

## Onrechtmatig bewijs: heiligt de waarheid de bewijsmiddelen?

Van Doninck, Jachin

*Published in:*  
Een vraag naar waarheid

*Publication date:*  
2023

*License:*  
Unspecified

*Document Version:*  
Final published version

[Link to publication](#)

*Citation for published version (APA):*  
Van Doninck, J. (2023). Onrechtmatig bewijs: heiligt de waarheid de bewijsmiddelen? In J. Bauwens, V. Ginis, T. Meyer, B. Van Kerkhove, & K. Verstryngne (editors), *Een vraag naar waarheid* (blz. 68-72). (POINcaré). ASP / VUBPRESS.

### Copyright

No part of this publication may be reproduced or transmitted in any form, without the prior written permission of the author(s) or other rights holders to whom publication rights have been transferred, unless permitted by a license attached to the publication (a Creative Commons license or other), or unless exceptions to copyright law apply.

### Take down policy

If you believe that this document infringes your copyright or other rights, please contact [openaccess@vub.be](mailto:openaccess@vub.be), with details of the nature of the infringement. We will investigate the claim and if justified, we will take the appropriate steps.

# Onrechtmatig bewijs: heiligt de waarheid de bewijsmiddelen?

door Jachin Van Doninck

Van de verboden vrucht zult gij niet eten. Bewijsvergaring in strijd met de wet gaf lange tijd aanleiding tot bewijsuitsluiting. Sinds het begin van de 21<sup>ste</sup> eeuw maakten andere inzichten opgang. Toch zijn er nog grenzen aan de waarheidsvinding.

## Het lot van onrechtmatig bewijs: de ommekeer van Antigoon

De rechter beziet de werkelijkheid doorheen de lens van het bewijs dat hem wordt voorgelegd. Het Belgische Hof van Cassatie heeft sinds 2003 spraakmakende arresten gewezen die een terugkerende vraag tot voorwerp hebben: wat doet de rechter met bewijs dat in strijd met de wet is verkregen? Terwijl het Hof van Cassatie vroeger streng vasthield aan de gedachte dat de rechter geen onwettigheden bij de bewijsverkrijging mocht tolereren,<sup>1</sup> luidde het Hof met het *Antigoon*-arrest<sup>2</sup> – genoemd naar een gecoördineerde politieactie die toen in Antwerpen liep – een fundamentele koerswijziging in. Politieagenten hadden een café-uitbater gefouilleerd en met de zo verkregen autosleutels zijn wagen doorzocht. In de wagen werd een geladen vuurwapen met afgevijsd serienummer aangetroffen. De strafrechter neemt met de beklaagde aan dat de wagen onwettig werd doorzocht, maar toch steunt de rechter zijn beslissing om de beklaagde te veroordelen op dat bewijs. Het Hof van Cassatie verwerpt het cassatieberoep van de veroordeelde. Volgens het Hof heeft de onrechtmatigheid van de

bewijsverkrijging slechts tot gevolg dat de rechter het bewijs niet in aanmerking mag nemen wanneer 1) de geschonden regel is voorgeschreven op straffe van nietigheid, 2) de begane onrechtmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast, 3) het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces. Deze *Antigoon*-test heeft onder meer navolging gekend in het sociale zekerheidsrecht<sup>3</sup> en het belastingrecht.<sup>4</sup>

Gemene deler van deze rechtspraak is de relativering van een voorheen absoluut geachte bewijsuitsluitingsregel in gevallen waarin de overheid het algemeen belang behartigt (de zgn. *public purposes*). Op het bezwaar dat moeilijk kan aanvaard worden dat bij bewijsvergaring door de overheid een meer liberale koers wordt gevaren, luidt het antwoord dat het niet gaat om het procesoptreden van de overheid *as such*, maar wel om het algemeen belang dat bij dat overheidsoptreden betrokken is. Het overheidshandelen is in de beschreven gevallen gericht op de behartiging van het algemeen belang en verdient daarom een speciale behandeling. Tenzij de wet uitdrukkelijk een sanctie heeft voorgeschreven (het eerste geval van regels die met een nietigheidssanctie gepaard gaan), behelst dit een *case by case*-benadering. De rechter moet zijn bewijsoordeel dan motiveren aan de hand van de intrinsieke kwaliteit van de bewijsvergaring (betrouwbaarheid en eerlijk proces), de omstandigheden waarin de bewijsvergaring gebeurde (kennelijk onzorgvuldig of zelfs opzettelijk normschendend) en de aard en intensiteit van de normschending. Met het algemeen belang als verantwoording ontstaat zo de ruimte voor meer evenredigheid in de beoordeling van de rechtmatigheid van de bewijsvoering door de overheid.

## Antigoon: ook in civiele zaken?

Sinds deze koerswijziging van het Hof woedde in de lagere rechtspraak en rechtsleer discussie over de vraag of bij de bewijsvoering tussen burgers onderling diezelfde *Antigoon*-criteria moesten gelden. Het bezwaar dat de *Antigoon*-criteria waren geconcipieerd voor gevallen waarin de overheid onderzoek voert en in het algemeen belang procedeert, maakte op vele rechtscolleges geen indruk. Nochtans biedt de rechtsverhouding tussen burgers onderling een geheel ander uitzicht. Bewijs verzamelen is hier een zaak van materieel recht. Concreet: of het nu om de werkgever gaat die een ontslag beoogt te rechtvaardigen of om een ondernemer die bewijs verzamelt van oneerlijke mededinging door een concurrent, in beide gevallen beheerst het materieel recht hun handelen. *Antigoon* hanteren zorgt in het civiel proces tussen burgers onderling niet zozeer voor relativering van de bewijsuitsluitingsregel, maar wel voor de opheffing ervan.<sup>5</sup>

Wars van die bezwaren werden de *Antigoon*-criteria in de civiele rechtspraak van de feitenrechters opgepikt als hét middel om discussies over het lot van onrechtmatig bewijs mee af te doen. Terwijl het Hof van Cassatie zich sinds 2008 over het lot van onrechtmatig bewijs in civiele zaken in stilzwijgen hulde<sup>6</sup> en de wetgever bij de (her)codificatie van het bewijsrecht de problematiek liever aan zich liet voorbijgaan,<sup>7</sup> groeide in de rechtsleer de discussie. Zo wees onderzoek uit dat *Antigoon* in civiele zaken de afweging van privacy-normen aan de kant schoof.<sup>8</sup>

Aan het zwijgen van het Hof is recent een einde gekomen. Aanleiding was een doordeweekse discussie over de verkoop van een tweedehandswagen. Volgens de professionele verkoper was er telefonisch een koopprijs overeengekomen van 53.500,00 €. Dat hij aan de kopers een ondertekende bestelbon had toegestuurd met een verkoopprijs van 43.500,00 €, was een vergissing. De kopers antwoorden dat zij de bestelbon hebben tegengetekend en dat de prijs van 43.500,00 € dus bindend is. De rechter in eerste aanleg beslist dat de overeenkomst wel degelijk gesloten werd voor een prijs van 53.500 €. Het hof van beroep hervormt die beslissing. Een door de kopers tegengetekend aanvraagformulier waarin als verkoopprijs 53.500,00 € werd vermeld, kan weliswaar een begin van bewijs door geschrift opleveren, maar dan is aanvullend bewijs vereist en dat levert de verkoper volgens het hof van beroep niet, of althans niet rechtmatig. Want de bijgebrachte opname van een telefoongesprek tussen hem en de kopers gebeurde volgens het hof van beroep heimelijk en op een ogenblik dat er al discussie was over de verkoopprijs. De opname wordt uit het debat geweerd. De verkoper voorziet zich in cassatie. Hij voert aan dat hij als procespartij het recht heeft om de bewijzen waarover hij beschikt aan de rechter voor te leggen en dat, tenzij wanneer de wet uitdrukkelijk anders bepaalt, de rechter onrechtmatig bewijs enkel kan weren 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.

Het Hof vernietigt het bestreden arrest en overweegt onomwonden dat ‘behoudens wanneer de wet uitdrukkelijk anders bepaalt, het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken slechts (kan) worden geweerd indien de bewijsverkrijging de betrouwbaarheid van het bewijs aantast of indien hierdoor het recht op een eerlijk proces in gevaar wordt gebracht.’<sup>9</sup>

Toch loont het om door te lezen. Want op die bondige formulering laat het Hof onmiddellijk de opdracht aan de rechter volgen dat hij bij dit bewijsoordeel rekening moet 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.’

Onder de noemer van een afweging van de omstandigheden van de zaak roept het Hof hiermee voor de civiele rechter de taak in het leven om zijn bewijsoordeel aan de hand van zowel materieel als procesrecht in te kleuren. In de opsomming van het Hof vallen voor de rechter drie wegingselementen te onderscheiden: 1) de wijze van bewijsverkrijging, 2) de bewijsnood en 3) de houding van de partij tegen wie het bewijs wordt ingeroepen.

Met het eerste wegingselement verlangt het Hof van Cassatie van de rechter dat hij de daad van bewijsverkrijging kwalificeert, rekening houdend met de aard en inhoud van de beweerdelijk geschonden norm. Met het begrip ‘bewijsnood’ doelt het Hof van Cassatie op die situaties waarin een partij aantoont dat haar geen andere (wettige) bewijsmogelijkheden ter beschikking stonden of staan. Met het laatste criterium slaat het Hof van Cassatie de brug tussen materieel recht en procesrecht. Als afgeleide van de taak van de rechter om het geschil overeenkomstig het recht en dus op basis van de geëigende feitenvaststelling te beslechten, geldt dat de partijen tot medewerking aan de bewijsvoering verplicht zijn.<sup>10</sup> De partij die voorhoudt dat bewijs onrechtmatig (verkregen) is en meent dat zij op die manier de aangevoerde feiten kan betwisten, moet weten dat dit haar niet ontslaat van de plicht om zelf ook opheldering te verschaffen.

Eerder verdedigde ik dat in de rechtsverhouding tussen burgers onderling de verantwoording en noodzaak ontbrak voor een op *Antigoon* geënte perspectiefwissel, nu dit ten koste gaat van de eerbiediging van het materieel recht. Het civiel proces was volgens mij meer gebaat bij een verbreding van het perspectief: niet de keuze tussen materieel recht en procesrecht, maar die voor materieel én procesrecht biedt de uitkomst.<sup>11</sup> Het lijkt erop dat het Hof van Cassatie aan die oproep gehoor heeft gegeven. De bewijsshanteringsstandaard die het Hof van Cassatie *anno* 2021 het licht laat zien, brengt de criteria van betrouwbaarheid en eerlijk proces in herinnering, maar overstijgt die benadering ruimschoots. Het Hof werpt daarmee een dam op tegen de verglijding waartoe de loutere toetsing aan het eerlijk procesverloop in het civiel proces aanleiding zou geven en waarborgt zo dat de *rule of law* en niet de *rule of men* de bovenhand blijft halen.<sup>12</sup> Waarheidsvinding? Ja, maar binnen de grenzen van het recht.

- 
- 1 Cass. 10 december 1923, *Pasicrisie* 1924, I, 66; concl. P. Leclercq.
  - 2 Cass. 14 oktober 2003, *Arresten van het Hof van Cassatie* 2003, 1862, concl. M. De Swaef.
  - 3 Cass. 10 maart 2008, *Arresten van het Hof van Cassatie* 2008, 678.
  - 4 Cass. 22 mei 2015, *Arresten van het Hof van Cassatie* 2015, 1349.
  - 5 Benoit Allemeersch, 'Controversiële bewijzen in handelszaken', in *Handels- en Economisch Recht, Deel 1, Ondernemingsrecht, Volume A, Ter gelegenheid van het emeritaat van Professor dr. Gabriël Luc Ballon*, red. door Bernard Tilleman en Evelyn Terry (Mechelen: Kluwer, 2011), 663, nr. 806: 'Het is inderdaad zo dat de limitatief omschreven gevallen waarin luidens deze formule wering mogelijk is, zich in burgerlijke of handelszaken zelden zullen voordoen, waardoor het leerstuk van het ongeoorloofd bewijs zo goed als helemaal ontmanteld wordt.'
  - 6 Het Hof van Cassatie kiest de rechtszaken niet waarover het uitspraak moet doen, maar kan door middel van de zgn. 'cassatietechniek' wel sturing geven aan welke kritiek gericht tegen rechterlijke beslissingen wordt beantwoord en in voorkomend geval ingewilligd (vgl. Ivan Verougstraete, 'Het Hof van Cassatie en de motiveringsplicht', in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, (Brussel: Bruylant, 2000), 1078-1079, nr. 18). Zo bleef het tussen 2008 en 2021 stil over de vraag wat de impact van de Antigoon-rechtspraak op het bewijs in civiele zaken was.
  - 7 Onder het mom niet te willen ingrijpen in het formeel bewijsrecht (cf. Memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende invoering van Boek 8 'Bewijs' in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parlementaire Stukken Kamer* 2018-19, nr. 54-3349/001, 10).
  - 8 Yung Shin Van Der Sype, *Naar een geïntegreerde privacybescherming in de onderneming* (Mechelen: Wolters Kluwer, 2017), 204.
  - 9 Cass. 14 juni 2021, *Rechtskundig Weekblad* 2021-22, 1108.
  - 10 Art. 8.4, derde lid van Boek 8 Bewijs van het Burgerlijk Wetboek luidt als volgt: 'Alle partijen zijn gehouden om mee te werken aan de bewijsvoering.' (Ingevoerd door art. 3 wet 13 april 2019 tot invoering van een Burgerlijk Wetboek en tot invoering van Boek 8 'Bewijs' in dat Wetboek, *BS* 14 mei 2019).
  - 11 Jachin Van Doninck, *Het lot van onrechtmatig bewijs* (Antwerpen: Intersentia, 2020), 314.
  - 12 René Foqué, 'De rechter is het sprekende recht', in *Kiezen tussen recht en rechtvaardigheid*, red. door Freddy Evers, Pierre Lefranc (Brugge: die Keure, 2009), 89.