

ADVIES Nr 05 / 1998 van 30 januari 1998

O. Ref. : 10 / A / 1997 / 044

BETREFT : Artikel 314 bis van het Strafwetboek en kwaliteitscontrole in "call centers"

De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer,

Gelet op de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, inzonderheid artikel 29;

Gelet op de adviesaanvraag vanwege de Minister van Justitie van 28 november 1997, door de Commissie ontvangen op 8 december 1997;

Gelet op het verslag van de Voorzitter,

Brengt op 30 januari 1998 het volgende advies uit :

I. CONTEXT :

A. Voorwerp van de adviesaanvraag :

Met een schrijven van 28 november 1997 vraagt de Minister van Justitie de Commissie om advies naar aanleiding van een mondeling antwoord op een vraag van de heer Y. Letermé, Volksvertegenwoordiger, omtrent de toepassing van de af luisterwet op de "call centers".

De gestelde vragen zijn de volgende :

- Hoe moet de toepassing van artikel 314 bis van het Strafwetboek in het kader van de praktijk van kwaliteitscontrole in de "call centers" gezien worden ?
- Vereist de werking van de "call centers" wetswijzigingen met het oog op het herstellen van de rechtszekerheid ervan ?

B. Algemene beschouwingen

Steeds meer ondernemingen doen een beroep op externe "call centers" of ontwikkelen zelf intern een "call center", met name voor de betrekkingen met de klanten of voor de prospectie van nieuwe klanten. Bij wijze van voorbeeld kunnen de diensten vermelden voor telefonische inlichtingen of vliegtuigbiljetreservaties vermeld worden. In economisch opzicht stelt men vast dat België dergelijke ondernemingen wenst aan te trekken. Sommige landen staan hen belangrijke fiscale voordelen toe om de vestiging op hun nationaal grondgebied te stimuleren.

De gesprekken die gevoerd worden in de "call centers" bezitten het bijzonder kenmerk dat zij plaatsvinden tussen personen die elkaar gewoonlijk niet kennen. In het merendeel van de gevallen richt de klant zich tot een dienst in het algemeen. De "operator" (werknemer van het "call center") identificeert zichzelf niet (of slechts af en toe met zijn voornaam, om vanzelfsprekende commerciële redenen), en de oproeper maakt niet noodzakelijkerwijze zijn identiteit bekend. De inhoud en de sequentie van deze gesprekken zijn grotendeels vooraf vastgelegd.

Met het oog op het controleren van de kwaliteit van de door hen aangeboden diensten, gaan de "call centers" vaak over tot het af luisteren en zelfs opnemen van de gesprekken tussen de "operator" en de klant. In de praktijk worden het af luisteren en het opnemen meestal verricht door "monitoren", wier taak juist bestaat uit het controleren van het uitgevoerde werk teneinde een kwaliteitsdienst te waarborgen. In bepaalde gevallen dienen de verrichte opnamen als basis voor groepsbesprekingen.

C. Belgisch normatief kader

Het artikel 314 bis van het Strafwetboek ⁽¹⁾ luidt als volgt :

" § 1. Met gevangenisstraf van zes maanden tot één jaar en met geldboete van tweehonderd frank tot tienduizend frank of met een van die straffen alleen wordt gestraft hij die

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

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

§ 2. Met gevangenisstraf van zes maanden tot twee jaar en met geldboete van vijfhonderd frank tot twintigduizend frank of met een van die straffen alleen wordt gestraft hij, die wetens, de inhoud van privé-communicatie of -telecommunicatie die onwettig afgeluisterd of opgenomen is of waarvan onwettig kennis genomen is, onder zich houdt, aan een andere persoon onthult of verspreidt, of wetens enig gebruik maakt van een op die manier verkregen inlichting. Met dezelfde straffen wordt gestraft hij die, met bedrieglijk opzet of met het oogmerk te schaden, gebruik maakt van een wettig gemaakte opname van privé-communicatie of -telecommunicatie (...)"

De voorbereidende werken van de wet van 30 juni 1994 preciseren het toepassingsgebied van de inbreuk ⁽²⁾. Opzet is vereist, de onderschepping dient te gebeuren tijdens de overbrenging en het moet om een privé-communicatie gaan. "*Communicatie of telecommunicatie is privé wanneer ze niet bestemd is om door iedereen gehoord of ontvangen te worden (...)*". Bovendien preciseren de voorbereidende werken dat "*het gebruik van contractuele clausules die de werkgever het recht zouden geven om de telefonische conversaties van zijn werknemers af te luisteren [evenzeer uit den boze is] (...)*".

Er wordt eveneens gepreciseerd ⁽³⁾ dat "*een beroepsmatige mededeling, die niet bestemd is om te worden gehoord door andere personen dan degenen die bij het gesprek betrokken zijn , een privé-communicatie [is] in de zin van de wet*".

1. Zoals gewijzigd bij wet van 30 juni 1994 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het afluisteren, kennisnemen en opnemen van privé-communicatie en -telecommunicatie.

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

3. Gedr. St., Senaat, 1993-1994, nr. 843/2, p. 36

D. Elementen van vergelijkend recht

1. Nederland ⁽⁴⁾

Het artikel 139c van het Wetboek van Strafrecht (Sr) van Nederland preciseert dat " 1. Hij die door middel van de telecommunicatie-infrastructuur (...) of door middel van daarop aangesloten randapparatuur overgedragen gegevens die niet voor hem, mede voor hem of voor degenen in wiens opdracht hij handelt, en zijn bestemd, opzettelijk met een technisch hulpmiddel aftapt of opneemt, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie.

2. Het eerste lid is niet van toepassing op het aftappen of opnemen ;
(1°...)

2° door of in opdracht van de gerechtigde tot een voor telecommunicatie gebezigde aansluiting, behoudens in geval van kennelijk misbruik."

Het artikel 7A :1638z van het Burgerlijk Wetboek luidt als volgt : "De werkgever is in het algemeen verplicht al datgene te doen en na te laten, wat een goed werkgever in gelijke omstandigheden behoort te doen en na te laten".

In de context van de "call centers" van de Postbank NV, heeft de Registratiekamer ⁽⁵⁾ de noodzaak erkend van enige vorm van kennisneming van de gevoerde gesprekken, in het belang van de "call centers" en van de klanten. Zij meende dat de communicatie niet plaatsvond tussen de klant en de telefonist in de hoedanigheid van privé-persoon, maar dat deze laatste handelde als vertegenwoordiger van het bedrijf, en dat diens gevolg artikel 139c Sr niet overtreden werd.

Zij heeft bovendien aanvaard dat de werkgever de communicaties mag onderscheppen voorzover bepaalde voorwaarden nageleefd worden. In het geval van de Postbank NV was zij van mening dat de waarborgen die door deze laatste geboden werden, voldoende waren. Met name gaat het om:

- het gebruik van de gegevens uitsluitend voor doeleinden van evaluatie;
- de beperking van het af luisteren en het opnemen tot professionele gesprekken bestemd voor de Postbank N.V. met uitsluiting van inkomende gesprekken bestemd voor de ene of de andere medewerker, en van uitgaande gesprekken;
- het feit dat de communicaties van de operatoren niet op continue wijze worden afgeluisterd maar slechts tijdens vooraf bepaalde periodes (dag/week/maand);
- de invoering van een geluidssignaal wanneer er daadwerkelijk wordt overgegaan tot het beluisteren en opnemen;
- het inlichten van de betrokken personen (over de finaliteit van het af luisteren – namelijk controle - en, in het bijzonder, over de evaluatiecriteria);
- de evaluatie tijdens een korte tijdsspanne na de opnamen en de vernietiging van de opnamen na evaluatie.

4. Betreffende de verschillen tussen de Belgische en Nederlandse wetgeving terzake, zie H.W.K. Kaspersen, « Naschrift bij Van Eecke, « Call Centers en de Belgische af luisterwet » : De af luisterbepaling in de Nederlandse strafwet », *Computerrecht*, 1997, nr. 1, p. 12.

5. Gepubliceerd in *Computerrecht*, 1997, nr. 1, p. 27 en volgende.

2. Frankrijk

Het artikel 226, §1 van de "Code pénal" stelt het opvangen, opnemen of doorgeven strafbaar van persoonlijke of vertrouwelijke gesprekken zonder de toestemming van diegene die ze voert.

Het artikel 226, § 15 van dezelfde "Code" bestraft het opzettelijk afluisteren van gesprekken die uitgebracht, doorgegeven of ontvangen zijn via telecommunicatie, of het overgaan tot het plaatsen van toestellen die ontworpen zijn voor het uitvoeren van een dergelijk afluisteren.

De "Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés" (6) sprak zich uit over het systeem dat werd geplaatst door een verzekeringsmaatschappij die haar producten uitsluitend via de telefoon verkocht. De vorming van de operatoren van deze maatschappij hield in dat de telefoongesprekken met de klanten konden beluisterd en opgenomen worden. De CNIL sprak zich gunstig uit over dit systeem, mits het inbouwen van bepaalde garanties :

- enkel bepaalde, duidelijk geïdentificeerde toestellen, verbonden met het geïnformatiseerd afluistersysteem, en uitsluitend bestemd voor de ontvangst van professionele oproepen, mogen afgeluisterd worden;
- niet-aangesloten lijnen worden ter beschikking gesteld van de teleoperatoren voor alle andere oproepen;
- vóór elke afluistercampagne worden de eventueel betrokken werknemers ingelicht dat hun gesprekken zullen opgenomen worden tijdens de dagen die zullen volgen;
- na de opname worden de werknemers ingelicht over het feit dat er afgeluisterd werd, en binnen de 48 uur die daarop volgen wordt een debriefing georganiseerd met de hiërarchische overste. De opgenomen gesprekken worden na dit onderhoud vernietigd.

Deze regels maakten het voorwerp uit van een handvest dat werd voorgelegd aan de ondernemingsraad en verspeid onder aan alle werknemers die het voorwerp konden uitmaken van afluisteren en opnemen.

Wat de klanten betreft, werd voorzien dat een wachtboodschap zou worden afgespeeld, die verduidelijkt dat bepaalde oproepen kunnen worden opgenomen met als doel de vorming van het personeel, maar dat de aldus vergaarde informatie slechts gedurende maximaal 48 uur zou bewaard worden.

⁶. Zoals weergegeven door H. Bouchet, « Les écoutes téléphoniques sur les lieux de travail », 19de Internationale Conferentie, Commissarissen voor de Gegevensbescherming, Brussel, 17-19 september 1997 (te publiceren).

II. ONDERZOEK VAN HET ONTWERP :

A. Verenigbaarheid met artikel 314bis van het Strafwetboek

De Commissie is van mening dat de door de "call centers" gebezigde praktijken van afluisteren en opnemen van gesprekken, zonder de toestemming van de operatoren en de klanten, de voorwaarden van artikel 314bis van het Strafwetboek niet naleven (⁷). Het is inderdaad verboden communicaties te onderscheppen of toestellen ter onderschepping van telefoongesprekken te plaatsen zonder de toestemming van alle partijen die deelnemen aan de communicatie.

In dit opzicht wenst de Commissie te verwijzen naar de voorbereidende werken van artikel 314bis van het Strafwetboek, en dit artikel op een wijze te interpreteren die de personen die deelnemen aan het telefoongesprek beschermd.

B. Bespreking

De Commissie is van oordeel dat de evaluatie van het afluisteren en het opnemen door de "call centers" op grond van het proportionaliteitsbeginsel dient te geschieden.

In dit opzicht meent de Commissie dat de operatoren van de "call centers" niet onderworpen moeten worden aan veiligheidsmaatregelen die onevenredig zijn met het aangekondigde doel van kwaliteitscontrole. De Commissie stelt zich dientengevolge vragen over de noodzaak van het overgaan tot het afluisteren en opnemen van telefoongesprekken voor het controleren van het werk van de operatoren. De toestemming tot telefonisch afluisteren houdt inderdaad een gevaarlijk precedent in. Zouden andere middelen niet overwogen kunnen worden, zoals de mogelijkheid voor de persoon die de kwaliteit van de geleverde dienst wenst te controleren, om zelf een oproep tot het "call center" te richten ?

De Commissie is echter van mening dat het hier om een belangrijke vraag gaat inzake de kwaliteitscontrole van deze nieuwe vormen van communicatie. Zij is zich overigens bewust van de mentaliteitsverandering op dit vlak. Indien de wetgever ondanks alles toch zou beslissen om de wetgeving aan te passen teneinde het afluisteren en opnemen toe te laten, zou deze vraag bijgevolg het voorwerp moeten uitmaken van een parlementair debat. Er zouden criteria moeten ingevoerd worden die toelaten het evenwicht te waarborgen tussen de aanwezige belangen, en in het bijzonder die van de personen die deelnemen aan het telefoongesprek.

Bovendien wenst de Commissie te benadrukken dat zij er zich van bewust is dat het afluisteren en het opnemen door de "call centers" voor andere doeleinden zou kunnen dienen dan alleen de kwaliteitscontrole (bewijsmiddel ten opzichte van de klanten, ...). Wat dat betreft zouden de uitwisselingen van gegevens (in tegenstelling tot de vocale overbrengingen) kunnen opgenomen worden voor doeleinden van geïnformatiseerd bewijs.

Algemeen wenst de Commissie haar standpunt dat zij uitbracht in het advies nr. **23/93** van 14 december 1993 ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het beluisteren, kennisnemen en opnemen van privé-communicatie en -telecommunicatie, te herhalen. *"De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer stelt het initiatief van de regering dienaangaande zeer op prijs. Ze maakt zich echter zorgen over de reikwijdte van het verbod dat volgens de gebruikte definities volstrekt wettige praktijken zou kunnen bestraffen. (...) Dezelfde redenering geldt trouwens voor diensten die het versturen en de ontvangst van boodschappen verzekeren, diensten die de tendens vertonen zich in alle sectoren te ontwikkelen.*

⁷. Zie in dezelfde zin, P. Van Eecke, « Call centers en de Belgische afluisterwet : een pijnlijke confrontatie », *Computerrecht*, 1997, p. 6 en volgende.

Een dergelijk gevolg zou schadelijk zijn voor de wil zelf om privé-communicatie en -telecommunicatie te beschermen, aangezien deze diensten beogen de controle te verzekeren van de toegang tot de opnamen die door deze serverdiensten worden uitgevoerd.

De Commissie is net zoals de auteurs van het ontwerp gehecht aan het beginsel van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Ze wenst echter dat de gevolgen van de ontworpen tekst zorgvuldig worden bestudeerd. Verder onderstreept ze dat de wet van 8 december 1992 soepele oplossingen mogelijk maakt voor de risico's die worden gecreëerd, zonder de wettigheid ervan opnieuw integraal aan de orde te stellen. Zo kan men uit de finaliteits- en proportionaliteitsbeginselen (art. 5 van de wet van 8 december 1992) afleiden dat het opnemen van oproepen van werknemers in geautomatiseerde telefooncentrales van ondernemingen, in de mate dat deze opname enkel beantwoordt aan de opsporing van misbruiken van maatschappelijke goederen, zich niet mag uitbreiden tot de inhoud van de boodschappen.

(...)

Tot slot stelt de Commissie voor dat, alvorens voor deze materie wetten worden gemaakt, verschillende oplossingen worden geëvalueerd. Hierbij dient rekening te worden gehouden met de oplossingen die de wet van 8 december 1992 kan bieden voor de risico's die worden gecreëerd door het opnemen van privé-communicatie. De conclusie die men uit deze evaluatie zou kunnen trekken, is dat bepaalde soorten opnamen zouden kunnen worden onttrokken aan het toepassingsgebied van het wetsontwerp en dat het zou volstaan ze enkel te regelen door de wet van 8 december 1992."

OM DEZE REDENEN,

Is de Commissie van mening dat de af luister- en opnamepraktijken van telefoongesprekken door de "call centers" moeilijk verenigbaar zijn met de bepalingen van artikel 314bis van het Strafwetboek.

Zij meent dat de af luister- en opnamepraktijken van de "call centers" in ieder geval zouden moeten beoordeeld worden in het licht van het proportionaliteitsbeginsel.

De secretaris,

De voorzitter,

(get.) J. PAUL

(get.) P. THOMAS