

- de eiseres legt tot bewijs van de waarachtigheid van haar stelling een opname over die werd gemaakt van een telefoongesprek met de verweerder.

4. De appelrechter die deze geluidsopname 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 ook op een andere rechtmatige wijze [kon] worden bewezen”, verantwoordt zijn beslissing niet naar recht.

Het middel is gegrond.

Dictum

Het Hof,

eenparig beslissend,

Vernietigt het bestreden arrest.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het vernietigde arrest.

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over.

Verwijst de zaak naar het hof van beroep te Antwerpen.

Waar aanwezig waren: E. Dirix, sectievoorzitter als voorzitter; A. Lievens en S. Mosseman, raadsheren; in aanwezigheid van advocaat-generaal H. VANDERLINDEN.

N o o t

Onrechtmatig (verkregen) bewijs in burgerlijke zaken : Antigoon *light*

1. Men kan onrechtmatig bewijs onderscheiden van onrechtmatig verkregen bewijs.

Onrechtmatig bewijs is het bewijs dat strikt gezien niet toegelaten is: bijvoorbeeld het bewijs dat ingaat tegen een onweerlegbaar wettelijk vermoeden.¹¹

Onrechtmatig verkregen bewijs is voorhanden wanneer men het bewijs van een feit dat toegelaten is, op onrechtmatige wijze verzameld heeft, bijvoorbeeld door het aanwenden van een niet toegelaten middel: geweld, inbreuk op de privacy ...

11. In het Burgerlijk Wetboek wordt in artikel 8.7, tweede lid, gesteld:

Het wettelijk vermoeden kan weerlegd worden, behalve:

1° wanneer de wet anders bepaalt;

2° wanneer dit vermoeden tot nietigheid van een rechtshandeling leidt;

3° wanneer dit vermoeden tot de onontvankelijkheid van een vordering in rechte leidt.

2. Over het lot van onrechtmatig verkregen bewijs was men het eertijds roerend eens: men kan er geen gebruik van maken en het moet uit de debatten worden geweerd.¹²

3. Sommigen betreuren dat men een feit, waarvan men kan vaststellen dat het klaarblijkelijk vaststaat, toch niet in aanmerking kan nemen omdat het niet “op de juiste manier” bewezen wordt.

Zeker in **strafzaken** leidde dit tot publieke ergernis en werd gezocht om dit te corrigeren.

Het Hof van Cassatie zette de doorbraak in met het *Antigoon*-arrest van 14 oktober 2003.¹³

In dit arrest van 14 oktober 2003 zet het Hof de zaken op hun kop: het bewijs moet worden aanvaard, tenzij aan één of meerdere van drie voorwaarden is voldaan. In die gevallen kan het bewijs worden geweerd, met name:

- wanneer een vormvoorwaarde, die op straffe van nietigheid is voorgeschreven, niet werd nageleefd;
- wanneer de begane onregelmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast;
- wanneer het gebruik van het verkregen bewijs in strijd zou zijn met het (recht op een) eerlijk proces.

Bovendien liet deze laatste voorwaarde (het eerlijk proces) toe om rekening te houden met meerdere omstandigheden, zoals:

- het feit dat de overheid die met de opsporing, het onderzoek of de vervolging van het misdrijf is belast, de onrechtmatigheid al dan niet opzettelijk, of ingevolge een niet te verontschuldigen onachtzaamheid heeft begaan;
- het feit dat de ernst van het misdrijf de ernst van de onrechtmatigheid overstijgt;
- het feit dat het onrechtmatig bewijs alleen een materieel element van het bestaan van het misdrijf betreft dan wel een zuiver formeel karakter heeft;
- de omstandigheid dat de onrechtmatigheid geen weerslag heeft op het recht of de vrijheid die door de overschreden norm wordt beschermd.¹⁴

Deze “*Antigoon*-rechtspraak” werd verankerd in artikel 32 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering, dat luidt:

Tot nietigheid van onregelmatig verkregen bewijselement wordt enkel besloten indien:

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

In strafzaken is de regeling dus duidelijk.

12. B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht*, APR 2013, nr. 1023; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDEN-BUSSCHE, “Overzicht van rechtspraak (2000-2013), Het burgerlijk bewijsrecht”, TPR 2015, nr. 66, p. 669.

13. Tijdens de *Antigoon*-actie ging de politie een voertuig doorsnuffelen met de autosleutels die ze tijdens een veiligheidsfouille had aangetroffen. Men trof er een wapen aan. Daarna betwistte de betrokkene de regelmatigheid van het doorzoeken van zijn voertuig, zie *Arr.Cass.* 2003, nr. 449, concl. Adv. Gen. M. DE SWAEF.

14. Zie bv. *Cass.* 28 mei 2013, *Arr.Cass.* 2013, nr. 327.

4. Wat in burgerlijke zaken?

Ofschoon een ongenueanceerde toepassing van de *Antigoon*-criteria in burgerlijke zaken problematisch lijkt¹⁵, neemt de meerderheid (in rechtspraak en doctrine) aan dat ingevolge het cassatiearrest van 10 maart 2008¹⁶, deze beginselen ook in burgerlijke zaken gelden.

Als inleidende overweging werd in dat arrest opgenomen:

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.

Daarna volgen de gekende *Antigoon*-overwegingen, die zoals gezegd in burgerlijke zaken niet altijd relevant lijken.¹⁷

5. Was dit een principearrest, dat navolging zou krijgen?

De aan het arrest van 10 maart 2008 onderliggende zaak betrof een uitsluiting uit het recht op werkloosheidsuitkeringen op grond van een door de RVA bekomen proces-verbaal van een politieverhoor. Dit proces-verbaal was overgemaakt aan de RVA spijs het geheim van het onderzoek in strafzaken ...

De arbeidsrechtbank en het arbeidshof weigerden met dit onrechtmatig verkregen bewijs (hier was er eigenlijk sprake van het onrechtmatig overmaken van het bewijs) rekening te houden, maar het Hof van Cassatie dacht er anders over en nam dus de redenering van de *Antigoon*-rechtspraak over.

Gelet op de link van het sociaalzekerheidsrecht (hier: de werkloosheidsreglementering) met de openbare orde en doelstellingen van algemeen belang (mede door de strafsancities die voor inbreuken kunnen worden opgelegd), oordelen sommigen dat het arrest van 10 maart 2008 dus mogelijk geen algemene gelding zou hebben in burgerlijke zaken.¹⁸

Een meerderheid van de feitenrechters lijkt de *Antigoon*-leer toe te passen.¹⁹

15. J. VAN DONINCK, *Het lot van onrechtmatig bewijs*, Antwerpen, Intersentia, 2020, p. 141 e.v., nr. 101.

16. *Arr.Cass.* 2008, nr. 166.

17. Zie ook B. ALLEMEERSCH e.a., *o.c.*, nr. 78.

18. J. VAN DONINCK, *o.c.*, nrs. 96-97; E. MAES, “Onrechtmatig bewijs in civiele zaken in België en Duitsland”, *RW* 2014-15, 687; B. ALLEMEERSCH e.a., *o.c.*, nr. 79; D. MOUGENOT, “Antigone au milieu du gué. Le point sur l’utilisation des preuves recueillies irrégulièrement en matière civile” in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Brussel, Larcier, 2017, nr. 14, 142-143; B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht*, APR, Mechelen, Kluwer, 2013, 552-553.

Un gué is een doorwaadbare plaats. Je vindt die naam vaak op stafkaarten van Wallonië. Met de uitdrukking *au milieu du gué* verwijst men naar de situatie waarbij men op het mogelijk diepste punt is gekomen en twijfelt of men wel zal doorgaan of niet ...

19. Zie de voorbeelden besproken door: B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Overzicht van rechtspraak (2000-2013). Het burgerlijk bewijsrecht”, *TPR* 2015, nr. 83, 679-681; K. VAN KILDONCK, “Privacy werknemers”, *NJW* 2010, 183; zie ook: J. VAN DONINCK, *o.c.*, nr. 97 en vn. 546.

In recente doctrine wordt gewezen op enkele beslissingen die de *Antigoon*-leer weigeren toe te passen.²⁰

Waar men ten onrechte in het cassatiearrest van 10 november 2008 (S.06.0029.F) reeds een bevestiging zou hebben gezien van het arrest van 10 maart 2008, nu het Hof van Cassatie in dit arrest de toelaatbaarheid van het bewijs niet in het licht van zijn *Antigoon*-rechtspraak kon toetsen omdat het cassatiemiddel dit niet mogelijk maakte²¹, bevestigt het arrest van het Hof van Cassatie van 9 november 2018²² alvast de toepassing van de “*Antigoon*-rechtspraak” met betrekking tot de sanctie opgelegd door de FSMA in de *Fortis*-zaak.

Het arrest van 14 juni 2021 (C.20.0418.N) trekt die lijn door. Dit arrest werd gewezen door drie raadsheren, waaruit mag worden afgeleid dat de beslissing voor de hand lag ... (art. 1105*bis* Ger.W.).

Gesteld wordt dat het onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken om twee redenen kan worden geweerd: bij *aantasting van de betrouwbaarheid* van het bewijs of wanneer het *eerlijk proces in gevaar* wordt gebracht. De derde optie, die in strafzaken geldt (miskenning van een op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvoorwaarde) is hier weggefallen.

Bij de beoordeling die de rechter moet maken dient hij met alle omstandigheden van de zaak rekening te houden. Ook de eventuele bewijsnood van de partij die de onrechtmatigheid beging zal dus in aanmerking worden genomen.

Het feit dat rekening moet worden gehouden met *al de omstandigheden van de zaak* brengt met zich mee dat geen algemene stelling kan worden geformuleerd over wanneer een onrechtmatig verkregen bewijs wel of niet zal worden geweerd. Het behoort aan de feitenrechters om hier omzichtig en nauwgezet mee om te springen.

Uit het arrest van 14 juni 2021 leren we dat het loutere feit dat een opname van een telefoongesprek op heimelijke wijze is gemaakt, op zichzelf niet voldoende is om het gebruik ervan als bewijs te beletten.

Dit arrest ligt dus in de lijn van de rechtspraak van het Gerecht van de Europese Unie, dat bijvoorbeeld onrechtmatig verkregen geheime opnamen van telefoongesprekken als geldig bewijs heeft aanvaard.²³

6. Ook in **fiscale zaken** lijkt een aangepaste versie van de *Antigoon*-leer te worden toegepast. De beginselen van behoorlijk bestuur en het recht op een eerlijk proces zijn de uitgangspunten. Hier geldt dat onrechtmatig verkregen bewijs kan worden geweerd indien de bewijsmiddelen verkregen zijn op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht dat dit gebruik onder alle omstandigheden als ontoelaatbaar moet worden geacht, of indien dit gebruik het recht op een eerlijk proces in het gedrang brengt. Het Hof van

20. D. MOUGENOT, “Antigone au milieu du gué. Le point sur l’utilisation des preuves recueillies irrégulièrement en matière civile”; C. DELFORGE (COORD.), *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Brussel, Larcier, 2017, nr. 17, 146; Y. VAN DER SYPE, “Antigoon gesust: Het privédetectiveverslag als bewijs in (on) rechte”, *Or.* 2015, 212-213.

21. J. VAN DONINCK, *o.c.*, nr. 96 en vn. 542.

22. C.17.0220.N-C.17.0318.N, www.juportal.be, concl. Adv. Gen. VAN INGELGEM.

23. Ger.EU (9e k.) 8 september 2016, T-54/14, *Goldfish BV e.a. / Europese Commissie*, www.curia.europa.eu.

Cassatie verduidelijkt hierbij met welke omstandigheden de rechter rekening kan houden.²⁴

7. Tot slot weze opgemerkt dat het (nieuw) Burgerlijk Wetboek weliswaar bepalingen bevat in verband met de toelaatbaarheid van de bewijsmiddelen, waarbij er sprake is van het vrij bewijs of het gereguleerd bewijs, maar niets zegt over het “onrechtmatig verkregen bewijs”.²⁵

Fabrice MOURLON BEERNAERT

Advocaat (Brussel)

Plaatsvervangend rechter – Ondernemingsrechtbank Brussel (F)

Assistent ULB

■ Eindbeslissing

Cass. 11 juni 2021

Gerechtelijk recht – Algemene beginselen – Begrippen – Vonnis-arrest – Eindvonnis en vonnis alvorens recht te doen – Beslissing die de toestand van de partijen voorlopig regelt – Betwisting tussen partijen – Gevolg voor ontvankelijkheid hoger beroep (art. 19, derde lid en 1050 Ger.W.)

De rechter die een voorafgaande maatregel beveelt om de toestand van de partijen voorlopig te regelen, zonder daarbij een beslissing te nemen over de ontvankelijkheid of de grond van de vordering, neemt een beslissing alvorens recht te doen waartegen geen onmiddellijk hoger beroep openstaat, ook al bestond over die maatregel tussen de partijen betwisting en hebben zij hierover het debat gevoerd.

(V. NV / J. NV EN M.C. G.Z.I. NV)

(Advocaten: Mrs. J. Verbist en B. Maes)

Rolnr.: C.17.0412.N

I. Rechtspleging voor het hof

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 13 juli 2016.

24. Cass. 22 mei 2015. AR F.13.0077.N; Cass. 18 januari 2018, AR F.16.0031.N, concl. Adv. Gen. VAN INGELGEM; raadpl. ook: J. VAN DONINCK, o.c., nrs. 47-50.

25. “De regels betreffende de taak van de rechter en de bewijsvoering voor de hoven en de rechtbanken blijven verrat 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.” (Kamer, Verslag, DOC 54, 3349/005, p. 31). Zie ook F. MOURLON BEERNAERT, *La preuve*, Wolters Kluwer, 3e ed., 2020, 42, nr 49; F. GEORGES, “Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive”, *JT* 2019, 639.