



VRIJE
UNIVERSITEIT
BRUSSEL

Proef ingediend met het oog op het behalen
van de graad van Master in de Rechten

HET HOF VAN CASSATIE OVER HET LOT VAN ONRECHTMATIG BEWIJS IN CIVIELE ZAKEN: MISSION ACCOMPLISHED?

Van mythe tot werkelijkheid

JORY BRABANTS D'HOOGHE
2022 – 2023

Promotor: Jachin VAN DONINCK
Jury: Elisabeth ALOFS
Recht en criminologie







Proef ingediend met het oog op het behalen van de graad van
Master of Laws in de rechten

Het Hof van Cassatie over het lot van onrechtmatig bewijs in civiele zaken. Mission accomplished?

Jory BRABANTS D'HOOGHE

0556280

Academiejaar 2022-2023

Promotor: Jachin VAN DONINCK

Jury: Elisabeth Alofs

Recht & Criminologie

VOORWOORD

Het werkstuk dat u in handen hebt, is het eindwerk dat ik indien ter afronding van mijn Master in de Rechten aan de Vrije Universiteit Brussel.

Een onderzoek voeren over cassatiearresten waar de inkt nog nat van is en waar de pennen nog volop over aan het schrijven zijn, is een uitdaging. Het vormen van een eigen mening tussen de vele juridische experts, is een nog grotere uitdaging. Gelukkig een uitdaging, mede door het goed omringt zijn, die ik met veel genoegen te lijf ben gegaan.

Ik had nooit kunnen vermoeden waar de keuze voor het onderwerp van dit onderzoek mij, zoveel maanden later, had kunnen brengen. Organisch doorheen de tijd kreeg het onderzoek, door nieuwe impulsen, gesprekken, teksten, gebeurtenissen enz., vorm.

Wat volgde was een rollercoaster van emoties, mislukkingen, diepe dieptes en hoogtes en nog zoveel meer. Het is een intellectuele uitdaging gebleken zonder weerga. Gelukkig kennen moeilijke en zware momenten ook steeds mooie momenten. Het mooiste moment is dat wanneer je merkt dat het er staat, dat wat je wou zeggen, gezegd is.

Het is alvast mijn hoop dat ik met dit onderzoek een bescheiden bijdrage heb kunnen leveren aan de rechtswetenschap en aan alle rechtspractici. Meer nog hoop ik dat deze masterproef naast het theoretisch werkstuk dat het is, ook een praktijkgids mag zijn waarmee ieder aan de slag kan, want één ding is zeker iedereen dat met civiel (proces)recht bezig is, moet dit leerstuk kennen.

Omdat de juridische doctrine echter nooit voltooid is, kan u mij steeds bij bemerkingen, voorstellen, inspiratie... bereiken via LinkedIn.

DANKWOORD

Het werd geen titanenstrijd, doch een titanenwerk. Het kan dan ook niet verwonderen dat dit werk verre van een *onemanshow* is. Het is cumulatie van vele, die ik elk van harte wil danken voor hun bijdrage.

De voorbije twee jaar sprak ik met ontelbaar veel mensen, gaande van leken tot experts, over het onderwerp van mijn masterproef. Elk van hen, bedoeld of onbedoeld, wetende of niet, heeft mij positief beïnvloed in de ontwikkeling en redactie dat uitmondde in dit eindwerk.

Een masterproef is dan ook geen tekst die in één zitting wordt geschreven. Het is een geheel van kleine teksten die tijdens de vele maanden van werk neergepend, aangepast, doorstreept enz. worden. Waar je mee gaat slapen, blijft over nadenken tot je moedeloos bent en toch steeds op hun plooi vallen.

Grote dankbaarheid voor de onschatbare waarde zowel in kennisoverdracht als steun aan mijn promotor, professor dr. Jachin Van Doninck.

*"If I have seen further than others,
it is by standing upon the shoulders of giants" ¹*

Schrijven over rechtspraak zonder de sprekers van recht² te bevragen, zou afbreuk doen aan hun onmisbare functie in onze samenleving. Mede dankzij het initiatief Week van de Magistratuur, komende van de Hoge Raad voor de Justitie, kon ik in contact treden met verschillende rechters van de Rechtbank van Eerste Aanleg, Burgerlijk zwaartepunt. Ik dank hen oprecht voor hun gegeven meerwaarde in kunde en tijd, recht uit de praktijk.

Tevens gaat mijn grote dank uit naar de mensen achter de redactie van Jubel, in het bijzonder mevrouw Anne Knops. De kans krijgen om een (bescheiden) bijdrage te ontwikkelen en te laten publiceren, is buitengewoon leerrijk gebleken. De vrucht daarvan kan u lezen in de bijlage van deze masterproef.

Alle andere mensen die meegewerkt hebben, gaande van hun kijk des zaken, overdracht van (proces)stukken, van triviaal keuvelen tot intellectuele discussies en zoveel meer, weet dat deze masterproef niet geweest was wat ze vandaag is, zonder uw hulp en steun.

Van harte dank.

¹ Isaac Newton in een brief naar Robert Hooke in 1675.

² Een omschrijving die de gehele lading niet dekt. Rechtspraak is het middel, het doel is de rust herstellen tussen de partijen en dus meewerken aan de rust en goede vrede in de maatschappij, aldus de theorie. X, Rechter, <https://hrj.be/admin/storage/hrj/fiches-beroepen-hrj-2022-06-nl.pdf> (consultatie 11 maart 2023);

Deze masterproef is ook het eindpunt van een opleiding die mijn leven voor altijd zou veranderen. Als 18-jarige maakte ik de keuze (lees: gok) voor de studie Rechten en de Vrije Universiteit Brussel, de enige universiteit waar ik mij echt kon vinden in de visie die ze uitdraagt én kenmerkt.

Quod erat demonstrandum.

Rome³, 10 augustus 2023.

³ Het Oude Rome, de plaats waar het civiele recht (als gecodificeerde recht) voor het eerst (rond 450 VC) op schrift werd gesteld, in de "wet van de Twaalf Tafels".

* * *

Voor mijn mama, wie mij leerde wat hard werken (mét passie) is.

Inhoudsopgave

VOORWOORD	1
DANKWOORD	2
Inhoudsopgave	5
Inleiding tot het onderzoek.....	7
1. Kernwoorden.....	7
2. Algemene situering	7
3. Probleemstelling	7
4. Methodologie	8
5. Structuur.....	8
6. Doel en relevantie.....	8
Deel 1. Algemene inleiding tot het (onrechtmatige) bewijsrecht.....	10
1.1 Begrippenkader	10
1.1.1 Ongeoorloofdheid en ontoelaatbaarheid	10
1.1.2 Onrechtmatig (verkrege)n bewijs	10
1.1.2 Civiel recht – horizontale rechtsverhouding.....	12
1.1.3 De legende “Antigoon”	12
1.2 Actuele situatie in het Belgische recht	12
1.2.1 Strafrechtelijke contentieux.....	13
1.2.2 Andere rechtsgebieden en rechtsstelsels.....	22
1.3 Tussentijdse conclusie deel 1.....	23
Deel 2. Het onrechtmatig bewijs in België in civiele zaken	25
2.1 Civiel recht in de nieuwe napoleontische tijden.....	25
2.2 Cassatiearresten: situering en feitenrelaas.....	28
2.2.1 Cassatiearrest van 10 maart 2008.....	29
2.2.2 Cassatie arrest van 14 juni 2021	33
2.2.3 Cassatie arrest van 16 december 2021.....	37
2.3 Resterende twistpunten in verband met deze cassatiearresten: spreek nu of houd uw vrede voor altijd.....	38
2.3.1 Inhoudelijk.....	38
2.4 Een analyse van de criteria en omstandigheden aangereikt door Cassatie: een omstand(slacht)ig verhaal?.....	43
2.4.1 De criteria	44
2.4.2 De omstandigheden	48
2.5 Tussentijdse conclusie deel twee: (R)evolutie	59
Deel 4. Toepassing in de praktijk.....	61
4.1 Setting the scene.....	61
4.2 Hoe het niet moet.....	62
4.3 Hoe het ook kan met toepassing op artikel 931 Ger. W.	63

4.3.1 Bespreking	64
4.3.2 Bespreking.....	65
Deel 5. Slotopmerking	67
5.1 Antigoon: hoe het écht ging	67
Deel. 6 Conclusie (en discussie)	68
Deel. 7 Bibliografie.....	70
7.1 Wetgeving.....	70
7.1.1 Internationale wetgeving	70
7.1.2 Belgische wetgeving.....	70
7.2 Rechtspraak	71
7.2.1 Europees.....	71
7.2.2 Nationaal.....	71
7.3 Rechtsleer.....	74
7.3.1 Boeken.....	74
7.3.2 Bijdragen in verzamelwerken	75
7.3.3 Tijdschriften.....	76
7.4 Andere.....	78
Deel 8. Bijlage: eigen publicatie	80

Inleiding tot het onderzoek

Voor de leesbaarheid van de tekst wordt uitsluitend gebruik gemaakt van de mannelijke vorm, dit vanzelfsprekend zonder een genderonderscheid te willen creëren.

1. Kernwoorden

1. Bewijs – Onrechtmatig (verkregen) bewijs – ongeoorloofd bewijs – civiel recht – horizontale rechtsverhouding – bewijs in burgerlijke zaken – Antigoon – bewijsuitsluiting – Hof van Cassatie – Eerlijk proces – bewijsbetrouwbaarheid – Taak van de rechter – Brabo-toets.

2. Algemene situering

2. De kunst van een goede masterproef is de zelfbeperking.⁴ Hoewel er zeer veel te zeggen valt over het lot van onrechtmatig (verkregen) bewijs, beperkt deze masterproef zicht tot het aanhalen, onderzoeken en bespreken van volgende luiken. Het lot van onrechtmatig (verkregen) bewijs in het Belgisch civiel (burgerlijke/ horizontale rechtsverhouding) recht, na de cassatiearresten van 14 juni en 16 december 2021. Welke criteria het Hof van Cassatie vooropstelt (en in welke mate die de gekende Antigoon in het strafrecht al dan niet overnemen), welke resterende vraagtekens onbeslecht blijven en de toepassing in de praktijk.

3. Probleemstelling

3. Dat over de Antigoon-leer al heel wat inkt is gevloeid, hoeft geen betoog. Echter, is dit niet voor alle rechtsgebieden hetzelfde. Voor wat betreft het civiel recht, was er lange tijd een blinde vlek. Tot 14 juni 2021, (en in tweede instatie gevolgd door 16 december 2021), de dag(en) waarop het Hof van Cassatie met een nieuw arrest poogde de discussie omtrent onrechtmatig (verkregen) bewijs in burgerlijk zaken te beslechten, maar is dat wel gelukt?

4. Deze probleemstelling vloeit uit in de centrale onderzoeksvraag, die zich de vraag stelt: **wat is de bijdrage van de arresten van 14 juni en 16 december 2021 van het Hof van Cassatie over het lot van onrechtmatig bewijs in het civiel recht?**

5. Het antwoord op deze centrale onderzoeksvraag is de optelsom van de antwoorden op de volgende deelvragen:

1° Welke criteria en omstandigheden stelt het Hof van Cassatie voorop in zijn arresten van 14 juni en 16 december 2021 ter beoordeling van onrechtmatig

⁴ F. EGGERMONT, S. SMIS, P. PAEPE en W. SCHREURS, *Praktijkboek Rechtsmethodologie. Inleiding tot het opzoeken en analyseren van de bronnen van nationaal, Europees en internationaal recht*, Brugge, die Keure, 2019, 12.

bewijs in civiele zaken? In welke mate komen deze overeen met de Antigoon criteria uit het strafrecht? Hoe worden deze toegepast in de praktijk?

2° Welke twistpunten blijven onbeantwoord in de arresten van 14 juni en 16 december 2021?

4. Methodologie

6. Door middel van close reading wordt de inhoud van de beide arresten tot in de details bekeken. Dit alles wordt in de recente doctrine en jurisprudentiële ontwikkelingen over dit leerstuk geplaatst, met als doel een kritische evaluatie tot stand te brengen. Het merendeel kent een descriptieve en classificatie methodologie.

5. Structuur

7. Het eerste hoofdstuk buigt zich vooreerst over de basisbegrippen die courant gebruikt zullen worden. Daarna wordt de huidige (wettelijke en jurisprudentiële) situatie in het Belgische (proces)recht bekeken, voor zowel het strafrecht als het civiel recht in deel 1. Na een grondige analyse van de (recente) rechtspraak van het Hof van Cassatie en de resterende twistpunten in deel 2, worden twee vonnissen die in de jongste periode na de cassatierechtspraak werden uitgesproken en die zich bogen over het lot van onrechtmatig bewijs in concrete dossiers geanalyseerd. Na een korte slotopmerking in deel 5, wordt tot slot dit alles in een globale conclusie gegoten, waarna de discussie voor geopend wordt verklaard in deel 6.

6. Doel en relevantie

8. Het doel van dit onderzoek is trachten duidelijk te maken waar de toepassing van het leerstuk houdende het onrechtmatig (verkreten) bewijs in het Belgisch burgerlijk recht staat, welke "criteria en omstandigheden" hierbij moeten gehanteerd worden. Alsook achterhalen wat de resterende twistpunten zijn en welke oplossingen hiervoor denkbaar zijn. Met het doel indachtig heeft deze masterproef niet de insteek, in haar volledigheid, in te gaan op de principiële discussie van de Antigoonleer in het Belgisch (proces)recht in civiele en/of strafzaken.⁵

De beide cassatiearresten, die als basis van dit onderzoek dienen, zijn nog (relatief) nieuw en het is nu aan rechtspractici om hiermee aan de slag te gaan. Dit zal zonder twijfel tot nieuwe problemen, vragen, opinies enz. leiden.

⁵ Zie ook: J. VAN DONINCK, *Onrechtmatig bewijs in civiele zaken – willen wij de waarheid?*, Antwerpen, Intersentia, 2011.

Dat de Antigoon-toets zijn weg gevonden heeft naar het civiel recht, maakt tevens dat er een veel ruimer panel aan juridische beroepen én rechtsgebieden, zich van het bestaan en betekenis van het leerstuk van onrechtmatig (verkrege) bewijs zal moeten kwijten, onder andere de notaris (-vereffenaar)⁶, de bemiddelaar, de beslagrechter en zoveel meer.

⁶ Zie ook: J. VAN DONINCK, "Het lot van onrechtmatig bewijs: ook een bekommernis voor de notaris-vereffenaar?" in C. DECLERCK en S. MOSSELMANS (eds.), *Patrimonium 2022*, Brugge, die Keure, 2022, 473 - 497.

Deel 1. Algemene inleiding tot het (onrechtmatige) bewijsrecht

*Hij die eist, bewijst.*⁷

9. In dit hoofdstuk wordt allereerst de basis duidelijk gesteld. Na een duiding van de verschillende courante begrippen (*infra* 10-22, afdeling 1.1), wordt de huidige wettelijke en jurisprudentiële situatie in het Belgische (proces)recht bekeken over de verschillende rechtsgebieden en -stelsels heen. (*infra* 23-41, afdeling 1.2). Dit alles wordt samengevat in de eerste tussentijdse conclusie (*infra* 42, afdeling 1.3).

1.1 Begrippenkader

10. De begrippen “onrechtmatig verkregen bewijs”, “onrechtmatig bewijs”, “ongeoorloofd bewijs” en “ontoelaatbaar bewijs” worden doorheen de rechtsleer en rechtspraak door elkaar en soms overlappend gebruikt, dat bemoeilijkt een correct en concreet begrip van dit leerstuk. De betrachting hierna is de begrippen te duiden, alvorens het leerstuk aan te vatten.

1.1.1 Ongeoorloofdheid en ontoelaatbaarheid

11. De rechter zal altijd, ongeacht of het bewijs ressorteert in het vrije of gereguleerde bewijsstelsel en dat ten aanzien van ieder bewijselement, de eis van geoorloofdheid moeten stellen. Daardoor controleert de rechter of de wijze waarop het bewijs wordt geleverd, niet indruist tegen het elementaire rechtsgevoel en de fundamentele waarden die ten grondslag liggen aan onze rechtsorde.

12. Bij de toets van de toelaatbaarheid kijkt de rechter dan weer of het bewijs in lijn is met de bewijsrechtelijke regels die bepalen welke bewijsmiddelen onder welke voorwaarden kunnen strekken tot bewijs van een betwist feit. De mate waarin de rechter hier kan beslissen, hangt aldus nauw samen met het al dan niet bestaan van het gereguleerde, wettelijk bewijsstelsel.^{8 9}

1.1.2 Onrechtmatig (verkregen) bewijs

13. Onrechtmatig verkregen bewijs is de verzamelterm voor al het bewijs dat op een andere, niet geoorloofde, manier is verzameld. Een synoniem (en de term die de wetgever gebruikt) voor deze verzamelterm is dan ook ongeoorloofd bewijs. Ook ontoelaatbaar bewijs wordt als synoniem gebruikt. Hoewel de wetgever de

⁷ De zogenaamde “bewijslast”, zie art. 8.4 BW – Zie ook art. 870 Ger. W. moet iedere partij het bewijs leveren van de feiten die zij aanvoert.

⁸ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Het burgerlijk bewijsrecht: overzicht van rechtspraak (2000-2013)”, *TPR* 2015, (597) 652, nr. 49.

⁹ Zie ook de verankering in het (nieuwe) Burgerlijk Wetboek (*infra* nr. 44).

term gebruikt, is er geen wettelijke definitie voorhanden. Het begrip is vooral via de rechtsleer en rechtspraak gedefinieerd.

14. Daarnaast kan er een (louter doctrinaal)¹⁰ onderscheid gemaakt worden tussen intrinsiek onrechtmatig bewijs en onrechtmatig verkregen bewijs. Dit dient als volgt begrepen te worden:

15. Intrinsiek onrechtmatig bewijs (*preuve déloyale*) (*improperly evidence*) is bewijs dat uit **de aard onrechtmatig** is. Als synoniem wordt ook gesproken van "in se onrechtmatig bewijs" en "onrechtmatig bewijs uit zichzelf". Te denken valt bewijs opgesteld in strijd met de voorschriften van de wet¹¹, vervalst bewijs, schending van het beroepsgeheim (vertrouwelijkheid), schending van de Openbare Orde en de goede Zeden.

16. Onrechtmatig **verkregen** bewijs is bewijs **dat inhoudelijk rechtmatig** is, maar uit de **manier waarop** het verkregen/verzameld onrechtmatig is, bijvoorbeeld door het aanwenden van een niet toegelaten middel zoals geweld of door middel van een inbreuk op de privacy¹². Te denken valt aan de schending van het recht op privacy/ gegevensbescherming, schending wet die bewijsgaring regelt, gevolg van een misdrijf zoals afpersing, diefstal, schending briefgeheim of misbruik vertrouwen, gebruik deloyale of immorele middelen zoals bedrog, dwang of list, zoals bv. uitlokking.^{13 14}

17. Het is bij intrinsiek onrechtmatig bewijs van geen belang welke rol de partij die de handeling (die aan de grondslag van de onrechtmatigheid ligt) heeft voor wat betreft het ongeoorloofd karakter. Voor het onrechtmatig verkregen bewijs kan het gebruik maar als ongeoorloofd beschouwd worden, indien het wordt aangewend door de partij die rechtstreeks of onrechtstreeks (bv. onrechtstreeks: bewijsvergaring via privédetective) verantwoordelijk is voor de onrechtmatigheid.¹⁵ Mocht een derde, die dus niet betrokken is bij de onrechtmatige verkrijging, het bewijs voorleggen, is er geen sprake van ongeoorloofdheid.

18. Indien het bewijs intrinsiek onrechtmatig of onrechtmatig verkregen zou zijn, komt het aan de feitenrechter toe hier uitspraak over te doen. Hij doet dat onaantastbaar, doch staat de kwalificatie (of het gebrek aan kwalificatie) open voor rechtsmiddelen.

¹⁰ Dit onderscheid wordt niet gemaakt nog in de rechtspraak van het Hof van Cassatie, nog in de wetgeving.

¹¹ Zie als voorbeeld: bewijs dat ingaat tegen het **onweerlegbaar** wettelijk vermoeden, art. 8.7, tweede lid BW.

¹² In de meest ruime zin van het woord te begrijpen en zoals beschreven in de wetgeving: bescherming van het recht op privéleven in het algemeen, het briefgeheim, GDPR...

¹³ B. CATTOR, *Nieuw burgerlijk bewijsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2020, 67.

¹⁴ Voor een omstandige uiteenzetting van al de gronden van ongeoorloofd bewijs zie ook B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het burgerlijk bewijsrecht: overzicht van rechtspraak (2000-2013)", *TPR* 2015, (597) 653 – 668 en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon in een nieuw, burgerrechtelijk jasje: klaar voor de catwalk?" *TBBR/RGDC* 2022, afl. 5, (251) 253 – 257.

¹⁵ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Overzicht van rechtspraak (2000-2013), Het burgerlijk bewijsrecht, *TPR* 2015, (652) 652-653, nr. 50.

19. Om als bewijselement rechtmatig te zijn, moet het zowel intrinsiek rechtmatig, alsook rechtmatig verkregen zijn.¹⁶ Indien één van de twee ontbreekt, is het bewijs ongeoorloofd.

1.1.2 Civiel recht – horizontale rechtsverhouding

20. Doorheen deze masterproef zullen de woorden civiel (bewijs)recht, burgerlijk recht, in burgerlijke zaken en horizontale rechtsverhoudingen naast elkaar gebruikt worden. Zij doelen allen op eenzelfde betekenis, nl. de situaties waar de rechtsonderhorigen (natuurlijke en rechtspersonen) met elkaar in interactie (en botsing) gaan. Bij uitsluiting, gaat het hier aldus niet over de situaties waar de rechtsonderhorigen worden geconfronteerd met overheidsaanspraken die op onrechtmatig verkregen bewijs zijn gestoeld.¹⁷

1.1.3 De legende “Antigoon”

21. Sinds het Cassatiearrest in strafzaken van oktober 2003¹⁸ buigt de rechtspraak zich over het vraagstuk van onrechtmatig (verkregen) bewijs onder de term “Antigoon-leer”. Daarbij komt ook de koppeling met het rechtsdomein voor zoals onder andere “*Antigoon in civilibus*”¹⁹ “*Antigoon in fiscalibus*”²⁰.

22. De triviale naam van het onrechtmatig (verkregen) bewijs, Antigoon, is op zijn beurt afkomstig van de code naam van de grootscheepse Antwerpse politieoperatie. Deze waren de rechtstreekse aanleiding voor de Cassatierechtspraak in strafzaken van 14 oktober 2003.²¹ De politie haalt wel vaker haar honing bij legendarische reuzen in verschillende volksmythes, zo houdt de politie regelmatig Goliath-acties. Merkwaardig (en onderbelicht) is evenwel dat zowel Antigoon als Goliath het onderspit moesten delven tegen een kleinere maar slimmere tegenstander, Silvius Brabo.²²

1.2 Actuele situatie in het Belgische recht

23. Het lot van onrechtmatig verkregen bewijs heeft zich reeds laten opmerken in meerdere rechtsgebieden, beginnende bij het strafrecht over het fiscaal recht tot nu ook het civiel recht. Alvorens goed te kunnen begrijpen wat het Hof van Cassatie in civiel recht heeft besloten, waarom het dat heeft besloten en welke de

¹⁶ B. CATTOIR, *Nieuw burgerlijk bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2020, 67.

¹⁷ M. MAUS, “Onrechtmatig verkregen bewijs in de fiscale bewijsvoering en in strafzaken” in Y. JORENS, M. MAUS en M. ROZIE (eds.), *Fiscaal en Sociaal Strafrecht – Gordiaanse knoop ontward*, Gent, Story Publishers, 2023, vn. 89.

¹⁸ Cass. 14 oktober 2003, AR P.03.0762.N, *Arr.Cass.* 2003, 1862, concl. M. DE SWAEF.

¹⁹ M. SCHOUTEDEN, “Antigoon in een nieuw, burgerrechtelijk jasje: klaar voor de catwalk?” *TBBR/RGDC* 2022, afl. 5, (251) 251.

²⁰ Zie bv. Cass. 21 april 2022, F.17.0136.N en B. DAEMEN “Antigoon in fiscalibus: pragmatism ten voordele van onrechtmatig verkregen bewijs binnenkort verleden tijd?” *TFR* 2023, afl. 633, 23-29.

²¹ Cass. 14 oktober 2003, AR P.03.0762.N, *Arr.Cass.* 2003, 1862, concl. M. DE SWAEF.

²² S. DE DECKER, “Antigoon vooruit? Straatsburg heeft geen bezwaar tegen de Antigoonrechtspraak”, *Vigiles* 2009, afl. 5, (201) 201.

gevolgen daarvan zijn, is het noodzakelijk een korte schets van de voorgeschiedenis van Antigoon *in het recht* te maken.

1.2.1 Strafrechtelijke contentieux

1.2.1.1 Onderzoeksopzet

24. De vraag wat te doen met onrechtmatig verkregen bewijs werd voor het eerst gesteld in het straf(proces)recht. Dat zorgde voor de eerste aanzet tot reflectie over de problematiek in civiele zaken bij civilisten.²³

25. Dit onderzoek heeft geenszins tot doel het volledige verhaal van het onrechtmatig (verkregen) bewijs in strafrecht te reconstrueren²⁴. Echter, is het niet mogelijk de link met onrechtmatig verkregen bewijs in het civiel recht te bestuderen zonder de basisnotie en ontwikkelingen van de Antigoon-toets in strafzaken te bespreken.

1.2.1.2 Ontstaan: de bron van alle wijsheid of toch de doos van Pandora?

26. Vanaf het begin *der tijden* werd steeds aangenomen dat ongeoorloofd bewijs, niet in rechte mocht worden aangewend. Ook het Hof van Cassatie sloot zich daar sinds 1923 bij aan door te stellen dat in strafzaken (op strikte wijze) de regel van bewijsuitsluiting toegepast moest worden, zodra bleek dat de bewijsgaring door een of meerdere onregelmatigheden was aangetast.²⁵

Deze vaststaande cassatierechtspraak kwam op 14 oktober 2003²⁶ onomstotelijk en onmiddellijk ten einde. Het Hof van Cassatie maakte met het zogenoemde "Antigoon-arrest" een radicale ommekeer – in strafzaken – voor wat betrof onrechtmatig verkregen bewijs. Zonder veel discussie gold deze rechtspraak als een regelrechte revolutie.

De rechtstreekse aanleiding was een gecoördineerde Antwerpse politieactie (met de naam 'Antigoon') op 29 september 2000, waarbij de politiediensten de auto van een verdachte doorzochten en hierbij een verboden wapen aantroffen. De bestuurder van het voertuig werd op basis daarvan vervolgd voor verboden

²³ E. DIRIX, "De vruchten van de giftige boom" in ALLAERTS, V., BOUTELIGIER, L., JANSSENS, E., VERSTRAETE, J. en STEVENS, J., *Liber Amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, (263) 269.

²⁴ Daarvoor kan, met de meeste eerbied en zonder exhaustiviteit te betrachten, verwezen worden naar de excellente uiteenzettingen te vinden in o.a. J. VAN DONINCK, *Het lot van onrechtmatig verkregen bewijs*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 15-54; M. MAUS, "Onrechtmatig verkregen bewijs in de fiscale bewijsvoering en in strafzaken" in Y. JORENS, M. MAUS en M. ROZIE (eds.), *Fiscaal en Sociaal Strafrecht – Gordiaanse knoop ontward*, Gent, Story Publishers, 2023, (33) 42-50 en voor een greep uit de eerste reacties van toen komende van penalisten: F. DERUYCK, "Wat krom is wordt recht. Over de bruikbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs" in X. (ed.), *Strafrecht en strafprocesrecht. XXIste postuniversitaire cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2006, 201-231; F. KUTY, "La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale" in X. (ed.), *La preuve: questions spéciales*, Luik, Anthemis, 2008, 7-62; P. TRAEEST, "Het bewijs in strafzaken na Antigoon" in ORDE VAN ADVOCATEN KORTRIJK (ed.), *Recente ontwikkelingen in het strafrecht*, Gent, Larcier, 2008, 109-137.

²⁵ Cass. 12 maart 1923, *Pas.* 1923, I, 233.

²⁶ Cass. 14 oktober 2003, AR P.03.0762.N, *Arr.Cass.* 2003, 1862, concl. M. DE SWAEF.

wapendracht. De verdediging van de bestuurder achtte echter het bewijsmateriaal onrechtmatig verkregen²⁷ en aldus uit de debatten te weren.

Het dossier kwam bij het Hof van Beroep te Antwerpen terecht, dat op 11 april 2003 in haar oordeel afweek van de vaste (cassatie)rechtspraak en besloot dat het onrechtmatig verkregen bewijs niet geweerd moest worden.

Het Hof van Cassatie volgde op 14 oktober 2003 en oordeelde dat bewijs²⁸, dat op onrechtmatige wijze werd verkregen, in principe wel gebruikt mag worden.

27. Vanaf dat moment is het nieuwe mantra dat ongeoorloofd bewijs in strafzaken **enkel nog mag worden geweerd** wanneer (1) bepaalde vormvoorwaarden, die op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven, niet werden nageleefd of (2) wanneer de begane onrechtmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast of (3) wanneer het gebruik ervan in strijd is met het recht op een eerlijk proces.²⁹

Sommige voorspelden dat hierdoor een einde kwam aan vele jaren van "jurisprudentiële oorlog", omdat doorheen de jaren voordien steeds vaker door lagere rechtbanken getrancheerd werd in het voordeel van ongeoorloofd bewijs.³⁰

28. Tussen 2003 en 2005 heeft het Hof van Cassatie in een handvol principearresten, haar beslissing bevestigd en om het met de woorden van toenmalig advocaat-generaal De Swaef te zeggen "enige verdere verfijning" aangebracht.³¹

Zo bevestigde het Hof van Cassatie in zijn arrest van 23 maart 2004³² het standpunt³³ en bracht de volgende verfijning aan. Door aan te geven dat buiten de drie hypothesen (nl. op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereiste, onregelmatigheid die de betrouwbaarheid van het bewijs aantast en gebruik van het bewijs dat in strijd is met het recht op een eerlijk proces), het steeds aan de feitenrechter is om de toelaatbaarheid van het bewijs onaantastbaar te beoordelen in het licht van de artikelen 6 EVRM en 14 IVBPR, **rekening houdend met de elementen van de zaak in haar geheel genomen (lees: alle elementen), inbegrepen de wijze waarop het bewijs verkregen werd en de omstandigheden waarin de onrechtmatigheid werd begaan.** Eigen toevoeging en markering.

²⁷ Wegens miskennen van artikel 29 van de Wet op het Politieambt, *BS* 22 december 1992.

²⁸ Algemeen, want het Hof van Cassatie is geen feitenrechter.

²⁹ Cass. 14 oktober 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1862, concl. M. DE SWAEF.

³⁰ M. ROZIE, "Antigoon of het vredesbestand na een tachtigjarige jurisprudentiële oorlog m.b.t. het onrechtmatig verkregen bewijs", *RABG* 2018, afl. 8, 673.

³¹ Concl. M. DE SWAEF bij Cass. 14 oktober 2003, AR P.03.0762.N.

³² Cass. 23 maart 2004, AR P.04.0012.N, *Arr.Cass.* 2004, 518.

³³ Door te stellen dat naar Belgisch recht het gebruik van een bewijs, principieel niet geoorloofd is, wanneer het is verkregen door de overheid die met de opsoring, het onderzoek of de vervolging van misdrijven is belast of door een aangever, met miskennen van een regel van het strafprocesrecht, ten gevolge van de miskennen van het recht op privacy, van het recht van verdediging of van het recht op menselijke waardigheid.

Volgens het Hof kan de rechter bij die beoordeling, "onder meer, een of het geheel van volgende omstandigheden in afweging nemen":

- ⊃ hetzij dat de overheid die met de opsporing, het onderzoek en de vervolging van misdrijven is belast, al dan niet de onrechtmatigheid opzettelijk heeft begaan;
- ⊃ hetzij dat de ernst van het misdrijf veruit de begane onrechtmatigheid overstijgt;
- ⊃ hetzij dat het onrechtmatig verkregen bewijs alleen een materieel element van het bestaan van het misdrijf betreft.³⁴

In de rechtsleer wordt omtrent de omstandigheden vaak verwezen dat deze vooral tot doel hebben het derde criterium, het eerlijk proces, invulling te geven doormiddel van *subcriteria*.³⁵

In een daaropvolgend arrest van 16 november 2004³⁶ preciseert het Hof verder dat noch uit artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (hierna afgekort als "EVRM")^{37 38}, noch uit artikel 8 EVRM³⁹, nog uit enige andere grondwettelijke of wettelijke bepaling, volgt dat het bewijs dat men miskent van een gewaarborgd grondrecht werd verkregen, altijd ontoelaatbaar⁴⁰ is.

Om vervolgens op die basis te concluderen dat, behoudens wanneer een verdragsrechtelijke of wettelijke bepaling zelf de rechtsgevolgen van miskenning van een wettelijke voorgeschreven pleegvorm betreffende bewijsverkrijging bepaalt, de (feiten)rechter beslist welke gevolgen deze onrechtmatigheid meebrengt.

In het zogenaamde "Chocolatier Manon-arrest"⁴¹ van arrest van 2 maart 2005⁴² herhaalt het Hof opnieuw de criteria uit haar arrest van 14 oktober 2003, maar formuleert daarbij ook enkele elementen waarmee de feitenrechter in zijn beoordeling rekening mee kan houden.

"Dat de rechter, wanneer de onregelmatigheid die werd begaan het recht op een eerlijk proces niet in het gedrang brengt, de betrouwbaarheid van het

³⁴ Cass. 23 maart 2004, AR P.04.0012.N, *Arr.Cass.* 2004, 518.

³⁵ B. DE SMET, "Criteria en subcriteria voor de beoordeling van onregelmatigheden inzake de bewijsverkrijging", *RW* 2013-14, afl. 41, 1622; V. VEREECKE, "Er bestaat geen hiërarchie tussen de Antigoon-criteria", *RABG* 2014, afl. 1, 38-43 en F. MOURLON BEERNAERT, "Onrechtmatig (verkregen) bewijs in burgerlijke zaken: antigoon *light*" (noot onder Cass. 14 juni 2021), *RABG* 2021, nr. 16, 1512.

³⁶ Cass. 16 november 2004, AR. P.04.0644.N, *Arr. Cass.* 2004, 1829.

³⁷ Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, gesloten te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955.

³⁸ Dat het recht op een eerlijk proces waarborgt.

³⁹ Dat het recht op eerbiediging van het privé-, het gezinsleven, de woning en de briefwisseling waarborgt.

⁴⁰ Betere term zou geweest zijn: ongeoorloofd (*Supra*, xxx)

⁴¹ Andere gebruikte triviale namen in de rechtsleer zijn: winkelkassa-arrest of chocolatierarrest (red.)

⁴² Cass. 2 maart 2005, AR. P.04.1644.F, *Arr.Cass.* 2005, 506, concl. D. VANDERMEERSCH.

*bewijs niet aantast en geen vormvereiste miskent dat op straffe van nietigheid is voorgeschreven, met zijn beslissing dat er grond is om bewijselementen toe te laten die op onregelmatige wijze zijn verkregen, **met name de omstandigheid in overweging kan nemen dat de onwettigheid die werd begaan niet in verhouding staat tot de ernst van het misdrijf dat door die onregelmatigheid kon worden vastgesteld, of dat die onregelmatigheid geen weerslag heeft op het recht of de vrijheid die door de miskende norm worden beschermd.***" Eigen markering.

In het kader van het "Chocolatier Manon-arrest" schrijft advocaat-generaal Damien VANDERMEERSCH in zijn conclusie enkele bijzonder interessante bemerkingsen.

Zo schrijft hij over de vrijheden en grondrechten waarvan de miskening nooit mag gerelativeerd worden (en dus gevallen waarbij de uitsluiting van bewijs de enige mogelijke uitkomst is), op gevaar af deze te banaliseren:

*"Ik denk hier met name aan een bewijs dat is verkregen door een onwettige huiszoeking of door onwettig afluisteren, aan een bewijs dat is verkregen met miskening van het **beroepsgeheim**, van het recht op stilzwijgen of van het **recht van verdediging** en aan het bewijs dat niet aan het beginsel van de tegenspraak werd onderworpen."*⁴³

Over de correlatie met het begrip "eerlijk proces":

*"Aangezien de bescherming van die rechten niet noodzakelijk gelijkstaat met het recht op een eerlijk proces, lijkt het mij essentieel hier een **supplementair baken** uit te zetten: het bewijs zou moeten worden uitgesloten in geval van miskening van de grondrechten en -vrijheden wanneer de waarde die men wil beschermen (beroepsgeheim, onschendbaarheid van de woonst ...), in een **democratische maatschappij** hoger wordt ingeschat dan de efficiëntie van het strafrecht."*⁴⁴

Om in herinnering te brengen dat absolute vrijheden of grondrechten niet bestaan:

"Dit gezegd zijnde, uit hetgeen voorafgaat volgt niet dat elke vrijheid of elk grondrecht absoluut is. Het beroepsgeheim, de onschendbaarheid van de woonst, de bescherming tegen telefoontap, enz. kennen uitzonderingen en grenzen."

*"Men moet te dezen **onderzoeken** of het litigieuze bewijsmiddel het recht op eerbiediging van het privé-leven zoals vastgelegd in art. 8 E.V.R.M. miskent (tweede onderdeel van het derde middel)."*⁴⁵

⁴³ Concl. D. VANDERMEERSCH bij Cass. 2 maart 2005, AR. P.04.1644.F, Arr.Cass. 2005, 511.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid.

In de jaren daaropvolgend breidt het Hof verder op de lijst omstandigheden die ze aanreikt en vult deze bijvoorbeeld verder aan door te stellen dat er ook rekening kan gehouden worden met: het zuiver formeel karakter van de onregelmatigheid enerzijds en met het gebrek aan weerslag van het aangeklaagde gebrek op het recht of de vrijheid die door de overschreden norm zijn beschermd anderzijds.⁴⁶ Deze omstandigheden moeten het vooral mogelijk maken om verder de notie van eerlijk proces (zoals gewaarborgd in artikel 6 EVRM) invulling te geven.⁴⁷

En verduidelijkt - zeer expliciet - in 2013:

*"De rechter, die in concreto moet oordelen, kan daarbij uiteraard nog andere elementen in rekening brengen, aangezien de door het Hof **aangereikte lijst van criteria niet exhaustief** is."*⁴⁸

1.2.1.3 Bespreking

29. Door het Antigoonarrest in strafzaken van 14 oktober 2003 bracht het Hof van Cassatie een einde aan de principiële wering van ongeoorloofd bewijs. Sinds het mijlpaalarrest is in strafzaken het behoud van ongeoorloofd bewijs de regel, tenzij aan specifieke weringscriteria is voldaan.

30. Reeds vanaf het begin waren vele penalisten gekant tegen de Antigoonrechtspraak en haar verschonende werking op onrechtmatig (verkregen) bewijs. De Antigoonrechtspraak werd dan ook voor zowat alle Rechtscolleges voorgelegd. In de marge van een beroepsprocedure tegen de B.O.M.-reparatiewet van 27 december 2005 werd de Antigoonrechtspraak voorgelegd aan het Grondwettelijk Hof. Het Hof hapte echter niet toe en achtte zich niet bevoegd om te oordelen over de wettigheid van de uitvoering die aan een wetsbepaling gegeven wordt door de rechtscolleges die belast zijn met de toepassing ervan.⁴⁹

Nadien, op 28 juli 2009, boog het Hof voor de Rechten van de mens (hierna afgekort als: EHRM) zich over een arrest met de Antigoon-toets van 16 november 2004⁵⁰.

Het EHRM schreef de zaak echter af door te verwijzen naar zijn meer dan (nu) dertig jaar⁵¹ oude mantra: artikel 6.1 van het EVRM bevat geen regels over de toelaatbaarheid van bewijsmateriaal. Bewijsrecht is aldus een nationale

⁴⁶ Cass. 12 oktober 2005, AR P.05.0119.F.

⁴⁷ V. VEREECKE, "Er bestaat geen hiërarchie tussen de Antigoon-criteria", *RABG* 2014, afl. 1, 38-43 en B. DE SMET, "Criteria en subcriteria voor de beoordeling van onregelmatigheden inzake de bewijsverkrijging", *RW* 2013-14, afl. 41, 1622.

⁴⁸ Cass. 28 mei 2013, AR P.13.0066.N, ECLI:BE:CASS:2013:CONC.20130528.9, overw. 4.

⁴⁹ GwH 19 juli 2007, nr. 105/2007, overw. B.16.12.

⁵⁰ Cass. 16 november 2004, AR P.04.0644.N, Concl. P. DUINSLAEGER.

⁵¹ Voor het eerst in die zin EHRM 12 juli 1988, nr.10862/84, Schenk/Zwitserland, § 46.

aangelegenheid.⁵² ⁵³ Het EHRM gaat enkel na of de procedure in haar geheel bekeken eerlijk verlopen is.⁵⁴

Om de connotatie "een proces dat eerlijk verlopen is" te beoordelen kijkt het Hof enerzijds naar de rechten van verdediging, zijnde de mogelijkheid tot tegenspraak, en anderzijds de betrouwbaarheid van de geïndiceerde bewijselementen.⁵⁵

Het Hof toetst het eerlijk karakter van het proces aan de criteria van de tegenspraak en de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal en reageert positief. Voor de drie verschillende instanties heeft de verzoeker zijn bezwaren over de bewijsverkrijging kenbaar kunnen maken en de betrouwbaarheid van de aangetroffen bewijselementen staat volgens het Hof buiten kijf.⁵⁶

Het Hof voegt daaraan toe dat de Antigoonrechtspraak rechters een ruime appreciatiemarge verleent in hun omgang met onrechtmatig verkregen bewijselementen.⁵⁷

Het Grondwettelijk Hof diende zich nogmaals op 22 december 2010 te buigen over de vraag of Antigoon in strafzaken geen grondwettelijk probleem herbergt.

Het Hof antwoordde (wederom) negatief. Het zag in artikel 22 van de Grondwet, recht op eerbiediging van het privéleven, op zich geen vereiste dat het bewijs dat met miskenning van dat recht verkregen was, in alle omstandigheden nietig zou moeten zijn.⁵⁸

31. Ook de wetgever dacht na over het lot van onrechtmatig bewijs in strafzaken en besloot in 2013 over te gaan tot codificatie van de cassatierechtspraak in artikel 32 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek tot Strafvordering.⁵⁹ De wetgever somt daarbij de gevallen, in een limitatieve lijst, op waarin onrechtmatig verkregen bewijs nietig verklaard dient te worden.

Daarbij werd – correct – opgemerkt dat de wetgever, eerder dan een codificatie, een verstrenging ten opzichte van de toenmalige Antigoonrechtspraak bewerkstelligde.⁶⁰

⁵² EHRM 28 juli 2009, nr. 18704/05, Lee Davies/België.

⁵³ Eenzelfde oordeel maar dan toegespitst op artikel 13 EVRM: EHRM 31 januari 2017, nr. 40233/07, Kalnéniené/België.

⁵⁴ S. DE DECKER, "Antigoon vooruit? Straatsburg heeft geen bezwaar tegen de Antigoonrechtspraak", *Vigiles* 2009, afl. 5, (201) 202.

⁵⁵ EHRM 28 juli 2009, nr. 18704/05, Lee Davies/België, § 42.

⁵⁶ Ibid, § 53.

⁵⁷ Ibid, § 47.

⁵⁸ GwH 22 december 2010, nr. 158/2010, B.8. Alsook voor eenzelfde oordeel bij het artikel 12 van de Grondwet, gewaarborgde recht inzake de vrijheid van de persoon, B.9.

⁵⁹ Wet 24 oktober 2013 tot wijziging van de voorafgaande titel van het Wetboek van strafvordering wat betreft de nietigheden, *BS* 12 november 2013. Alsook in art. 13 van de Wet 9 december 2004 betreffende de wederzijdse internationale rechtshulp in strafzaken en tot wijziging van artikel 90ter van het Wetboek van strafvordering, *BS* 24 december 2004.

⁶⁰ L. DEBROUCK en K. TRUYEN, "Artikel 32 V.T.SV.: meer dan een loutere face-lift", *T.Strafr.* 2015, 230.

1.2.1.4 Strafrechtelijke Antigoon: stand van zaken

32. Zij die hoopte dat met de codificatie de controversie definitief beslecht was, komen van een kale reis terug. Ook de (cassatie)rechtspraak staat nog (lang) niet vast. De controversie lijkt nog te groot en het debat te warm. Zelfs 20 jaar na datum wijst het Hof van Cassatie nog heel wat arresten in strafzaken, waarbij het zich (gedeeltelijk) uitspreekt over onrechtmatig verkregen bewijs.

33. Ook de wetgever blijft nadenken over Antigoon in strafzaken. In het kader van de werkzaamheden van de redactie van het nieuwe Wetboek van Strafprocesrecht kwam de Antigoonrechtspraak in het vizier van de wetgever. In het Wetsvoorstel houdende het Wetboek van Strafprocesrecht schrijft de wetgever hoe hij de zaken ziet.⁶¹

De tijd wordt teruggedraaid tot voor oktober 2003, het principe wordt opnieuw dat onrechtmatig verkregen bewijs principieel niet gebruikt mag worden, behoudens in de bij wet voorziene gevallen.

Daarbij zal onrechtmatig verkregen bewijs enkel nog mogen gebruikt worden als de strafrechter, **cumulatief**, vaststelt dat:

1° de onregelmatigheid niet het resultaat is van een bewuste of onverschoonbare miskennis van het recht of de beschermde waarde,

2° 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 en

3° het gebruik van het onregelmatig bewijs geen afbreuk doet aan de integriteit van justitie.

Zo zal informatie die wordt verkregen in strijd met de rechten van de verdediging, het recht op integriteit van personen, de regels inzake de bevoegdheden van de hoven en rechtbanken of met het journalistiek bronnengeheim, die niet voldoen aan bovenstaande uitzonderingen, steeds uit de debatten geweerd worden.⁶²

Daarnaast zijn er twee gevallen waarbij onrechtmatig verkregen bewijs nooit toegelaten kunnen worden, nl. wanneer er sprake is van foltering of onmenselijke behandeling (artikel 3 EVRM)⁶³ en wanneer ten onrechte een onderzoekshandeling

⁶¹ Voorstel van wet houdende het Wetboek van Strafprocesrecht, *Parl.St.* Kamer 2021-22, nr. 2783/001, 3-8. Voor een grondige bespreking zie ook: R. VERSTRAETEN en A. BAILLEUX, "Het voorstel van een nieuw wetboek van strafvordering: algemene beginselen en fase van het onderzoek" in *Themis straf- en strafprocesrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 143 ev.

⁶² Voorstel art. 12 Wetboek van Strafprocesrecht.

⁶³ Voorstel art. 9 Wetboek van Strafprocesrecht.

die fundamentele rechten en vrijheden van burgers aantast, werd uitgevoerd zonder de nodige machtiging van een onafhankelijke rechter.⁶⁴

Opgemerkt dient te worden dat de wetgever opnieuw haar vertrouwen stelt in de rechter ten gronde om – onaantastbaar – te oordelen over het onrechtmatig (verkregen) bewijs.

1.2.1.5 Antigoon en het seksfeest, gij zult niet zondigen.

34. Net zoals de wetgever blijft nadenken (met nostalgie?) over het lot van onrechtmatig bewijs in strafzaken, laat ook het Hof van Cassatie zich *vandaag de dag* nog geregeld uit over onrechtmatig verkregen bewijs in strafzaken. De vraag (en bijhorende discussie) is of het – om het opnieuw met de woorden van DE SWAEF te zeggen – over “verfijningen”⁶⁵ dan wel (fundamentele) aanpassingen gaat.

Voor wie er nog aan twijfelde, alle menselijke (on)deugden passeren de banken van het Hof van Cassatie. Zo werd het Hof van Cassatie verzocht zich uit te spreken over de bewijsvergaring doormiddel van politieagenten die zich eerst als klant van een *gangbang* hadden uitgegeven.⁶⁶

Het Hof begint in haar arrest van 4 april 2023⁶⁷ in haar tweede overweging met de laatste stand van zaken inzake Antigoon in strafzaken in herinnering te brengen:

*“ 2. Op grond van artikel 32 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering oordeelt de rechter onaantastbaar of het gebruik van bewijs dat verkregen is door een onregelmatigheid waardoor geen op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereiste is miskend en het bewijs niet onbetrouwbaar is geworden, in strijd is met het recht op een eerlijk proces in zijn geheel. Hij kan bij zijn oordeel onder meer één of meer van volgende **omstandigheden** in aanmerking nemen:*

- de onregelmatigheid werd al dan niet opzettelijk begaan of ingevolge een grove onachtzaamheid die daardoor moet worden gelijkgesteld met een opzettelijke onregelmatigheid;*
- de ernst van het misdrijf overstijgt veruit de begane onregelmatigheid;*
- de onregelmatigheid betreft alleen een materieel element van het bestaan van het misdrijf;*

⁶⁴ Voorstel art. 10 Wetboek van Strafprocesrecht

⁶⁵ Concl. M. DE SWAEF bij Cass. 14 oktober 2003, P.03.0762.N.

⁶⁶ Voor een grondige bespreking zie ook: M. VANDERMEERSCH, “Antigoon herzien: zet het Hof van Cassatie het licht op rood?”, *T.Strafr.* 2023, afl. 4, 213 e.v.

⁶⁷ Cass. 4 april 2023, AR P.22.1730.N.

- de onregelmatigheid heeft een louter formeel karakter;
- de onregelmatigheid heeft geen weerslag op het recht of de vrijheid die door de overschreden norm wordt beschermd. "

Om in haar derde overweging te verduidelijken dat:

*"Weliswaar moet de rechter de door hem vastgestelde onregelmatigheid **niet toetsen aan al deze criteria en kan hij ook andere criteria gebruiken**, maar dat belet niet dat opzettelijk begane of daarmee gelijk te stellen onregelmatigheden die getuigen van een grove onachtzaamheid, **principeel niet** te verenigen zijn met de loyaliteit en de regelmatigheid van de bewijsgaring die in een rechtsstaat moeten kunnen worden verwacht van de vervolgende en opsporende instanties.*

Om verder het begrip 'grove onachtzaamheid' te verduidelijken:

*Bijgevolg is het recht op een eerlijk proces in de regel miskend en moet het onregelmatige bewijsmateriaal uit het debat worden geweerd wanneer de vermelde instanties een **opzettelijke onregelmatigheid hebben begaan**, dan wel een onregelmatigheid die getuigt van een **grove onachtzaamheid**, rekening houdend met alle concrete omstandigheden van de zaak, waaronder hun opdracht, hun handelwijze, de beschikbare informatie en hun normaal te verwachten kennis van de toepasselijke regelgeving ten tijde van het begaan van de onregelmatigheid.*

Het is slechts anders wanneer de rechter vaststelt 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."

Het was toenmalig advocaat – generaal DE SWAEF die in zijn conclusie bij de zaak van 14 oktober 2003 al schreef:

"Bewijsuitsluiting die tot vrijspraak leidt is daarbij een sanctie die best slechts te rechtvaardigen is bij doelbewuste wetsschennis, grove onachtzaamheden of miskennis van beginselen van een behoorlijke procesorde"⁶⁸

35. Ook het Hof van Beroep te Antwerpen laat zich in een recent arrest van 31 mei 2023⁶⁹ uit over intrinsiek onrechtmatig bewijs. Strafleiter

⁶⁸ Concl. M. DE SWAEF bij Cass. 14 oktober 2003, P.03.0762.N.

⁶⁹ Bij (nog steeds) groot gebrek aan een openbare databank voor alle Belgische rechtspraak op basis van actualiteitsartikelen, zie o.m.: niet commercieel: <https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2023/05/31/bekende-antwerpse-advocaat-pol-vandemeulebroucke-in-beroep-vrijg/> en commercieel: <https://www.demorgen.be/snelnieuws/ex-strafpleiter-pol-vandemeulebroucke-in-beroep-vrijgesproken-voor-doorspelen-informatie-aan-druugsbende~b1e06506/>.

VANDEMEULEBROUCKE, die verdacht werd informatie gelekt te hebben naar een drugsbende (op basis van afgeluisterde telefoongesprekken), zag in beroep de vrijspraak op basis van de argumentatie dat de politie onzorgvuldig omgesprongen was met het beroepsgeheim van de advocaat.

Als speurders (de vertrouwelijke en onder het beroepsgeheim van de advocaat vallende) gesprekken aftappen, moeten zij die informatie in een verzegelde omslag op de griffie van de rechtbank neerleggen. Dat dat niet gebeurd was in deze zaak, besloot het Hof van beroep dat het recht op een eerlijk proces geschonden was en dat de telefoontaps onwettig bewijs uitmaakte.

36. Het mogen duidelijk zijn dat de strafrechtelijke gedaante van Antigoon nog steeds in beweging is en het daarbij gaat over meer dan loutere “verfijningen”.

1.2.2 Andere rechtsgebieden en rechtsstelsels

37. Naast de hierboven beschreven rechtsgebieden, zijn er nog heel wat andere rechtsgebieden, maar evengoed zelfs hele rechtsstelsel, die zich moeten buigen over het lot van onrechtmatig (verkregen) bewijs. Een korte kijk.

1.2.2.1 Administratief recht – administratief rechtelijke contentieux

38. In de ideale wereld zijn de feiten die aan een bepaalde bestuurlijke beslissing ten grondslag liggen, makkelijk vast te stellen en zonder de vervuiling van bewijsproblemen. In een minder ideale wereld, kunnen allerhande bewijsproblemen rijzen. Hoewel het fundamentele belang van bewijs voor het nemen van wettige beslissingen, bestaat er binnen het bestuursrecht tot op heden geen regelgeving, nog theorievorming in de rechtspraak of rechtsleer.⁷⁰

Zo is het louter een kwestie van tijd voor het vraagstuk van onrechtmatig verkregen bewijs de Raad van State en andere administratieve rechtscolleges beroepscolleges bereikt.

39. Ook in de toezichthoudende hoedanigheid op bijvoorbeeld lokale besturen kan (en zal) het vraagstuk op het bord van de overheid komen.

In een steeds escalerende discussie⁷¹ tussen het raadslid van de oppositie partij Filip Peeters (’t Dorp) en de burgemeester van Boechout, Koen T’Sijen (PRO

⁷⁰ A. STIJLMAN, C. MARTENS en C. STEVENS, “De onderzoeksbevoegdheden van de Raad van State en de Raad voor Vergunningsbetwistingen inzake het feitenonderzoek: dode letter of springlevend?”, *TBP* 2022, afl. 5, (280) 280, nr. 1.

⁷¹ <https://www.hln.be/boechout/het-park-het-tennisveld-en-het-poolhouse-een-reconstructie-van-de-vete-tussen-acteur-filip-peeters-en-de-burgemeester-van-boechout~a5f44a69/> Let op, het gaat hier over de weergave in een (commerciële) krant. Het gebruik heeft louter tot doel te duiden op de aanwezigheid van het vraagstuk in vele situaties en er wordt verder geen uitspraak gedaan over de al dan niet correctheid van de beschikbare informatie.

Boechout) dient Peeters een klacht in bij Audit Vlaanderen, onderdeel van Binnenlands Bestuur Vlaanderen.

Peeters voegt daarbij een audio-opname toe aan zijn klacht, die later door het bestuur uit het onderzoek verwijderd zal worden. Het bestuur beslist aldus doormiddel van de argumentatie dat de opname zonder medeweten en tegen de wil van de advocaat is opgenomen (lees: heimelijk) en op basis van een juridisch advies. Dat juridisch advies zou geopperd hebben de opname, die mogelijk tot stand is gekomen met schending van de privacywet en het EVRM, te weren uit het onderzoek omdat het de beslissing van de toezichthoudende overheid zou kunnen nemen bij voorbaat hypothekeert gezien de onrechtsgeldigheid, *sic*.

40. Om maar te zeggen: *those who forget history are doomed to repeat it* en laat dat nu net niet de bedoeling zijn. De rechtspraak van het Hof van Cassatie kan daarbij een leidraad vormen. Hoewel brandend interessant, valt nader onderzoek niet te rijmen met de insteek en beperkte omvang van deze masterproef. Het is ongetwijfeld een mooie insteek voor nader onderzoek.

1.2.2.2 Canoniek recht

41. Ook voor de canonieke rechtbanken die het recht van de Katholieke Kerk moeten toepassen, is het lot van onrechtmatig verkregen bewijs geen onbekende meer. Zo moesten de rechters van een Vaticaanse rechtbank zich buigen over de toelating van een heimelijk opgenomen telefoongesprek tussen kardinaal Becciu en Paus Franciscus.⁷² Daarin vroeg kardinaal Becciu aan Franciscus of die een valse verklaring wilde afleggen in een zaak rond gelden voor de bevrijding van een non. De rechters lieten de opname afspelen tijdens het proces, alwaar enkel de rechters en de aanklager de opname effectief mochten beluisteren en zo kennis konden nemen van de inhoud, om nadien de opname af te wijzen, op grond van de Vaticaanse recht dat stelt dat de Paus niet kan opgeroepen worden als getuige.

1.3 Tussentijdse conclusie deel 1

42. Het lot van onrechtmatig bewijs zorgt al langer voor discussie in het straf(proces)recht. Het Hof van Cassatie trancheerde in 2003 en besloot het principe dat tot dan gold om te draaien en koos principieel voor de toelating tenzij aan bepaalde criteria was voldaan. In 2013 volgde de wetgever en ging over tot de codificatie van deze cassatierechtspraak. De polemiek is daar echter niet bij gestopt, in de jaren nadien stelden vele de problemen aan de kaak in de rechtsleer en sprak het Hof van Cassatie zich nog vaak uit over het lot van onrechtmatig bewijs in strafzaken.

⁷² Voor een verslag van de feiten verwijs ik naar de geschreven pers, te raadplegen via <https://www.vrt.be/vrtnews/nl/2022/11/25/van-fraude-beschuldigde-kardinaal-nam-stiekem-telefoongesprek-op/>

In de daaropvolgende jaren heeft het leerstuk ook de andere rechtsgebieden en zelfs -stelsels bereikt en in zijn greep gehouden. In elk rechtsgebied verloopt die introductie en uitwerking anders, maar steeds opnieuw wordt verwezen naar de basis in het strafrecht.

Deel 2. Het onrechtmatig bewijs in België in civiele zaken

“Gij echter, die over de macht beschikt,
met veel zachtheid spreekt Gij uw oordeel uit
en Gij bestuurt ons met veel goedertierenheid,
want Gij kunt uw macht tonen, wanneer Gij maar wilt.
Door zó te doen hebt Gij uw volk geleerd,
dat de rechtvaardige een vriend van de mensen moet zijn,
en hebt Gij uw zonen hoopvol gestemd
dat Gij, daar waar gezondigd wordt,
de kans tot inkeer biedt.”⁷³

43. Nu duidelijk is vanwaar de Antigoon-toets voor onrechtmatig bewijs komt, kan de invloed voor het civiele recht onderzocht worden. In dit hoofdstuk wordt ten eerste het wetgevende veld afgespeurd om nadien over te gaan naar de rechtspraak. Wat volgt is een situering en feitenrelaas dat uit de doeken wordt gedaan omtrent de drie relevante cassatiearresten. Wanneer de huidige stand van zaken duidelijk is, wordt dieper ingegaan op elk van de criteria en omstandigheden om aldus tot een tussentijdse conclusie te komen.

2.1 Civiel recht in de nieuwe napoleontische tijden

44. Daar waar de wetgever ervoor koos om de Antigoonrechtspraak in te schrijven in de voorgaande titel van het Wetboek van Strafvordering⁷⁴, was dit allerminst het geval bij de (actuele) werkzaamheden in het kader van de hervorming van het Oud Burgerlijk Wetboek.

Op 4 april 2019 keurde de Kamer het Wetsontwerp van 31 oktober 2018 houdende invoeging van Boek 8 “Bewijs” in het nieuw Burgerlijk Wetboek goed.⁷⁵ De centrale doelstelling daarbij was het bewijsrecht moderner en aangepast aan de maatschappij van de 21^{ste} eeuw te maken.⁷⁶

45. Het bewijsrecht wordt nu opgenomen in een apart boek, nl. Boek 8 van het Nieuw, Burgerlijk Wetboek (hierna geschreven als: Burgerlijk Wetboek) en is dus geen onderdeel meer van het verbintenissenrecht. Naast een modernisering van het bestaande bewijsrecht, zijn er ook een aantal interessante nieuwigheden die

⁷³ Eerste lezing: Uit het boek *Wijsheid*, 12, 13. 16-19.

⁷⁴ Wet 24 oktober 2013 tot wijziging van de voorafgaande titel van het Wetboek van strafvordering wat betreft de nietigheden, *BS* 12 november 2013. Alsook in art. 13 van de Wet 9 december 2004 betreffende de wederzijdse internationale rechtshulp in strafzaken en tot wijziging van artikel 90ter van het Wetboek van strafvordering, *BS* 24 december 2004.

⁷⁵ Wet 13 april 2019 tot invoering van het (nieuwe) Burgerlijk Wetboek en tot invoeging van boek 8 'Bewijs' in dat Wetboek, *BS* 14 mei 2019. Is op 1 november 2020 in werking getreden.

⁷⁶ MvT bij het wetsontwerp van 31 oktober 2018 houdende invoeging van Boek 8 “Bewijs” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, 54-3349/001, 4.

het bewijsrecht aanvullen en veranderen en een invloed kunnen hebben op het leerstuk van onrechtmatig bewijs. In het bijzonder het wettelijk verankeren van de definitie van toelaatbaarheid en bewijswaarde en het invoeren van de loyale medewerkingsplicht aan de bewijslevering.

46. De toelaatbaarheid en de bewijswaarde zijn twee begrippen die vaak worden gebruikt in het bewijsrecht, maar tot dusver niet in de wet gedefinieerd waren. Deze definitie was echter niet ingeschreven in het oorspronkelijke wetsontwerp, maar werd geopperd in het advies van de Raad van State, afdeling wetgeving.⁷⁷ De Raad van State achtte het nuttig dat het verschil tussen "toelaatbaarheid" en "bewijswaarde" werd verduidelijkt.

Toelaatbaarheid: de verenigbaarheid van het bewijs met de regels in dit boek die bepalen onder welke voorwaarden een bepaald bewijsmiddel [het bewijs]⁷⁸ kan uitmaken van een betwist feit.⁷⁹ (eigen onderlijning)

Bewijswaarde: de mate waarin een bewijselement de rechter overtuigt.⁸⁰

De bewijswaarde van een bewijsmiddel is de **overtuigingskracht** die het voor de rechter heeft. Het is het overtuigende karakter, de geloofwaardigheid, het vertrouwen, het krediet dat de rechter er in eer en geweten aan kan toekennen.⁸¹ In principe wordt de bewijswaarde van een bewijsmiddel vrij beoordeeld door de rechter.

Echter, kan de bewijswaarde bij wet, voor bepaalde gevallen, bepaald worden, men spreekt dan van een wettelijke bewijswaarde. De rechter verliest dan zijn beoordelingsbevoegdheid ter zake. Daardoor kan de mate van vrijheid van de partijen en de rechter ten opzichte van het voorgelegde bewijs worden vastgesteld.

47. De definitie die in de tekst van Boek 8 wordt voorgesteld, is geïnspireerd op het werk van B. SAMYN.⁸² In het werk wordt gepreciseerd dat het begrip twee facetten heeft. Wat de rechter betreft, dient te worden bepaald in welke mate de rechter door het aan hem voorgestelde bewijsmiddel gebonden is. Wat de partijen daarentegen betreft, behouden zij het recht om het tegenbewijs van het betwiste feit of de betwiste handeling te leveren.

⁷⁷ MvT bij het wetsontwerp van 31 oktober 2018 houdende invoeging van Boek 8 "Bewijs" in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, 54-3349/001, 83.

⁷⁸ Zoals correct opgemerkt in J. BAECK, "Boek 8 "Bewijs": het eerst boek van het nieuwe Burgerlijk Wetboek", *RW* 2019-20, afl. 29, (1123) 1127, nr. 15 zijn de woorden "het bewijs" weggefallen in de Nederlandstalige versie, hoewel ze wezenlijk bijdrage tot een begrip van het artikel. De Franstalige versie bevat aldus: "la conformité de la preuve avec les règles du présent livre, qui précisent à quelles conditions un mode de preuve peut constituer **la preuve** d'un fait contesté;"

⁷⁹ Art. 8.1.13° BW.

⁸⁰ Art. 8.1.14° BW.

⁸¹ F. DUMON, "De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes", *JT*, 1978, 486, nr. 35

⁸² B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, 51, nr. 29.

48. Wanneer het bewijsmiddel een wettelijke bewijswaarde heeft, zoals bijvoorbeeld schriftelijk bewijs, bekentenis, eed enz. moet de rechter zich houden aan het voorgelegde bewijs. De bewijswaarde kan dan niet in vraag gesteld worden door de rechter, aangezien de rechter het overtuigende karakter van het bewijsmiddel niet kan betwisten. De rechter moet het als dusdanig aanvaarden, behoudens een op toegelaten wijze geleverd tegenbewijs.

Wanneer een bewijsmiddel geen wettelijke bewijswaarde heeft, zoals bijvoorbeeld getuigenissen, vermoedens, kopieën enz. heeft de rechter een grote beoordelingsbevoegdheid en kan hij de bewijswaarde van het bewijsmiddel evalueren. Zijn de bewijselementen ernstig en geloofwaardig, dan kan de rechter besluiten dat het feit is aangetoond.

49. De wetgever heeft in artikel 8.4, derde lid BW de "loyale medewerkingsplicht aan de bewijslevering" ingeschreven. Op basis van dit artikel zijn alle partijen gehouden om mee te werken aan de bewijsvoering. Deze wetsbepaling behelst reeds bestaande cassatierechtspraak waarin het algemeen rechtsbeginsel werd erkend, op grond van het beginsel van de goede trouw en de plicht tot loyaal procesgedrag, dat procespartijen ertoe gehouden zijn loyaal samen te werken aan de bewijsvoering.⁸³ Dit heeft voornamelijk een gevolg voor de omstandigheid van de bewijsnood in de cassatierechtspraak.

50. Deze (welgekomen) nieuwigheden zijn echter niet in het kader van een eventuele codificatie te plaatsen. Dat de wetgever juist ver weg wou blijven van de discussie omtrent het lot van onrechtmatig bewijs in civiele zaken is overduidelijk te lezen in de Memorie van toelichting, alwaar de wetgever de (burgerlijke) boeken toe doet bij woorden:

*"De regels betreffende de **taak van de rechter** en de **bewijsvoering** voor de hoven en de rechtbanken blijven vervat in het Gerechtelijk Wetboek of, in voorkomend geval, in de rechtspraak. Zo strekt het wetsontwerp niet tot de bekrachtiging van de Antigoon-rechtspraak, die betrekking heeft op de manier waarop de rechter de regelmatigheid van de aangevoerde bewijzen beoordeelt."*⁸⁴

De wetgever verduidelijkt aldus in de bijhorende memorie van toelichting zeer expliciet dat het concept van toelaatbaarheid enkel betrekking heeft op de conformiteit van een bewijselement met de bewijsregels in strikte zin. Het laat zich aldus niet in met de problematiek van het ongeoorloofd bewijs⁸⁵ of de strijdigheid met een regel die vreemd is aan het bewijsrecht.⁸⁶

⁸³ Zie ook: B. CATTOIR, *Nieuw burgerlijk bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2020, 53, nr. 74.

⁸⁴ Verslag over het wetsontwerp houdende invoeging van Boek 8 "Bewijs" in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, 3349/005, 31

⁸⁵ Let op, het gaat hier over de (vermeende) Antigoonrechtspraak in civiele zaken van het Hof van Cassatie, 10 maart 2008.

⁸⁶ MvT bij het wetsontwerp van 31 oktober 2018 houdende invoeging van Boek 8 "Bewijs" in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, 54-3349/001, 10.

51. Het bewijsrecht is, behoudens de wettelijke definities en de gevallen waarin de wet anders bepaalt, aanvullend recht⁸⁷ alsook kan het bewijs met alle bewijsmiddelen geleverd worden.⁸⁸

Een voorbeeld van een uitzondering bepaalt in de wet is wanneer de rechtshandeling met betrekking tot een som of een waarde die gelijk is aan of hoger is dan 3.500 euro. Dan kan de partij enkel bewijzen door middel van een ondertekend geschrift.⁸⁹

Aldus wanneer een partij bewijs voor de rechter aanbrengt, dient dit bewijs aan een aantal voorwaarden te voldoen. Zo moet het bewijs aangeboden worden via een toegelaten bewijsmiddel. Met de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek is het systeem van (in principe) vrije bewijsvoering ingevoerd, wat wil zeggen dat er geen beperkingen bestaan op de bewijsmiddelen die bijgebracht kunnen worden. Het zijn dan ook die gevallen, waarin geen gereguleerd bewijsrecht geldt, dat de nood aan bewijshanteringsstandaarden zich net des te sterker doet voelen om te kunnen omgaan met bewijs dat op een onrechtmatige manier is verkregen.

2.2 Cassatiearresten: situering en feitenrelaas

52. Op basis van bovenstaande is duidelijk dat het leerstuk van onrechtmatig bewijs in civiele zaken niet gevonden kan worden in de wetgevende teksten. De leer is dan ook geconcipeerd in de rechtspraak, zoals hierboven weergegeven voor het strafrecht.

53. Dat in strafzaken tussen 1923 en 2003 de regel van bewijsuitsluiting van zodra de bewijsgaring aangetast was door een onregelmatigheid gold, werd reeds uit de doeken gedaan.

54. Ook in burgerlijke zaken gold de regel van bewijsuitsluiting in geval onregelmatigheden werden opgemerkt, maar er was meer. Ook alle bewijselementen die daaruit voortvloeiden en die men zonder dat onrechtmatig bewijs niet zou hebben verkregen, dienden zonder meer geweerd te worden. Dit is wat de rechtsleer de "*fruit of the poisonous tree*" noemt. Sinds het cassatiearrest van 18 april 1985⁹⁰ is deze ook van toepassing in burgerlijke zaken.

Op het moment van de radicale ommekeer die het Hof van Cassatie maakte in strafzaken in 2003, was er nog geen rechtspraak voorhanden in burgerlijke zaken. Het zou wachten worden tot 2008 voor sommigen en tot 2021 voor andere.

⁸⁷ Art. 8.2 BW.

⁸⁸ Art. 8.8 BW.

⁸⁹ Art. 8.9, eerste lid BW.

⁹⁰ Zie daaromtrent bv. Cass. 18 april 1985, ECLI:BE:CASS:1985:ARR.19850418.14.

2.2.1 Cassatiearrest van 10 maart 2008

55. Terugkerende naar 2008. Op 10 maart 2008 wijst het Hof van Cassatie een arrest in een zaak tussen een werkloze (natuurlijke) persoon en de Rijkdienst voor Arbeidsvoorziening (hierna afgekort als: RVA).⁹¹

De bal gaat aan het rollen als de politie van Sint-Niklaas tijdens een verhoor verneemt dat een werkloze persoon (en ontvanger van een werkloosheidsuitkeringen) in de winkel van zijn broer aan het werken is. De persoon in kwestie zal daarover later verklaren dat hij louter zijn broer aan het helpen was.⁹²

De politionele diensten maken hiervan, per faxbericht, en met als bijlage een kopie van het proces-verbaal van het verhoor (weliswaar grotendeels onleesbaar gemaakt met zwarte viltstift), melding bij de RVA dat belast is met het toezicht op de naleving van de werkloosheidsreglementering.⁹³

De RVA onderzoekt de zaak en komt tot het besluit (lees: administratieve beslissing), gesteund op de informatie uit het proces-verbaal, het recht op uitkeringen van de betrokkene te schorsen voor enkele weken en vordert ook uitkeringen terug.⁹⁴

Betrokkene kan zich daar niet in vinden en vecht de beslissing aan bij de arbeidsrechter en stelt dat de administratie beslissing gesteund is op bewijs dat onrechtmatig is verkregen, omdat het is verkregen met miskennis van het geheim van het strafrechtelijk opsporingsonderzoek.⁹⁵

De arbeidsrechtbank volgt en gaat over tot vernietiging van de beslissing en op basis van het oordeel dat de politie niet de vereiste machtiging van het openbaar ministerie had om de sociale inspectie in te lichten. Zodoende schond de politie het geheim van het onderzoek⁹⁶. Als gevolg daarvan is het voor de rechter duidelijk dat de administratieve beslissing gesteund is op onrechtmatig verkregen bewijs.⁹⁷ De beslissing van de RVA viel aldus zonder rechtmatige grond en dient vernietigd te worden.⁹⁸

Allemeersch, Samoy en Vandenbussche merken hieromtrent – zeer pertinent mijns inziens – op dat het Hof uitspraak doet over het bewijs zelf en niet zozeer de

⁹¹ Cass. 10 maart 2008, AR S.07.0073.N, ECLI:BE:CASS:2008:ARR.20080310.8.N.

⁹² Cass. 10 maart 2008, AR S.07.0073.N, ECLI:BE:CASS:2008:ARR.20080310.8.N, 2.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ J. VAN DONINCK, "Het lot van onrechtmatig bewijs in civiele zaken: dat geeft te denken" (noot onder Cass. 14 juni 2021), *RW* 2021-22, afl. 28, (1090) 1094.

⁹⁵ Cass. 10 maart 2008, AR S.07.0073.N, ECLI:BE:CASS:2008:ARR.20080310.8.N, 2.

⁹⁶ Zoals vervat in de artikelen 28quinquies en 57 van het Wetboek van Strafvordering.

⁹⁷ Cass. 10 maart 2008, AR S.07.0073.N, ECLI:BE:CASS:2008:ARR.20080310.8.N, 4.

⁹⁸ Ter herinnering: Cass. 18 april 1985, ECLI:BE:CASS:1985:ARR.19850418.14, aldaar: ook alle bewijzen die daaruit voortvloeiden en die men zonder dat onrechtmatig bewijs niet zou hebben verkregen, dienden zonder meer geweerd te worden.

verkrijging, aangezien het hier gaat over het geheim van het strafonderzoek, wat een grond is van een intrinsieke onrechtmatigheid.⁹⁹

De zaak belandde op de banken van het Hof van Cassatie die een andere mening toegedaan was:

*"1. Behoudens wanneer de wet uitdrukkelijk anders bepaalt, staat het de rechter de toelaatbaarheid van een onrechtmatig verkregen bewijs, te beoordelen in het licht van de artikelen 6 EVRM en 14 IVBPR, rekening houdende met de **elementen van de zaak in haar geheel genomen**, inbegrepen de wijze waarop het bewijs verkregen werd en de omstandigheden waarin die onrechtmatigheid werd begaan.*

*Een dergelijk bewijs, behoudens het geval van miskennis van een op straffe van nietigheid voorgeschreven vorm, mag alleen worden geweerd wanneer de bewijsverkrijging is aangetast door een **gebrek waardoor de betrouwbaarheid ervan wegvalt** of waardoor het **recht op een eerlijk proces in gevaar wordt gebracht**.*

*De rechter **kan** bij deze afweging, **onder meer**, rekening houden met **één of meer** van volgende **omstandigheden**: het zuiver formeel karakter van de onregelmatigheid; de weerslag op het recht of de vrijheid die door de overschreden norm zijn beschermd; de omstandigheid dat de overheid die met de opsporing, het onderzoek en de vervolging van misdrijven is belast, al dan niet de onrechtmatigheid opzettelijk heeft begaan; de omstandigheid dat de ernst van de inbreuk veruit de begane onrechtmatigheid overstijgt; het feit dat het onrechtmatig verkregen bewijs alleen een materieel element van het bestaan van de inbreuk betreft; het feit dat de onregelmatigheid die aan de vaststelling van de inbreuk voorafging of daarmee gepaard ging, volstrekt onevenredig is met de ernst van die inbreuk.*

2. De appelrechters oordelen dat de omstandigheid dat een bewijselement op onrechtmatige wijze werd verkregen tot gevolg heeft dat de rechter, bij het vormen van zijn overtuiging, dat element noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks in aanmerking mag nemen en dat alle bewijsmateriaal dat voortvloeit uit het aldus onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal evenmin als regelmatig verkregen bewijs in aanmerking kan genomen worden.

3. De appelrechters, die op die gronden oordelen dat de bewijsmiddelen die op onrechtmatige wijze zijn verkregen, niet ontvankelijk zijn, en weigeren dit

⁹⁹ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het burgerlijk bewijsrecht: overzicht van rechtspraak (2000-2013)", *TPR* 2015, (597) 681, nr. 84.

oordeel aan bovenvermelde criteria of omstandigheden te toetsen, verantwoord hun beslissing niet naar recht.”¹⁰⁰ Eigen markeringen.

2.2.1.1 Bespreking

56. Het Hof van Cassatie, derde kamer in sociale zaken¹⁰¹, vernietigt de beslissing van de arbeidsrechtbank. Meer bepaalt omdat de rechters in kwestie niet de juiste beoordelingstoets hebben toegepast, aldus het Hof van Cassatie.

Het Hof van Cassatie begint met de stelling dat het principieel aan de rechter toekomt te beoordelen of onrechtmatig verkregen bewijs “toelaatbaar” is of niet en dat hij dat moet doen in het licht van het recht van verdediging, waarvan de belangrijkste grondslag artikel 6 EVRM is. De feitenrechter mag daarbij rekening houden met alle elementen van de zaak.

Vervolgens neemt het Hof integraal – en zonder enige aanpassing – de Antigoonformule in strafzaken over. Voor een mijlpaalarrest (?) te (willen) zijn, verdient dit arrest alvast geen schoonheidsprijs door dat botte knip-en-plakwerk van de Antigoon-toets uit strafzaken.¹⁰²

Zo ook merkt de rechtsleer¹⁰³ op dat de term “toelaatbaarheid” enigszins ongelukkig gekozen is (zie definitie toelaatbaarheid: betreft de vraag of een bewijsmiddel tot bewijs van een betwist feit kan strekken) en suggereren dat het Hof beter de term “geoorloofdheid” had gehanteerd.

57. Wat er ook van zij, de hoofdvraag was al snel of dit nu het (mijlpaal)arrest dat de doorwerking van Antigoon in civiele zaken inluide?¹⁰⁴

De beroering in de rechtsleer werd snel duidelijk en de mening van de auteurs liepen uiteen. Een strekking meende dat dit arrest dé doorwerking van Antigoon in civiele zaken was.¹⁰⁵ Een andere strekking¹⁰⁶, waartoe o.m. Van Doninck in zijn

¹⁰⁰ Cass. 10 maart 2008, AR S.07.0073.N, ECLI:BE:CASS:2008:ARR.20080310.8.N.

¹⁰¹ S-zaken: sociale zaken. Zij behandelt in beginsel de sociale zaken die niet tot het strafrecht behoren.

¹⁰² B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Het burgerlijk bewijsrecht: overzicht van rechtspraak (2000-2013)”, *TPR* 2015, (597) 673, nr. 73.

¹⁰³ Zonder exhaustiviteit te betrachten ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Het burgerlijk bewijsrecht: overzicht van rechtspraak (2000-2013)”, *TPR* 2015, (597) 652, nr. 49; S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, “Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria”, *Limb.Rechtsl.* 2019, afl. 4, (287) 290, nr. 8 en M. SCHOUTEDEN, “Antigon in een nieuw, burgerrechtelijk jasje: klaar voor de catwalk?”, *TBBR/RGDC* 2022, afl. 5, (251) 258, nr. 18.

¹⁰⁴ Voor een omstandig overzicht van de voornaamste vragen, zie ook N. DELWAIDE, “Antigone en matiere civile: les incertitudes persistent”, *TBH* 2019, afl. 9, (1140) 1140-1146.

¹⁰⁵ Zie o.m.: B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, “Licéité de la preuve en matière civile: un clone pour “Antigoon””, *JT* 2012, 172, nr. 22 en S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, “Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria”, *Limb.Rechtsl.* 2019, afl. 4, (287) 291, nr. 8.

¹⁰⁶ Zie o.m.: J. VAN DONINCK, *Het lot van onrechtmatig bewijs*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 145 e.v., nr. 94-97; D. MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles” *DAOR* 2011 afl. 2, (240) 246; E. MAES, “Onrechtmatig bewijs in civiele zaken in België en Duitsland”, *RW* 2014-15, (682) 687; D. MOUGENOT, “Antigone au milieu du gué. Le point sur l’utilisation des preuves recueillies irrégulièrement en matière civile” in C. DELFORGE (ed.), *La preuve en droit privé: quelques questions spéciales*, Brussel, Larcier, 2017, (127) 142-143, nr. 14.

doctoraal proefschrift¹⁰⁷ behoorde, toonde zich niet overtuigd, al was het maar omdat het een casus betrof tussen de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening en een burger, en bij gevolg dus geen sprake is van een horizontale, maar verticale rechtsverhouding.¹⁰⁸

Het geannoteerde arrest bevond zich inderdaad op de snijlijn van het sociaal- en strafrechtelijk contentieux. Alwaar het moeilijk omheen gaan is dat de zaak een publiekrechtelijke aard heeft, met een tegenpartij die een overheidsorgaan dat doelstellingen van algemeen belang handhaaft door gebruik te maken van sancties met een representatief karakter, uitmaakt.

Mijns inziens kan hier maximaal gesproken worden van een Antigoon-toets in burgerlijke zaken met de overheid die aanspraken doet op basis van onrechtmatig verkregen bewijs¹⁰⁹ en aldus niet passende in mijn vooropgestelde definitie van burgerlijke zaken. Dat het arrest de bevestiging van de toepasselijkheid burgerlijke zaken als doelstelling had, op basis van haar "zeer algemene bewoordingen" lijkt mij niet correct.¹¹⁰

Alles in overweging genomen, sluit ik mij aan bij de strekking die in het arrest van 2008 maar weinig pap ziet voor de civiele zaken, maar wel onderschrijft dat het Hof van Cassatie haar beslissing inzake duidelijk was, de principiële bewijsuitsluiting in civiele zaken is niet meer aan de orde.

58. Wat er ook van zij, daarnaast wees de rechtsleer – wel zo goed als unaniem – erop dat de Antigoon-criteria en omstandigheden niet op maat van het civiel geding waren gesneden en aldus moeilijk toepasbaar¹¹¹ of zelfs niet relevant lijken.¹¹²

Ook de (lagere) rechtspraak zal zich verdeeld tonen of over het al dan niet toepassen van de Antigoon-toets zoals geopperd door het Hof van Cassatie.

¹⁰⁷ I.v.m. een ongenueanceerde toepassing van de Antigoon-criteria in burgerlijke zaken die problematisch lijkt zie J. VAN DONINCK, *Het lot van onrechtmatig bewijs*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 153 e.v., nr. 101.

¹⁰⁸ Zie hiervoor J. VAN DONINCK, "Het lot van onrechtmatig bewijs in civiele zaken: dat geeft te denken" (noot onder Cass. 14 juni 2021), *RW* 2021-22, afl. 28, (1090) 1307, nr. 34.

¹⁰⁹ M. MAUS, "Onrechtmatig verkregen bewijs in de fiscale bewijsvoering en in strafzaken" in Y. JORENS, M. MAUS en M. ROZIE (eds.), *Fiscaal en Sociaal Strafrecht – Gordiaanse knoop ontward*, Gent, Story Publishers, 2023, vn. 89.

¹¹⁰ *Contra*: S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria", *Limb.Rechtsl.* 2019, afl. 4, (287) nr. 8

¹¹¹ D. MOUGENOT, "Antigone face aux juges civils. L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles", *DAOR* 2011, afl. 2, (240) 240; M. SCHELKENS, "Cassatie hakt knopen door over onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken" (noot onder Cass. 14 juni 2021), *RDC-TBH* 2021, (2032) 2036, nr. 11 en S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria", *Limb.Rechtsl.* 2019, afl. 4, (287) 292, nr. 10.

¹¹² B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het burgerlijk bewijsrecht: overzicht van rechtspraak (2000-2013)", *TPR* 2015, (597) 677, nr. 78.

Evenwel wint Antigoon in civiele rechtspraak gestaag aan populariteit en blijkt de meerderheid van de rechtscolleges overtuigt en past de Antigoon-toets toe in civiele geschillen.¹¹³

2.2.2 Cassatie arrest van 14 juni 2021

59. Dertien jaar (!) na het arrest van 2008 buigt het Hof van Cassatie zich opnieuw over de materie in haar *to the point* arrest van 14 juni 2021 (hierna geschreven als: 'het eerste arrest').¹¹⁴

Naar aanleiding van de verkoop van een BMW X5 wordt over de zaak doorgeprocedeerd tot bij het Hof van Cassatie. De centrale vraag is of een geluidsopname van een telefoongesprek tussen verkoper en koper als bewijs kan dienen. Bij het beluisteren van de geluidopname is de prijs te horen van 53.500 euro, inclusief btw, doch op de latere bestelbon staat 43.500, euro inclusief btw. Een vergissing zegt de verkoper, een bindende verkoopovereenkomst zegt de koper.

Op gezamenlijk verzoekschrift wordt de rechtbank van Eerste Aanleg, afdeling Kortrijk verzocht zich uit te spreken over dit euvel. De rechter oordeelt dat de overeenkomst wel degelijk gesloten is voor de prijs van 53,500, inclusief btw.

Het hof van beroep te Gent ziet de zaken anders. Het door de kopers tegengetekend aanvraagformulier – met vermelding van de verkoopprijs 53.500 euro, inclusief btw – kan een begin van bewijs door geschrift van de overeenkomst opleveren, maar dan is aanvullend bewijs nodig, zo stelt het Hof.

Wat met de geluidsopname van het telefoongesprek tussen verkoper en koper, die de verkoper bijbrengt? De rechter in hoger beroep wil het niet horen.

Een van de redenen¹¹⁵ tot wering van de geluidsopname klinkt alvast bekend in de oren: op onrechtmatige wijze verkregen en dus wering ervan als bewijs, omdat de opname heimelijk is gebeurd aldus het hof. De appelrechter besluit dus niet dat het bewijs onrechtmatig is, maar wel dat het bewijs onrechtmatig verkregen is. Van een verdere afweging van de bruikbaarheid van dat onrechtmatig bewijs aan de hand van (sub)criteria is in het arrest van het hof van beroep geen sprake.¹¹⁶

¹¹³ Zie de voorbeelden zoals besproken door: B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het burgerlijk bewijsrecht: overzicht van rechtspraak (2000-2013)", *TPR* 2015, (597) 679-681, in het bijzonder nr. 83; J. VAN DONINCK, *Het lot van onrechtmatig bewijs*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 149-150, nr. 97 en de verwijzingen in de vn. 546 en voor de rechtspraak in sociale zaken: H. BUYSENS, "Ontslag wegens dringende reden: kroniek van de rechtspraak 2000-2014" *RW* 2015-16, (443) 454, nr. 35.

¹¹⁴ Cass. 14 juni 2021, C.20.0418.N, ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210614.

¹¹⁵ Voor de volledige motivering van de bestreden beslissing kan verwezen worden naar het verzoekschrift tot cassatie, gevoegd aan het cassatiearrest en gepubliceerd op Juportal en te raadplegen via: https://juportal.be/JUPORTAwork/ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210614.3N.2_NL.pdf

¹¹⁶ Op dat moment is de Antigoon rechtspraak in burgerlijke zaken beperkt tot het (mijns inziens foutievelijk arrest dat de doorwerking van Antigoon in burgerlijke zaken betekent, zie randnummer xxx) arrest van 10 maart 2008. De argumentatie tot wering louter op basis van "heimelijk" is in ieder geval tegen het basisidee van het Hof van Cassatie dat stelt: "(...) weigeren dit oordeel aan bovenvermelde criteria of omstandigheden te toetsen, verantwoord hun beslissing niet naar recht."

De verkoper berust niet en voorziet zich in cassatie. Volgens de verkoper heeft hij als procespartij, op basis van artikel 6.1 EVRM, artikel 14.1 BUPO-Verdrag, samen gelezen met het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging en de regels inzake bewijslast in artikel 870 Ger. W en artikel 8.4, eerste lid¹¹⁷ BW, het recht heeft om de bewijzen waarover hij beschikt in rechte ter beoordeling aan de rechter voor te leggen om zo het bewijs te leveren voor de feiten hij aanvoert.

Hieruit volgt, aldus de verkoper:

*"(...) dat, behoudens wanneer de wet uitdrukkelijk anders bepaalt, de rechter een op onrechtmatige wijze verkregen bewijs enkel kan weren wanneer de bewijsverkrijging is aangetast door een gebrek waardoor de betrouwbaarheid ervan als bewijs wegvalt of waardoor het recht op een eerlijk proces in gevaar wordt gebracht."*¹¹⁸

En

*"Of dit het geval is, kan slechts worden uitgemaakt na het doorvoeren van een belangenafweging waarbij de rechter geval per geval de toelaatbaarheid¹¹⁹ van het onrechtmatig verkregen bewijs moet beoordelen, rekening houdend met de wijze waarop het bewijs werd verkregen en met de omstandigheden waarin die onrechtmatigheid werd begaan."*¹²⁰

De derde Nederlandstalige burgerlijke kamer van het Hof van Cassatie, samengesteld uit drie raadsheren heeft oor voor deze argumentatie en gaat, bij eenparigheid, over tot de vernietiging van het bestreden arrest.

Met volgende overwegingen beantwoordt het Hof de kwestie:

*1. Behoudens wanneer de wet uitdrukkelijk anders bepaalt, kan het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken **slechts** worden geweerd indien de **bewijsverkrijging de betrouwbaarheid van het bewijs aantast** of indien hierdoor het **recht op een eerlijk proces in gevaar wordt gebracht**.*

¹¹⁷ Toenmalig artikel 1315 OBW.

¹¹⁸ Cass. 14 juni 2021, C.20.0418.N, ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210614, voorziening in cassatie p. 8 en te raadplegen via https://juportal.be/JUPORTAwork/ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210614.3N.2_NL.pdf.

¹¹⁹ Waarmee de koper waarschijnlijk doelt op het mogen gebruiken in het geschil, en aldus beter gesproken kan worden van "mogelijkheid tot gebruik in rechte" i.p.v. "toelaatbaarheid" wat neerkomt op de toets of het bewijs verenigbaar is met de regels in het burgerlijk wetboek bepaalde regels onder welke voorwaarden een bewijsmiddel kan uitmaken van een betwist feit, zoals nu neergeschreven in art. 8.1, 13° BW en zoals eerder opgemerkt in M. SCHOUTEDEN, "Antigon in een nieuw, burgerrechtelijk jasje: klaar voor de catwalk?", *TBBR/RGDC* 2022, afl. 5, (251) 252, nr. 3.

¹²⁰ Cass. 14 juni 2021, C.20.0418.N, ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210614, voorziening in cassatie p. 8 en te raadplegen via https://juportal.be/JUPORTAwork/ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210614.3N.2_NL.pdf.

2. De rechter dient hierbij rekening te houden met al de omstandigheden van de zaak, **waaronder** de wijze waarop het bewijs werd verkregen, de omstandigheden waarin de onrechtmatigheid werd begaan, de ernst van de onrechtmatigheid en de mate waarin hierdoor het recht van de wederpartij werd geschonden, de bewijsnood van de partij die de onrechtmatigheid beging en de houding van de wederpartij.” (eigen markeringen)

60. Het Hof van Beroep in Antwerpen krijgt het dossier toegestuurd. Dat Hof zal zich opnieuw moeten buigen over het dossier. Het Hof zal hierbij de Antigoon-toets in civiele zaken moeten maken. Wat de uitkomst daarvan zal zijn en of het Hof besluit tot uitsluiting valt nog af te wachten.^{121 122}

2.2.2.1 Bespreking: and the rest is history?

61. “t is gebeurd” moeten vele rechtspractici, vertrouwd met het leerstuk, gedacht hebben. Hoewel sommige auteurs¹²³ zullen beargumenteren hier oude wijn in nieuwe zakken te zien, zelfde inhoud als het arrest van 2008 maar anders verwoord. Is dat mijns inziens niet het geval.

62. Het valt enerzijds op dat het Hof van Cassatie gepoogd heeft de Antigoon-toets te schrijven op maat van het civiel recht. Zodoende heeft het Hof aan de doctrinale commentaar dat de Antigoon-criteria én omstandigheden niet op maat van het civiele geding waren gesneden en aldus moeilijk toepasbaar waren¹²⁴, getracht toe te komen.¹²⁵ Anderzijds valt de in het algemeen beknopte(re) uiteenzetting op.

Wat de criteria betreft houdt het Hof van Cassatie het enkel nog op de betrouwbaarheid van het bewijs en het recht op een eerlijk proces.

Het toetsingscriterium “op straffe van nietigheid voorgeschreven vorm” valt niet meer te lezen. Het Hof van Cassatie lijkt daarmee ook oor te hebben voor de kritiek dat er in het burgerlijke bewijsrecht zelfden of nooit op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen bestaan.¹²⁶ Alsook mogelijks voor de kritiek dat het nietigheids criterium op gespannen voet staat met de verzachtingsregels uit het Gerechtelijk wetboek.¹²⁷

¹²¹ En kan een bijzonder mooie illustratie uitmaken voor verder (vergelijkend) onderzoek.

¹²² Ik doe enkele uitspraken *infra* bij de bespreking van de criteria en omstandigheden, maar zonder te willen vooruitlopen op het nieuwe arrest dat door het hof van beroep te Antwerpen zal uitgesproken worden.

¹²³ Omdat zij reeds overtuigd waren dat Antigoon in civiele zaken bestond na het arrest van 10 maart 2008.

¹²⁴ Zie de opsomming *supra* vn. 91 en 92.

¹²⁵ Zie daarvan de bevestiging van die intentie van het Hof in het jaarverslag 2021 in X, “Richtinggevende arresten – burgerlijk recht” in I. COUWENBERG, M. NOLET DE BRAUWERE, A. MEULDER en P. BRULEZ, *Hof van Cassatie van België Jaarverslag 2021*, Brussel, 2022 (92) 105: “De toegepaste ‘Antigooncriteriën’ houden daarbij met de eigenheid van het burgerlijk recht rekening.”

¹²⁶ Zie o.m.: MOUGENOT, “Antigone au milieu du gué. Le point sur l’utilisation des preuves recueillies irrégulièrement en matière civile” in C. DELFORGE (ed.), *La preuve en droit privé: quelques questions spéciales*, Brussel, Larcier, 2017, (127) 148 en S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, “Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria”, *Limb.Rechtsl.* 2019, afl. 4, (287) 292-293, nr. 11

¹²⁷ M. SCHELKENS, “Cassatie hakt knopen door over onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken” (noot onder Cass. 14 juni 2021), *RDC-TBH* 2021, (2032) 2039, nr. 15 en de verwijzingen aldaar.

Ook bij de omstandigheden valt een aanpassing naar de context van burgerlijke procesvoering op. Zo valt niet meer te lezen dat het criterium dat de onrechtmatigheid louter formeel van aard is, gehanteerd moet worden. Net zoals dat de afweging tussen de ernst van de begane onrechtmatigheid en de fout die daardoor aan het licht komt en het intentioneel karakter van de begane onrechtmatigheid niet meer (expliciet) te lezen.

Het Hof laat tevens de verwijzing naar de artikel 6 EVRM en 14 IVBPR achterwege en hoewel het Hof niet meer expliciet verwijst naar deze artikelen, valt hun inhoud wel nog te lezen in de criteria alsook in de omstandigheden. Dat mag niet verbazen wetende dat naar analogie met de vaststelling dat de meeste omstandigheden in strafzaken geschreven werden ter concretisering van artikel 6 EVRM, het recht op een eerlijk proces.

Aldus concludeert het Hof van Cassatie dat de feitenrechter bij de belangenafweging rekening **dient** te houden met **al de omstandigheden van de zaak**, waaronder vijf concrete omstandigheden.

63. Over de grote verantwoordelijkheid die het Hof bij de feitenrechters legt zegt het Hof van Cassatie zelf twee zaken.

De feitenrechter is steeds **vrij** om – weliswaar na het doen van de burgerrechtelijke Antigoontoets zoals besloten door het Hof van Cassatie – al dan niet over te gaan tot wering van het bewijs.

*"Verder moet worden opgemerkt, dat – net zoals bij de strafrechtelijke toets – de burgerrechtelijke toets uitgaat een loutere **optie** (zie de bewoording "kan" in het arrest) (en dus geen verplichting) tot wering van het bewijs bij de beoordeling van de criteria "aantasten van de betrouwbaarheid" en "het in het gedrang brengen van het recht op een eerlijk proces".¹²⁸ Eigen toevoeging en markering.*

64. Of die lijst exhaustief dan wel limitatief op te vatten is en wat maakt of de feitenrechter enkel met deze of met nog andere omstandigheden, rekening mag houden, blijft het Hof stil over. Ik bespreek dat verder.

65. Het Hof heeft met dit arrest stelling willen innemen, dat behoeft geen discussie meer. In haar jaarverslag van 2021 laat het Hof, bij de bespreking van

¹²⁸ X, "Richtinggevende arresten – burgerlijk recht" in I. COUWENBERG, M. NOLET DE BRAUWERE, A. MEULDER en P. BRULEZ, *Hof van Cassatie van België Jaarverslag 2021*, Brussel, 2022 (92) 105.

het arrest van 16 december 2021¹²⁹, onomstotelijk weten dat “in deze zaak het Hof stelling ingenomen omtrent de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken.”

Het Hof laat weten dat het zich sluit aldus met het arrest van 16 december (en eigenlijk reeds bij arrest 14 juni 2021) – op eensluidende conclusie van eerste advocaat-generaal Mortier – aansluit bij de bovengenoemde eerste strekking, die de Antigoonleer eveneens van toepassing acht in burgerlijke zaken.¹³⁰

2.2.3 Cassatie arrest van 16 december 2021

66. Maar wie duidelijk wil zijn, zegt het twee keer en zo legde het Hof van Cassatie een nieuw arrest (hierna geschreven als: ‘het tweede arrest) onder de kerstboom, nauwelijks zes maanden na het eerste arrest en waarin onrechtmatig verkregen bewijs opnieuw centraal staat, ditmaal in het kader van een betwisting over onderhoudsuitkering na echtscheiding, waar de uitkeringsgerechtigde samenleeft met een andere persoon als waren zij gehuwd.¹³¹

67. De discussie betreft bewijsstuk 29, dat een uittreksel uit het rijksregister betreft, met daarop de historiek van de woonst van de nieuwe partner van de eiseres. De verdediging van de eiseres stelt dat dit stuk in strijd met het doel van de aan de advocaat verleende machtiging tot toegang van het rijksregister is en aldus onrechtmatig verkregen bewijs uitmaakt en vraagt de wering.¹³²

Het Hof van Cassatie wijst af. In zijn eerste rechtsoverweging herneemt het Hof letterlijk de inhoud van het eerste arrest. Het is dan ook vooral de tweede rechtsoverweging die interessant zal blijken:

*“Het middel dat ervan uitgaat dat uit het algemeen rechtsbeginsel van het recht op verdediging, zoals onder meer neergelegd in artikel 6 EVRM, voortvloeit dat onrechtmatig verkregen bewijs in geschillen van **zuiver privaatrechtelijke aard** steeds uit het debat moet worden geweerd, faalt in zoverre naar recht.”*¹³³ (eigen markering)

2.2.3.1 Bespreking

¹²⁹ Alwaar ze via de bewoording: “overigens velde het Hof – op conclusie van advocaat generaal Vanderlinden – een half jaar vóór het onderhavige arrest bij wege van een arrest van 14 juni 2021 reeds een identieke uitspraak omtrent de Antigoontoets in burgerlijke zaken” de brug slaat met het arrest van 14 juni 2021.

¹³⁰ X, “Richtinggevende arresten – burgerlijk recht” in I. COUWENBERG, M. NOLET DE BRAUWERE, A. MEULDER en P. BRULEZ, *Hof van Cassatie van België Jaarverslag 2021*, Brussel, 2022 (92) 104.

¹³¹ Het arrest va, 16 december 2021 werd zonder voorziening in cassatie gepubliceerd, maar er wordt een feitenrelaat gegeven in het jaarverslag. Zie ook X, “Richtinggevende arresten – burgerlijk recht” in I. COUWENBERG, M. NOLET DE BRAUWERE, A. MEULDER en P. BRULEZ, *Hof van Cassatie van België Jaarverslag 2021*, Brussel, 2022 (92) 103-105.

¹³² Ik put het feitenrelaas uit het jaarverslag X, “Richtinggevende arresten – burgerlijk recht” in I. COUWENBERG, M. NOLET DE BRAUWERE, A. MEULDER en P. BRULEZ, *Hof van Cassatie van België Jaarverslag 2021*, Brussel, 2022 (92) 104.

¹³³ Cass. 16 december 2021, AR C.18.0314.N, overw. 2.

68. Op het gebied van de Antigoon-toets heeft dit arrest niks nieuws te vertellen. Het lijkt er vooral op dat het Hof van Cassatie eerste kamer met vijf raadheren – bijzonder duidelijk – wenst te stellen dat ook in geschillen van zuiver privaatrechtelijke aard, de Antigoon toets zoals voorgeschreven dient te gebeuren.

Daarmee maakt het Hof duidelijk dat de Antigoon-toets in elke burgerlijke zaak, van quasi penaal over artikelen die de openbare orde raken tot en met van zuiver privaatrechtelijk aard, dient genomen te worden.

2.3 Resterende twistpunten in verband met deze cassatiearresten: spreek nu of houd uw vrede voor altijd

69. Alvorens over te gaan tot de inhoud van de cassatierechtspraak, zijn er nog vijf elementen in het eerste en tweede arrest dat aandacht verdienen, eerst inhoudelijk, nadien omtrent de werking en samenstelling van het Hof.

2.3.1 Inhoudelijk

2.3.1.1 Het ongeoorloofd bewijs: twee voor de prijs van één?

70. Een steeds terugkomende vraag en discussie is of het Hof van Cassatie zich in haar rechtspraak beperkt tot één vorm van ongeoorloofd bewijs, nl. onrechtmatig verkregen bewijs, dan wel de beide vormen.

In de rechtsleer is daaromtrent sinds lang een tweespalt ontstaan. Zo wijst SCHELKENS in zijn bijdrage, bij de bespreking van het cassatiearrest van 10 maart 2008, ook op de betwiste vraag na het arrest en de twee strekkingen.¹³⁴

71. Een eerste strekking die meent dat de Antigoon-toets enkel van toepassing is op onrechtmatig verkregen bewijs en een twee strekking die dit contesteert en ook de toepassing op intrinsiek onrechtmatig bewijs meent te lezen.

72. Voorstanders van de eerste, strikte visie, menen steun te vinden in een letterlijke lezing van het arrest uit 2008, dat enkel spreekt over “onrechtmatig verkregen bewijs”.¹³⁵ Ook de cassatiearresten van 2021 spreken enkel van “onrechtmatig verkregen bewijs”.

73. Voorstanders¹³⁶ van de tweede ruimere visie daarentegen menen, terecht volgens SCHELKENS, dat het Hof van Cassatie de toepassing van de Antigoon-leer,

¹³⁴ M. SCHELKENS, “Cassatie hakt knopen door over onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken” (noot onder Cass. 14 juni 2021), *RDC-TBH* 2021, afl. 9, (2032) 2036, nr. 10.

¹³⁵ Ibid en de verwijzingen aldaar.

¹³⁶ Zie o.m.: M. SCHELKENS, “Cassatie hakt knopen door over onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken” (noot onder Cass. 14 juni 2021), *TBH* 2021, (2032) 2036, nr. 10 en 2041, nr. 21 en de verwijzingen aldaar; M. SCHOUTEDEN, “Antigon in een nieuw, burgerrechtelijk jasje: klaar voor de catwalk?”, *TBBR/RGDC* 2022, afl. 5, (251) 262, nr. 23 en de verwijzingen aldaar.

net als in strafzaken, wellicht niet tot onrechtmatig verkregen bewijs heeft willen beperken. En merkt daarbij – correct volgens mij – op dat het Hof van Cassatie dit, in wezen doctrinaal, onderscheid zelf niet onderschrijft, noch kent.

74. Het onderscheid is dan ook louter doctrinaal ontwikkeld en werd voor het eerst op scherp gesteld in een bijdrage van ALLEMEERSCH en SCHOLLEN.¹³⁷

VAN DONINCK komt met de nuance dat wanneer de rechterlijke kwalificatie van het bewijs neerkomt op intrinsiek onrechtmatig, dat dat ook de bezegeling ervan in het geding zal inhouden.¹³⁸

75. Met het recente cassatiearrest heeft het Hof van Cassatie dit twistpunt niet aangeraakt. Waardoor de vraag of de Antigoontoets ook geldt voor intrinsiek onrechtmatig bewijs een doctrinaal antwoord behoeft.

SCHELKENS, alsook SCHOUTEDEN, hebben zich reeds laten lezen en blijven dezelfde visie toegedaan. Ze herhalen daarbij hun argumentatie en SCHELKENS ziet daarbij de overtreffende trap in het feit dat het bewijs aan de grondslag van het arrest, zijnde heimelijk gemaakte geluidsopname, en dus anders dan het bewijs bij het arrest van 2008¹³⁹, onrechtmatig verkregen bewijs uitmaakt.

Ook VASSEUR stelt zich die vraag in zijn bijdrage alwaar hij zich de vraag stelt of de vraag rijst of de 'verburgering' van de strafrechtelijke Antigoon enkel van toepassing is op onrechtmatig verkregen bewijs, dan wel zich ook uitstrekt tot (intrinsiek) onrechtmatig bewijs en stelt daarbij dat één en ander nochtans moeilijk verzoenbaar lijkt met de inhoud en – theologisch geïnterpreteerde – strekking van artikel 931 lid 2 van het Gerechtelijk Wetboek.¹⁴⁰

76. In het kader van deze discussie is het mijns inziens ook heilzaam om verder te kijken en de Antigoon-toets zelf erbij te nemen, aangezien ik nergens overtuigt lees dat het Hof van Cassatie zich niet tot de beide vormen richt. Het Hof van Cassatie begint de toets niet voor niks met de woorden: "behoudens wanneer de wet uitdrukkelijk anders bepaalt". Het Hof van Cassatie eerbiedigt daarbij het primaat van de wetgever. Het beroepsgeheim dient aldus wettelijk die bescherming te krijgen, dat het nodig heeft om haar functie in een democratische maatschappij te doen. Bewijs in strijd met het beroepsgeheim dient uit de debatten gehouden te worden.¹⁴¹

¹³⁷ B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereisten in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, afl. 2, (41) 41 e.v.

¹³⁸ J. VAN DONINCK, *Het lot van onrechtmatig bewijs*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 155-156, nr. 102.

¹³⁹ Dat betrof intrinsiek onrechtmatig bewijs, zijnde bewijs dat een schending inhield van het geheim van het opsporingsonderzoek.

¹⁴⁰ R. VASSEUR, "Communicatie tussen ouder en kind als bewijs in burgerlijke zaken" (noot onder Brussel 1 februari 2022), *NJW* 2023, afl. 475, (96) 97.

¹⁴¹ *Contra* (medisch beroepsgeheim): Gent 18 maart 2010, *T.Gez.* 2010-11, afl. 5, 398, noot S. DEFLOOR en Gent 7 november 2013, *T.Gez.* 2014-15, afl. 5, 356, noot F. BLOCKX.

77. Daarnaast kan de mening van het Hof ook ontwaard worden in het jaarverslag van 2021, alwaar het Hof meermaals schrijft “onrechtmatig (verkregen) bewijs”. Het Hof maakt het onderscheid niet. Een onderscheid dat trouwens niet altijd even gemakkelijk te maken valt in de praktijk.

2.3.1.2 De omstandigheden: exhaustief vs. Limitatief

78. Het Hof van Cassatie stelt, in de beide arresten van 2021, enkele omstandigheden voorop, die moeten helpen om de twee criteria te beoordelen, hoewel ze niet als een verbijzondering van de notie van het eerlijk proces worden uiteengezet, zoals dat wel het geval is in de strafrechtelijke Antigoon-toets.¹⁴²

Het Hof van Cassatie schrijft in haar tweede overweging:

*“De rechter **dient** hierbij rekening te houden met al de omstandigheden van de zaak, **waaronder** de wijze waarop het bewijs werd verkregen, de omstandigheden waarin de onrechtmatigheid werd begaan, de ernst van de onrechtmatigheid en de mate waarin hierdoor het recht van de wederpartij werd geschonden, de bewijsnood van de partij die de onrechtmatigheid beging en de houding van de wederpartij.”*¹⁴³

78. Daarom stelt zich de vraag of het Hof van Cassatie met deze lijst een exhaustieve dan wel limitatieve kijk op de opgesomde omstandigheden heeft willen bewerkstelligen.

78. In het strafrechtelijke contentieux is het Hof van Cassatie duidelijker, en stelde het recent nog het arrest van 4 april 2023

*“Weliswaar moet de rechter de door hem vastgestelde onregelmatigheid niet toetsen aan al deze criteria en kan hij ook andere criteria gebruiken (...)”*¹⁴⁴

79. SCHELKENS vermoedt, op basis van het woord “waaronder”, dat de opgesomde omstandigheden niet exhaustief opgevat moeten worden en ziet een argument in het feit dat dat ook zo was voor de omstandigheden in de strafrechtelijke antigoon-toets.¹⁴⁵

SCHOUTEDEN beschrijft de omstandigheden dan weer als “functioneel cumulatief” en beargumenteert dat de opsomming niet exhaustief is en de rechter dus ook rekening kan houden met andere “[bijzondere]¹⁴⁶ criteria”, alsook dat de

¹⁴² J. VAN DONINCK, “Het lot van onrechtmatig bewijs in civiele zaken: dat geeft te denken” (noot onder Cass. 14 juni 2021), *RW* 2021-22, afl. 28, 1097-1102.

¹⁴³ Cass. 14 juni 2021, C.20.0418.N, ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210614, overw. 2 én letterlijk overgenomen en samengevoegd met overw. 1 in arrest van 16 december 2021.

¹⁴⁴ Cass. 4 april 2023, AR P.22.1730.N.

¹⁴⁵ M. SCHELKENS, “Cassatie hakt knopen door over onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken” (noot onder Cass. 14 juni 2021), *RDC-TBH* 2021, (2032) 2039, nr.16 en de verwijzingen aldaar.

¹⁴⁶ ‘criteria’ omdat SCHOUTEDEN de omstandigheden als een lijst van bijzondere criteria ziet. Dat doet dit onderzoek niet en ziet ze als (aparte) ‘omstandigheden’.

feitenrechter niet verplicht is alle opgesomde [bijzondere] criteria in rekening te brengen.

80. In het jaarverslag verduidelijkt het Hof van Cassatie hieromtrent, dat de burgerrechtelijke toets – net als de strafrechtelijke toets – verder verfijnd is met een aantal specifieke sub-criteria, aangepast aan het burgerlijk recht. De rechter **kan** bij zijn afweging namelijk rekening houden met: de wijze waarop het bewijs werd verkregen, de ernst van de onrechtmatigheid en de mate waarin hierdoor het recht van de wederpartij werd miskend, de bewijsnood van de partij die de onrechtmatigheid beging en de houding van de wederpartij.¹⁴⁷

81. Het Hof van Cassatie zegt aldus twee zaken, de feitenrechter dient/moet¹⁴⁸ de Antigoontoets doen om het betwiste bewijs al dan niet te weren en dient daarbij rekening te houden met alle omstandigheden van de zaak, waaronder¹⁴⁹ (...).

De rechter kan dus met alle in de exhaustieve lijst opgenomen omstandigheden aan de slag, maar dat hoeft niet. Het enige dat de feitenrechter moet doen, is een afweging volgens de criteria van de Antigoon-toets.

82. Daarmee valt te stellen dat het Hof kiest, op vandaag, voor een **exhaustieve** oplist van de criteria. Dat is nochtans niet wat de formulering op het eerste zicht doet vermoeden¹⁵⁰, en zal in de rechtspraak dus nog een vertaal- en cultuuromslag vergen.

2.3.1.3 In welke stand van het geding?

83. Het is de rechter die de beoordeling van het voorgelegde bewijs dient te doen. Daarvoor dient de rechter het bewijs driemaal te toetsen. Eerst de geoorloofdheid, vervolgens de toelaatbaarheid en als laatste bepaalt hij de bewijswaarde van het bewijs.

84. De geoorloofdheid (synoniem: rechtmatigheid) behelst de vraag of de partij die het bewijs levert, dit niet doet op een manier die indruist tegen het elementaire rechtsgevolgen en de fundamentele waarden van onze rechtsorde.¹⁵¹

85. De toelaatbaarheid behelst de vraag naar de verenigbaarheid van het bewijs met de bewijsrechtelijke regels, die bepalen onder welke voorwaarden een bepaald bewijsmiddel deel kan uitmaken van een betwist feit.¹⁵²

¹⁴⁷ X, "Richtinggevende arresten – burgerlijk recht" in I. COUWENBERG, M. NOLET DE BRAUWERE, A. MEULDER en P. BRULEZ, *Hof van Cassatie van België Jaarverslag 2021*, Brussel, 2022 (92) 105.

¹⁴⁸ Betekenis van "dient" volgens Van Dale: horen, moeten.

¹⁴⁹ Betekenis van "waaronder" volgens Van Dale: onder, tussen welke.

¹⁵⁰ M. SCHELKENS, "Cassatie hakt knopen door over onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken" (noot onder Cass. 14 juni 2021), *RDC-TBH 2021*, (2032) 2039, nr. 16.

¹⁵¹ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het burgerlijk bewijsrecht: overzicht van rechtspraak (2000-2013)", *TPR 2015*, (597) 652, nr. 49.

¹⁵² Art. 8.1, 13° BW

86. Hoewel sommige deze door elkaar gebruiken, is er een duidelijk en belangrijk onderscheid tussen de beide. Zeker wanneer het bewijs geoorloofd maar ontoelaatbaar kan zijn, omdat het volgens de regels van het gereguleerd bewijsrecht niet het bewijs kan leveren.

Ook kan het aangevoerde bewijs ongeoorloofd maar wel toelaatbaar zijn. Te denken valt aan een vermoeden dat afgeleid wordt uit de opname van een telefoongesprek dat kan dienen als aanvulling van een begin van bewijs door geschrift en dus toelaatbaar volgens art. 8.9, § 1, laatste lid en 8.13 BW.¹⁵³

Ook de eigenheid van het burgerlijk geschil geeft hier een verschillende benadering dan in het strafrechtelijke geschil. Het burgerlijk bewijsrecht kent weinig totstandkomingsvereisten en er is evenmin een vervolgende instantie die tot taak heeft de bewijzen te verzamelen of tot stand te brengen.

87. De rechter zal dus eerst de vraag moeten beslechten of het bewijs al dan niet geoorloofd en dan pas de toelaatbaarheidsbeoordeling maken. Mocht de rechter stellen dat het bewijs ongeoorloofd is, kan hij nadien alsnog beslissen het toelaatbaar te achten, volgens de Antigoon-toets.

88. Dit alles is te onderscheiden van de (vraag tot) wering. Bij wering zal de rechter het stuk terzijde schuiven zonder er kennis van te nemen of er inhoudelijke uitspraken over doen. Wering is een automatisme dat geen enkele waardering toelaat.

2.3.1.4 Werking en samenstelling Hof van Cassatie

2.3.1.4.1 Werking Hof van Cassatie: een kleine kamer is een kamer

89. Zoals eerder gesteld bestond de derde Nederlandstalige kamer die zich moest buigen over de betwiste prijs van koop-verkoop van de BMW X5, uit drie raadsheren. Dat is vele auteurs niet ontgaan. Logisch, want een Cassatiearrest getekend door drie raadsheren valt op. Dat zou erop moeten wijzen, volgens een letterlijke lezing van artikel 1105*bis* van het Ger. W.¹⁵⁴ dat de beslissing voor de hand lag...

Dat valt allermeeest te betwijfelen. Zeker indien men kijkt naar het *“niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de eenheid van de rechtspraak of van de rechtsontwikkeling”*.

¹⁵³ M. SCHOUTEDEN, “Antigon in een nieuw, burgerrechtelijk jasje: klaar voor de catwalk?”, *TBBR/RGDC* 2022, afl. 5, (251) 253, nr. 6.

¹⁵⁴ Art. 1105*bis* Ger.W. “Wanneer de beslissing in verband met het cassatieberoep blijktbaar voor de hand ligt of niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de eenheid van de rechtspraak of van de rechtsontwikkeling, kan de eerste voorzitter of de voorzitter van de kamer, op voorstel van de raadsheer-verslaggever en na advies van het openbaar ministerie, de zaak voorleggen aan een beperkte kamer met drie raadsheren.

90. Er werd echter eerder in de rechtsleer reeds opgemerkt dat de praktijk geen vaste betekenis lijkt te hebben.¹⁵⁵ VAN DONINCK besluit het het best en schrijft: een historisch arrest gewezen in een kleine kamer”.¹⁵⁶

91. Mocht dit alles niet overtuigen, is de discussie beslecht door het tweede arrest te wijzen in de eerste te kamer, met vijf raadsheren.

2.3.1.4.1 Samenstelling Hof van Cassatie: ja/non

92. Het blijft alsook belangrijk om eveneens voor ogen te houden dat tot nu toe enkel de Nederlandstalige eerste en derde kamers van het Hof van Cassatie zich hebben uitgesproken. De vraag blijft hoe de Franstalige afdelingen van diezelfde kamers zullen oordelen.¹⁵⁷ Alsook, bij eventuele onverenigbaarheid in de rechtspraak¹⁵⁸, welk standpunt een voltallige kamer dan wel de verenigde kamers zal innemen.

2.4 Een analyse van de criteria en omstandigheden aangereikt door Cassatie: een omstand(slacht)ig verhaal?

93. Beginpunt van dit (deel)onderzoek zijn de criteria en omstandigheden, zoals uitgesproken in het eerste, en bevestigd in het tweede, arrest van 2021. Allereerst worden de criteria bekeken in 2.4.1 (*infra* 44-48, nr. 95-111) om nadien over te gaan tot de omstandigheden in 2.4.2 (*infra* 48-58, nr. 112-150) en aldus een tussentijdse conclusie getrokken.

94. Ter inleiding kan gesteld worden dat het Hof van Cassatie de (recente) rechtsleer duidelijk ter harte heeft genomen. Over de burgerrechtelijke criteria zijn de laatste jaren heel wat – uitgebreide en van hoge kwaliteit– doctrinale werken afgeleverd.¹⁵⁹

¹⁵⁵ B. MAES, “Naar een vernieuwde en versnelde cassatieprocedure” in *Liber amicorum Ludovic De Gryse*, Gent, Larcier, 2010, (387) 397.

¹⁵⁶ J. VAN DONINCK, “Het lot van onrechtmatig bewijs in civiele zaken: dat geeft te denken” (noot onder Cass. 14 juni 2021), *RW* 2021-22, nr.28, 1104.

¹⁵⁷ Zie in dezelfde zin: M. SCHELKENS, “Cassatie hakt knopen door over onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken” (noot onder Cass. 14 juni 2021), *RDC-TBH* 2021, (2032) 2041, nr. 20

¹⁵⁸ Zoals bijvoorbeeld het geval met het cassatiearrest van 10 november 2008, *JTT* 2009, 18. Alwaar de Franstalige afdeling van de derde kamer van het Hof van Cassatie, acht maanden na het arrest van 10 maart 2008, in haar oordeel de (beweerde) Antigoontoets in civiele zaken, zelf niet toepaste. Zie ook E. MAES, “Onrechtmatig bewijs in civiele zaken in België en Duitsland”, *RW* 2014-15, (682) 688, nr. 15.

¹⁵⁹ Zo komen enkele omstandigheden rechtsreeks uit de bijdragen: S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, “Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria”, *Limb. Rechtsl.* 2019, afl. 4, (287) en E. DIRIX, “De vruchten van de giftige boom” in ALLAERTS, V., BOUTELIGIER, L., JANSSENS, E., VERSTRAETE, J. en STEVENS, J., *Liber Amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, (263).

2.4.1 De criteria

*"1. Behoudens wanneer de wet uitdrukkelijk anders bepaalt, kan het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken slechts worden geweerd indien de bewijsverkrijging de betrouwbaarheid van het bewijs aantast of indien hierdoor het recht op een eerlijk proces in gevaar wordt gebracht."*¹⁶⁰

95. Het valt op dat de twee criteria (alsook het aanhef), een restant van het strafrechtelijke contentieux zijn, die ook terugkwamen in het arrest van 2008. Dat deze opnieuw verschijnen, hoeft geen probleem te zijn, op voorwaarde dat deze ingevuld worden met de elementen uit het burgerlijk (proces)recht.

2.4.1.1 Behoudens wanneer de wet uitdrukkelijk anders bepaalt

"1. Behoudens wanneer de wet uitdrukkelijk anders bepaalt, kan het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken slechts worden geweerd (...)"

96. Deze aanhef/ prelude heeft tot doel het toepassingsgebied van de Antigoontoets, en dus wat de rechter kan doen, duidelijk te maken.¹⁶¹ De Antigoontoets is enkel van toepassing voor zover de wet niet uitdrukkelijk anders bepaalt.

97. "De wet" valt hier op twee manier te interpreteren. Zo kan hierin gelezen worden dat het Hof van Cassatie doelt op de gevallen waar de (materiele) wet de bewijsverkrijging uitdrukkelijk regelt, met strikte voorwaarden en/of formaliteiten. In dat geval zouden deze bepalingen altijd voorrang moeten krijgen op wat het resultaat van de Antigoontoets zou zijn. Sterker nog, dan kan en mag er geen toets door de rechter gebeuren.

Het is daarbij wel zo dat het burgerlijk (proces)recht weinig (totstandkomings)voorwaarden en/of procedure elementen voor de bewijsvergaring kent. Wel kan bijvoorbeeld verwezen worden de Wet van het beroep van privédetective en artikel 509 e.v. van het Gerechtelijk Wetboek.

98. Maar evengoed zou men kunnen beargumenteren dat het Hof van Cassatie hier doelt op een wettelijke bepaling die uitdrukkelijk voorschrijft wat er moet gebeuren met onrechtmatig (verkregen) bewijs. Deze bepaling zouden dan steeds voorrang moet krijgen op de Antigoontoets.¹⁶² Een letterlijke lezing van het arrest doet deze kijk eerder het geval lijken.

¹⁶⁰ Cass. 14 juni 2021, C.20.0418.N, ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210614, overw. 1 én letterlijk overgenomen in het arrest van 16 december 2021 in overw. 1.

¹⁶¹ M. SCHOUTEDEN, "Antigon in een nieuw, burgerrechtelijk jasje: klaar voor de catwalk?", *TBBR/RGDC* 2022, afl. 5, (251) 266, nr. 31.

¹⁶² M. SCHOUTEDEN, "Antigon in een nieuw, burgerrechtelijk jasje: klaar voor de catwalk?", *TBBR/RGDC* 2022, afl. 5, (251) 263, nr. 25.

Een toepassingsgeval betreft vertrouwelijke documenten en mededelingen uit een bemiddeling in burgerlijke of commerciële zaken. Bij toevoeging van deze documenten, moet de rechter ambtshalve overgaan tot wering (automatisch en zonder kennis van de inhoud te nemen, dus buiten de Antigoontoets om) uit de debatten.¹⁶³

99. Het is tevens zo dat een deel van de rechtsleer voorschrijft dat bewijs dat met schending van een norm die de bewijsgaring op bijzondere wijze regel, strenger moet worden beoordeeld door de rechter. Dit omdat deze wetten de grenzen afbakenen tussen het recht op bewijs en andere fundamentele burgerrechten (meestal het recht op privacy). Het is aldaar de wet (en dus de wetgever) die de belangenafweging doet, een extra belangenafweging daarbovenop wordt niet nuttig, zelfs niet gewenst gezien.¹⁶⁴

100. De miskenning van wettelijk gereguleerde bewijsregels kan aldus enkel resulteren in de bewijsuitsluiting, buiten elke Antigoon-toets om. Deze zin kan aldus gezien worden als een soort prelude op de eigenlijke toets, een afbakening waarmee het Hof van Cassatie de grenzen van het speelveld vooropgesteld. Een lijn die samenvalt met het principe van de scheiding der machten.

2.4.1.2 Betrouwbaarheid van het bewijs: twee voor de prijs van één?

*"1. Behoudens wanneer de wet uitdrukkelijk anders bepaalt, kan het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken **slechts** worden geweerd indien de **bewijsverkrijging de betrouwbaarheid van het bewijs aantast** of (...)."*

101. De situaties waarin de bewijsverkrijging de betrouwbaarheid van het bewijs aantast zijn in de praktijk schaars.¹⁶⁵ De betrouwbaarheid van een bewijsmiddel komt dan ook maar slechts in het gedrang indien het tot stand zou zijn gekomen doormiddel van manipulatie, kunstgrepen of uitlokking. Zo valt te denken aan vervaste bewijzen of bekentenissen bekomen door uitlokking of met dwang. Dat maakt tevens dat de kwalificatie eerder intrinsiek onrechtmatig zal worden.¹⁶⁶

102. De onrechtmatigheid begaan bij de verkrijging van het bewijsmiddel zal zelden aanleiding geven tot een aantasting van de betrouwbaarheid ervan. Bewijs

¹⁶³ Art. 1728, § 4 in fine Ger. W.

¹⁶⁴ B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, afl. 2, (41) 54; S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria", *Limb.Rechtsl.* 2019, afl. 4, (287) 301 - 302; J. VAN DONINCK, "Het lot van onrechtmatig (verkregen) bewijs: tempt me not" in S. RUTTEN en B. VANLERBERGHE (eds.), *Het bewijs in burgerlijke zaken*, Brugge, die Keure, 2015, (177) 184.

¹⁶⁵ S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria", *Limb.Rechtsl.* 2019, afl. 4, (287) 293-294, nr. 12 en B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, "Licéité de la preuve en matière civile: un clone pour 'Antigoon'", *JT* 2012, nr. 9, (165), 168-169, nr. 12.

¹⁶⁶ S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria", *Limb.Rechtsl.* 2019, afl. 4, (287) 293-294, nr. 12

dat (onrechtmatig) verkregen werd door een list of schending privacy/briefgeheim, zal de betrouwbaarheid zelf niet aantasten, waardoor er een uitsluiting zal volgen.¹⁶⁷

103. Indien er toch een aantasting van de betrouwbaarheid doormiddel van de verkrijging zou zijn, is de rechter verplicht het bewijselement te verwerpen.

104. Er wordt terecht aangestipt in de rechtsleer dat het criterium hier nuance mist. Het onderzoek naar de betrouwbaarheid van een bewijselement komt vaak eerder neer op de bewijswaardering ervan.¹⁶⁸ Het werd elders reeds – pertinent – opgemerkt, de betrouwbaarheid van het bewijs is een zaak van bewijswaardering en daaraan doet de rechter hoe dan ook.¹⁶⁹

In burgerlijke zaken beoordeelt de rechter in beginsel, de uitzondering is wanneer de wetgever een wettelijke bewijswaarde toekent¹⁷⁰, vrij welke bewijswaarde hij hecht aan een bepaald bewijs. Indien bij een bewijsmiddel niet geloofwaardig acht, dan zal hij er geen rekening mee houden.¹⁷¹

105. Het is in deze niet ver zoeken naar een praktijkvoorbeeld in het kader van een echtscheiding. Partij A blijft in de gezinswoning wonen (op basis van een alimentatie of bestuurshandeling) en krijgt op een bepaald moment een brief toe, geadresseerd aan partij B. Als partij A beslist de brief te openen en de inhoud ervan voor te leggen, zal dat geen invloed hebben op de betrouwbaarheid van de inhoud.

2.4.1.3 Recht op een eerlijk proces

*"1. Behoudens wanneer de wet uitdrukkelijk anders bepaalt, kan het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken **slechts** worden geweerd indien (...) of indien hierdoor het **recht op een eerlijk proces in gevaar wordt gebracht.**"*

106. Het recht op een eerlijk proces in burgerlijke zaken vindt haar grondslag in artikel 6, eerste lid EVRM en bestaat uit een opsomming van meerdere procedurele

¹⁶⁷ S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria", *Limb.Rechtsl.* 2019, afl. 4, (287) 293-294, nr. 12.

¹⁶⁸ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht 2000 – 2013", *TPR* 2015, afl. 2, (605) 684; B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 562-563; D. MOUGENOT, "Antigone face aux juges civils. L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles", *DAOR* 2011, afl. 2, (240) 249 en J. VAN DONINCK, *Het lot van onrechtmatig bewijs*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 154.

¹⁶⁹ J. VAN DONINCK, "Het lot van onrechtmatig bewijs: een grondslagenonderzoek", *RW* 2020-21, afl. 33, (1283) 1308.

¹⁷⁰ Art. 8.1, 14° BW.

¹⁷¹ S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria", *Limb.Rechtsl.* 2019, afl. 4, (287) 294-295, nr. 13

garanties die moeten zorgen voor een eerlijk, openbaar en binnen redelijke termijn behandeling van zijn zaak.¹⁷²

107. Voor de invulling van deze open normen, kan allereerst gekeken worden naar de rechtspraak van het EHRM. Zo oordeelde het EHRM dat de vereisten inherent aan het concept van 'een eerlijk proces' in burgerlijke zaken niet noodzakelijk dezelfde zijn als die in strafzaken. Het benadrukt aldus een aparte benadering en definitie, op maat van de eigenheden aan het burgerlijk recht. Alsook, dat lidstaten een grote vrijheid genieten bij de invulling ervan en zelfs een grotere dan in strafzaken.¹⁷³

108. Het EHRM bakent wel de minimumgrenzen van het recht op een eerlijk proces af en doet dit doormiddel van de verschillende deelaspecten te gaan voorzien van een omschrijving. Belangrijk hierbij is dat het EHRM steeds opnieuw stelt dat het lot van ongeoorloofd bewijs een vraag van intern recht is. Het hangt af van de concrete omstandigheden van de zaak en moet geval per geval beoordeeld worden in functie van de regels van nationaal recht.¹⁷⁴

109. Toegesplitst op onrechtmatig verkregen bewijs valt vooral het deelaspect eerlijke behandeling op, dat zelf uit meerdere waarborgen bestaat. Zo bestaat het deelaspect eerlijke behandeling uit (1) het recht op bewijs, (2) de wapengelijkheid en (3) het recht van verdediging. Het recht op bewijs houdt in dat iedere partij in de mogelijkheid moet krijgen om zijn argumenten en bewijzen uiteen te zetten. De wapengelijkheid heeft dan weer tot doel dat iedere partij het recht op bewijs kan uitoefenen in omstandigheden die de partij niet kennelijk benadelen ten aanzien van de tegenpartij. Het recht van verdediging voegt daar nog aan toe dat elke partij kennis moet kunnen nemen van én tegenspraak moet kunnen voeren en dat op alle elementen die de andere partij aan de rechter voorlegt.¹⁷⁵

110. Recht op een eerlijk proces wordt bijvoorbeeld in gevaar gebracht, wanneer het principe van tegenspraak niet gerespecteerd zou worden. De verwerende partij moet daarbij bijvoorbeeld steeds de mogelijkheid hebben om de authenticiteit van het onrechtmatig verkregen document aan te vechten of de mogelijkheid krijgen om te betwisten dat het document aan hem wordt toegeschreven.¹⁷⁶

¹⁷² Zijnde het recht op toegang tot een bij wet ingestelde rechter, het recht op onafhankelijkheid en onpartijigheid van de rechter, het recht op een eerlijke behandeling, het recht op een openbaar behandeling en op openbaarheid van de uitspraak en het recht op behandeling binnen een redelijke termijn.

¹⁷³ EHRM 27 oktober 1993, nr. 14448/88, *Dombo Beheer/Nederland*, § 32-33.

¹⁷⁴ M. SCHOUTEDEN, "Antigon in een nieuw, burgerrechtelijk jasje: klaar voor de catwalk?", *TBBR/RGDC* 2022, afl. 5, (251) 265-266, nr. 30.

¹⁷⁵ EHRM 20 februari 1996, nr. 19075/91, *Vermeulen/ België*; EHRM 27 oktober 1993, nr. 14448/88, *Dombo Beheer/ Nederland*; C. DANIELS, "Stand van zaken en actuele ontwikkelingen op het stuk van het eerlijk proces in burgerlijke zaken" in B. ALLEMEERSCH en W. VANDENBUSSCHE (eds.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, die Keure, 2017, (103) 128; J. VAN DONINCK, *Het lot van onrechtmatig bewijs*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 189-193.

¹⁷⁶ S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria", *Limb.Rechtsl.* 2019, afl. 4, (287) 293, nr. 11 en de verwijzingen aldaar.

Mougenot nuanceert in dit verband en stelt dat het enkele feit dat de partij tegen wie het ongeoorloofde bewijs gericht is, het bewijs heeft kunnen betwisten door tegenspraak, onvoldoende is. De rechtspraak van het EHRM en het Hof van Cassatie spreekt van tegenspraak op "nuttige wijze".¹⁷⁷

111. Mocht de feitenrechter aldus merken dat de partij nog niet heeft kunnen reageren, hoeft dat niet onmiddellijk te resulteren in de bewijswering. De rechtspraak voorziet in deze de galante oplossing van het heropenen van de debatten.

2.4.2 De omstandigheden

*"2. De rechter dient hierbij rekening te houden met al de omstandigheden van de zaak, waaronder de wijze waarop het bewijs werd verkregen, de omstandigheden waarin de onrechtmatigheid werd begaan, de ernst van de onrechtmatigheid en de mate waarin hierdoor het recht van de wederpartij werd geschonden, de bewijsnood van de partij die de onrechtmatigheid beging en de houding van de wederpartij."*¹⁷⁸

112. De invulling van de criteria gebeurt met de verschillende omstandigheden. De omstandigheden op hun beurt zijn op basis van het individuele feitendossier in te vullen. De criteria zijn als het ware de optelsom van de omstandigheden.¹⁷⁹ Zonder dat ze als verbijzondering van het criterium recht op een eerlijk proces gelezen dienen te worden.¹⁸⁰ Het Hof van Cassatie zet de omstandigheden ook niet uit als een "tweede kans" indien de criteria niet tot wering zouden leiden.¹⁸¹ Het Hof van Cassatie schrijft ook nergens de verplichting aan de feitenrechter om in zijn argumentatie al deze omstandigheden te gebruiken. Er zijn ook geen aanwijzingen dat er een hiërarchie zou bestaan tussen de verschillende omstandigheden.¹⁸²

113. Daarnaast wijst VAN DONINCK erop dat het Hof de taak in het leven roept om het bewijsoordeel van de feitenrechter, aan de hand van zowel materieel als procesrecht in te kleuren.¹⁸³ Hij beschrijft dat als de vervlechting van materieel en procesrecht.¹⁸⁴

¹⁷⁷ D. MOUGENOT, "Antigone au milieu du gué. Le point sur l'utilisation des preuves recueillies irrégulièrement en matière civile" in C. DELFORGE (ed.), *La preuve en droit privé: quelques questions spéciales*, Brussel, Larcier, 2017, (127) 150-151, nr. 21.

¹⁷⁸ Cass. 14 juni 2021, C.20.0418.N, ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210614, overw. 2 én letterlijk overgenomen en samengevoegd met overw. 1 in arrest van 16 december 2021.

¹⁷⁹ *Contra*: M. SCHOUTEDEN, "Antigone in een nieuw, burgerrechtelijk jasje: klaar voor de catwalk?", *TBBR/RGDC* 2022, afl. 5, (251) 266, nr. 31.

¹⁸⁰ J. VAN DONINCK, "Het lot van onrechtmatig bewijs in civiele zaken: dat geeft te denken" (noot onder Cass. 14 juni 2021), *RW* 2021-22, nr.28, 1097, nr. 10.

¹⁸¹ M. SCHOUTEDEN, "Antigone in een nieuw, burgerrechtelijk jasje: klaar voor de catwalk?" *TBBR/RGDC* 2022, afl. 5, (251) 266, nr. 31.

¹⁸² Akkoord M. SCHOUTEDEN, "Antigone in een nieuw, burgerrechtelijk jasje: klaar voor de catwalk?" *TBBR/RGDC* 2022, afl. 5, (251) 266, nr. 31.

¹⁸³ J. VAN DONINCK, "Het lot van onrechtmatig bewijs in civiele zaken: dat geeft te denken" (noot onder Cass. 14 juni 2021), *RW* 2021-22, nr.28, 1097, nr. 10.

¹⁸⁴ J. VAN DONINCK, *Het lot van onrechtmatig bewijs*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 305 e.v.

114. Dat de omstandigheden aangepast en toegespitst zijn op civiele zaken, werd reeds bewezen.

115. De feitenrechter is aldus verplicht deze omstandigheden bij zijn beoordeling na te kijken, maar de mate waarin ze doorwegen in het uiteindelijke besluit tot wering, behoort tot de discretionaire beoordelingsbevoegdheid/ vrijheid van de feitenrechter. Het Hof van Cassatie verlangt alleen dat het duidelijk beargumenteert en neergeschreven wordt in het vonnis/ arrest.

116. Het Hof van Cassatie verduidelijkt, zoals steeds, in dit arrest niet de precieze inhoud van de omstandigheden. Het doel is dat de precieze inhoud/ reikwijdte van deze omstandigheden, verder doorheen de rechtspraak (en rechtsleer) gecreëerd worden.

Cassatie 10 maart 2008		Cassatie 14 juni 2021
Eerste overweging	Omstandigheden	Omstandigheden
(...) Inbegrepen de wijze waarop het bewijs verkregen werd en de omstandigheden waarin die onrechtmatigheid werd begaan.		De wijze waarop het bewijs werd verkregen
(...) Inbegrepen de wijze waarop het bewijs verkregen werd en de omstandigheden waarin die onrechtmatigheid werd begaan.		De omstandigheden waarin de onrechtmatigheid werd begaan
	De rechter <u>kan</u> bij deze afweging, onder meer, rekening houden met één of meer van volgende omstandigheden:	De rechter <u>dient</u> hierbij rekening te houden met al de omstandigheden van de zaak, waaronder:
	Het zuiver formeel karakter van de onregelmatigheid;	/
	Het feit dat de onregelmatigheid die aan de vaststelling van de inbreuk voorafging of daarmee gepaard ging, volstrekt onevenredig is met de ernst van die inbreuk.	≠

	De weerslag op het recht of de vrijheid die door de overschreden norm zijn beschermd;	
	De omstandigheid dat de overheid die met de opsporing, het onderzoek en de vervolging van misdrijven is belast, al dan niet de onrechtmatigheid opzettelijk heeft begaan;	OM 1: wijze waarop het bewijs werd verkregen.
	De omstandigheid dat de ernst van de inbreuk veruit de begane onrechtmatigheid overstijgt;	/
	het feit dat het onrechtmatig verkregen bewijs alleen een materieel element van het bestaan van de inbreuk betreft;	/
	/	De bewijs-nood van de partij die de onrechtmatigheid beging
	/	De houding van de wederpartij

Tabel 1: woordelijke verschillen tussen de twee beproven cassatiearresten, waarvan het cassatiearrest 10 maart 2008 als beginpunt wordt gebruikt.

2.4.2.1 Wijze waarop het bewijs werd verkregen

117. Deze omstandigheid kwam reeds eerder voor in de cassatierechtspraak van 2008, maar dan opgenomen in de eerste overweging. Alsook kan deze wellicht gelezen worden in de strafrechtelijke omstandigheid: "niet intentioneel karakter van de begane onrechtmatigheid"¹⁸⁵ en "de onregelmatigheid werd al dan niet opzettelijk begaan of ingevolge een grove onachtzaamheid die daardoor moet worden gelijkgesteld met een opzettelijke onregelmatigheid"¹⁸⁶

118. De omstandigheid "wijze waarop het bewijs werd verkregen" lijkt sterkt op de tweede omstandigheid "omstandigheden waarin de onrechtmatigheid werd begaan".¹⁸⁷

119. Dit criterium heeft hoofdzakelijk betrekking op onrechtmatig verkregen bewijs, daar het de handelswijze waarop het bewijs werd verkregen in overweging neemt. Meer bepaalt het gedrag van de partij die de onrechtmatigheid beging. Te denken valt aan de manier waarop, nl. is de wederpartij in de **val gelokt of is de onrechtmatigheid opzettelijk begaan?** Of is het bewijsmateriaal daarentegen **toevallig** in het bezit gekomen. Het Hof van Cassatie verlangt aldus dat de feitenrechter de daad van bewijsverkrijging gaat apart nemen en kwalificeren.¹⁸⁸

120. In geval van in de val gelokt of opzettelijke daden van onrechtmatigheid (bv. uitlokking, fysieke/ psychologische dwang/geweld), is er sprake van een opzettelijk karakter waardoor het denkbaar is dat de rechtspraak eerder tot uitsluiting zal beslissen. Het opzettelijk karakter kan de betrouwbaarheid van het bewijs aantasten en ook schending wapengelijkheid of recht van verdediging is denkbaar.

Zo is er rechtspraak voorhanden waar de wering gebeurde bij zaken waar de bekentenis bekomen was door fysiek geweld (of onmenselijke behandeling) of diefstal van bewijsmateriaal met als enig doel de verkrijging van informatie om het betwiste rechtsfeit te bewijzen.¹⁸⁹

Ook bij uitlokking van bewijs (bv. van een bekentenis) lonkt de wering doormiddel van het opzettelijk karakter. Echter, is hierbij de afweging met de laatste omstandigheid, die de bewijsnood van de partij in overweging neemt, (en de derde omstandigheid die een proportionaliteitstoets heeft) cruciaal.

¹⁸⁵ D. MOUGENOT, "Utilisation des preuves irrégulières en justice: Antigone se met en tenue civile", *JT* 2021, 540, nr. 7.

¹⁸⁶ Cass. 4 april 2023, AR P.22.1730.N.

¹⁸⁷ Dat doet sommige auteurs zelfs besluiten ze samen te nemen in hun bijdrage onder de overkoepelde term "wijze van bewijsverkrijging" zie J. VAN DONINCK, "Het lot van onrechtmatig bewijs in civiele zaken: dat geeft te denken" (noot onder Cass. 14 juni 2021), *RW* 2021-22, nr.28, 1097-1099.

¹⁸⁸ J. VAN DONINCK, "Het lot van onrechtmatig bewijs in civiele zaken: dat geeft te denken" (noot onder Cass. 14 juni 2021), *RW* 2021-22, nr.28, 1097, nr. 11.

¹⁸⁹ Arbh. Luik 14 december 2010, AR 2009/AN/8833; B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 563; D. MOUGENOT, "Antigone face aux juges civilis. L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles", *DAOR* 2011, (240) 252.

Zo oordeelde de rechtspraak in het verleden tot wering daar de betrouwbaarheid van het bewijs aangetast was, wanneer het artificiële karakter van het bewijs en het feit dat het op een gedwongen manier werd verkregen.¹⁹⁰

121. In geval het bewijs toevallig verkregen of ontdekt is, zal de betrouwbaarheid zelf niet aangetast zijn, waardoor uitsluiting (met het algemeen idee achter de cassatierechtspraak indachten) niet aan de orde is.¹⁹¹

In de doctrine werd reeds verwezen naar de *fishing expedition*, te begrijpen als de situatie waar de partij die de bewijslast draagt, doelbewust op onrechtmatige wijze op zoek gaat naar bewijsmateriaal. De partij gaat als het ware snuffelen en hengelen naar informatie bij de wederpartij zonder precies te weten over welke informatie die beschikt.¹⁹²

Een sterk voorbeeld is de situatie waarbij de werkgever snuistert in het (privé-)e-mailverkeer van de werknemer, zoekende naar bezwarend materiaal om tot ontslag om dwingende redenen te komen. In het verleden was deze situatie, wanneer de werkgever dit doet zonder op voorhand de controle aan te kondigen en mee te delen met welke doeleinden, aangevuld met andere bezwarende feitelijke elementen meermaals voldoende om te beslissen tot wering, door schending aantasting betrouwbaarheid van het bewijs¹⁹³ en schending van het recht op een eerlijk proces.¹⁹⁴

122. Het is niet noodzakelijk dat het bewijs een schending van bijvoorbeeld wapengelijkheid én aantasting betrouwbaarheid betreft, één van beide volstaat om te komen tot het weringsbesluit.

Daarentegen is het duidelijk dat een wering exclusief op één van deze omstandigheden niet aan de orde is, het zal steeds samen met de andere omstandigheden *in globo* genomen moeten worden, en in voorkomend geval verder aangevuld worden met de tweede omstandigheid, nl. de omstandigheden waarin de onrechtmatigheid werd begaan.

¹⁹⁰ B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, afl. 2, (41) 52-53 en B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 556 en 563.

¹⁹¹ Arbh. Bergen 8 december 2010, *Soc.Kron.* 2011, 399, noot O. RIJCKAERT; Arbh. Antwerpen 8 januari 2003, *Soc.Kron.* 2003, 193; Arbrb. Gent 17 oktober 2005, *TGR* 2008, 305 en S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria", *Limb.Rechtsl.* 2019, afl. 4, (287) 297-298.

¹⁹² Zie ook: B. CATTOIR, *Nieuw burgerlijk bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2020, 57 en S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria", *Limb.Rechtsl.* 2019, afl. 4, (287) 298.

¹⁹³ Zie o.a.: Arbh. Antwerpen 19 juli 2017, *Limb.Rechtsl.* 2017, afl. 4, 289; Arbh. Luik 7 mei 2019, *Soc.Kron.* 2020, 359 en Arbrb. Hasselt 21 oktober 2002, *Soc.Kron.* 2003, 197.

¹⁹⁴ Brussel 11 september 2018, *IRDI* 2018, 128, noot T. HEREMANS.

2.4.2.2 Omstandigheden waarin de onrechtmatigheid werd begaan

123. Ook dit criterium heeft hoofdzakelijk betrekking op onrechtmatig verkregen bewijs, daar het de handelswijze waarop het bewijs werd verkregen in overweging neemt. Vele auteurs nemen deze omstandigheid dan ook samen met de eerste omstandigheid.¹⁹⁵

124. Veelal wordt in verband met deze omstandigheid verwezen naar de 'redelijke privacyverwachting' van de wederpartij.¹⁹⁶

125. De redelijke privacyverwachting komt ook (en eerst) ter sprake bij de beoordeling of het bewijs al dan niet onrechtmatig verkregen is.¹⁹⁷

126. Los daarvan komt het terug bij de Antigoontoets, alwaar het indien het buiten de grenzen van de redelijke privacyverwachting is, kan leiden tot een inbreuk op de wapengelijkheid en dus een inbreuk op het eerlijk proces.¹⁹⁸

127. Dit in de situatie waar de ene partij onrechtmatigheden in de bewijvergaring mag begaan buiten iedere, redelijke privacyverwachting van de andere partij(en) om. Die situatie brengt inderdaad een kennelijke ongelijkheid in hun bewijspositie met zich mee, wanneer die andere partij(en) geloofwaardig maakt dat haar bewijspositie beter zou zijn geweest mocht zij ook gebruik hebben kunnen maken van ongeoorloofd bewijs buiten edere, redelijke privacyverwachting om.¹⁹⁹

128. De situatie waarbij een wapenongelijkheid vooral aannemelijk zal zijn, zijn die waar de partijen een ongelijke (voorkomend geval ondergeschikte) positie tegenover elkaar hebben, ook buiten de procedure. Te denken valt aan de arbeidsrelatie tussen werkgever en werknemer. Het is in die arbeidsrelatie dat het voor de ondergeschikte partij vaak onmogelijk zal zijn om onrechtmatigheden in de bewijsvergaring te begaan. Zo is het voor de werknemer zelden aannemelijk dat deze buiten de privacyverwachting van de werkgever bewijs zal kunnen verzamelen. Het bewijs dat vaak in het bezit van de werkgever is. De werknemer heeft, buiten de mogelijkheden die een gerechtelijke procedure te bieden hebben, amper (wettelijke of contractuele) bevoegdheden om dat bewijsmateriaal te verzamelen.²⁰⁰

¹⁹⁵ Zie bv. zie J. VAN DONINCK, "Het lot van onrechtmatig bewijs in civiele zaken: dat geeft te denken" (noot onder Cass. 14 juni 2021), *RW* 2021-22, nr.28, 1097-1099.

¹⁹⁶ S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria", *Limb.Rechtsl.* 2019, afl. 4, (287) 303.

¹⁹⁷ M. SCHOUTEDEN, "Antigoon in een nieuw, burgerrechtelijk jasje: klaar voor de catwalk?" *TBBR/RGDC* 2022, afl. 5, (251) 269, nr. 39.

¹⁹⁸ Ibid.

¹⁹⁹ B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 564.

²⁰⁰ M. SCHOUTEDEN, "Antigoon in een nieuw, burgerrechtelijk jasje: klaar voor de catwalk?" *TBBR/RGDC* 2022, afl. 5, (251) 269, nr. 39.

129. De redelijke privacyverwachting kan tevens verschillen van partij tot partij, doormiddel van verschillende omstandigheden. Veelal zijn deze afhankelijk van het contentieux waarin de onrechtmatigheid werd begaan.²⁰¹

Zo zal in het arbeidsrechtelijk contentieux, het werkgerelateerde karakter spelen. Als het onrechtmatig verkregen bewijs uitsluitend kadert binnen de uitvoering van de arbeidstaak (en dus bijvoorbeeld geen privécommunicatie bevat), valt een onrechtmatigheid binnen de redelijke privacyverwachting van de werknemer.²⁰²

Wanneer de wetgever op voorhand het persoonlijk gebruik van het professionele e-mailadres niet heeft verboden en er tevens geen informatie over een controlesysteem kenbaar is, valt de (onrechtmatige) doorzoeking van die (persoonlijke) e-mails niet binnen de redelijke privacyverwachting van de werknemer.²⁰³

Indien de controle een uitsluitend professionele oorzaak (technische controle of economische, handels- en financiële belangen van de werkgever) heeft, kan de werkgever zich beroepen op de toevallige ontdekken van die informatie.

130. Daarnaast wordt in de rechtspraak ook aanvaard dat de redelijke privacyverwachting kan beïnvloed worden door het feit dat de partijen op het moment van de onrechtmatigheid al in een geschil verwickeld zijn. De partijen mogen er namelijk niet meer vanuit gaan dat al hun contacten vertrouwelijk zijn en blijven op dat moment.²⁰⁴

131. Zo ook (opnieuw) in het onderliggende arrest van 14 juni 2022, alwaar het Hof van Beroep stelt dat de partijen reeds in een geschil waren verwickeld en er al discussie was gerezen over de verkoopprijs. Aldus kunnen de kopers er niet zomaar van uitgaan dat hun tweede telefoongesprek vertrouwelijk zou zijn. Zo gezien valt de opname binnen de redelijke privacyverwachting van de kopers en staat de betrouwbaarheid van het bewijs vast.²⁰⁵

132. Daarnaast is het, op basis van de letterlijke lezing van het arrest, tevens mogelijk dat het Hof van Cassatie in deze omstandigheid de mogelijkheid heeft willen openlaten om andere elementen/ omstandigheden die niet passen binnen de vijf exhaustief opgesomde omstandigheden, te plaatsen en zodoende in overweging te nemen.

²⁰¹ Ibid.

²⁰² Arbrb. Gent 17 oktober 2005, *TGR* 2008, 305.

²⁰³ Arbh. Luik 7 mei 2019, *Soc.Kron.* 2020, afl. 8-9, 359.

²⁰⁴ Rb. Gent 26 maart 2010, *NJW* 2010, 546, not E. BREWAEYS en E. DIRIX, "De vruchten van de giftige boom" in ALLAERTS, V., BOUTELIGIER, L., JANSSENS, E., VERSTRAETE, J. en STEVENS, J., *Liber Amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, (263) 269.

²⁰⁵ Cass. 14 juni 2021, C.20.0418.N, ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210614.

2.4.2.3 Ernst van de onrechtmatigheid en de mate waarin hierdoor het recht van de wederpartij werd geschonden

133. Declercq en Schouteden hadden reeds eerder in hun bijdrage bepleit dat deze omstandigheid in de burgerrechtelijke Antigoontoets behoorde. Ze beschrijven het als een proportionaliteitstoets.²⁰⁶

134. Het valt te vermoeden dat het Hof van Cassatie aldus ook een proportionaliteitscriterium heeft willen inschrijven. Over wat die proportionaliteit dan precies betekent, bestaat er discussie in de rechtsleer.

135. Declercq en Schouteden beschrijven het als de afweging van de ernst van de begane onrechtmatigheid bij de bewijsgaring tegen de ernst van het te bewijzen feit. Dat komt vaak neer op een afweging tussen het recht op bewijs (als onderdeel van het recht op een eerlijk proces) en een ander fundamenteel recht.²⁰⁷

Het komt aldus vaak neer op een afweging tussen een fundamenteel recht van de wederpartij (vaak recht op privacy) en het recht op bewijs van de bewijslastdragende partij.²⁰⁸

136. In dat opzicht heeft deze omstandigheid dan ook vooral een betekenis voor het tweede criterium op het eerlijk proces en meer bepaald de wapengelijkheid.

In het geval de ernst van de onrechtmatigheid, het te bewijzen (rechts)feit zou overstijgen, en besloten zou worden het bewijs alsnog toe te laten, kan dat in strijd zijn met het wapengelijkheid en dus het recht op een eerlijk proces.²⁰⁹ Dit zou een disproportioneel voordeligere bewijspositie geven aan de bewijslastdragende partij ten opzichte van de wederpartij.²¹⁰

Ook het omgekeerde is denkbaar, met name wanneer de ernst van het te bewijzen feit, de ernst van de onrechtmatigheid overstijgt. In dat opzicht kan voor de wapengelijkheid het juist vereist zijn dat het bewijs behouden blijft.²¹¹

²⁰⁶ S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria", *Limb.Rechtsl.* 2019, afl. 4, (287) nr. 22.

²⁰⁷ Ibid.

²⁰⁸ EHRM 13 mei 2008, nr. 65097/01, *N.N. en T.A./ België*; Cass. 27 februari 2001, *AJT* 2000-01, 949; B. CATTOIR, *Burgerlijk procesrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 570; S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria", *Limb.Rechtsl.* 2019, afl. 4, (287) 300 en D. MOUGENOT, "Antigone face aux juges civils. L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles" *DAOR* 2011 afl. 2, (240) 253.

²⁰⁹ Arbh. Luik 7 mei 2019, *Soc.Kron.* 2020, afl. 8-9, 359.

²¹⁰ M. SCHOUTEDEN, "Antigoon in een nieuw, burgerrechtelijk jasje: klaar voor de catwalk?" *TBBR/RGDC* 2022, afl. 5, (251) 270, nr. 41.

²¹¹ Zie ook voor een omstandige uiteenzetting tussen het recht op bewijs en recht op privacy M. SCHOUTEDEN, "Antigoon in een nieuw, burgerrechtelijk jasje: klaar voor de catwalk?" *TBBR/RGDC* 2022, afl. 5, (251) 270-271, nr. 42-43.

2.4.2.4 Bewijsnood van de partij die de onrechtmatigheid beging

137. Bepaalde auteurs hadden eerder al verdedigd dat bewijsnood een omstandigheid zou moeten zijn waarmee de rechter kan rekening houden bij de beoordeling van het al dan niet weren van onrechtmatig verkregen bewijs.²¹²

Dit was echter nog nooit voorgekomen als omstandigheid in de voorgaande Antigoontoets in burgerlijke zaken én zelfs nooit eerder voorgekomen in de bestaande cassatierechtspraak.²¹³

138. De doctrine omschrijft de bewijsnood als de situatie “waarin de informatie en/of het bewijs waarover een partij beschikt, onvoldoende is om de overtuiging van de rechter te vormen. Het is daarbij noodzakelijk dat de “nood” niet aan het gedrag van de bewijslast-dragende partij te verwijten valt.²¹⁴

139. De bewijsnood speelt dan in het voordeel van deze partij, als er geen andere, geoorloofde manier is om het bewijs te leveren. Het is dan dat de feitenrechter de bewijsnood zwaarder kan laten doorwegen op bepaalde daden van ongeoorloofde bewijsverkrijging om alzo te beslissen om de bewijzen niet te weren uit de debatten.²¹⁵

140. Doorheen de rechtspraak (die aldus niet gebaseerd niet was op de onderzochte cassatiearresten) werden hierbij reeds enkele gebeurtenissen aldus beslist.

Als het onrechtmatig (verkregen) bewijs het te bewijzen feit uitmaakt dat het geschil tot een oplossing kan leiden.²¹⁶

Een andere mogelijkheid is die wanneer de bewijslast-dragende partij in bewijsnood verkeert door het verwerpelijk gedrag van de wederpartij.²¹⁷

141. In het geval de bewijsnood aan het gedrag van de bewijslast-dragende partij zelf te wijten is (bv. getreuzeld bewijzen te verzamelen kort na het feit) vervalt de definitie en zal er geen sprake kunnen zijn van bewijsnood.²¹⁸ Ook wanneer hetzelfde bewijs ook op een andere rechtmatige manier kan worden verkregen

²¹² S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, “Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria”, *Limb. Rechtsl.* 2019, afl. 4, (287) en E. DIRIX, “De vruchten van de giftige boom” in ALLAERTS, V., BOUTELIGIER, L., JANSSENS, E., VERSTRAETE, J. en STEVENS, J., *Liber Amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, (263).

²¹³ Dat was ook de vaststelling die VANDENBUSSCHE deed in zijn doctoraal proefschrift in W. VANDENBUSSCHE, *bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 204, nr. 241.

²¹⁴ W. VANDENBUSSCHE, *bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 206, nr. 243.

²¹⁵ Gent 16 februari 2010, *TGR* 2010, 258 en Gent 6 september 2006, *DAOR* 2007, 326, noot B. ALLEMEERSCH.

²¹⁶ M. SCHOUTEDEN, “Antigoon in een nieuw, burgerrechtelijk jasje: klaar voor de catwalk?” *TBBR/RGDC* 2022, afl. 5, (251) 271, nr. 44.

²¹⁷ Brussel 30 juni 2010, *P&B* 2011, 48; B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, “Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht”, *RW* 2002-03, afl. 2, (41) 51.

²¹⁸ W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 220-221.

(bv. door bijkomende onderzoeksmaatregelen te vorderen), valt er in mindere mate te spreken over bewijsnood, waardoor de rechter meer rekening dient te houden met de rechten van de andere partij(en).²¹⁹ Zo niet, valt te denken aan het in het gedrang komen van de wapengelijkheid.

142. Ook in de zaak die aanleiding gaf tot het cassatiearrest van 14 juni 2021 komt deze omstandigheid reeds ter sprake. De appelrechter oordeelt dat de verkoper niet in bewijsnood verkeert, aangezien hij ook op een andere, rechtmatige manier de wilsovereenkomst i.v.m. de prijs kan bewijzen. Uit de vrijgegeven gegevens kan niet gelezen worden welke dan precies. Dat het bewijs van die wilsovereenstemming over de prijs tot de oplossing van het geschil zou kunnen leiden, laat eerder vermoeden dat de opname wel behouden moet blijven, binnen deze omstandigheid.

2.4.2.5 Houding van de wederpartij

143. Ook de laatste omstandigheid is nog nooit voorgekomen in de cassatierechtspraak en werd eerder geformuleerd in de bijdrage van De Clercq en Schouteden en Dirix.²²⁰

144. Te denken valt aan het algemeen rechtsbeginsel van de verplichte en loyale medewerking van partijen aan de bewijsvoering dat eerst in de cassatierechtspraak werd gevormd²²¹ en op vandaag verankerd is in artikel 8.4, derde lid van het Burgerlijk Wetboek.

145. Het houdt de verplichting in voor een procespartij om de bewijsvergaring van haar tegenpartij mogelijk te maken. In bepaalde omstandigheden kan dit beginsel tevens en niet enkel voor die situaties van bewijsnood, er zelfs toe leiden dat de tegenpartij verplicht wordt informatie te verstrekken waarover het zelf beschikt.²²²

146. De rechter dient bij deze omstandigheid vooral te kijken naar de houding van de wederpartij. *Grosso modo* zijn er twee uiterste aannemelijk. Een wederpartij die een verwerpelijke houding tegenover een meewerkende houding toont. Het is in het geval dat de wederpartij een verwerpelijke houding vertoont, dat de rechter er sneller toe aangezet kan worden het onrechtmatig (verkregen) bewijs niet te gaan weren.²²³

²¹⁹ M. SCHOUTEDEN, "Antigoon in een nieuw, burgerrechtelijk jasje: klaar voor de catwalk?" *TBBR/RGDC* 2022, afl. 5, (251) 271, nr. 44.

²²⁰ E. DIRIX, "De vruchten van de giftige boom" in *Liber Amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, 271 "de houding voor een tijdens de procedure met betrekking tot de morele mededelings- en waarheidsplichten van de wederpartij."

²²¹ Cass. 7 juni 2019, arr. Cass. 2019, nr. 357, *RCJB* 2021, noot W. VANDENBUSSCHE, *P&B* 2020, 187, noot W. VANDENBUSSCHE en N. DE LATHAUWER

²²² B. VANLERBERGHE, "Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht" in J. Rozie, s. ruten en B. vanlerberghe (eds.), *bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (27) 30, nr. 5 en 35, nr. 12

²²³ S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria", *Limb. Rechtsl.* 2019, afl. 4, (287)

147. Daarnaast dient er een onderscheid gemaakt te worden tussen twee momenten in de procedure, nl. voor en tijdens de bewijsgaring. In het geval van verwerpelijk gedrag **voor** de bewijsgaring, maakt het gedrag zelf het te bewijzen rechtsfeit uit. Het is in dat geval waar de ene partij vermoedt dat de wederpartij zich schuldig maakt aan een ernstig foutief tot zelfs crimineel bedrag vertoont, en dat wenst te bewijzen. Als dat bewijs dan achteraf onrechtmatig (verkregen) bewijs blijkt te zijn, hoeft dat niet (steeds) geweerd te worden. Het al dan niet weren zal daarbij voornamelijk draaien rond het al dan niet vooraf bestaan van een gegrond vermoeden, dat de betrouwbaarheid van het bewijs bevestigt. In dat geval is het bewijs niet meer dan het aantonen van wat de partij reeds eerder vermoedde of zelfs vaststelde.

148. Tijdens de bewijsgaring doet het denken aan de situatie waarbij de wederpartij er alles aan doet om te bemoeilijken tot verhinderen dat de andere partij slaagt in zijn bewijslast, bijvoorbeeld door opzettelijk bewijsmateriaal achter te houden. Deze partij verzaakt daarmee, naast het laakbaar gedrag, ook aan de medewerkingsplicht.²²⁴

149. Daarbij is het ook zo dat, op basis van het beginsel *fraus-omnia-corrumpit*, de partij geen voordeel mag halen uit haar eigen fraudeleuze procesvoering.²²⁵ In de praktijk zijn de meeste rechtbanken en hoven dan ook streng voor het opzettelijk achterhouden of vernietigen van informatie.²²⁶

150. In de zaak die aanleiding gaf tot het cassatiearrest van 14 juni 2021 is deze omstandigheid niet aanwezig, aangezien aan de tegenpartij (de kopers) geen verwerpelijk gedrag kan worden verweten, bewijsmateriaal bewust werd achtergehouden of zou vernietigd zijn.²²⁷

²²⁴ J. VAN DONINCK, "Het lot van onrechtmatig bewijs in civiele zaken: dat geeft te denken" (noot onder Cass. 14 juni 2021), *RW* 2021-22, afl. 28, (1090) 1094.

²²⁵ A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 276.

²²⁶ M. SCHOUTEDEN, "Antigoon in een nieuw, burgerrechtelijk jasje: klaar voor de catwalk?" *TBBR/RGDC* 2022, afl. 5, (251) 272, nr. 46.

²²⁷ *Ibid.*

2.5 Tussentijdse conclusie deel twee: (R)evolutie

Daar waar de wetgever koos om de Antigoonrechtspraak in strafzaken, in te schrijven in de wetgeving, is dit geenszins het geval in het civiel recht. Zelfs op het gelijklopende moment van de grote hervorming/codificatie van het Oude Burgerlijke Wetboek koos de wetgever ervoor dit aan zich voorbij te laten gaan.

Het (Nieuwe) burgerlijk wetboek biedt echter wel enkele nieuwigheden die (onrechtstreeks) een invloed hebben op de discussie wat te doen met onrechtmatig verkregen bewijs.

Zij die op vandaag nog zouden bepleiten dat Antigoon vreemd is in civiele zaken, ontkennen het zonlicht. Het Hof van Cassatie heeft in overvloed duidelijk gemaakt dat bewijsuitsluiting bij onrechtmatig en onrechtmatig verkregen bewijs niet langer het uitgangspunt is. Het grote verschil met de rechtspraak uit 2008, is de vernieuwde en op het civiel recht gestoelde bewoording.

Het uitgangspunt daarbij is duidelijk: onrechtmatig (verkregen) bewijs in civiele zaken kan **slechts** door de rechter geweerd worden indien de bewijsverkrijging is aangetast door een gebrek waardoor de betrouwbaarheid ervan als bewijs wegvalt of waardoor het recht op een eerlijk proces in gevaar wordt gebracht, behoudens wanneer de wet uitdrukkelijk anders bepaalt.

Om aldus te kunnen besluiten, dient de rechter over te gaan tot een belangenafweging waarbij geval per geval de toelaatbaarheid van het onrechtmatig verkregen bewijs te beoordelen, rekening houdend met de wijze waarop het bewijs werd verkregen, de omstandigheden waarin de onrechtmatigheid werd begaan, de ernst van de onrechtmatigheid en de mate waarin hierdoor het recht van de wederpartij werd geschonden, de bewijsnood van de partij die de onrechtmatigheid beging en de houding van de wederpartij.

De bal ligt nu terug in het kamp van de feitenrechters. Via deze formulering geeft het Hof van Cassatie een duidelijke opdracht aan de feitenrechters. Bij hun beoordeling over het onrechtmatig (verkregen) bewijs, zijn zorgvuldigheid, *case-by-case* analyse én motivering van groot belang.

Vele auteurs wijzen erop dat het echter maar een beperkte stap vooruit is en de omstandigheden verder zullen moeten kristalliseren in de rechtspraak. Ik ben daaromtrent iets positiever. Ik vind het zonder meer een sterk arrest dat de term mijlpaalarrest verdient te dragen. Na lange tijd is er nu eindelijk duidelijkheid gekomen en weet (1) de feitenrechter dat hij de toets moet doen en (2) hoe die toets eruit moet zien. Of alle omstandigheden van even goede kwaliteit zijn en de taal van het civiele geding spreken is inderdaad voor discussie vatbaar, maar kan de komende tijd verder "verfijnd worden.

Dat de criteria nog steeds komende uit de strafrechtelijke Antigoontoets hoeft voor mij geen probleem te zijn.²²⁸ Ze worden ingevuld door de omstandigheden die meer dan ooit op het civiele geding geënt zijn.

²²⁸ *Contra*: M. SCHELKENS, "Cassatie hakt knopen door over onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken" (noot onder Cass. 14 juni 2021), *RDC-TBH* 2021, (2032) 2036, nr. 22

Deel 4. Toepassing in de praktijk

151. Voorafgaande bemerking, deze masterproef heeft geenszins tot doel een kwantitatief onderzoek te verrichten naar de Antigoon-toepassing in vonnissen en arresten, naar welke mate de (burgerlijke) rechtbanken deze (cassatie)handvaten hanteren bij de beoordeling van onrechtmatig verkregen bewijs in hun dossiers. De (onuitgegeven)²²⁹ vonnissen worden getoetst aan de hierboven beschreven theorievorming en vormen zodoende het vertrekpunt.

152. Op basis van bovenstaande is duidelijk geworden dat het Hof van Cassatie op de feitenrechtbanken vertrouwt, en het zwaartepunt van de toetsing van onregelmatig bewijs bij hen legt om het lot ervan te bezegelen. De toets dient te gebeuren met de handvaten die het Hof van Cassatie aanreikt, maar gebeurt dat wel?

153. Bij gebrek aan toetsing of voldoende motivatie, De Cassatie boodschap naar de feitenrechtbanken kan niet duidelijker zijn, de feitenrechtbanken moeten de nodige aandacht besteden aan hun motivatie.

154. Daar de aan de basis liggende zaak van de cassatiearresten momenteel opnieuw door een rechter in beroep dient beslecht te worden, is enige terughoudendheid aangewezen. Ik neem dan ook andere vonnissen die na 21 december 2021 gewezen zijn en aldus ook reeds toepassing hadden moeten maken van de criteria en omstandigheden, maar is dat wel gebeurd?

4.1 Setting the scene

155. Artikel 6 van het Gerechtelijk wetboek schrijft voor: *"De rechtbanken mogen in de zaken die aan hun oordeel onderworpen zijn, geen uitspraak doen bij wege van algemene en als regel geldende beschikking."*

Met deze bewoording verzet artikel 6 van het Gerechtelijk Wetboek zich ertegen van een precedentenleer te gewagen, zo ook wat betreft de Cassatierechtspraak. Dit in contrast met de praktijk, waar het van lagere rechtbanken verwacht wordt, de rechtspraak van het Hof van Cassatie te eerbiedigen, gelet op haar taak als controlehouder op en de coördinatie van de toepassing van het recht. Alsook de plaats op de hiërarchie tussen de rechtbanken en hoven, en ten overvloede de mogelijkheid tot verbreking van abusief lagere rechtspraak als beoordelaar van de wettelijkheid van de rechterlijke beslissingen.

156. Het Hof van Cassatie oordeelt daarbij niet over feiten, maar beantwoordt rechtsvragen.²³⁰ Te denken aan: is het vonnis/arrest regelmatig gemotiveerd? Is

²²⁹ In vertrouwelijkheid overhandigt door diverse rechtspractici met als uitsluitend doel wetenschappelijk onderzoek in het kader van deze masterproef.

²³⁰ P. DAENINCK, "Pleitduur voor advocaten: als ik ooit eens vijf minuten tijd heb...", Jubel 2023 (column),

het niet strijdig met de wet? Maakt zij geen onjuiste toepassing van de rechtsregel of geeft ze er geen onjuiste interpretatie aan? Heeft zij de draagwijdte van een akte die aan de rechter werd voorgelegd, niet miskend?

Door toezicht te houden op de correcte toepassing van het recht door de feitenrechters, waakt het Hof van Cassatie over de bescherming van de individuele rechten.²³¹

157. Het is aldus aan de feitenrechten (bodemrechter) om te oordelen, zo ook over onrechtmatig (verkegen) bewijs. Het is daarbij zo – en werd reeds elders correct opgemerkt – dat elke rechtsregel enige speelruimte heeft en elk rechtsconflict een belangenconflict en een waardenconflict ten grondslag heeft.²³² Dat is ook volledig het prerogatief van de bodemrechter. Het belang zit hem erin dat de feitenrechter voldoende duidelijk beargumenteert waarom hij tot al dan niet wering besluit.

4.2 Hoe het niet moet

158. Een vaak gehoorde commentaar bij rechtspractici is dat vele feitenrechtbanken nog al te vaak de toets (te gemakkelijk) van zich afschrijven.²³³ Men doet also door een oordeel te vormen zonder een eigenlijke argumentatie te ontwikkelen.

159. Ten voorbeeld kan verwezen worden naar:

*"Naar het oordeel van de rechtbank is de betrouwbaarheid van het bewijs niet aangetast en is er evenmin sprake van schending van het recht op een eerlijk proces. Bijgevolg moet het e-mailverkeer niet worden geweerd."*²³⁴

De rechtszoekende heeft het zoeken naar de (concrete) omstandigheden waarop het Hof zich hier baseert.

160. Ten voorbeeld *bis* kan (opnieuw) verwezen worden naar het Cassatiearrest van 14 juni 2021, alwaar het Hof van Cassatie oordeelde dat:

"De appelrechter die deze geluidopname uit het debat weert als "op onrechtmatige wijze verkregen", louter omdat de opname "heimelijk is gebeurd", de partijen "reeds in een geschil waren verwickeld en er al discussie was gerezen over de verkoopprijs", het "er sterk op [lijkt] dat bepaalde verklaringen door [de eiseres] werden uitgelokt om zichzelf een bewijs te verschaffen en met de bedoeling om de verklaring tegen [de verweerders] te gebruiken en "de vordering

www.jubel.be/pleitduur-voor-advocaten-als-ik-ooit-eens-vijf-minuten-tijd-heb/.

²³¹ X, *organisatie*; <https://hofvancassatie.be/nl/organisatie> (consultatie 4 augustus 2023).

²³² W. Van Gerven, *Het beleid van de rechter*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1973, 167 p.

²³³ Zie o.m.: J. VAN DONINCK, "Het lot van onrechtmatig bewijs in civiele zaken: dat geeft te denken" (noot onder Cass. 14 juni 2021), *RW* 2021-22, afl. 28, (1090) 1094, nr. 7 en de verwijzingen aldaar.

²³⁴ Arbrb. Antwerpen 7 november 2022, ontuitg.

*ook op een andere rechtmatige wijze [kon] worden bewezen”, verantwoordt zijn beslissing niet naar recht.”*²³⁵

161. Het Hof oordeelde aldus niet dat de appelrechter onvoldoende aandacht aan zijn motivatie had besteed, maar wel dat de verantwoording van de appelrechter voor de wering van de geluidopname uit de debatten tekortschoot. Het Hof van beroep had immers de Antigoon-toets niet correct toegepast, daar het Hof had nagelaten de geluidopname te toetsen aan de betrouwbaarheid en of ze het recht op een eerlijk proces in gevaar bracht. Het Hof van Cassatie ging daarom over tot de verbreking van het arrest.

162. Dat de rechter verwijst naar de beide criteria, maar daarbij nalaat enige argumentatie te gebruiken (en men moet dan zelfs niet eens de omstandigheden van het Hof van Cassatie gebruiken, maar ook andere feiten uit het dossier), kan bezwaarlijk als afdoende argumentatie gelden. De rechtszoekende kan niet afleiden op welke concrete elementen het oordeel gebaseerd is.

Door te oordelen zonder te toetsen aan de criteria, doormiddel van de omstandigheden, miskent en schendt de feitenrechter de artikelen 6.1 EVRM, 14.1 IVBPR, 1315 van het Burgerlijk Wetboek, 870 van het Gerechtelijk Wetboek en het algemene rechtsbeginsel inzake de eerbied voor het recht van verdediging.

Alsook, waar de rechter zijn beslissing staft met één zin zonder veel inhoud, is een schending van artikel 149 van de Grondwet niet ondenkbaar. Artikel 149 van de Grondwet schrijft immers voor: “*Elk vonnis is met redenen omkleed. (...)*”

Een eisende partij (in beroep) die haar argumentatie aangaande het toelaten van onrechtmatig verkregen bewijs weggeschreven ziet worden, kan zich als *ultimum remedium* hierop beroepen om alsnog haar vordering (in beroep) toegekend zien te worden.

4.3 Hoe het ook kan met toepassing op artikel 931 Ger. W.

163. Twee arresten van eenzelfde Hof tonen enkele mooie voorbeelden.

164. Beide zaken kaderen in een echtscheidingsprocedure (de eerste toegespitst op een alimentatievordering en de tweede toegespitst op een verblijfsregeling), alwaar een van de ouders communicatie tussen die ouder en het kind wenst in te brengen bij het dossier.

165. In de eerste zaak van 15 juni 2021 (merk op 1 dag na het Cassatie arrest in burgerlijke zaken), poogt de moeder een transcriptie van een heimelijk opgenomen gesprek tussen haar en de (meerderjarige) zoon bij te brengen.²³⁶

²³⁵ Cass. 14 juni 2021, C.20.0418.N, ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210614.

²³⁶ Brussel 15 juni 2021, *NJW* 2023, afl. 475, 92 – 95, noot R. VASSEUR.

In het arrest valt te lezen aangaande de audio-opname van gesprekken tussen geïntimeerde en J.K.:

"Overwegende dat appellant terecht vordert dat de opnames die geïntimeerde heimelijk maakte van gesprekken tussen haar en J.K. op restaurant/ café uit de debatten worden geweerd wegens schending van het recht op bescherming van het privéleven van J.K.;"

Om verder te verduidelijken:

"Dat het feit dat het heimelijk opnemen van een privégesprek geen misdrijf uitmaakt, niet inhoudt dat dit geoorloofd zou zijn in het licht van de bescherming van het privéleven;"

En:

"Dat het feit dat geïntimeerde de verklaringen van J.K. niet heeft uitgelokt daar niets aan veranderen;"

Om te besluiten:

"Dat het hof met deze opnames en de transcriptie ervan geen rekening houdt."

4.3.1 Bespreking

166. Het hof beslist aldus dat de transcriptie van de heimelijk gemaakte opname van het gesprek tussen moeder en zoon, niet als bewijsstuk (in burgerlijke zaken) kan dienen en dit wegens schending van het recht op bescherming van het privéleven van de zoon.

Dat het heimelijk opnemen van een privégesprek geen misdrijf uitmaakt en de verklaring van de zoon niet uitgelokt werd, zijn geen redenen voor het Hof om een andere mening aan te nemen.

Het dient gesteld te worden, dat het hoogst onwaarschijnlijk is, dat dit arrest met bovengenoemde argumentatie, wanneer het Hof van Cassatie hiertoe zou bevestigd worden, niet tot de verbreking zou overgaan. Dit wegens het niet correct toepassen van de (toegegeven op dat moment eendaags oude) Antigoon-toets, daar het Hof nalaat de geluidsopname te toetsen aan de betrouwbaarheid en of ze het recht op een eerlijk proces in gevaar heeft gebracht.

167. In de tweede zaak van 1 februari 2022, poogt de moeder e-mailverkeer tussen haar en de kinderen bij te brengen.²³⁷

In het e-mailverkeer wordt gesproken over de omstandigheden en het overleg tussen de (ouderlijke) partijen i.v.m. de wijziging van de verblijfsregeling alsook de rol van de andere ouder hierin.

Het Hof van Beroep ziet zich verplicht ambtshalve over te gaan tot de wering van dat bewijsstuk, niet (uitdrukkelijk) op basis van de Antigoon-toets in burgerlijke zaken, wel wegens onverenigbaarheid met artikel 931, tweede lid Ger. W.²³⁸

Het Hof begint haar argumentatie tot ambtshalve wering met:

"Overeenkomstig artikel 931, tweede lid Ger. W. mogen bloedverwanten in de neerdalende lijn – buiten de context van artikelen 1004/1 Ger. W. – niet gehoord worden in burgerlijke zaken waar hun bloedverwanten in opgaande lijn tegengestelde belangen hebben. Deze verbodsregel slaat ook op geschreven getuigenissen van de bloedverwanten in neerdalende lijn (vgl. Cass. 11 oktober 1979, RW 1979-80, 1625, noot J.L.)"

Om dan de toepassing van de feiten in het dossier te maken en nadien te besluiten:

"Artikel 931 Ger. W. steunt op de overweging dat het niet past dat bloedverwanten in neerdalende lijn stelling nemen in conflicten tussen hun ouders (vgl. Cass. AR C.08.0184.N, 1 oktober 2009, RW 2010-11/8, 322). Stuk q van geïntimeerde zorgt er echter voor dat de kinderen direct betrokken worden in de discussie tussen partijen."

"Het stuk wordt geweerd uit de debatten en het hof houdt er geen rekening mee."

4.3.2 Bespreking

168. Hoewel het Hof van beroep de toets niet doet, haalt ze wel het gedachtengoed ervan aan. Door te verwijzen naar het materiele recht, verwijst zij indirect naar "tenzij de wet anders bepaalt".

169. Het in artikel 931 tweede lid Ger. W. neergeschreven verbod wordt geïnterpreteerd dat geen enkele verklaring van de bloedverwanten in nederdalende lijn, ongeacht de vorm waarin ze werden verkregen, tijdens een

²³⁷ Brussel 1 februari 2022, *NJW* 2023, afl. 475, 95–96, noot R. VASSEUR.

²³⁸ Art. 931 Ger. W.: De minderjarige beneden de volle leeftijd van vijftien jaar mag niet onder ede worden gehoord. Zijn verklaringen gelden enkel als inlichtingen. Tweede lid: Onverminderd artikel 1004/1 (dat het recht om als minderjarig kind gehoord te worden aangaande ouderlijk gezag, verblijfsregeling en recht op persoonlijk contact regelt, n.v.d.r.), mogen bloedverwanten in nederdalende lijn niet worden gehoord in zaken waarin hun bloedverwanten in opgaande lijn tegengestelde belangen hebben.

geding tussen de ouders in rechte mag worden gebruikt, met uitzondering van verklaringen betreffende feiten waarvan ze persoonlijk het slachtoffer zijn.²³⁹

Op niveau van het bewijs, geeft dat als gevolg dat niet alleen het getuigenverhoor zelf, maar ook elke vorm van correspondentie uitgaande van kinderen (zoals in deze zaken: opnames van (telefoon)gesprekken) van de partijen verboden is te gebruiken in rechte.²⁴⁰

Bewijs dat strijdig is met de inhoud en strekking van artikel 931 lid 2 Ger. W. dient te worden gezien als intrinsiek onrechtmatig bewijs en kan aldus nooit in de debatten blijven of de Antigoon-toets doorstaan.²⁴¹

VASSEUR²⁴² stelt zich in zijn bijdrage tevens de vraag of de "verburgerlijking" van de strafrechtelijke Antigoonleer enkel van toepassing is op onrechtmatig **verkregen** bewijs, dan wel zich ook uitstrekt tot **intrinsiek** onrechtmatig bewijs. En stelt daarbij dat de tweede visie moeilijk verzoenbaar lijkt met de inhoud en – theologisch geïnterpreteerde – strekking van artikel 931 lid 2 Ger. W.

²³⁹ Cass. 1 oktober 2009, *Arr.Cass.* 2009, 2171.

²⁴⁰ P. DE BAETS en B. VAN DEN BERGH, "Artikel 931 Ger. W.", in X (eds.) *Artikelsgewijze commentaar gerechtelijk recht*, Mechelen, Kluwer, 2015, 9-10, nr. 5b; E. DE MAEYER en C. VERGAUWEN, "Het voorleggen van vertrouwelijke correspondentie van een minderjarige als bewijs in procedures tussen zijn ouders", noot onder Gent 23 april 2009, *RABG* 2010, (811) 813; B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, afl. 2, (41) 49, nr. 32.

²⁴¹ Zie ook J. VAN DONINCK, "Het lot van onrechtmatig bewijs: ook een bekommernis voor de notaris-vereffenaar?" in C. DECLERCK en S. MOSSELMANS (eds.), *Patrimonium 2022*, Brugge, die Keure, 2022, 479, B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereisten in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, afl. 2, (41) 49-50, nrs. 31-33.

²⁴² R. VASSEUR, "Communicatie tussen ouder en kind als bewijs in burgerlijke zaken" (noot onder Brussel 1 februari 2022), *NJW* 2023, afl. 475, (96) 97.

Deel 5. Slotopmerking

5.1 Antigoon: hoe het écht ging

170. Zoals reeds beschreven is de keuze voor de triviale naam “Antigoon” in het strafrecht – en (tot nu toe) letterlijk overgenomen in het civiel recht – opmerkelijk daar de geschiedenis van deze folklorefiguur en de daarbij horende legende.

Het was namelijk zo dat Druon Antigoon de buurt rond Antwerpen terroriseerde door van elke overstekende reiziger of voorbijvarende schipper tolgeld te eisen. Wie de tol niet kon of wou betalen, werd gestraft en voor de keuze gesteld, ofwel hakte Antigoon de rechterhand af en gooide het in de Schelde ofwel het opnemen tegen de reus in een gevecht. Elke overmoedige reiziger die het duel durfde aangaan, vond steevast de dood onder de knots van de sterke Druon Antigoon.

Het was de Romeinse legionair Silvius Brabo – bevriend met Julius Caesar – die op een gegeven moment genoeg had van het gedrag van Antigoon en hem in Antwerpen opzocht. Bij een gevecht, doodde Brabo hem en hakte het hand van de reus Antigoon af, om het nadien in de Schelde te gooien.²⁴³

171. Conclusie - Het is dan ook juister om te spreken van de **Brabo-toets**.

²⁴³ <https://historiek.net/silvius-brabo-druon-antigoon/80323/>
<https://www.volksverhalen.be/brabo-en-de-reus-antigoon>

Deel. 6 Conclusie (en discussie)

Daar waar twijfel was, is duidelijkheid gekomen, toch als het over de basis gaat, namelijk het lot van onrechtmatig (verkregen) bewijs in het civiel recht.

Dat de vraag *of* (intrinsiek) onrechtmatig (verkregen) bewijs haar doorwerking in het civiele recht heeft, dient aldus geen betoog meer. Het antwoord is, tot spijt van wie het benijdt, ja.

Het Hof van Cassatie stelt in haar arresten twee criteria en vijf omstandigheden (waarvan twee omstandigheden die nog nooit eerder werden opgenomen) voorop om in civiele zaken het onrechtmatig (verkregen) bewijs te beoordelen. Deze zijn niet langer een letterlijke kopie-past uit het strafrecht, maar vormen zelfstandige en opzichzelfstaande begrippen, hoewel ze hun wortels in dezelfde grond als het strafrecht hebben.

Het zijn deze criteria en omstandigheden die de handvaten vormen voor de feitenrechters om mee aan de slag te gaan. Het Hof van Cassatie legt daarmee het zwaartepunt van de beoordeling bij hen.

Alles in overweging genomen, komt hiermee (voorlopig) een einde aan wat lang een wazige vlek was in de rechtspraak en een twistpunt in de rechtsleer. Het Hof van Cassatie koos voor een eigen civiele koers waar rechtspractici nu mee aan de slag moeten.

Maar wie hoopte dat hiermee de zaak uitgeschreven was, is eraan voor de moeite. Het is nu aan de praktijk, van de academicus tot advocaat tot bemiddelaar, van de vrederechter tot het Hof van Cassatie én in iedere rechtstak iedereen zal zich nu moeten buigen over het lot van onrechtmatig verkregen bewijs *in casu*. Het louter afschrijven, zoals vele voorbeelden voorhanden, is niet meer aan de orde.

Het is belangrijk dat iedere rechtspractici, van civilisten tot generalisten, de Antigoon/Brabo-toets goed begrijpen, de toets heeft namelijk veel te bieden in civiele zaken. Het is zaak haar zuiver en eendrachtig te houden en dus niet te verzwaren met criteria en omstandigheden die niet thuis horen in het burgerlijk recht.

Het is een goede manier van bewijscontrole, naast de andere manieren die bestaan in het burgerlijk procesrecht omdat het de rechter toelaat, alvorens tot recht over te gaan, een beargumneteerd redenering te vormen.

Wat de praktijk (in de meest ruime definitie) hiermee zal doen, zal de toekomst uitwijzen... maar één ding is zeker. De toekomst staat niet vast, ze moet nog geschreven worden.

Quod erat demonstrandum (!/?).

Jory Brabants D'Hooghe

Deel. 7 Bibliografie

7.1 Wetgeving

7.1.1 Internationale wetgeving

EVRM - Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, gesloten te Rome op 4 november 1950, goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955, *BS* 19 augustus 1955.

BUPO-Verdrag - Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, gesloten te New York op 16 december 1966, goedgekeurd bij wet van 15 mei 1981 het algemene rechtsbeginsel inzake de eerbied voor het recht van verdediging, *BS* 6 juli 1983.

7.1.2 Belgische wetgeving

7.1.2.1 Wetboeken

Gerechtelijk Wetboek

Burgerlijke Wetboek

Oud Burgerlijk Wetboek

Wetboek strafvordering

7.1.2.1 Wetten

Wet 24 oktober 2013 tot wijziging van de voorafgaande titel van het Wetboek van strafvordering wat betreft de nietigheden, *BS* 12 november 2013, 84.999.

Wet op het Politieambt.

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

Wet 9 december 2004 betreffende de wederzijdse internationale rechtshulp in strafzaken en tot wijziging van artikel 90ter van he Wetboek van strafvordering, *BS* 24 december 2004.

Wet 13 april 2019 tot invoering van het (nieuwe) Burgerlijk Wetboek en tot invoering van boek 8 'Bewijs' in dat Wetboek, *BS* 14 mei 2019. Is op 1 november 2020 in werking getreden.

7.1.2.1 Voorbereidende documenten

Wetsontwerp houdende invoeging van Boek 8 "Bewijs" in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3349/001.

Voorstel van wet houdende het Wetboek van Strafprocesrecht, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 1239/001.

7.2 Rechtspraak

7.2.1 Europees

7.2.1.1 Europese Unie

HVJ 17 december 2015, nr. C-419/14, ECLI:EU:C:2015:832, *WebMind-Licenses*.

7.2.1.2 Raad van Europa

EHRM 21 februari 1975, nr. 4451/70, *Golder/Verenigd Koninkrijk*.

EHRM 12 juli 1988, *Schenk versus Zwitserland*.

EHRM 27 oktober 1993, nr. 14448/88, *Dombo Beheer BV/Nederland*.

EHRM 20 februari 1996, nr. 19075/91, *Vermeulen/België*

EHRM 13 februari 2003, nr.49636/99, *Chevroil/Frankrijk*,

EHRM 13 mei 2008, nr. 65097/01, *N.N. en T.A./België*.

EHRM 28 juli 2009, nr. 18704/05, *Lee Davies / België, RABG 2010*.

EHRM 21 juli 2011, nrs. 32181/04 en 35122/05, *Sigma Radio Television LTD/ Cyprus*,

EHRM 7 juni 2012, nr. 4837/06, *Segame sa/ Frankrijk*.

EHRM 31 januari 2017, nr. 40233/07, *Kalnéniené / België, T.Strafr. 2017*.

EHRM 5 september 2017, nr. 61496/08, *Barbulescu/Roemenië*.

EHRM 6 november 2018, nrs. 55391/13 en 74041/13, *Ramos Nunes De Carvalho e Sa/Portugal*,

EHRM 15 december 2020, nr. 33399/18, *Piskin/ Turkije*,

7.2.2 Nationaal

7.2.2.1 Grondwettelijk Hof

GwH 19 juli 2007, nr. 105/2007

GwH 22 december 2010, nr. 158/2010

GwH 27 juli 2011, nr. 139/2011.

GwH 22 december 2011, nr. 197/2011.

7.2.2.2 Hof van Cassatie

Cass. 12 maart 1923, *Pas.* 1923, I, 233

Cass. 18 april 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 1102-1106, nr. 490.

Cass. 27 februari 2001, *AJT* 2000-01, 949

Cass. 14 oktober 2003, AR P.03.0762.N, *Arr.Cass.* 2003, 1862, concl. M. DE SWAEF.

Cass. 23 maart 2004, *Arr.Cass.* 2004, 518

Cass. 16 november 2004, *Arr. Cass.* 2004, 1829.

Cass. 2 maart 2005, *Arr.Cass.* 2005, 506

Cass. 12 okt. 2005, AR P.05.0119.F

Cass. 10 maart 2008, *Arr. Cass.* 2008, 678,
ECLI:BE:CASS:2008:ARR.20080310.8

Cass. 1 oktober 2009, *Arr.Cass.* 2009, 2171.

Cass. 28 mei 2013, AR P.13.0066.N, ECLI:BE:CASS:2013:CONC.20130528.9

Cass. 18 januari 2018, AR F.16.0031.N.

Cass. 9 november 2018, AR C.17.0220.N.

Cass. 14 juni 2021, AR C.20.0418.N, ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210614.

Cass. 16 december 2021, AR C.18,0314.N, BE:CASS:2021:ARR.20211216.1N.8

Cass. 21 april 2022, AR F.17.0136.N, BE:CASS:2022:ARR.20220421.1N.10

Cass. 4 april 2023, P.22.1730.N

Concl. D. VANDERMEERSCH bij Cass. 2 maart 2005, AR. P.04.1644.F, *Arr.Cass.* 2005, 511.

Concl. M. DE SWAEF bij Cass. 14 oktober 2003, AR P.03.0762.N

X, "Richtinggevende arresten – burgerlijk recht" in I. COUWENBERG, M. NOLET DE BRAUWERE, A. MEULDER en P. BRULEZ, *Hof van Cassatie van België Jaarverslag 2021*, Brussel, 2022

7.2.2.3 Hoven en rechtbanken

Antwerpen 27 juni 2005, *RW* 2005-06, 1507

Arbh. Antwerpen 8 januari 2003, *Soc.Kron.* 2003, 193;

Arbh. Antwerpen 15 december 2004, *Soc. Kron.* 2006, 146

Arbh. Antwerpen 19 juli 2017, *Limb.Rechtsl.* 2017, afl. 4, 289

Arbh. Bergen 8 december 2010, *Soc.Kron.* 2011, 399, noot O. RIJCKAERT

Arbh. Brussel 10 februari 2004, *Soc. Kron.* 2006, 141

Arbh. Brussel 14 december 2004, *Soc. Kron.* 2006, 143

Arbh. Brussel 8 februari 2019, A.R. 2017/AB/917

Arbh. Luik 9 maart 2006, *Soc.Kron.* 2006, 548.

Arbh. Luik 14 december 2010, AR 2009/AN/8833

Arbh. Luik 7 mei 2019, *Soc.Kron.* 2020, 359

Arbrb. Gent 17 oktober 2005, *TGR* 2008, 305

Arbrb. Hasselt 21 oktober 2002, *Soc.Kron.* 2003, 197.

Brussel 30 juni 2010, *P&B* 2011, 48

Brussel 11 september 2018, *IRDI* 2018, 128, noot T. HEREMANS,

Brussel 15 juni 2021, *NjW* 2023, afl. 475, 92–95

Brussel 1 februari 2022, *NjW* 2023, afl. 475, 95-96

Gent 6 september 2006, *DAOR* 2007, 326, noot B. ALLEMEERSCH.

Gent 16 februari 2010, *TGR* 2010, 258

Gent 18 maart 2010, *T.Gez.* 2010-11, afl. 5, 398, noot S. DEFLOOR en

Gent 7 november 2013, *T.Gez.* 2014-15, 356, noot F. BLOCKX.

7.3 Rechtsleer

7.3.1 Boeken

BRASSELE, A.-FR., CARLIER, E. en LACOMBE, S., *Le droit de la rupture du contrat de travail*, Brussel, Larcier, 2018, 752 p.

CATTOIR, B., *Burgerlijk bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013.

CATTOIR, B., *Nieuw burgerlijk bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2020.

DERUYCK, F. en VAN LANDEGHEM, Y., *Overzicht van het Belgisch algemeen strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2021, 249 p.

LENAERTS, A., *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 547 p.

MAES, B., "Naar een vernieuwde en versnelde cassatieprocedure" in *Liber amicorum Ludovic De Gryse*, Gent, Larcier, 2010, (387) 397.

SAMYN, B., *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, 600 p.

STIJNS, S., *Leerboek Verbintenissenrecht*, Boek 2, Brugge, die Keure, 2020, 416 p.

VANDEBUSSCHE, W., *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 812 p.

VAN DONINCK, J., *Het lot van onrechtmatig bewijs*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 389 p.

VAN DONINCK, J., *Onrechtmatig bewijs in civiele zaken – willen wij de waarheid?*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 34 p.

VAN GERVEN, W., *Het beleid van de rechter*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1973, 167 p.

VANLERBERGHE, B., *Het nieuwe bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 54 p.

7.3.2 Bijdragen in verzamelwerken

ALLEMEERSCH, B., "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte" in *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, die Keure, 2010, 50

DANIELS, C., "Stand van zaken en actuele ontwikkelingen op het stuk van het eerlijk proces in burgerlijke zaken" in B. ALLEMEERSCH en W. VANDENBUSSCHE (eds.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, die Keure, 2017, (103) 128

DE BAETS, P. en VAN DEN BERGH, B., "Artikel 931 Ger. W.", in X (eds.) *Artikelsgewijze commentaar gerechtelijk recht*, Mechelen, Kluwer, 2015, 9-10

DERUYCK, F., "Wat krom is wordt recht. Over de bruikbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs" in X. (ed.), *Strafrecht en strafprocesrecht. XXIIste postuniversitaire cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2006, 201-231.

DIRIX, E., "De vruchten van de giftige boom" in ALLAERTS, V., BOUTELIGIER, L., JANSSENS, E., VERSTRAETE, J. en STEVENS, J., *Liber amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, 711 p.

FORRIERS, P., "Les lacunes du droit" in Ch. PERELMAN (ed.), *Le problèmes des lacunes en droit*, Brussel, Bruylant, 1968, 9-29

HAARDT, W.L., "Bewijs en balans. Afweging van belangen in het nieuwe bewijsrecht, in het bijzonder bij "onrechtmatig verkregen bewijs" in HEEMSKER, W.H. en VAN DER NAT-VERHAGE, W., *Vorm en wezen*, Utrecht, Lemma, 1991, 390 p.

KUTY, F., "La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale" in X. (ed.), *La preuve: questions spéciales*, Luik, Anthemis, 2008, 7-62

MAUS, M., "Onrechtmatig verkregen bewijs in de fiscale bewijsvoering en in strafzaken" in JORENS, Y., MAUS, M. en ROZIE, M. (eds.), *Fiscaal en Sociaal Strafrecht – Gordiaanse knoop ontward*, Gent, Story Publishers, 2023, (33) 42 – 50.

MOUGENOT, D., "Antigone au milieu du gué", Le point sur l'utilisation des preuves recueillies irrégulièrement en matière civile" in DELFORGE, C. (ed.), *La preuve en droit privé: quelques questions spéciales*, Brussel, Larcier, 2017, 127-178

TORFS, D., VAN HOORDE, E. en VAN CAMP, J., "Enkele bewijsproblemen in het sociaal recht", in VANLERBERGHE, B., RUTTE, S. en ROZIE, J. (eds.), *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 125.

TRAEST, P., "Het bewijs in strafzaken na Antigoon" in ORDE VAN ADVOCATEN KORTRIJK (ed.), *Recente ontwikkelingen in het strafrecht*, Gent, Larcier, 2008, 109-137.

VAN DONINCK, J., "Het lot van onrechtmatig bewijs: ook een bekommernis voor de notaris-vereffenaar?" in DECLERCK, C. en MOSSELMANS, S. (eds.), *Patrimonium 2022*, Brugge, die Keure, 2022, 473 - 497.

VANLERBERGHE, B., "Actuele problemen inzake het bewijs in sociaal recht" in VAN REGENMORTEL, A. en ROZIE, J. (eds.), *Sociaal procesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 136-141.

VANLERBERGHE, B., "Deel V. Het bewijs" in VANSWEEVELT, T. en WEYTS, B. (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 1013 -

VERSTRAETEN, R. en BAILLEUX, A., "Het voorstel van een nieuw wetboek van strafvordering: algemene beginselen en fase van het onderzoek" in *Themis straf- en strafprocesrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 191 p.

7.3.3 Tijdschriften

ALLEMEERSCH, B. en RYELANDT, S., "Licéité de la preuve en matière civile: un clone pour 'Antigoon'", *JT* 2012, nr. 9, 165-174.

ALLEMEERSCH, B., SAMOY, I. en VANDENBUSSCHE, W., "Overzicht van rechtspraak (2000-2013), Het burgerlijk bewijsrecht", *TPR* 2015, nr. 78, 597-681.

ALLEMEERSCH, B. en SCHOLLEN, P., "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, nr. 32, 41-60.

BAECK, J., "Boek 8 "Bewijs": het eerst boek van het nieuwe Burgerlijk Wetboek", *RW* 2019-20, afl. 29, 1123-1141.

BUYSSENS, H., "Ontslag wegens dringende reden: kroniek van de rechtspraak 2000-2014" *RW* 2015-16, 443-548.

BOONE, R., "Bewijsuitsluiting in civiele zaken: rechter, blijf bij de les" (interview met J. Van Doninck), *Juristenkrant* 2020, afl. 410, 6-7.

DAEMEN, B., "Antigoon in fiscalibus: pragmatism ten voordele van onrechtmatig verkregen bewijs binnenkort verleden tijd?" in *TFR* 2023, afl. 633, 23-29.

DE BAERDEMAEKER, R., "Admissibilité d'une preuve illicitement recueillie: quand la fin justifie les moyens ...", *JLMB* 2009, nr. 13, 584 - 586.

DEBROUCK, L. en TRUYEN, K., "Artikel 32 V.T.SV.: meer dan een loutere face-lift", *T.Strafr.* 2015, 228-230.

DECLERCQ, S. en SCHOUTEDEN, M., "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria", *Limb. Rechtsl.* 2019, 287-305.

DE DECKER, S., "Antigoon vooruit? Straatsburg heeft geen bezwaar tegen de Antigoonrechtspraak", *Vigiles* 2009/5, 201-204.

DELWAIDE, N., "Antigone en matiere civile: les incertitudes persistent", *TBH* 2019, afl. 9, 1140-1146.

DE SMET, B., "Criteria en subcriteria voor de beoordeling van onregelmatigheden inzake de bewijsverkrijging", *RW* 2013-14, afl. 41, 1620-1624.

DE MAEYER, E. en VERGAUWEN, C., "Het voorleggen van vertrouwelijke correspondentie van een minderjarige als bewijs in procedures tussen zijn ouders", noot onder Gent 23 april 2009, *RABG* 2010, 811-814.

GNEDASJ, S., "Impact van het arrest WebMindLicences op de fiscale en strafrechtelijke Antigoon-doctrines. Bescherming van grondrechten op twee snelheden of toch logica en consistentie? Een repliek op de kritiek...", *AFT* 2016, afl. 8-9, 33-50.

KEFER, F., "Antigone et Manon s'invitent en droit social - Quelques propos sur la légalité de la preuve", *RCJB* 2009, 333-352.

MAES, E., "Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken in België en Duitsland", *RW* 2014-15, nr. 18, 682-700.

MOUGENOT, D., "Utilisation des preuves irrégulières en justice: Antigone se met en tenue civile", *JT* 2021, nr.6, 537-540.

MOUGENOT, D., "Antigone face aux juges civils. L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles" *DAOR* 2011, 240-254.

MOURLON BEERNAERT, F., "Onrechtmatig (verkregen) bewijs in burgerlijke zaken: antigoon *light*" (noot onder Cass. 14 juni 2021), *RABG* 2021, nr. 16, 1511-1515.

ROZIE, M., "Antigoon of het vredesbestand na een tachtigjarige jurisprudentiële oorlog m.b.t. het onrechtmatig verkregen bewijs", *RABG* 2018, afl.8, 672-674.

SCHELKENS, M., "Cassatie hakt knopen door over onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken" (noot onder Cass. 14 juni 2021), *RDC-TBH* 2021, 2032-2042.

SCHOUREDEN, M., "Antigoon in een nieuw, burgerrechtelijk jasje: klaar voor de catwalk?" *TBBR/RGDC* 2022, afl. 5, 251-274.

STIJLMAN, A., MARTENS, C. en STEVENS, C., "De onderzoeksbevoegdheden van de Raad van State en de Raad voor Vergunningsbetwistingen inzake het feitenonderzoek: dode letter of springlevend?", *TBP* 2022, afl. 5, 280-305.

VAN DE CALSEYDE, T., "Antigoon breekt door in civiele zaken. Wat zijn de gevolgen voor het arbeidsrechtelijk contentieux" (noot onder Cass. 14 juni 2021), *TPP* 2021, afl. 3, 12-17

VAN DE HEYNING, C., "Antigoon doorstaat (voorlopig) de mensenrechtentoets" noot onder HJEU 17 december 2015), *T.Strafr.* 2017, 117-121.

VANDERMEERSCH, M., "Antigoon herzien: zet het Hof van Cassatie het licht op rood?", *T.Strafr.* 2023, afl. 4, 213-221.

VAN DONINCK, J., "Het lot van onrechtmatig bewijs: een grondslagenonderzoek", *RW* 2020-21, afl. 33, 1283-1308.

VAN DONINCK, J., "Het lot van onrechtmatig bewijs in civiele zaken: dat geeft te denken" (noot onder Cass. 14 juni 2021), *RW* 2021-22, afl.28, 1090-1104.

VAN KILDONCK, K., "Privacy werknemers", *NJW* 2010, afl. 218, 180-183.

VASSEUR, R., "Communicatie tussen ouder en kind als bewijs in burgerlijke zaken" (noot onder Brussel 1 februari 2022), *NJW* 2023, afl. 475, 96-97.

VEREECKE, V., "Er bestaat geen hiërarchie tussen de Antigoon-criteria", *RABG* 2014, afl. 1, 38-43.

7.4 Andere

BRABANTS D'HOOGHE, J., "Hof van Cassatie doorbreekt 13 jaar stilte over lot onrechtmatig bewijs in civiele zaken", *Jubel* 2022 (Generation J), <https://www.jubel.be/hof-van-cassatie-doorbreekt-13-jaar-stilte-over-lot-onrechtmatig-bewijs-in-civiele-zaken/>.

DAENINCK, P., "Antigoon: een noodzakelijk keerpunt, een onmogelijk eindpunt", *Jubel strafrecht* 2021, www.jubel.be/antigoon-een-noodzakelijk-keerpunt-een-onmogelijk-eindpunt/

DAENINCK, P., "Pleitduur voor advocaten: als ik ooit eens vijf minuten tijd heb...", *Jubel* 2023 (column), www.jubel.be/pleitduur-voor-advocaten-als-ik-ooit-eens-vijf-minuten-tijd-heb/

EGGERMONT, F., GEUENS, M., GINIS, B., GOWIE, F. en TIMBERMONT, E., *Het juridisch verwerkingsproces*, Brugge, die Keure, 2017, 231 p.

EGGERMONT, F., SMIS, S., PAEPE P. en SCHREURS, W., *Praktijkboek Rechtsmethodologie. Inleiding tot het opzoeken en analyseren van de bronnen van nationaal, Europees en internationaal recht*, Brugge, die Keure, 2019, 465 p.

LAMON, H., "Conservatief geneuzel in de wandelgangen", *Jubel* 2023 (column), www.jubel.be/conservatief-geneuzel-in-de-wandelgangen/.

Deel 8. Bijlage: eigen publicatie

Artikel Jubel zoals gepubliceerd op <https://www.jubel.be/hof-van-cassatie-doorbreekt-13-jaar-stilte-over-lot-onrechtmatig-bewijs-in-civiele-zaken/>



Over de auteur

[Jory Brabants D'Hooghe](#) is student eerste Master Burgerlijk- en Procesrecht aan de Vrije Universiteit Brussel en bestuurslid bij ELSA Brussel en schrijft deze bijdrage in eigen naam. De bijdrage is een voorbereiding op de masterproef die de auteur onder het promotorschap van prof. dr. Jachin Van Doninck (Vrije Universiteit Brussel) in 2022-23 over dit thema beoogt in te dienen.

De vraag of onrechtmatig (verkreten) bewijs in strafzaken bruikbaar is, werd al geruime tijd geleden uitgeklaard, tot tevredenheid van sommigen en ergernis van anderen (zie [bijdrage Philip Daeninck](#)). Dat stond lange tijd in schril contrast met de situatie in het civiel recht. Het Hof van Cassatie heeft met twee recente arresten^[1] klare wijn willen schenken, maar is dat wel gelukt?

Waar het allemaal begon

We keren terug naar 2008. Op 10 maart 2008^[2] wijst het Hof van Cassatie een arrest waarover de meningen in de rechtsleer al gauw uiteenliepen. Een strekking meende dat dit arrest dé doorwerking van Antigoon in civiele zaken was. Een andere strekking, waartoe o.m. Van Doninck behoorde, toonde zich niet overtuigd, al was het maar omdat het een casus betrof tussen de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening en een burger.

Terwijl Antigoon in de civiele rechtspraak gestaag aan populariteit won, wees de rechtsleer erop dat de Antigoon-criteria niet op maat van het civiel geding waren gesneden^[3]. De wetgever liet de kelk bij de codificatie van het bewijsrecht aan zich voorbijgaan^[4] en het Hof van Cassatie hulde zich in stilzwijgen, tot nu.

Ceci n'est pas de verkoopprijs

Het zou dertien jaar duren voor het Hof van Cassatie met zijn juni-arrest^[5] op de proppen kwam. Naar aanleiding van de verkoop van een BMW X5 wordt over de zaak doorgeprocedeerd tot bij het Hof van Cassatie. De centrale vraag is of een geluidsopname van een telefoongesprek tussen verkoper en koper als bewijs kan dienen. Bij het beluisteren van de geluidopname is de prijs te horen van 53.500 euro, doch op de latere bestelbon staat 43.500 euro^[6]. De rechter in hoger beroep wil het niet horen. Een van de redenen tot wering van de geluidsopname klinkt alvast bekend in de oren: op onrechtmatige wijze verkregen en dus wering ervan als bewijs, louter omdat de opname heimelijk is gebeurd. Van een verdere afweging van de bruikbaarheid van dat onrechtmatig bewijs aan de hand van (sub)criteria is in het arrest van het hof van beroep geen sprake. De derde Nederlandstalige kamer van het Hof van Cassatie, samengesteld uit drie raadsheren, ziet de zaken anders. De vraag is of dit arrest voor eens en altijd duidelijkheid brengt. Mijn antwoord op een schaal van zwart tot wit? Grijs.

Al is het maar omdat het een cassatiekamer van drie raadsheren betrof. Menig jurist zal zich uit de lessen aan de universiteit herinneren dat de kamersamenstelling van het Hof van Cassatie belang heeft^[7].

Maar wie duidelijk wil zijn, zegt het twee keer en zo legde het Hof van Cassatie een nieuw arrest onder de kerstboom, nauwelijks zes maanden na het juni-arrest en waarin onrechtmatig bewijs opnieuw centraal staat, ditmaal in het kader van een betwisting over onderhoudsuitkering na echtscheiding.

In zijn eerste rechtsoverweging herneemt het Hof letterlijk de inhoud van het juni-arrest. Het is dan ook vooral de tweede rechtsoverweging die interessant zal blijken:

“Het middel dat ervan uitgaat dat uit het algemeen rechtsbeginsel van het recht op verdediging, zoals onder meer neergelegd in artikel 6 EVRM, voortvloeit dat onrechtmatig verkregen bewijs in geschillen van zuiver privaatrechtelijke aard steeds uit het debat moet worden geweerd, faalt in zoverre naar recht. (eigen markering)”^[8].

(Rechts)overwegingen

Met die tweede rechtsoverweging is het Hof van Cassatie duidelijk. Ook in het civiel recht, is bewijsuitsluiting bij onrechtmatige bewijsverkrijging niet meer het uitgangspunt. Tegelijk zet het Hof een eigen standaard voor hantering van onrechtmatig bewijs in geschillen van zuiver privaatrechtelijke aard uit.

Dat doet het Hof door handig gebruik te maken van taal. Het Hof van Cassatie zet in de eerste rechtsoverweging van het december-arrest “al de omstandigheden” uiteen, waarmee de feitenrechter rekening moet houden bij zijn beoordeling of de bewijsverkrijging de betrouwbaarheid van het bewijs aantast of het recht op een eerlijk proces in gevaar brengt. Het Hof zet deze echter niet uiteen als een verbijzondering van de notie van het eerlijk proces. Het Hof geeft daarbij ook niet aan dat de feitenrechter in zijn beoordeling “één of meer” criteria kan betrekken^[9]. Daarmee valt te stellen dat het Hof kiest voor een exhaustieve oplistings van de criteria. Dat is nochtans niet wat de formulering op het eerste zicht doet vermoeden^[10], en zal in de rechtspraak dus nog een vertaal- en cultuuromslag vergen.

Be careful what you wish for

De bal ligt nu terug in het kamp van de feitenrechters. Het uitgangspunt daarbij is duidelijk: onrechtmatig (verkregen) bewijs in burgerlijke zaken mag slechts geweerd worden indien

“de bewijsverkrijging de betrouwbaarheid van het bewijs aantast of indien hierdoor het recht op een eerlijk proces in gevaar wordt gebracht, behoudens wanneer de wet uitdrukkelijk anders bepaalt” (eigen markering).^[11]”

De feitenrechter moet bij zijn beoordeling rekening houden met:

“al de omstandigheden van de zaak, waaronder de wijze waarop het bewijs werd verkregen, de omstandigheden waarin de onrechtmatigheid werd begaan, de ernst van de onrechtmatigheid en de mate waarin hierdoor het recht van de wederpartij werd geschonden, de bewijsnood van de partij die de onrechtmatigheid beging en de houding van de wederpartij. (eigen markering)”^[12].

Via deze formulering geeft het Hof van Cassatie een duidelijke opdracht aan de feitenrechters. Bij hun beoordeling over het onrechtmatig (verkregen) bewijs, zijn zorgvuldigheid, *case-by-case* analyse en motivering van groot belang.

Voorzichtigheid is de moeder der wijsheid

Het blijft echter belangrijk om eveneens voor ogen te houden dat tot nu toe enkel de Nederlandstalige eerste en derde kamers van het Hof van Cassatie zich hebben uitgesproken. De vraag blijft hoe de Franstalige afdelingen van diezelfde kamers zullen oordelen. Alsook, bij eventuele onverenigbaarheid in de rechtspraak, welk standpunt de verenigde kamer zal innemen.

Alles in overweging genomen, komt hiermee (voorlopig) een einde aan wat lang een wazige vlek was in de rechtspraak en een twistpunt in de rechtsleer. Het Hof van Cassatie koos voor een eigen civiele koers waar rechtspractici nu mee aan de slag moeten.

Dat doet het Hof door handig gebruik te maken van taal. Het Hof van Cassatie zet in de eerste rechtsoverweging van het december-arrest “al de omstandigheden” uiteen, waarmee de feitenrechter rekening moet houden bij zijn beoordeling of de bewijsverkrijging de betrouwbaarheid van het bewijs aantast of het recht op een eerlijk proces in gevaar brengt. Het Hof zet deze echter niet uiteen als een verbijzondering van de notie van het eerlijk proces. Het Hof geeft daarbij ook niet aan dat de feitenrechter in zijn beoordeling “één of meer” criteria kan betrekken^[9]. Daarmee valt te stellen dat het Hof kiest voor een exhaustieve oplistings van de criteria. Dat is nochtans niet wat de formulering op het eerste zicht doet vermoeden^[10], en zal in de rechtspraak dus nog een vertaal- en cultuuromslag vergen.

Be careful what you wish for

De bal ligt nu terug in het kamp van de feitenrechters. Het uitgangspunt daarbij is duidelijk: onrechtmatig (verkregen) bewijs in burgerlijke zaken mag slechts geweerd worden indien

“de bewijsverkrijging de betrouwbaarheid van het bewijs aantast of indien hierdoor het recht op een eerlijk proces in gevaar wordt gebracht, behoudens wanneer de wet uitdrukkelijk anders bepaalt” (eigen markering).^[11]”

De feitenrechter moet bij zijn beoordeling rekening houden met:

“al de omstandigheden van de zaak, waaronder de wijze waarop het bewijs werd verkregen, de omstandigheden waarin de onrechtmatigheid werd begaan, de ernst van de onrechtmatigheid en de mate waarin hierdoor het recht van de wederpartij werd geschonden, de bewijsnood van de partij die de onrechtmatigheid beging en de houding van de wederpartij. (eigen markering)”^[12].

Via deze formulering geeft het Hof van Cassatie een duidelijke opdracht aan de feitenrechters. Bij hun beoordeling over het onrechtmatig (verkregen) bewijs, zijn zorgvuldigheid, *case-by-case* analyse en motivering van groot belang.

Voorzichtigheid is de moeder der wijsheid

Het blijft echter belangrijk om eveneens voor ogen te houden dat tot nu toe enkel de Nederlandstalige eerste en derde kamers van het Hof van Cassatie zich hebben uitgesproken. De vraag blijft hoe de Franstalige afdelingen van diezelfde kamers zullen oordelen. Alsook, bij eventuele onverenigbaarheid in de rechtspraak, welk standpunt de verenigde kamer zal innemen.

Alles in overweging genomen, komt hiermee (voorlopig) een einde aan wat lang een wazige vlek was in de rechtspraak en een twistpunt in de rechtsleer. Het Hof van Cassatie koos voor een eigen civiele koers waar rechtspractici nu mee aan de slag moeten.



Raadpleeg hier het arrest van 14 juni 2021 , inclu voorziening in cassatie:

https://juportal.be/JUPORTAwork/ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210614.3N.2_NL.pdf

Het arrest van 16 december 2021 werd nog niet toegevoegd aan Juportal, maar is te raadplegen via betalende databanken.

Jory Brabants D'Hooghe, student eerste Master Burgerlijk- en Procesrecht VUB

[1] Cass. 14 juni 2021, C.20.0418.N, ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210614 en Cass. 16 december 2021, AR C.18.0314.N.

[2] Cass. 10 maart 2008, *Arr.Cass.* 2008, 678. (nr. 166).

[3] M. SCHELKENS, "Cassatie hakt knopen door over onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken" (noot onder Cass. 14 juni 2021), *RDC-TBH* 2021, 2036 (11).

[4] MvT bij het wetsontwerp houdende invoeging van Boek 8 "Bewijs" in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3349/001, 10.

[5] Cass. 14 juni 2021, C.20.0418.N, ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210614.

[6] Voor het gehele feitenrelaas en de motivering van de bestreden beslissing verwijs ik naar het verzoekschrift tot cassatie, dat werd gehecht aan het arrest van het Hof van Cassatie en kan geraadpleegd worden via

https://juportal.be/JUPORTAwork/ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210614.3N.2_NL.pdf

[7] Art. 1105 bis Ger.W. " *Wanneer de beslissing in verband met het cassatieberoep blijktbaar voor de hand ligt of niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de eenheid van de rechtspraak of van de rechtsonwikkeling, kan de eerste voorzitter of de voorzitter van de kamer, op voorstel van de raadsheer-verslaggever en na advies van het openbaar ministerie, de zaak voorleggen aan een beperkte kamer met drie raadsheren.*



rechtspraak of van de rechtsontwikkeling, kan de eerste voorzitter of de voorzitter van de kamer, op voorstel van de raadsheer-verslaggever en na advies van het openbaar ministerie, de zaak voorleggen aan een beperkte kamer met drie raadsheren.

[8] Cass. 16 december 2021, AR C.18.0314.N, overw. 2.

[9] J. VAN DONINCK, "Het lot van onrechtmatig bewijs in civiele zaken: dat geeft te denken" (noot onder Cass. 14 juni 2021), *RW2021-22*, nr.28, 1097 – 1102.

[10] M. SCHELKENS, "Cassatie hakt knopen door over onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken" (noot onder Cass. 14 juni 2021), *RDC-TBH 2021*, 2039 (16).

[11] Cass. 14 juni 2021, C.20.0418.N, ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210614, overw. 1 én letterlijk overgenomen in het arrest van 16 december 2021 in overw. 1.

[12] Cass. 14 juni 2021, C.20.0418.N, ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210614, overw. 2 én letterlijk overgenomen en samengevoegd met overw. 1 in arrest van 16 december 2021. Voor een uitgebreide bespreking van de verschillende criteria verwijs ik naar J. VAN DONINCK, "Het lot van onrechtmatig bewijs in civiele zaken: dat geeft te denken" (noot onder Cass. 14 juni 2021), *RW2021-22*, nr.28, 1097 – 1102.

ANTIGOON / BEWIJSRECHT



GENERATION J

Via deze rubriek laat Jubel.be het woord aan de jonge generatie, #Generation J. Professionals aan de (middel)lange start van hun carrière in legal, tax of finance vertellen hun ambities, toekomstdromen en specialismen in interessante columns, expertiseblogstukken of wetenschappelijke artikels.

Jubel.be biedt hen een forum om die stem luid te laten weerklinken.

Uw bijdrage leveren aan deze rubriek?

Contacteer de Jubel-redactie!

[BEKIJK ALLE ARTIKELEN](#)



REAGEER

Het e-mailadres wordt niet gepubliceerd. Vereiste velden zijn gemarkeerd met *

Reactie

[Cookies beheren](#)

