Hof is hier van oordeel dat er moet onderzocht worden of heel het proces eerlijk is verlopen.¹⁹¹ Het EHRM was in deze zaak van oordeel dat het recht op een eerlijk proces van Schenk niet was geschonden aangezien hij de authenticiteit van het telefoongesprek kon betwisten. Het Hof ging verder met zijn redenering en stelde vast dat de veroordeling van Schenk niet enkel werd gesteund op het telefoongesprek, maar dat er ook andere elementen waren die de schuld van Schenk bevestigden.¹⁹²

104. We kunnen uit het voorgaande enkele belangrijke conclusies trekken. Ten eerste is het EHRM van oordeel dat de bewijsverkrijging een zaak is van nationaal recht. Ten tweede moet er gekeken worden of heel de procedure oneerlijk is verlopen en niet enkel het verkrijgen van het bewijs.

¹⁸⁷ GWH 22 december 2010, nr.158/2010.

¹⁸⁸ GWH 22 december 2010, nr.158/2010.

¹⁸⁹ EHRM 12 juli 1988, nr. nr.10862/84. Schenk /Zwitserland.

¹⁹⁰ EHRM 12 juli 1988, nr. nr.10862/84. Schenk /Zwitserland.

¹⁹¹ EHRM 12 juli 1988, nr. nr.10862/84. Schenk /Zwitserland.

¹⁹² EHRM 12 juli 1988, nr. nr.10862/84. Schenk /Zwitserland.

Vervolgens moet er bij de beoordeling gekeken worden naar de authenticiteit en de kwaliteit van het verkregen bewijs en of dit betwist kon worden. Verder moet er gekeken worden of er nog elementen zijn om te kunnen staven dat een veroordeling niet enkel uitgaat van het onrechtmatig verkregen bewijs. Ten slotte kunnen we concluderen dat een schending van artikel 8 EVRM niet per se ook leidt tot een schending van het recht op een eerlijk proces zoals gewaarborgd in artikel 6 EVRM.

105. Het Belgische Hof van Cassatie heeft al in 2004 drie criteria opgesteld waarmee de rechter in een specifieke zaak rekening kan houden om te kunnen beoordelen of er een schending is van het recht op een eerlijk proces: het opzettelijkheids criterium, het belangenafwegingscriterium en het materieel criterium. Later heeft het Hof deze criteria herhaald en verfijnd.¹⁹³ Deze criteria worden hier opgesomd.¹⁹⁴

- Het feit of het door de overtreden norm beschermde recht door de onrechtmatigheid al dan niet in het gedrang is gekomen (het doelbindingscriterium)
- Het feit of het bij de overtreden norm al dan niet gaat om een regel van puur formeel karakter (het vormvoorschriftcriterium)
- Het feit of de onregelmatigheid die aan de vaststelling van het misdrijf voorafging of daarmee gepaard ging volstrekt evenredig is met de ernst van het misdrijf
- Het feit dat de onrechtmatigheid een hogere waarde in het gedrang brengt dan de doeltreffendheid van de strafprocedure
- Het feit dat de onrechtmatigheid erger is dan het misdrijf dat ermee wordt bewezen
- Het feit dat de onrechtmatigheid berust op een onverschoonbare dwaling of een niet te verontschuldigen onachtzaamheid.

106. De bovenstaande lijst is niet limitatief, dit wil zeggen dat er nog criteria aan de lijst kunnen worden toegevoegd. Verder wordt er niet verwacht dat er aan de hand van deze criteria een toetsing gebeurt en zijn deze criteria ook niet doorslaggevend. De rechter kan dus rekening houden met één of meer van deze criteria.¹⁹⁵

107. In een later arrest heeft het Hof van Cassatie geoordeeld dat de Antigoon-toets geen loutere mogelijkheid is voor de rechter om hieraan te toetsen. Het Hof heeft zelfs te kennen gegeven dat het een verplichting is van de rechter om het bewijs te toetsen aan de criteria van het Antigoon-arrest.¹⁹⁶

108. Het is niet vreemd dat er vragen werden gesteld bij de drie uitsluitingscriteria ontworpen/ingesteld door het Hof van Cassatie. Het is namelijk zo dat de rechterlijke macht niet de bevoegdheid heeft om nieuwe wetten/regels in te voeren. Deze taak is voorbehouden voor de wetgevende macht. Het feit dat de rechterlijke macht deze criteria instelt, doet afbreuk aan de kwaliteit en legitimiteit van de rechtshandhaving. Er moet dan voor ogen worden gehouden dat er rechten en vrijheden zijn waarvan men de miskennis niet mag relativiseren voor het gevaar deze te banaliseren. Toch heeft de wetgever ook in dit geval ingegrepen en wel met de wet van 24 oktober

¹⁹³ Cass. 23 maart 2004, A.R.P.04.0012.N

¹⁹⁴ VAN DONINCK, J., "Het lot van onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken: dat geeft te denken", *RWE* 2021-22, nr.28, 1090-1104.

¹⁹⁵ F.VAN VOLSEM, *Fiscaal en Sociaal Strafrecht. Wegwijzer doorheen het labyrint*, Gent, story Publishers, 2021, 495-562.

¹⁹⁶ Cass 12 Oktober 2005, A.R.P.05.0119.F.

2013 tot wijziging van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering. In deze wet werd artikel 32 VT.Sv. ingevoerd. Het luidt als volgt:

“ tot nietigheid van onregelmatig verkregen bewijselement wordt enkel besloten indien:

- De naleving van de betrokken vormvoorwaarden wordt voorgeschreven op straffe van nietigheid;
- De begane onregelmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast, of;
- Het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces.”¹⁹⁷

4.6 Antigoon anno 2024?

109. Hoewel het arrest al bijna 20 jaar oud is, is het onrechtmatig verkregen bewijs en de Antigoon-toets niet minder spraakmakend. Vorig jaar nog leek het Hof van Cassatie zijn regels zelf aan te scherpen. De arresten waarover het gaat zijn die van 4 en 25 april 2023.¹⁹⁸ De feiten gaan als volgt: “op 29 januari 2020 stellen de politiediensten op de website ‘redlights’ een advertentie vast die mogelijk gelinkt kan worden aan een eerder anoniem schrijven en waarbij reclame wordt gemaakt voor een gangbang in een hotelkamer te Wetteren. Enkele maanden later, op 14 september 2020, stellen andere politieagenten op dezelfde website vast dat twee Oost-Europese dames advertenties plaatsen voor privé-ontvangsten in een woning te Zottegem, waarbij ook wordt aangegeven dat klanten de dames samen kunnen boeken.¹⁹⁹ In beide zaken vermoedt de politie dat er verboden seksuele diensten worden verricht en er sprake zou kunnen zijn van prostitutie. Ze wensen zich ter plaatse van de situatie te vergewissen en vragen toelating aan de referentiemagistraat om zich als potentiële klant aan te dienen. In Wetteren wordt geen voorafgaande afspraak gemaakt met de organisator aangezien de advertentie letterlijk stelt ‘niet noodzakelijk te reserveren’.²⁰⁰

110. In Zottegem wordt voorafgaandelijk telefonisch contact genomen met een van de twee dames. Bij aankomst worden de politiediensten door de betrokken meisjes binnengelaten en gaan ze over tot nazicht en controle van de hotelkamer, respectievelijk woning. In beide zaken werpt de verdediging voor de rechtbank en het Hof van Beroep op dat er sprake is van een nietige huiszoeking en dat de resultaten ervan uit de debatten moeten worden geweerd.”²⁰¹

Het Hof van Beroep stelde vast dat de huiszoeking onregelmatig was. De volgende stap voor het Hof van Beroep was het toepassen van artikel 32 VT.Sv. Dit is het artikel waarin de Antigoon-criteria werden verankerd. In beide kamers van het Hof van Beroep komt men tot de conclusie dat het gebruik van het onrechtmatig verkregen bewijs niet in strijd is met het recht op een eerlijk proces en dat daarom ook het bewijs niet uit de debatten moet worden geweerd.”²⁰²

¹⁹⁷ Art. 32 Vt. Sv.

¹⁹⁸ Cass 4 april 2023, P.22.1730.N.; Cass.25 april 2023 P. 23.0081.N.

¹⁹⁹ Cass 4 april 2023, P.22.1730.N.; Cass.25 april 2023 P. 23.0081.N.

²⁰⁰ Cass 4 april 2023, P.22.1730.N.; Cass.25 april 2023 P. 23.0081.N.

²⁰¹ Vandermeersch, M., Antigoon herzien: zet het Hof van Cassatie het licht op rood”, T.strafr.2023, afl4, 213-221.

²⁰² Vandermeersch, M., Antigoon herzien: zet het Hof van Cassatie het licht op rood”, T.strafr.2023, afl4, 213-221.

111. Toch was de kous hiermee niet af want de zaak ging uiteindelijk ook naar het Hof van Cassatie.²⁰³ Dat hof herhaalde dat wanneer een rechter geconfronteerd wordt met bewijs dat niet nietig of onbetrouwbaar is, hij soeverein en onaantastbaar de toelaatbaarheid van dat bewijs mag beoordelen.²⁰⁴

112. De rechter moet in dit geval de concrete gegevens van de zaak en de hele procedure toetsen aan het recht op een eerlijk proces. De feitenrechter kan met volgende elementen rekening houden: de vraag of de onregelmatigheid al dan niet opzettelijk werd begaan, het gevolg was van een grove onachtzaamheid, of de ernst van het misdrijf de begane onrechtmatigheid overstijgt, of de onregelmatigheid alleen een materieel element van het bestaan van het misdrijf betreft, of de onregelmatigheid een louter formeel karakter heeft en of de onregelmatigheid een weerslag heeft op het recht of de vrijheid die door de overschreden norm wordt beschermd.²⁰⁵ Wanneer de rechter moet nagaan of er sprake is van een opzettelijk begane onregelmatigheid of een grove onachtzaamheid dan moet de rechter rekening houden met alle omstandigheden van de zaak, waaronder de opdracht van de vervolgende en opsporende instanties, de beschikbare informatie, de handelswijze.²⁰⁶

113. Toch is deze visie van het Hof niet nieuw want het maakte al eerder duidelijk dat wanneer een beklagde aanvoert dat zijn recht op een eerlijk proces is geschonden, het niet voldoende is dat een rechter oordeelt dat het proces op tegenspraak is gevoerd. Het Hof heeft in dit arrest geoordeeld dat hoewel de rechter een grote beoordelingsvrijheid heeft, een opzettelijke of grove fout niet strookt met een goede bewijsvergaring en dus zal in dit geval het bewijs uit de debatten moeten worden geweerd. Hier is ook weer één uitzondering op: het bewijs moet niet worden geweerd wanneer de rechter zou vaststellen dat het weren van het bewijselement kennelijk onredelijk zou zijn.²⁰⁷

114. Hoewel de visie niet nieuw is, lijkt de toelaatbaarheid van het bewijs opnieuw te worden omgedraaid. Onder de Antigoon-rechtspraak was het uitgangspunt dat onrechtmatig verkregen bewijs enkel mag en kan worden uitgesloten wanneer één van de drie Antigoon-criteria werd geschonden. Er wordt dus van uitgegaan dat onrechtmatig verkregen bewijs in principe is toegelaten tenzij de bewijsuitsluiting zich opdringt.²⁰⁸ Voor opzettelijke of grove nalatige onregelmatigheden draait het Hof van Cassatie het uitgangspunt om. Dergelijk bewijs moet worden uitgesloten tenzij er aan een uitzondering is voldaan.²⁰⁹ Dit lijkt een belangrijke omwenteling want door dit uitgangspunt om te draaien, zal het nu aan het O.M. en de burgerlijke partij zijn om aan te tonen dat de onrechtmatigheid niet opzettelijk of grof onachtzaam gebeurde of wanneer dat wel het geval is, bij wijze van uitzondering, gelet op de specifieke omstandigheden van de zaak, het eerlijk proces niet onherroepelijk in het gedrang komt.²¹⁰

115. Deze opzettelijkheidstoets zal nu altijd gemaakt moeten worden, maar zal daarom niet altijd leiden tot bewijsuitsluiting. (1) Zo kan de rechter rekening houden met alle concrete omstandigheden van de zaak, en zal er moeten worden uitgemaakt of het gebruik van onopzettelijk onrechtmatig

²⁰³ Jeroen de Mets, *Jruistenkrant*, 26 april 2023, Hof van Cassatie scherpt antigoon aan, nr 468, p1-2.

²⁰⁴ Vandermeersch, M., *Antigoon herzien: zet het Hof van Cassatie het licht op rood*, T.strafr.2023, afl4, 213-221.

²⁰⁵ Cass 4 april 2023, P.22.1730.N/4

²⁰⁶ Vandermeersch, M., *Antigoon herzien: zet het Hof van Cassatie het licht op rood*, T.strafr.2023, afl4, 213-221.

²⁰⁷ Cass 4 april 2023, P.22.1730.N/4

²⁰⁸ Vandermeersch, M., *Antigoon herzien: zet het Hof van Cassatie het licht op rood*, T.strafr.2023, afl4, 213-221.

²⁰⁹ Vandermeersch, M., *Antigoon herzien: zet het Hof van Cassatie het licht op rood*, T.strafr.2023, afl4, 213-221.

²¹⁰ Vandermeersch, M., *Antigoon herzien: zet het Hof van Cassatie het licht op rood*, T.strafr.2023, afl4, 213-221.

bewijsmateriaal al dan niet in strijd is met het recht op een eerlijk proces. (2) Vervolgens kunnen zelfs opzettelijk begane of grof onachtzame onregelmatigheden uitzonderlijk niet als bewijs worden uitgesloten. Dit zal enkel gebeuren wanneer de rechter zou vaststellen dat deze gevolgtrekking kennelijk onevenredig is met een of meer andere criteria die hij concreet toelicht, in het bijzonder de verhouding tussen de begane onregelmatigheid en de ernst en het belang van hetgeen op het spel staat.²¹¹ Andere criteria kunnen hier zijn: de ernst van het misdrijf, louter formeel karakter van het misdrijf, afwezigheid van impact op het beschermde recht.

4.7 De toekomst

116. De wetgever heeft ondertussen ook actie ondernomen. De rechtspraak is op dit moment soms ook te tolerant. Het heeft vele voordelen om bewijs dat onrechtmatig verkregen is te kunnen gebruiken, bijvoorbeeld om toch tot veroordeling te kunnen overgaan. Momenteel wordt de bewijsuitsluiting heel weinig uitgesproken, waardoor er steeds meer ernstigere onregelmatigheden worden gedekt.²¹² In strafzaken is er een wetsvoorstel klaar dat zou leiden tot een strengere invulling van bewijsuitsluiting.²¹³

117. Het nieuwe voorstel voorziet dat:

- alle informatie bekomen door foltering of onmenselijke of vernederende behandeling (d.i. in strijd met artikel 3 EVRM) absoluut ontoelaatbaar is en uit de debatten dient te worden geweerd;

- alle informatie verkregen door een onderzoek handeling die door een rechter moet gemachtigd worden doch zonder die machtiging werd verricht, absoluut ontoelaatbaar is en uit de debatten dient te worden geweerd;

- informatie die wordt verkregen in strijd met de rechten van verdediging, met het recht op privéleven, met het recht op de integriteit van personen, met de regels inzake de respectieve bevoegdheden van de hoven en rechtbanken of met het journalistiek bronnengeheim principieel uit de debatten wordt geweerd, tenzij de rechter vaststelt:

- 1) dat de onregelmatigheid niet het resultaat is van een bewuste of onverschoonbare miskenning van het recht of de beschermde waarde;
- 2) dat de ernst van de schending van het recht of de beschermde waarde concreet minder zwaarwichtig is dan het maatschappelijk belang bij de vervolging van het betrokken misdrijf en bij de eventuele sanctionering van de dader van het misdrijf;
- 3) dat het gebruik van het onregelmatig bewijs geen afbreuk doet aan de integriteit van Justitie;

- alle andere informatie die op onregelmatige wijze werd verkregen, toegelaten wordt tot de debatten tenzij de rechter vaststelt dat het gebruik ervan in een gerechtelijke beslissing afbreuk doet aan de integriteit van Justitie. ²¹⁴

²¹¹ Cass 25 april 2023.

²¹² Wetsvoorstel betreffende het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in fiscale zaken, Parl.St. Kamer 2021-22, 2783/001, p. 3 en 8.

²¹³ wetsvoorstel houdende het Wetboek van Strafprocesrecht, Parl.St. Kamer 2019-20, 1239/001.

²¹⁴ wetsvoorstel houdende het Wetboek van Strafprocesrecht, Parl.St. Kamer 2019-20, 1239/001.

118. Onrechtmatig verkregen bewijs zal altijd moeten worden uitgesloten wanneer: (1) er sprake is van foltering of onmenselijke behandeling, (2) ten onrechte een onderzoeksafdeling die fundamentele rechten en vrijheden van burgers aantast, werd uitgevoerd zonder de nodige machtiging van een onafhankelijke rechter en (3) opzettelijk of op onverschoonbare wijze bewijs wordt verkregen in strijd met een aantal fundamentele rechten en regels.²¹⁵

119. Daarnaast is ook voor bewijs dat in strijd met een aantal fundamentele rechtsregels (zoals het recht van verdediging en het recht op privacy) verzameld is, bewijsuitsluiting de regel. Enkel wanneer op een cumulatieve wijze aan drie criteria is voldaan, kan de rechter op basis van zijn appreciatiemarge uitzonderlijk het bewijs toch toelaatbaar verklaren.²¹⁶

4.8 Tussenconclusie

120. De tweede subvraag die beantwoord moest worden is: "In welke mate kwalificeert een dergelijke opname als onrechtmatig verkregen bewijs en moet ze zo worden uitgesloten als bewijselement in een strafrechtelijke procedure, zowel onder het huidige als onder het nieuwe Wetboek van Strafvordering?"

121. Er werd besproken wat er juist werd begrepen onder onrechtmatig verkregen bewijs. De opname van het telefoongesprek kan om verschillende redenen onrechtmatig zijn. De eerste reden was wanneer het bewijs verkregen wordt uit een misdrijf. Het misdrijf *in casu* zou het misdrijf in artikel 314bis§2, tweede lid Sw. zijn. Het probleem hier was dat wanneer er geoordeeld wordt dat het bewijs onrechtmatig verkregen is op basis hiervan niet meer voldaan is aan de bestanddelen van artikel 314bis§2, tweede lid, waardoor heel de redenering wordt onderuitgehaald.

122. Een tweede mogelijkheid om tot de onrechtmatigheid te komen is wanneer er een schending van privacy is. Hiervoor valt in het voordeel te argumenteren door de redelijke privacyverwachting, hoewel de privacy van een professional, zoals een zorgverlener, moeilijker aan te tonen is. Toch kan dit eventueel geargumenteed worden door te stellen dat er impliciet confidentialiteit is vereist, maar ook door de natuur en het onderwerp van het gesprek. Het gaat over minderjarige, door de jeugdrechter geplaatste, jongeren die beschermd moeten worden.

123. Hieruit kunnen twee zaken voortvloeien. De rechter kan de argumentatie niet aannemen en dit zou willen zeggen dat er sprake is van rechtmatig verkregen bewijs waardoor het bewijs zeker kan gebruikt worden in een strafzaak. De mama *in casu* zou dan wel strafrechtelijk vervolgd kunnen worden op basis van artikel 314bis §2, tweede lid Sw. wanneer de rechter van mening is dat er aan alle voorwaarden is voldaan. Ten tweede kan de rechter oordelen dat het bewijs onrechtmatig verkregen is. De volgende stap is dan na te gaan of er een schending is van de Antigoon-criteria. Op basis van de Antigoon-criteria zou het bewijs ook toelaatbaar zijn aangezien er geen schending is van een op nietigheid voorgeschreven regel, de betrouwbaarheid van het bewijs is niet aangetast. De vraag of er sprake is van een schending van het recht op een eerlijk proces kan niet worden beantwoord omdat er *in casu* geen sprake is van een proces. Deze beoordeling moet worden gemaakt over de hele lijn van het proces. Er zou geen sprake zijn van het recht op een eerlijk proces wanneer

²¹⁵ Vandermeersch, M., Antigoon herzien: zet het Hof van Cassatie het licht op rood", T.strafr.2023, afl4, 213-221.;

²¹⁶ wetsvoorstel houdende het Wetboek van Strafprocesrecht, Parl.St. Kamer 2019-20, 1239/001.

het proces op tegenspraak is gewezen, wanneer de authenticiteit van de opname in vraag kan worden gesteld en wanneer de opname van het telefoongesprek niet het enige bewijsstuk is. We gaan er in deze scriptie van uit dat er geen schending is van het recht op een eerlijk proces.

124. Normaal zou dit dan willen zeggen dat de opname toch gebruikt mag worden. Toch zijn er enkele nieuwe ontwikkelingen. Zo heeft het Hof van Cassatie in enkele recentere arresten geoordeeld dat er toch kan worden overgegaan tot bewijsuitsluiting wanneer de onregelmatigheid opzettelijk of door grove onachtzaamheid is begaan. *In casu* kan er geargumenteed worden dat de mama opzettelijk mijn recht op privacy heeft geschonden om zo haar 'bewijs' te kunnen verzamelen om wraak te kunnen nemen, of het OOC te beschadigen. Indien de rechter deze argumentatie zou aannemen dan zal de opname uitgesloten worden.

5. Recht op privacy gewaarborgd door artikel 8 EVRM

125. In dit laatste hoofdstuk wordt getracht de laatste subonderzoeksvraag te beantwoorden: In welke mate voldoen de bestudeerde regels aan de vereiste horizontale werking van het recht op privacy zoals gewaarborgd door artikel 8 EVRM. Hiervoor wordt er in de eerste plaats gekeken naar de doorwerking van het EVRM in het Belgische recht. De horizontale en verticale werking wordt in dit hoofdstuk bestudeerd. Verder wordt er dieper ingegaan op artikel 8 EVRM, op de inhoud en de reikwijdte van dit artikel in relatie met wat er in de vorige hoofdstukken werd besproken. Na dit hoofdstuk wordt getracht om met alle informatie die doorheen de scriptie werd verzameld, de hoofdonderzoeksvraag van deze scriptie te beantwoorden.

5.1 De verticale werking van het EVRM.

126. Zoals hierboven besproken wordt eerst bestudeerd welke doorwerking het EVRM in het Belgische rechtssysteem heeft. Het EVRM is gericht op een verticale toepassing. Dit wil zeggen dat de grondrechten die zijn opgenomen in het EVRM afdwingbaar zijn tegenover de nationale overheid en haar organen. Dit kan afgeleid worden uit artikel 1 EVRM dat zegt: de Hoge Verdragsluitende Partijen verzekeren een ieder die ressorteert onder haar rechtsmacht de rechten en vrijheden die zijn vastgesteld in de eerste titel van dit Verdrag.²¹⁷ De woorden "hoge verdragsluitende partijen" zijn hier van belang. Zij hebben betrekking op de lidstaten, en dus niet op particulieren, om de naleving van de rechten en de vrijheden bepaald door het EVRM te verzekeren.²¹⁸ Concreet wil dit zeggen dat een particulier zich tegenover de overheid op het EVRM kan beroepen. Dit veronderstelt dat het EVRM directe werking heeft. België kent een monistisch systeem en door de parlementaire goedkeuring en de publicatie van het EVRM in het Belgisch Staatsblad maakt het EVRM deel uit van het Belgische recht.

127. Opdat het EVRM ook directe verticale werking heeft, dit wil zeggen dat een particulier/ rechtssubject rechtstreeks rechten ontleent aan het EVRM, moet worden voldaan aan twee criteria: het subjectief en het objectief criterium. Het subjectief criterium vereist dat de hoge verdragsluitende partijen de bedoeling moeten hebben gehad om aan het EVRM directe verticale werking te verlenen. Het objectief criterium vereist dat de bepalingen voldoende duidelijk en precies zijn geformuleerd.²¹⁹ Artikelen die geen verdere verduidelijking nodig hebben, genieten dus van verticale directe werking. Algemeen wordt er aan verdragen een directe verticale werking toegekend. Het Belgische Hof van Cassatie heeft de directe verticale werking van het EVRM al meerdere malen erkend.²²⁰ In

²¹⁷ Art. 1 EVRM.

²¹⁸ Het EVRM en de disciplinaire macht van de werkgever in invloed van het Europese recht op het Belgische privaatrecht.

²¹⁹ Het EVRM en de disciplinaire macht van de werkgever in invloed van het Europese recht op het Belgische privaatrecht.

²²⁰ Cass. 14 april 1983, Arr.Cass. 1982-83, 972; Cass. 6 maart 1986, Arr.Cass. 1985-86, 937.

het arrest van 6 maart 1986 heeft het Belgische Hof van Cassatie ook de directe verticale werking van artikel 8 EVRM uitdrukkelijk bevestigd.²²¹

5.1.1 Overheidsaansprakelijkheid

128. Wanneer de overheid tekortkomt aan haar verplichtingen, dan kan zij hiervoor aansprakelijk worden gesteld. Er kunnen twee vormen van tekortkoming zijn. (1) Een eerste is wanneer de overheid zich zou mengen op een niet te verantwoorden manier op het vlak van grondrechten. Om deze situatie beter te schetsen wordt dit toegepast op artikel 8 EVRM. Dit artikel zegt dat er enkel een inmenging kan zijn door de overheid wanneer (1) de inmenging voorzien is bij wet, wanneer (2) de inbreuk noodzakelijk is in een democratische samenleving (de noodzakelijkheidstoets) en wanneer (3) men een legitiem doel tracht na te streven.²²² Een tweede situatie waarin er overheidsaansprakelijkheid kan ontstaan, is wanneer de overheid nalaat om positieve maatregelen te nemen om de bescherming en de realisatie van de in het EVRM gewaarborgde grondrechten te garanderen.²²³

5.1.2 Quid de horizontale werking?

129. Wanneer een particulier van mening is dat zijn rechten gewaarborgd door het EVRM zijn geschonden, dan heeft hij de mogelijkheid om een verzoekschrift in te dienen tegen deze verdragsstaat bij het EHRM. Hiervoor moet wel voldaan zijn aan enkele voorwaarden die verankerd zijn in de artikelen 34 en 35 EVRM. Artikel 34 EVRM zegt: "Het Hof kan verzoekschriften ontvangen van ieder natuurlijk persoon, iedere niet-gouvernementele organisatie of iedere groep personen die beweert slachtoffer te zijn van een schending door een van de Hoge Verdragsluitende Partijen van de rechten die in het Verdrag of de Protocolen daarbij zijn vervat. De Hoge Verdragsluitende Partijen verplichten zich ertoe de doeltreffende uitoefening van dit recht op generlei wijze te belemmeren."

²²⁴

130. Belangrijk is dat het moet gaan om een natuurlijke persoon, een ngo of een groep van personen die slachtoffer zijn geworden van het handelen of nalaten van een verdragsstaat.²²⁵ Het gaat hier dus over een vordering tegen een verdragsstaat en niet tegen een andere particuliere persoon. Artikel 35 EVRM bepaalt nog enkele ontvankelijkheidsvoorwaarden: "1. Het Hof kan een zaak pas in behandeling nemen nadat alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput, overeenkomstig de algemeen erkende regels van internationaal recht, en binnen een termijn van vier maanden na de datum van de definitieve nationale beslissing.²²⁶ 2. Het Hof behandelt geen enkel individueel verzoekschrift,

²²¹ Cass. 6 maart 1986, Arr. Cass. 1985-86, 937.

²²² VAN DE LANOTTE, J., HAECK, Y. Yves Haeck, *Handboek EVRM: Deel 2: Artikelsgewijze Commentaar. Volume 1*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 1066p.

²²³ Het EVRM en de disciplinaire macht van de werkgever in invloed van het Europese recht op het Belgische privaatrecht.

²²⁴ Art. 34 EVRM.

²²⁵ Gerards, J. H., Van Bockel, B., Haeck, Y., Leijten, A. E. M., & Meese, J. (Eds.). (2020). *Sdu commentaar EVRM*, Den Haag, Sdu, 2020, p.

²²⁶ Art. 35 EVRM.

ingediend op grond van artikel 34, dat (a) anoniem is; of (b) in wezen gelijk is aan een zaak die reeds eerder door het Hof is onderzocht of reeds aan een andere internationale instantie voor onderzoek of regeling is voorgelegd en geen nieuwe feiten bevat. 3. Het Hof verklaart elk individueel verzoekschrift, ingediend op grond van artikel 34, niet ontvankelijk, wanneer het van oordeel is dat: (a) het verzoekschrift niet verenigbaar is met de bepalingen van het Verdrag of de Protocollen daarbij, kennelijk ongegrond is of een misbruik betekent van het recht tot het indienen van een verzoekschrift; of (b) de verzoeker geen wezenlijk nadeel heeft geleden, tenzij de eerbiediging van de in het Verdrag en de Protocollen daarbij omschreven rechten van de mens noopt tot onderzoek van het verzoekschrift naar de gegrondheid ervan. 4. Het Hof verwerpt elk verzoekschrift dat het ingevolge dit artikel als niet ontvankelijk beschouwt. Dit kan het in elk stadium van de procedure doen.”²²⁷

131. Er kan dus pas een vordering worden ingesteld bij het EHRM wanneer men alle nationale rechtsmiddelen heeft uitgeput en wanneer er voldaan is aan de voorwaarden van artikel 34 EVRM.²²⁸ Uit bovenstaande kunnen we afleiden dat een natuurlijke persoon enkel een vordering kan indienen bij het EHRM tegen een aan het verdrag deelnemende lidstaat. De vraag die hier dan rijst is: wat met de horizontale verhoudingen? Kunnen particulieren in onderling conflict zich ook beroepen op het EVRM?

5.2 Directe horizontale werking van het EVRM.

Er is sprake van een directe horizontale werking wanneer een particulier rechtstreeks rechten kan ontlenen aan het EVRM. Maar hoe zit dit in het Belgische rechtssysteem? Wordt de directe horizontale werking aanvaard in het Belgische recht?

5.2.1 Rechtspraak van andere staten

132. Het EVRM legt niet op aan de verdragsstaten om het EVRM in de interne rechtsorde te incorporeren. Zo vereist het EHRM niet dat de wetgeving door de rechterlijke macht aan het verdrag zou moeten worden getoetst.²²⁹ Het EVRM focust zich enkel op de horizontale relaties en de verplichtingen die het aan de verdragsluitende partijen oplegt.²³⁰

133. Het Zweedse hooggerechtshof oordeelde dat uit de rechtspraak van het EHRM niet kan worden afgeleid dat het EVRM van toepassing is in horizontale relaties. Het hooggerechtshof gaf hiervoor de reden dat er niet van de burgers kan verwacht worden dat zij de evoluties van de rechtspraak van het EHRM zouden opvolgen of kennen, en zeker niet in situaties waar er nog geen rechtspraak voorhanden is.²³¹ Verder oordeelde het hooggerechtshof dat dankzij het subsidiariteitsbeginsel het EVRM wel toelaat dat de lidstaten een betere bescherming van mensenrechten kunnen bieden. Hoe

²²⁷ Art. 35 EVRM.

²²⁸ Art. 35, lid 1 en lid 2 EVRM.

²²⁹ Somers, S. *Aansprakelijkheidsrecht en mensenrechten*, Morsel, Intersentia, 2016, 788p.

²³⁰ Art. 1 EVRM

²³¹ B. Dufwa, "Horizontal effect of the European Convention: Swedish Case Law" in A. Colombi Ciacchi, C. Godt, P. Rott en L. Smith (eds.), *Liber Amicorum Gert Bruggemeier*; Liability in the Third Millennium, Baden-Baden, Nomos, 2009, (85)102-106

mensenrechten doorwerking vinden is een materie voor het nationale recht. Het is aan het nationale recht om te bepalen of er sprake is van een horizontale werking van het verdrag²³² en dit dient ook los te worden bekeken van de vereiste horizontale werking van het verdrag.²³³

134. Niet iedereen kon de redenering van het Zweedse hooggerechtshof volgen. Zo was het Italiaanse Hof van Cassatie van mening dat Italiaanse rechters rekening moeten houden met de rechtspraak van het EHRM. Naar analogie met het recht van de Europese unie wordt de rechtspraak van het EHRM gezien als een bron van nationaal recht.²³⁴ Ook in Tsjechië was het Tsjechische grondwettelijk hof van dezelfde mening. Er moet gekeken worden naar de rechtspraak van het EHRM.

5.2.2 Quid in België?

135. Het Belgische Hof van Cassatie wijst de meest strikte vorm van directe doorwerking af. In de meest strikte vorm zou ten aanzien van particulieren de mensen rechten slechts beperkt kunnen worden wanneer ze voorzien is bij wet, een legitiem doel nastreeft en noodzakelijk is in een democratische samenleving.²³⁵ Maar tussen particulieren onderling kan dit recht ook worden ingeperkt door een contract. Het is echter niet heel duidelijk welke oplossing er is voor privaatrechtelijke conflicten. Er wordt vanuit gegaan dat mensenrechten pas direct kunnen doorwerken wanneer ze een duidelijke indicatie of richtsnoeren geven. Een heel duidelijk antwoord is er nog niet in het Belgische recht.²³⁶

5.3 Artikel 8 EVRM en privé/telecommunicatie

136. Uit de tekst van artikel 8 EVRM kunnen 4 rechten worden onderscheiden: (1) eerbiediging van het privéleven, (2) eerbiediging van het gezinsleven, (3) eerbiediging van huis en (4) eerbiediging van de communicatie.²³⁷ Het vierde recht dat wordt beschermd door artikel 8 EVRM is het recht op communicatie. Het recht op de eerbiediging van communicatie/correspondentie is het recht van een ieder om ongestoord en ongecensureerd met anderen te communiceren.²³⁸ De Belgische tekst vertaalt dit begrip door briefwisseling. In Nederland heeft men naar aanleiding van een nieuwe vertaling ervoor geopteerd om het begrip correspondentie te gebruiken. Deze nieuwe vertaling leunt namelijk dichter aan bij de originele tekst in het Engels. Nog een beter begrip zou communicatie zijn

²³² EVRM

²³³ Somers, S. *Aansprakelijkheidsrecht en mensenrechten*, Morsel, Intersentia, 2016, 788p.

²³⁴ Corte di Cassazione sezione Unite, 26 januari 2004, besproken in: E. Navarretta en E. Bargelli, "Italy" in H. Koziol en B. Steininger (eds.), *European Tort Law 2004*, Wenen, Springer, 2005, (382) 385

²³⁵ . N. Van Leuven, *Contracten en mensenrechten. Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Leuven, Intersentia, 2009, 189; Cass. 27 april 2006, AR C.04.0478.N

²³⁶ S. Somers *aansprakelijkheidsrecht en mensenrechten*

²³⁷ P. DEHERT, "art. 8 EVRM en het Belgisch recht", *mys&Breesch* uitgevers, Gent, 1998, 367p.

²³⁸ Gerards, J. H., Van Bockel, B., Haecck, Y., Leijten, A. E. M., & Meese, J. (Eds.). (2020). *Sdu commentaar EVRM*, Den Haag, Sdu, 2020, p.

want het EHRM heeft in zijn rechtspraak laten blijken dat alle vormen van communicatie onder de bescherming van artikel 8 EVRM vallen.²³⁹

137. Artikel 8 EVRM kent een andere invalshoek dan de andere rechten in het EVRM. Zo valt op te merken dat artikel 5 en 6 EVRM ten behoeve van bepaalde personen zijn opgesteld, met name personen die aangehouden of verdacht zijn. Dit is niet het geval voor artikel 8 EVRM, dat een algemene draagwijdte heeft.²⁴⁰ Ten slotte kunnen we vaststellen dat bepaalde artikelen zoals artikel 3, 5 en 6 EVRM vrij absoluut zijn opgesteld. Er is weinig tot geen ruimte voor uitzonderingen. Dit is absoluut niet het geval bij artikel 8 EVRM. Dit kunnen we terugvinden in paragraaf 2 van artikel 8.²⁴¹ Daar wordt aangegeven onder welke voorwaarden er een uitzondering kan plaatsvinden. Niet elke inmenging in de uitoefening van een grondrecht is er één die ongrondwettig is. Wanneer er een inmenging wordt vastgesteld van artikel 8 EVRM dan moet er getoetst worden aan drie voorwaarden.²⁴² Ten eerste (1) moet de inmenging voorzien zijn bij wet (de legaliteitstoets). Ten tweede (2) moet de inmenging voldoen aan de noodzakelijkheidstoets, dit wil zeggen dat de inmenging noodzakelijk moet zijn in een democratische samenleving. Ten slotte (3) moet er ook voldaan zijn aan de legitimiteitstoets, de inmenging moet een legitiem doel nastreven.²⁴³ Het is dus belangrijk dat de verdragsstaten bescherming bieden tegen inbreuken van zowel de overheid als burgers. Dit wil zeggen dat ze zich niet alleen moeten onthouden van inbreuken op de communicatie, maar ze moeten ook de positieve verplichtingen ter harte nemen. De keuze van de maatregelen wordt overgelaten aan de lidstaten zelf.²⁴⁴

138. De communicatie wordt dus grondrechtelijk beschermd. Het is niet belangrijk of het betrokken communicatiesysteem in handen is van de overheid. Artikel 8 EVRM beschermt niet alleen de vertrouwelijkheid van communicatie, maar ook het voeren van communicatie.²⁴⁵

5.3.1 EHRM en correspondentie

139. Een belangrijk arrest hieromtrent is het arrest Klass van 6 september 1978.²⁴⁶ Een aantal Duitsers was naar het Hof gestapt omdat de Duitse overheid maatregelen had genomen in verband met telefonie. De Duitsers zeiden dat er onder andere een schending was van artikel 8 EVRM omdat ze niet op de hoogte waren van deze maatregelen. Uiteindelijk heeft het Hof beslist dat er geen schending was van artikel 8 EVRM.²⁴⁷ Dit artikel is echter wel belangrijk omdat het Hof heeft geoordeeld dat telefoongesprekken en de eerbiediging van het geheim ervan vallen onder de regeling van artikel 8 EVRM, zelfs al zijn telefoongesprekken niet uitdrukkelijk vernoemd, ze vallen dus wel

²³⁹ VAN DE LANOTTE, J., HAECK, Y. Yves Haeck, *Handboek EVRM: Deel 2: Artikelsgewijze Commentaar. Volume 1*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 1066p.

²⁴⁰ P. DEHERT, "art. 8 EVRM en het Belgisch recht", *mys&Breesch uitgevers*, Gent, 1998, 367p.

²⁴¹ Art. 8 EVRM.

²⁴² Art. 8, tweede lid EVRM.

²⁴³ P. DEHERT, "art. 8 EVRM en het Belgisch recht", *mys&Breesch uitgevers*, Gent, 1998, 367p.

²⁴⁴ VAN DE LANOTTE, J., HAECK, Y. Yves Haeck, *Handboek EVRM: Deel 2: Artikelsgewijze Commentaar. Volume 1*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 1066p.

²⁴⁵ P. DEHERT, "art. 8 EVRM en het Belgisch recht", *mys&Breesch uitgevers*, Gent, 1998, 367p.

²⁴⁶ EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71, Klass and others/Germany.

²⁴⁷ EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71, Klass and others/Germany.

onder het begrip privéleven.²⁴⁸ Later oordeelde het Hof in de zaak-Malone dat artikel 8 EVRM niet alleen van toepassing is op het onderscheppen van telefoongesprekken, maar ook op het onderscheppen van gegevens over de bij telefoongesprekken betrokken aansluitingen zoals de tijdstippen van de gesprekken en de duur van de gesprekken.²⁴⁹

140. Nu we weten dat correspondentie onder de bescherming van artikel 8 EVRM valt, is de volgende vraag welke correspondentie er onder die bescherming valt. Gaat het hier enkel over private correspondentie of ook over zakelijke correspondentie? Het EHRM oordeelde in het Niemietz-arrest dat het recht op bescherming van correspondentie ook van toepassing is op de doorzochte en inbeslaggenomen stukken van een advocaat. Met andere woorden, de bescherming op correspondentie geldt voor alle correspondentie, dus ook zakelijke correspondentie.²⁵⁰ Het Hof herhaalde deze redenering in onder andere de zaak-Halford.²⁵¹

5.3.2 EHRM en aftap door particulieren

141. De zaken die hiervoor van belang zijn, worden hieronder besproken. Er wordt een kort relaas van de feiten gegeven om daarna de belangrijkste bevindingen van het Hof weer te geven.

In de eerste zaak ging het over meneer Schenk die werd beschuldigd van het plannen van de moord op zijn ex-vrouw. De persoon die meneer Schenk had ingehuurd om zijn ex-vrouw te vermoorden, had het telefoongesprek met meneer Schenk opgenomen en de opname overgedragen aan de politie. Het was deze opname die de politie later heeft gebruikt in de zaak tegen meneer Schenk. Meneer Schenk werd schuldig bevonden voor het aanzetten tot moord. Hij was het echter niet eens met de beoordeling van de rechtbank in Zwitserland. Hij zei namelijk dat zijn recht op een eerlijk proces, gewaarborgd door artikel 6 EVRM, was geschonden aangezien de opname van het telefoongesprek niet legaal was en daarom zijn recht op een eerlijk proces zou schenden.

142. Het Hof heeft als volgt geoordeeld: artikel 6 EVRM garandeert het recht op een eerlijk proces en niet per se de toelaatbaarheid of rechtmatigheid van bewijsstukken. Het Hof kan daarom het onrechtmatig verkregen bewijs niet weren, maar kan wel beoordelen of het proces als een geheel eerlijk is verlopen. Het Hof gaat verder door te stellen dat meneer Schenk de mogelijkheid had om de authenticiteit van het onrechtmatig verkregen bewijs te laten onderzoeken of tegen te spreken want in dit geval had hij zelf een getuige opgeroepen. Het Hof oordeelde ook dat de opname maar één van de elementen was waar de Zwitserse rechtbank rekening mee had gehouden en op basis waarvan zij had geargumenteed. Het Hof sloot zijn beoordeling af door te stellen dat er in dit geval geen sprake was van een schending van artikel 6 EVRM of het recht op een eerlijk proces.²⁵²

²⁴⁸ EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71, Klass and others/Germany.

²⁴⁹ EHRM, James Malone t. Verenigd koninkrijk.

²⁵⁰ EHRM, Niemietz t. Duitsland, 16 december 1992, par. 32.

²⁵¹ EHRM, Allisson Halford t. Verenigd koninkrijk, 25 juni 1997, par. 44.

²⁵² EHRM 12 juli 1988, Schenk t. Zwitserland., nr. 10862/84.

143. Dit arrest ging dus over het gebruik van een opname in samenhang met het recht op een eerlijk proces. Het Hof neemt hier een duidelijk standpunt in. Zo zegt het Hof om te beginnen dat artikel 6 EVRM enkel het recht op een eerlijk proces garandeert en dus niet oordeelt over het feit of bewijsstukken toelaatbaar zijn of niet. Het enige waarover het Hof kan oordelen is of heel het proces oneerlijk is of niet. Om dit te beoordelen gaat het Hof enkele criteria na. Zo is een criterium of de beklaagde de mogelijkheid heeft gekregen om de authenticiteit van het bewijs te laten onderzoeken, wat *in casu* ook is gebeurd. Een ander criterium was hoe zwaar de opname meetelde. Het Hof heeft hier gezien dat de opname slechts één van de elementen was waarmee rekening werd gehouden. Om te concluderen kan het dus dat een ongeldige opname zorgt voor een schending van het recht op een oneerlijk proces, maar het is niet enkel de opname die hiervoor zorgt. De klacht over artikel 8 EVRM werd door het Hof helemaal niet bekeken. Het Hof oordeelde hier namelijk over dat artikel 8 EVRM niet behandeld moest worden aangezien het overheidsoptreden al vanuit artikel 6 EVRM was onderzocht en er geen schending was vastgesteld.²⁵³

144. Het tweede arrest is het arrest A tegen Frankrijk. Het ging over een vrouw die vervolgd werd voor poging tot moord en nog andere aanklachten. De feiten gingen als volgt: Meneer Gehrling stapte naar het politiekantoor in Parijs en zegt daar dat mevrouw A hem had ingehuurd om iemand te vermoorden. Meneer Gehrling heeft dan aangeboden om vanuit het politiekantoor te telefoneren naar mevrouw A om de verschillende mogelijkheden te bespreken om de moord uit te voeren. De politie-officier verklaarde hierover dat meneer Gerling mevrouw A heeft laten bellen en hij heeft ervoor gezorgd dat mevrouw A over de zaak zou praten. De politieagent geeft toe dat hij dit gesprek heeft opgenomen maar hier niets van tegen zijn oversten heeft gezegd. Mevrouw A zegt dat ze slachtoffer is van een schending van artikel 8 EVRM.

145. Het Hof heeft hier geoordeeld dat er effectief een schending was van artikel 8 EVRM omdat de agent en meneer Gehrling samen een soort valstrik hadden opgezet. Dit telefoongesprek was niet gebaseerd op een onderzoek en er was geen toestemming voor gegeven. De agent in kwestie heeft zijn overste ook niet op de hoogte gebracht van het telefoongesprek, noch van de opname. Deze schending kan natuurlijk gerechtvaardigd worden volgens artikel 8.2 EVRM. Hier oordeelde het Hof dat het niet gerechtvaardigd kon worden omdat dit gesprek niet bevolen was door een onderzoeksrechter en ook omdat de opname niet voldoet aan de Franse wetgeving.²⁵⁴ Het verschil tussen dit arrest en het vorige arrest dat we hebben besproken, is dat er in het eerste arrest geen tussenkomst was van de overheid. De overheid was niet op de hoogte van het opnemen van een gesprek. Dit was wel het geval bij het tweede arrest. Meer nog, in het tweede arrest werd er zelfs een soort valstrik opgezet, om een vrouw tot bekennen te laten overgaan, om informatie bij haar los te krijgen over de zaak. Hier oordeelde het Europees Hof voor de rechten van de mens wel dat er een schending was van artikel 8 EVRM aangezien er *in casu* geen reden tot inmenging was en de inmenging daarom niet gerechtvaardigd kon worden zoals artikel 8.2 EVRM voorschrijft. De persoon

²⁵³ P.DEHERT, "art.8 EVRM en het Belgisch recht, mys&Breesch uitgevers, Gent, 1998, 367p.

²⁵⁴ EHRM 23 november 1993, A. t. Frankrijk, nr. 14838/89. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22case%20of%20A%20v.%20France%22\],%22languageisocode%22:\[%22ENG%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-57848%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22case%20of%20A%20v.%20France%22],%22languageisocode%22:[%22ENG%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57848%22]})

in kwestie had ook geen bevel gekregen om het gesprek op te nemen en was ook niet bevolen door de onderzoeksrechter.

146. Een ander arrest is het arrest Halford t. Verenigd Koninkrijk. In deze zaak werden privégesprekken die mevrouw Halford op haar werk had gevoerd, afgeluisterd. Mevrouw Halford was hier niet van op de hoogte gebracht dat deze gesprekken zouden worden afgeluisterd. Het Hof oordeelde in deze zaak dat mevrouw Halford een "reasonable expectation of privacy" kon hebben. Dit omdat ze een kamer alleen had om deze gesprekken te voeren maar ook omdat ze beschikte over twee telefoons, waarvan één specifiek bedoeld was voor privégebruik. Verder was er ook geen wettelijke basis voor het afluisteren van telefoongesprekken waardoor het Hof besliste dat artikel 8 EVRM geschonden was.²⁵⁵ Wat in de twee laatste arresten opvalt, is dat het Hof benadrukt dat de wettelijke basis essentieel is om te beoordelen of er een schending is van artikel 8 EVRM. In de laatste twee arresten was er volgens het Hof geen wettelijke basis waardoor het sneller een schending van artikel 8 EVRM kon concluderen.²⁵⁶

147. Uit bovenstaande kunnen we enkele zaken afleiden. Vooreerst is de bescherming vervat in artikel 8 EVRM ruim. Zo vallen niet enkel alle vormen van communicatie onder de bescherming van het recht op privacy, maar ook het onderscheppen van telefoongesprekken en het onderscheppen van gegevens over telefoongesprekken zoals de tijdstippen en de duur van de gesprekken. Verder valt niet enkel de private correspondentie maar ook zakelijke correspondentie onder de bescherming van artikel 8 EVRM. Wanneer er wordt gekeken naar het opnemen van gesprekken, werd al verschillende malen aangehaald dat artikel 8, lid 1 EVRM zich er niet tegen verzet dat één van de deelnemers het gesprek opneemt ook al gebeurt dit heimelijk. Uit de bovenstaande arresten van het EHRM kunnen enkele zaken worden afgeleid. Ten eerste: wanneer er meerdere grondrechten betrokken zijn, zoals artikel 6 EVRM in combinatie met artikel 8 EVRM, heeft het Hof ervoor gekozen om een grondige studie te doen naar artikel 6 EVRM om dan artikel 8 EVRM links te laten liggen met de argumentatie dat er geen schending zal zijn van artikel 8 EVRM omdat artikel 6 EVRM is bestudeerd.

148. In het tweede arrest stelde het Hof wel een schending vast van artikel 8 EVRM, voornamelijk omdat er geen wettelijke basis was om het gesprek op te nemen. Dit gesprek werd opgenomen door een particulier maar wel met behulp, medeweten en in opdracht van de politie. Hiervoor was geen voorafgaande toestemming gegeven door een bevoegde instantie.

In het laatste arrest kwam vooral het begrip "redelijke privacyverwachting" naar boven. Het ging over een werkneemster waarvan er een privégesprek werd afgeluisterd op haar werk. Zij belde in een aparte kamer met een telefoon bedoeld om privégesprekken te voeren. Deze laatste zaak is vooral van toepassing op deze scriptie aangezien het hier gaat over een werkgever en een werknemer, twee particuliere personen zijn. Het Hof oordeelde in deze zaak dat er ook geen

²⁵⁵ EHRM, Allison Halford t. Verenigd Koninkrijk, Par 44-45.

²⁵⁶ VAN DE LANOTTE, J., HAECK, Y. Yves Haeck, *Handboek EVRM: Deel 2: Artikelsgewijze Commentaar. Volume 1*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 1066p.

wettelijke bepaling was die het afluisteren van het gesprek toeliet en dat er daarom ook een schending was van artikel 8 EVRM.

149. Als we dit toepassen op deze scriptie kunnen we hieruit concluderen dat het Hof de redelijke privacyverwachting hoog in het vaandel draagt, wat we ook zien terugkomen in de Belgische rechtspraak, maar vooral dat het Hof een schending van artikel 8 EVRM vaststelt wanneer er geen wettelijke bepaling is. Kan men dan tot de conclusie komen dat ook tussen particulieren onderling er een wettelijke bepaling moet zijn die toelaat wanneer particulieren onderling een gesprek mogen opnemen? Dit zou willen zeggen dat de Belgische wetgeving niet strookt met de zienswijze van het EHRM want in het Belgische recht is er geen wettelijke bepaling die specifiek zegt wanneer een gesprek kan worden opgenomen tussen twee particulieren. Het Belgische recht heeft enkel een bepaling over het straffen van niet-deelnemers aan een gesprek of deelnemers die met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden een gesprek gebruiken. Kan dit impliceren dat er met de strafrechtelijke bepaling voldaan is aan het vereiste om een wettelijke grondslag te hebben zoals voorzien in artikel 8, tweede lid EVRM?

5.3.3 EHRM en de Antigoon-toets

150. Het Hof van Cassatie verraste België met de Antigoon-toets over de toelaatbaarheid van het onrechtmatig verkregen bewijs.²⁵⁷ Later greep ook de Belgische wetgever in. Zo werd artikel 32 van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering ingevoerd.²⁵⁸ De Antigoon-toets werd al een aantal keer onder de loep genomen. Ook het Grondwettelijk Hof zag geen problemen in de test uitgewerkt door het Hof van Cassatie.²⁵⁹ Ook in de jurisprudentie van het EHRM leken er geen problemen te zijn. Het Hof oordeelde namelijk in verschillende arresten dat: "het gebruik van bewijs verkregen in strijd met een inbreuk op het privéleven of de onschendbaarheid van de woonst niet noodzakelijk betekent dat er eveneens een schending is van het recht op een eerlijke procedure".²⁶⁰

151. Dit wil met andere woorden zeggen, dat een schending van artikel 8 EVRM niet noodzakelijk wil zeggen dat er een schending is van artikel 6 EVRM. Er is pas een schending van het recht op een eerlijk proces wanneer de rechten van verdediging onherstelbaar zouden geschonden zijn.²⁶¹

²⁵⁷ Cass. 14 oktober 2003, RABG 2004, 337.

²⁵⁸ Wet 24 oktober 2013 tot wijziging van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering wat betreft de nietigheden, BS 12 november 2013.; Bailleux, A., Huysmans, J., & Vandeuren, J., "overzicht van enkele recente wijzigingen in het straf-en procesrecht, Politea Brussel, 2015, tijdschrift voor politierecht(vigiles), 61-80.

²⁵⁹ GwH 22 december 2010, RW 2010-11.

²⁶⁰ EHRM 12 mei 2000, Khan/Verenigd Koninkrijk, § 34; EHRM 5 november 2002, Allan/Verenigd Koninkrijk, § 42-43; EHRM 10 maart 2009, Bykov/Rusland, § 89-90; EHRM 28 juli 2009, Lee Davies/België, § 41-42 of EHRM 25 september 2012, El Haski/België, § 84.

²⁶¹ VAN DE HEYNING, C., ANTgoon doorstaat(voorlopig) de mensenrechtentoets, T.Strafr. 2017, afl 2, 117-121.

Wanneer dit het geval is dan moet de rechter overgaan tot bewijsuitsluiting.²⁶² Vooral het arrest Kalnéniené t. België is van belang.²⁶³ In dit arrest ging het over het gebruik van bewijs in strijd met artikel 8 EVRM.

152. Naar aanleiding van een huiszoeking in een woning in een appartementsgebouw gingen de onderzoekers over tot de identificatie van alle bewoners van dit gebouw. De onderzoekers stelden vast dat een andere bewoner van dit gebouw eveneens in het dossier voorkwam waarvoor het initiële bevel tot huiszoeking was afgeleverd. Zij voerden daarom een tweede huiszoeking uit zonder geldig bevel. Het Hof van Beroep te Brussel oordeelde dat het gebruik van bewijs verkregen uit een huiszoeking in strijd met de Huiszoekingswet wel degelijk onrechtmatig verkregen bewijs opleverde, maar toch toelaatbaar was na toepassing van de Antigoon-toets.²⁶⁴

153. Het EHRM besluit in de eerste plaats en weinig verrassend dat de huiszoeking zonder bevel van de onderzoeksrechter in strijd is met artikel 8 EVRM omdat een wettige basis voor de onderzoeksmaatregel ontbrak. Het Hof leidt hieruit echter geen schending van de rechten van verdediging af. Het Hof bevestigt zijn vaststaande rechtspraak waarbij het gebruik van bewijs bekomen in strijd met artikel 8 EVRM slechts een schending van artikel 6 EVRM uitmaakt indien hierdoor de rechten van verdediging worden geschonden. Het EHRM wijst erop dat met de Antigoon-jurisprudentie en artikel 32 VT.Sv. een duidelijke wettelijke basis bestaat voor de bewijsregeling.²⁶⁵

154. Door toepassing van deze criteria mocht het Hof van Beroep volgens het EHRM correct oordelen dat het bewijs niet uitgesloten hoefde te worden. Het EHRM bevestigt dat artikel 6 EVRM niet geschonden werd doordat de betrouwbaarheid en accuraatheid van het bewijs niet werd aangetast. Het EHRM bevestigt hiermee dat de strafrechtelijke Antigoon-toets mensenrechtenconform is.²⁶⁶

155. Opvallend is dat het Hof bovendien een bijkomend criterium in de Antigoon-toets lijkt te lezen. Het EHRM weerhoudt als criterium de vaststelling dat het onrechtmatig verkregen bewijs het enige of doorslaggevende bewijs is voor de beoordeling van de schuld van de beklaagde. De cassatierechtspraak nam dit criterium niet op, maar wel de toetsing of het onrechtmatig verkregen bewijs een louter materieel bewijs uitmaakt.²⁶⁷

156. Het arrest- Kalnéniené is te beknopt om te kunnen oordelen of het EHRM de Antigoon-toetsing wil bijsturen. De Belgische toetsing vervat in artikel 32 VT.Sv. of de Antigoon-toets lijkt de mensenrechtentoets te doorstaan.²⁶⁸

²⁶² VAN DE HEYNING, C., Antigoon doorstaat (voorlopig) de mensenrechtentoets, *T. Strafr.* 2017, afl 2, 117-121.

²⁶³ EHRM 31 januari 2017, nr40233/07, Kalnéniené/België

²⁶⁴ EHRM 31 januari 2017, nr40233/07, Kalnéniené/België

²⁶⁵ EHRM 31 januari 2017, nr40233/07, Kalnéniené/België

²⁶⁶ EHRM 31 januari 2017, nr40233/07, Kalnéniené/België

²⁶⁷ VAN DE HEYNING, C., "Antigoon doorstaat (voorlopig) de mensenrechtentoets", *T. Strafr.* 2017, afl 2, 117-121.

²⁶⁸ EHRM 31 januari 2017, nr40233/07, Kalnéniené/België

157. Tot slot zijn er nog de Cassatie-arresten van 4 april 2023 en 25 april 2023. Hier zegt het Belgische Hof van Cassatie dat indien aan de opzettelijkheid of de grove onachtzaamheid bij het vergaren van bewijs voldaan is, dat het bewijs moet worden uitgesloten. Toch is niet zeker of het EHRM deze redenering zal goedkeuren want waar het arrest-Kalnéniené de Europese goedkeuring kreeg, ging dit arrest over een situatie waarbij de Belgische rechtbanken juist oordeelden dat het bewijs niet opzettelijk op een onrechtmatige wijze werd vergaard.²⁶⁹ Momenteel is er nog geen rechtspraak waarbij het EHRM opzettelijke onrechtmatigheden of grove onachtzaamheden in het licht van het recht op een eerlijk proces zou toelaten.²⁷⁰

Uit voorgaande kunnen we concluderen dat de Antigoon-toets voorlopig wel degelijk voldoet aan de vereisten van het EHRM. Toch is het niet zeker of dit in de toekomst nog het geval zal zijn.

6. Conclusie

158. In deze scriptie wordt er geprobeerd een antwoord te vinden op de volgende onderzoeksvraag: In welke mate biedt het Belgische rechtssysteem voldoende bescherming tegen het gebruik in strafzaken van zonder toestemming gemaakte geluids- of beeldopnames door een bij die opname betrokken particulier? Om een antwoord te kunnen formuleren werd er gebruik gemaakt van 3 subonderzoeksvragen.

159. De eerste onderzoeksvraag was: Wat zijn de strafrechtelijke regels in het Belgische recht over het opnemen van private communicatie door particuliere deelnemers aan die communicatie? Hier hebben we gezien dat er geen strafrechtelijke bepaling was in België die het opnemen van een telefoongesprek tussen deelnemers verbiedt. De enige strafbepaling die geldt tussen deelnemers is het gebruik maken van een wettig gemaakte opname. Als de wetgeving geen uitsluitel kan geven, dan wordt er gekeken naar de rechtspraak. Daar komen verschillende voorbeelden naar voren waaruit blijkt dat er geen bepaling is in het Belgische recht die zich verzet tegen het opnemen van een privégesprek tussen deelnemers. In eerste instantie oordeelde het Hof van Cassatie zelfs dat de deelnemers dan geen beroep konden doen op de bescherming van artikel 8 EVRM. Hier kwam het Hof echter wel op terug in latere arresten. Het antwoord op de eerste onderzoeksvraag is hierbij gegeven. Deelnemers mogen op basis van de rechtspraak in België gesprekken opnemen wanneer ze zelf deelnemer zijn aan dat gesprek.

160. De tweede onderzoeksvraag was: In welke mate kwalificeert een dergelijke opname als onrechtmatig verkregen bewijs en moet ze zo worden uitgesloten als bewijselement in een strafrechtelijke procedure zowel onder het huidige als onder het nieuwe Wetboek van Strafvordering? Hiervoor werden eerst de voorwaarden voor onrechtmatig verkregen bewijs afgegaan. We hebben kunnen vaststellen dat de opname van het telefoongesprek in deze casus in twee gevallen onrechtmatig verkregen kan zijn. Ten eerste wanneer ze uit een misdrijf komt. In deze scriptie baseren we ons op het misdrijf vervat in artikel 314bis §2, tweede lid Sw. Het probleem was dat

²⁶⁹ EHRM 31 januari 2017, nr40233/07, Kalnéniené/België

²⁷⁰ Vandermeersch, M., Antigoon herzien: zet het Hof van Cassatie het licht op rood”, T.strafr.2023, afl4, 213-221.

doordat het bewijs uit een misdrijf kwam en onrechtmatig verkregen was, er niet meer voldaan werd aan de essentiële bestanddelen van het misdrijf, namelijk dat er gebruik werd gemaakt van een wettig gemaakte opname. Hierdoor viel deze redenering in het water.

161. Een tweede situatie waarin bewijs onrechtmatig zou verkregen zijn, is wanneer het recht op privacy zou zijn geschonden. Dit criterium moet dan ook worden getoetst aan de 'redelijke privacyverwachting'. Het feit dat het hier zou gaan om een schending van privacy kan beargumenteerd worden door de confidentialiteit en het precair karakter van het gesprek. Het gesprek ging met name over minderjarige, door de jeugdrechter geplaatste kinderen, maar bij het begin van het gesprek is niet uitdrukkelijk aangegeven dat het confidentieel moest blijven. Verder viel ook op dat de privacy van een professional, in dit geval een leefgroepbegeleider minder snel geschonden wordt dan die van een niet-professional. Hier konden we oordelen dat het zal afhangen van de feitenrechter of deze redenering wordt aangenomen. Wordt deze redenering aangenomen, dan is de opname onrechtmatig verkregen en dan zal er moeten worden getoetst aan de Antigoon-criteria. Wordt de redenering bij de rechter niet aangenomen, dan is het bewijs rechtmatig verkregen en zal het dus mogen gebruikt worden. In dat laatste geval is er wel voldaan aan alle bestanddelen vermeld in artikel 314bis §2, tweede lid Sw. en kan de mama *in casu* strafrechtelijk worden vervolgd.

162. Vervolgens werd de Antigoon-toets toegepast. Hier werden geen graten in gezien. Het was moeilijker om te toetsen aan het recht op een eerlijk proces aangezien er *in casu* geen rechtszaak van is gekomen. Dit laatste criterium moet worden beoordeeld op basis van heel het proces. Hier wordt rekening gehouden met een aantal elementen: of de zaak op tegenspraak is geweest, of de authenticiteit van de opname kan worden betwist, dat de opname niet het enige bewijsstuk is dat wordt gebruikt,... We concluderen hier dat indien er wordt geoordeeld dat het bewijs onrechtmatig verkregen is, het niet zou worden uitgesloten. Als er dan naar de toekomst gekeken wordt, lijkt er meer kans dat het bewijs zou worden uitgesloten. In het nieuwe Wetboek van Strafvordering zou dergelijk bewijs kunnen worden uitgesloten wanneer een grondrecht is geschonden. Dit zou enkel in het voordeel spelen wanneer door de rechter effectief wordt geoordeeld dat een grondrecht is geschonden, hier *in casu* zou geopteerd worden voor het recht op privacy.

163. De laatste onderzoeksvraag was: In welke mate voldoen de bestudeerde regels aan de vereiste horizontale werking van het recht op privacy zoals gewaarborgd door artikel 8 EVRM? In dit hoofdstuk werd zowel het opnemen van een gesprek door één van de deelnemers bekeken in het licht van artikel 8 EVRM als de Antigoon-toets. De reikwijdte van artikel 8 EVRM is zeer ruim. Onder de bescherming van dit artikel vallen ook alle vormen van communicatie, zowel zakelijke als privécommunicatie. Artikel 8 EVRM verbiedt niet dat deelnemers aan een gesprek het gesprek opnemen, ook al gebeurt dit zonder medeweten van de andere deelnemers, maar dit wil niet zeggen dat er geen schending kan zijn van artikel 8 EVRM. In de aangehaalde rechtspraak hebben we gezien dat wanneer artikel 8 EVRM met een ander grondrecht zoals artikel 6 EVRM wordt aangehaald, het EHRM vooral de focus legt op artikel 6 EVRM en dan kan besluiten dat door de grondige studie van artikel 6 EVRM er niet meer moet worden gekeken naar artikel 8 EVRM.

164. Vervolgens kunnen we vaststellen dat het EHRM net als het Belgische Hof van Cassatie een belangrijke waarde hecht aan de leer van de redelijke privacyverwachting. Ten slotte oordeelt het Hof vooral dat er een schending is van het recht op privacy wanneer de wettelijke grondslag

ontbreekt, ook tussen particulieren onderling. Op het vlak van de Antigoon-toets kunnen we oordelen dat deze voorlopig de mensenrechtentoets doorstaat. Dit heeft het EHRM in verschillende arresten bevestigd. De vraag is echter of dit nog zo gaat blijven aangezien het Hof van Cassatie in redelijk recente arresten een ommekeer heeft gemaakt.

165. Laten we terugkomen op de hoofdonderzoeksvraag: In welke mate biedt het Belgische rechtssysteem voldoende bescherming tegen het gebruik in strafzaken van zonder toestemming gemaakte geluids- of beeldopnames door een bij die opname betrokken particulier? We kunnen stellen dat het Belgische rechtssysteem toch enkele steken laat vallen. Ten eerste is het Belgische rechtssysteem niet helemaal conform de Europese jurisprudentie. Zo ontbreekt er een wettelijke basis voor het opnemen van gesprekken tussen deelnemers. Vervolgens kan er op zich wel worden geargumenteed dat bewijs onrechtmatig is op basis van artikel 8 EVRM, maar dat is een hele opdracht. Zo wordt het niet snel aangenomen dat de privacy van een professional is geschonden. Doordat het moeilijk is om dit te bewijzen is de kans groter dat het bewijs, de opname, toch mag worden gebruikt ondanks het feit dat de privacy van de deelnemer is geschonden. De vraag of er wordt aangenomen dat de privacy geschonden is, is ook afhankelijk van de rechter die op basis van alle feiten een beoordeling moet maken. Dit kan dus verschillen van zaak tot zaak en van rechter tot rechter. Het Belgische systeem biedt daarom niet voldoende bescherming. Indien het nieuwe Wetboek van Strafvordering wordt aangenomen, kan hier wel verandering in komen omdat daar de bewijslast minder hoog ligt waardoor wordt tegemoetgekomen aan een deel van de behoefte op een betere bescherming. Het Wetboek van Strafvordering is echter momenteel nog slechts een voorstel.

7. Aanbevelingen

166. We eindigen deze scriptie met enkele aanbevelingen. Ten eerste lijkt het interessant om deze scriptie nog eens opnieuw te schrijven maar dan in het kader van handelszaken, burgerlijke zaken of fiscale zaken. Er zijn de laatste jaren heel wat artikels verschenen over de toepassing van de Antigoon-rechtspraak in burgerlijke of fiscale zaken. Kan een geluidsopname gebruikt worden in burgerlijke zaken? Is de Antigoon-toetsing hierop van toepassing en hoe vertaalt dit zich naar het nieuwe artikel in het Wetboek van Strafvordering? Het is interessant om deze toetsing te doen omdat er de laatste jaren veel over geschreven is maar ook omdat deze scriptie zich enkel maar focust op hoe het eraan toegaat in strafzaken.

167. De conclusie van deze scriptie is dat de opname als bewijs kan worden gebruikt in strafzaken, omdat ze de Antigoon-toets zou overleven. Toch lijkt dit mij een gebrek aan bescherming van de privacy. Zoals in de scriptie aangehaald wordt een schending van de privacy t.o.v professionals minder snel aanvaard. Dit vind ik op zijn minst verrassend. Ook professionals zoals zorgverleners en advocaten moeten een voldoende ruime bescherming kunnen genieten. Advocaten krijgen te maken met delicate dossiers en ook in de hulpverlening krijgen professionals daarmee te maken. Ik werk met kinderen en jongeren waarvan de meesten door de jeugdrechter zijn geplaatst. De laatste tijd krijgt mijn werkplek te maken met dreigtelefoons en -brieven specifiek gericht naar personen die werken in het OOC. Waarom zouden zij een minder verregaande vorm van bescherming genieten?

168. In de Algemene Gegevensverordening, die de verwerking van persoonsgegevens regelt, kunnen we de definitie lezen van "persoonsgegevens: alle informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon ("de betrokkene"); als identificeerbaar wordt beschouwd een natuurlijke persoon die direct of indirect kan worden geïdentificeerd, met name aan de hand van een identicator zoals een naam, een identificatienummer, locatiegegevens, een online identicator of van een of meer elementen die kenmerkend zijn voor de fysieke, fysiologische, genetische, psychische, economische, culturele of sociale identiteit van die natuurlijke persoon."²⁷¹ Kunnen we hieruit niet afleiden dat de stem ook zo'n persoonsgegeven is en dat wanneer men hiervan een opname wil maken men dan toestemming nodig heeft van de betrokken persoon? Dergelijke bescherming zou volgens mij meer op zijn plaats zijn.

169. Het feit dat men onrechtmatig verkregen bewijs kan gebruiken in strafzaken heeft natuurlijk zijn voordelen. Zo kunnen opnames die onrechtmatig zijn gebeurd toch nog gebruikt worden, maar dit leidt tot heel wat straffeloosheid en eigenlijk een uitholling van de Antigoon-criteria. Het is overdreven zoals het er nu aan toe gaat. Een andere optie zou zijn dat dergelijk bewijs enkel gebruikt zou mogen worden als steunbewijs.

170. Hoewel de huidige wetgeving in België niet helemaal strookt met de jurisprudentie van het EHRM is de bescherming te laag, zeker in de moderne tijd, met alle nieuwe technologieën. Denk maar aan de andere vormen van misbruik die er kunnen gemaakt worden met deze opname. De mogelijkheden van een geluidsopname en AI zijn quasi ontelbaar en kunnen aanleiding geven tot nog meer vormen van misbruik. Er blijft dus nog veel stof tot nadenken.

8. Bibliografie

8.1 Rechtspraak

EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71, Klass and others/Germany.

EHRM 12 juli 1988, nr. 10862/84. Schenk /Zwitserland.

EHRM, James Malone t. Verenigd koninkrijk.

EHRM 16 december 1992, nr 13710/88, Niemietz/Duitsland, par.32.

EHRM 23 november 1993, nr. 14838/89, A./Frankrijk,.

EHRM 25 juni 1997, nr 20605/92, Halford/Verenigd koninkrijk, , par 44.

EHRM 12 mei 2000, nr. 35394/97, Khan/Verenigd Koninkrijk, § 34;

EHRM 5 november 2002, nr 48539/99, Allan/Verenigd Koninkrijk, § 42-43;

EHRM 3 april 2007, nr 62617/00, Lynette Copland/Verenigd Koninkrijk,

EHRM 10 maart 2009, nr 4378/02, Bykov/Rusland, § 89-90;

EHRM 28 juli 2009, nr 18704/05, Lee Davies/België, § 41-42

EHRM 25 september 2012, nr 649/08, El Haski/België, § 84

EHRM 31 januari 2017, nr 40233/07, Kalnėnienė/België

GWH 22 december 2010, nr. 158/2010.

Cass. 14 april 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 972.

Cass. 6 maart 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 937.

Cass. 13 mei 1986, *arr. Cass.* 1985-86, 1230.

Cass. 17 januari 1990, *arr.cass.* 1989-90, 655.

Cass. 17 april 1991, *rév.dr.pén.* 1992., 94, noot C. DE VALKENEER.

Cass. 30 mei 1995, *arr.Cass.* 1995; nr. 267

Cass. 23 maart 2004, RAGB 2004, 1061, noot F. Schuermans.

Cass 12 Oktober 2005, A.R.P.05.0119.F.

Cass. 27 april 2006, AR C.04.0478.N

Cass. 9 september 2008, n° P.08.0276.N.

Cass. 26 november 2008, *arr. Cass.* 2008, 2730.

Cass. 15 mei 2009, *arr.Cass.*, 2009, 1269.

Cass. 8 januari 2014, N° p.13.1935.F.

Cass. 26 mei 2015, *arr.Cass* 2015, 1383.

Cassatie 17 november 2015, P.14.0880.N

Cass. 14 juni 2021, AR C.20.0418.N,

Cass 4 april 2023,P.22.1730.N.

Cass.25 april 2023 P. 23.0081.N.

Antwerpen 11 april 2003,*T.strafrecht*,2004,147.

Arbh.(afd. Antwerpen, 2ek.) 22 maart 2021, K.M. t/ O. bvba (A.R. nr. 2019/AA/264)

Concl. Adv. Gen. Winants bij Cass. 17 november 2015, P.15.0880.N, www.cass.be.

8.2 Wetgeving

Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 4 november 1950, *BS* 19 augustus 1955.

De gecoördineerde Grondwet van 17 februari 1994, *BS* 17 februari 1994.

Wetboek van Strafvordering van 17 november 1808, *BS* 27 november 1808.

Strafwetboek van 8 juni 1867, *BS* 9 juni 1867

Wet van 13 oktober 1930 tot samenordering der verschillende wetsbepalingen op de telegrafie en de telefonie met draad, *BS* 20 oktober 1930.

Wet van 30 juli 1979 betreffende de radioberichtgeving, *BS* 30 augustus 1979.

Wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, *BS* 27 maart 1991.;

Wet van 30 juni 1994 betreffende de bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het af luisteren, kennisnemen en opnemen van privécommunicatie en -telecommunicatie, *BS* 24 januari 1995.

Wet van 6 mei 1998 tot wijziging van de wet van 30 juli 1979 betreffende de radioberichtgeving,*BS* 30 juni 1998.

Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, *BS* 20 juni 2005.

Wet 24 oktober 2013 tot wijziging van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering wat betreft de nietigheden, *BS* 12 november 2013

De wet van 29 februari 2024 tot invoering van boek I van het Strafwetboek(1), *BS* 08/04/2024.

De wet van 29 februari 2024 tot invoering van boek II van het Strafwetboek(1), *BS* 08/04/2024.

wetsontwerp van wet ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het beluisteren, kennisnemen en opnemen van privé-communicatie en -telecommunicatie, Parl.St. Senaat 1992-93, nr. 843-1, 67.

Ontwerp van wet ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het beluisteren, kennismaken en opnemen van privé-communicatie en -telecommunicatie, Verslag namens de commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer ERDMAN, Parl.St. Senaat 1992-93, nr. 843-2, 36.

Wetsontwerp houdende diverse wijzigingen van het Wetboek van Strafvordering en het Strafwetboek, met het oog op de verbetering van de bijzondere opsporingsmethoden en bepaalde onderzoeksmethoden met betrekking tot internet en elektronische en telecommunicaties en tot oprichting van een gegevensbank stemafdrukken, Parl.St. Kamer 2015-16, nr. 54K1966/001, 53.

wetsvoorstel houdende het Wetboek van Strafprocesrecht, Parl.St. Kamer 2019-20, 1239/001.

Wetsvoorstel betreffende het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in fiscale zaken, Parl.St. Kamer 2021-22, 2783/001, p. 3 en 8.

8.3 Rechtsleer

Boeken

Bekaert,P. ea, *handboek voor de advocaat- stagiair: strafprocesrecht*, Mechelen, wolters Kluwer Belgium, 2023, 407p.

BERKMOES,H., *Artikel 259bis Sw.* in M. DE BUSSCHER, J. MEESE, D. VAN DER KELEN en J. VERBIST, *Strafrecht*. Duiding, Brussel, Larcier, 2018, 370.

CAPELLE,B., "Telefoongeheim en privacy", in B. DEPOORTER (ed.), *Telecom en Internet: recht in beweging*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 164-182.

DEHERT P.,*art.8 EVRM en het Belgisch recht*, mys&Breesch uitgevers, Gent, 1998, 367p.

DESMEDT.S., CAPRONI, M., *praktische gids privacy in de onderneming*, Wolters Kluwer Belgium, Mechelen, 2019, 346p.

Gerards, J. H., Van Bockel, B., Haeck, Y., Leijten, A. E. M., & Meese, J. (Eds.). (2020). *Sdu commentaar EVRM*, Den Haag, Sdu,2020, p.

MATTHIJS , A., "Telefonie" in K. Stappers (ed.), *Privacy in de arbeidsrelatie – Gids voor het voeren van een privacybeleid*, Gent, Story Publishers, 2008, 68p.

MEESE,J.,*Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht*, Mortsel, Intersentia, 2020,61-98.

MINNAERT, M., "De wet ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het beluisteren, kennismaken en opnemen van privé-communicatie en -telecommunicatie" in K. BAERT, H. CASMAN en B. DE TEMMERMAN (eds.), *Nieuwe wetgeving inzake echtscheiding, cessie schuldvordering, medeïgendom, immuniteit bij beslag, politierechtbank, telefoonaftap, vergoeding verkeersslachtoffers : een eerste commentaar*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 153-201.

Somers, S. *Aansprakelijkheidsrecht en mensenrechten*, Mortsel, Intersentia, 2016,788p.

TRAEST,P. *Het bewijs in strafzaken*, Gent, Mys&Breesch, 1992,493p.

VAN DE LANOTTE,J.,HAECK ,Y. Yves Haeck, *Handboek EVRM: Deel 2: Artikelsgewijze Comentaar. Volume1*, Antwerpen, intersentia, 2004, 1066p.

Van Leuven,N., *Contracten en mensenrechten. Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Leuven, Intersentia, 2009, 189p.

VAN VOLSEM,P., *Fiscaal en Sociaal Strafrecht. Wegwijzer doorheen het labrynt*, Gent, story Publishers, 2021,495-562.

Verstraeten, R., & Verbruggen, F., *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors* (2022). Antwerpen,Intersentia, 577p.

Verstraeten, R., & Verbruggen, F., *inleiding tot het Belgische strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, intersentia,2023, 735p.

Van 'afluisterverbod' via telefoontap naar data-interceptie en legal hacking in [X., Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer , 1 - 64 \(64 p.\)](#).

tijdschriften

Allemeersch,B., "De heimelijke opname van een (eigen) telefoongesprek als bewijs in burgerlijke en commerciële geschillen", *DAOR* 2007, 333.

ARNOU,L., "Eigen telefoongesprekken opnemen mag van Cassatie",*DJK* 2001,nr 25,5;
Berkmoes, H. "interceptie van privécommunicatie en gegevens van een informaticasysteem" commentaar in X. , Postal memorialis. Lexion strafrecht en strafvordering en bijzondere wetten, 155/47-155109, (63p.)

Bailleux, A., Huysmans, J., & Vandeuren, J., "overzicht van enkele recente wijzigingen in het straf- en procesrecht", *Politea Brussel*, 2015, *tijdschrift voor politierecht(vigiles)*, 61-80.

BOULART,S., "De opname van eigen telefoongesprekken: mét of zonder toestemming van de betrokkenen", *R.W.* 2002-03, (1601) 1602.

Cass., 9 januari 2001, *Computerr.*, 2001, afl. 4, 199, met noot J. DUMORTIER.

Cass.8 januari 2014,nº P.13.1935.F, NC 2016,nr.5,418-424 met noot L.Arnou.

Delbeke E. , "het maken ven gebruiken van beeld-en geluidsopnames door zorgverlener en patiënt. Een toetsing aan het regelgevend kader voor gegevensbescherming", *T. Gez.* 2020-21, afl 4, 294-309.

DE METS, J., "26 april 2023, Hof van Cassatie scherpt antigoon aan", *juistenkrant*, nr 468, p1-2.

DEWANDELEER D. , "Tapmisdrifven (art. 259bis en 314bis Sw.)", *Comm.Straf.*, 30; nr. 82.

Schouteden,M. "Antigoon in een nieuw, Burgerrechtelijk jasje: klaar voor de catwalk?", *TBBR* 2022, afl5,251-274

TRAEST,P." onrechtmatig verkregen doch bruikbaar bewijs:het Hof van Cassatie zet de bakens uit"(noot onder Cass 14 oktober 2003), *T strafr.*2004,(133) 137.

VAN DE HEYNING, C., "Antigoon doorstaat(voorlopig) de mensenrechtentoets", *T.Strafr.* 2017, afl 2, 117-121.

Vandermeersch, M., Antigoon herzien: zet het Hof van Cassatie het licht op VAN DE LANOTTE,J.,HAECK ,Y. Yves Haeck, Handboek EVRM: Deel 2: Artikelsgewijze Comentaar. Volume1, Antwerpen, intersentia, 2004, 1066p.", *T.strafr.*2023, afl4, 213-221.

VAN DONINCK,J., "Het lot van onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken: dat geeft te denken", *RWE* 2021-22, nr.28,1090-1104.

VEREECKE,V., "De gespreksopname van een consultatie bij een advocaat" (noot onder Cass. 17 november 2015), *RABG* 2016/7, (520) 524

8.4 Andere

<https://www.jeugdhulp.be/organisaties/onthaal-observatie-en-orientatiecentrum-oooc/>(geraadpleegd op 4/11/2023)

Hox J, 't Hart H., Boeije H, "onderzoeksmethoden", den haag, 2009, p368.

Xin LIU, Bu Yi, ea., "Is interdisciplinary collaboration research more disruptive than monodisciplinary resarch?" *Asist&t*, jaargang 58, afl.1, 2021, p264-272.

Kestemont,L., "naar een rechtswetenschappelijke methodeleer: een expliciet methodologisch kader voor het rechtswetenschappelijk onderzoek in het socialezekerheidsrecht, KULeuven, 2016,p346.