



UHASSELT

KU LEUVEN



Maastricht University

KNOWLEDGE IN ACTION

Faculteit Rechten

master in de rechten

Masterthesis

Alternatieve weringscriteria voor onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken

Hanne-Lore Donné

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

PROMOTOR :

Prof. dr. Ilse SAMOY

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



UHASSELT

KNOWLEDGE IN ACTION

www.uhasselt.be

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

2020
2021



UHASSELT

KNOWLEDGE IN ACTION

KU LEUVEN



Maastricht University

Faculteit Rechten

master in de rechten

Masterthesis

Alternatieve weringscriteria voor onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken

Hanne-Lore Donné

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

PROMOTOR :

Prof. dr. Ilse SAMOY

SAMENVATTING

In 2003 oordeelde het Hof van Cassatie in een strafzaak dat onrechtmatig verkregen bewijs voortaan aangewend mag worden tenzij aan minstens één van volgende drie uitzonderingen is voldaan; (i) de begane onrechtmatigheid tast de betrouwbaarheid van het bewijs aan, (ii) het gebruik van het bewijs is in strijd met het recht op een eerlijk proces of (iii) de onrechtmatigheid schendt een op straffe van nietigheid voorgeschreven norm.

Het Hof van Cassatie oordeelde in 2008 dat diezelfde voorwaarden, de Antigoonvoorwaarden genoemd, ook van toepassing zijn in burgerlijk zaken. Bewijs wordt dus niet langer uit de debatten geweerd, maar kan in rechte gebruikt worden. Dat wil zeggen dat het bewijs niet uit het dossier moet worden verwijderd, maar dat de rechter met dit bewijs geen rekening mag houden bij het nemen van zijn beslissing.

Die Antigoonvoorwaarden zijn weliswaar niet op maat gemaakt van het burgerlijk procesrecht. Zo zijn in het burgerlijk recht slechts weinig vormvoorwaarden op straffe van nietigheid en wordt het recht op een eerlijk proces niet aangetast aangezien steeds een tegensprekelijk debat plaatsvindt. Daarom is het beter dat rechters andere voorwaarden hanteren in het nemen van hun beslissing.

Zo moet de rechter rekening houden met het gedrag van partijen. Hij moet strenger optreden wanneer een partij een onrechtmatigheid begaat om het bewijs te vergaren. Kwam deze partij eerder onopzettelijk in het bezit van dergelijk bewijs, dan moet de rechter milder optreden. Deze idee gaat schuil achter het recht op privacy, dat hoog in het vaandel wordt gedragen. Toch zijn ook situaties denkbaar waarin de redelijke privacyverwachting geldt. De tegenpartij zal zich dan niet kunnen beroepen op haar recht van privacy. Het gedrag van de tegenpartij is dus niet onbelangrijk. Ze mag zich immers niet schuldig maken aan deloyale procesvoering. De rechter moet de privacyschending wel steeds toetsen aan vier criteria; legaliteit, transparantie, finaliteit en proportionaliteit.

De rechter moet ook een belangenafweging maken tussen de ernst van de begane onrechtmatigheid en de belangen van de tegenpartij. In de praktijk zal het dan vaak gaan om een afweging tussen het recht op bewijs en het recht op privacy.

Ten slotte moet de rechter een groter belang hechten aan het recht op bewijs dan aan andere belangen wanneer het bewijs leidt tot de oplossing van het geschil. Bovendien moet de rechter milder oordelen wanneer het bewijs niet op rechtmatig wijze verkregen kan worden. Er is dan sprake van bewijsnood.

De Antigooncriteria zijn aldus niet geschikt, maar alternatieve, goed afgebakende en helder geformuleerde criteria kunnen de verdeeldheid en onduidelijkheid in het burgerlijk proces wegnemen.

DANKWOORD

In het kader van de afronding van mijn masteropleiding aan de Universiteit Hasselt kwam deze masterthesis tot stand. Gedurende negen intensieve maanden deed ik onderzoek naar de vraag welke alternatieve weringscriteria voor handen zijn indien sprake is van onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken. Tijdens mijn stage bij Monard Law Hasselt botste ik op dit probleem. Dankzij mijn nieuwsgierigheid en leergierigheid werkte ik een onderzoeksplan uit en kon ik mij het afgelopen academiejaar verdiepen in deze materie.

Hoewel ik mijn masterthesis in mijn eentje heb geschreven, was het niet gelukt zonder enkele personen. Ik wil hen dan ook graag bedanken, want zonder hun hulp en steun had ik deze masterthesis niet tot een goed einde gebracht.

Eerste en vooral wil ik Prof. Dr. Samoy bedanken voor de kans die ze me gaf om mij te verdiepen in het leerstuk van het onrechtmatig verkregen bewijs. Ik dank dra. M. Schouteden voor de tijd die ze nam om mij steeds te voorzien van feedback. Dankzij haar ondersteuning en begeleiding kon ik elke keer mijn onderzoek bijsturen in de juiste richting.

Verder wil ik mijn ouders en zus bedanken voor hun begrip, de steun die ze me steeds boden en het extra duwtje in de rug dat ze me gaven.

Hoewel het schrijven van deze masterthesis zeer leerrijk was en symbool staat voor het afronden van mijn academische carrière, was het niet altijd even eenvoudig. Ik wil daarom graag mijn vriendin, tevens medestudent, bedanken voor alle motiverende woorden en de onvoorwaardelijke steun die ze me gaf. Ze wist me steeds opnieuw te motiveren en het beste in mezelf naar boven te halen.

Ten slotte wil ik nog mijn bijzondere dank betuigen aan mijn vriend. Hij was mijn steun en toeverlaat en zorgde altijd voor de nodige ontspanning waardoor ik elke keer opnieuw met volle moed mijn onderzoek kon verderzetten.

Ik hoop dat het lezen van deze masterthesis evenveel plezier biedt als het schrijven ervan.

Hanne-Lore Donné

Sint-Truiden, 12 mei 2021

INHOUDSOPGAVE

LIJST VAN AFKORTINGEN	i
INLEIDING	1
STAND VAN ZAKEN	1
PROBLEEMSTELLING	3
RELEVANTIE	4
ONDERZOEKSVRAGEN	5
ONDERZOEKSPPLAN	6
DEEL 1: ONRECHTMATIG VERKREGEN BEWIJS: BEGRIPPEN	7
DEEL 2: ONRECHTMATIG (VERKREGEN) BEWIJS IN STRAFZAKEN	9
HOOFDSTUK 1: CATEGORIEËN ONRECHTMATIG VERKREGEN BEWIJS	9
HOOFDSTUK 2: SANCTIE	10
HOOFDSTUK 3: SITUERING	11
HOOFDSTUK 4: EVOLUTIE	12
HOOFDSTUK 5: VOORWAARDEN ANTIGOONRECHTSPRAAK	14
AFDELING 1: VORMVOORWAARDEN OP STRAFFE VAN NIETIGHEID	14
AFDELING 2: AANTASTING VAN DE BETROUWBAARHEID VAN HET BEWIJS	14
AFDELING 3: STRIIDIGHEID MET HET RECHT OP EEN EERLIJK PROCES	14
TUSSENBSLUIT	15
DEEL 3: ONRECHTMATIG (VERKREGEN) BEWIJS IN BURGERLIJKE ZAKEN	17
HOOFDSTUK 1: ONGEORLOOFD BEWIJS	17
AFDELING 1: GRONDEN VAN ONRECHTMATIGHEID <i>IN SE</i>	18
§1 In strijd met de openbare orde en goede zeden	18
§2 Schending van de vertrouwelijkheid	19
§3 Valsheid	20
AFDELING 2: GRONDEN VAN DE ONRECHTMATIGHEID VAN DE VERKRIJGING	21
§1 Brieven	22
§2 E-mails	23
§3 Surfgedrag	24

§4 SMS- en chatberichten	24
§5 Camerabewaking	24
§6 Opgenomen gesprekken	25
§6 Vaststellingen van een privédetective	26
§7 Uitlokking.....	27
AFDELING 3: SANCTIONERING VAN ONGEORLOOFD BEWIJS.....	27
TUSSENBESLUIT	29
DEEL 4: ANTIGOONCRITERIA IN HET BURGERLIJK RECHT	31
HOOFDSTUK 1: EUROPEES NIVEAU	31
HOOFDSTUK 2: BELGIË	32
AFDELING 1: TOETSINGSCRITERIA ANTIGOONRECHTSPRAAK	37
§1 Aantasting van de betrouwbaarheid van het bewijs.....	37
§2 Schending van het recht op een eerlijk proces	38
§3 Schending van een op straffe van nietigheid voorgeschreven norm.....	39
AFDELING 2: TOEPASSING VAN DE ANTIGOONCRITERIA.....	40
TUSSENBESLUIT	43
HOOFDSTUK 3: NEDERLAND	45
AFDELING 1: BEWIJS.....	45
AFDELING 2: ONRECHTMATIG VERKREGEN BEWIJS.....	45
AFDELING 3: ONRECHTMATIGHEID.....	46
§1 Vereiste van onrechtmatigheid	46
Inbreuk gepleegd op een recht	46
Handelen of nalaten te handelen in strijd met wettelijke plicht	47
Strijdig met zorgvuldigheidsnorm	47
§2 Rechtvaardigingsgrond.....	47
§3 Toerekenbaarheid, relativiteit en causaliteit	48
AFDELING 4: TOELAATBAARHEID	48
§1 Motivering vóór bewijsuitsluiting.....	49
§2 Motivering tegen bewijsuitsluiting.....	49
AFDELING 5: BELANGENAFWEGING.....	50
AFDELING 6: SCHADEVERGOEDING ALS SANCTIE	51
TUSSENBESLUIT	53
HOOFSTUK 4: DUITSLAND	54

AFDELING 1: ONRECHTMATIG VERKREGEN BEWIJS.....	54
AFDELING 2: TOELAATBAARHEID	54
§1 <i>Beweiserhebungsverbot</i>	54
§2 <i>Beweisverwertungsverbot</i>	55
AFDELING 3: ONDERSCHIED OP BASIS VAN AARD GESCHONDEN RECHTSREGEL.....	58
§1 Grondwettelijk beschermde persoonsrechten.....	58
TUSSENBSLUIT	61
DEEL 5: ALTERNATIEVE TOETSINGSCRITERIA, AANGEPAST AAN HET BURGERLIJK PROCESRECHT...	63
HOOFDSTUK 1: NOOD AAN ALTERNATIEVEN.....	63
HOOFDSTUK 2: OVERZICHT VAN ALTERNATIEVE CRITERIA.....	65
AFDELING 1: CRITERIUM 1: GEDRAG VAN PROCESPARTIJEN.....	65
§1 Gedrag van de bewijsplichtige.....	65
§2 Gedrag van de tegenpartij.....	66
AFDELING 2: CRITERIUM 2: DE PROPORTIONALITEITSTOETS	67
AFDELING 3: NOOD AAN BEWIJS.....	70
CONCLUSIE.....	71
BIBLIOGRAFIE.....	75

LIJST VAN AFKORTINGEN

EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten
e.v.	En verder
t.a.v.	Ten aanzien van
a.d.h.v.	Aan de hand van
o.m.	Onder meer
RVA	Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening

INLEIDING

STAND VAN ZAKEN

1. 18 jaar geleden oordeelde het Hof van Cassatie dat onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken toegelaten moet worden, tenzij aan één van de drie Antigoonvoorwaarden is voldaan.¹ Maar tal van uitspraken door de jaren heen geven aan dat niet elke rechter het daarmee eens is. Deze masterthesis legt deze verdeeldheid bloot.

2. Op 17 december 1997 doet het Hof van Beroep te Gent uitspraak in een arrest waarbij één van beide partijen een opgenomen telefoongesprek gebruikt als bewijsmiddel.² De aan te wenden bewijsmiddelen in burgerlijke zaken zijn wettelijk vastgelegd in de artikelen 8.4 e.v. Nieuw Burgerlijk Wetboek. Bij de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1804 was nog geen sprake van de telefoon waardoor het onmogelijk was om hierover regels op te stellen. Maar zelfs bij de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek werden hieromtrent geen nadere regels bepaald. De rechtspraak en rechtsleer vormen dus belangrijke actoren wanneer ze zich over deze problematiek buigen.

3. In eerste aanleg oordeelde de rechtbank tweeledig.³ Ze keek eerst naar de toelaatbaarheid van het bewijsmiddel. Volgens de rechtbank is een toestemming voor de opname van het gesprek niet vereist, noch moet de persoon aan de andere kant van de lijn worden ingelicht over de opname. Volgens de rechtbank kan het recht tot opname van het gesprek enkel worden ontzegd indien de andere persoon te kennen geeft dat het gaat om een vertrouwelijk gesprek. Vervolgens keek de rechtbank naar de bewijswaarde van het telefoongesprek.

4. In hoger beroep verduidelijkt het Hof dat het opgenomen telefoongesprek geldig bewijs is, maar maakt hierbij wel enkele kanttekeningen. Het feit dat de ene partij een opname maakt van het telefoongesprek verrast de andere partij en kan ertoe bedoeld zijn enkel verbintenisscheppende bekrachtigingen te bekomen. Daarnaast moet steeds rekening gehouden worden met de mogelijkheid dat een opname vervalst of anders gemonteerd is. In dat geval moet de rechter een expert aanwenden.

5. Het recht op bewijs vloeit voort uit het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging.⁴ Dat recht houdt in dat elke procespartij de bewijzen waarover zij beschikt kan voorleggen indien het bewijs toegelaten en geoorloofd is.⁵

6. In het voorgaand geval werd geoordeeld dat het opnemen van een telefoongesprek toegelaten is. Een aantal rechtscolleges verbieden het gebruik van telefoonopnames omdat het

¹ Cass. 10 maart 2008, *Arr.Cass.* 2008, 678.

² Gent 17 december 1997, nr. 1996/2431, https://users.ugent.be/~rdecorte/documenten/rechtspraak/1997_12_17_Gent_tel.pdf.

³ Over het bewijs werd geoordeeld bij tussenvonnis d.d. 13 juni 1995 door de rechtbank eerste aanleg Brugge (Rb. Brugge 13 juni 1995, *Arr.Cass.* 1995, 601).

⁴ Art. 6 EVRM.

⁵ Cass. 17 september 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1122.

opnemen van een andere persoon een schending van de privacy inhoudt wanneer deze persoon niet afwist van de opname. Het bewijs is principieel ongeoorloofd en de rechtbank laat het bewijs niet toe.⁶ In sommige gevallen kan het gebruik van een opgenomen telefoongesprek als bewijs nadelige gevolgen teweegbrengen zoals bijvoorbeeld het schenden van het beroepsgeheim van een advocaat.⁷

7. In de rechtspraak en rechtsleer heerst verdeeldheid over het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken. Bij het opmaken van het Nieuw Burgerlijk Wetboek hield de wetgever geen rekening met deze problematiek. Het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in het burgerlijk bewijsrecht is tot op de dag van vandaag nog steeds onduidelijk en daardoor bevindt het Belgisch rechtssysteem zich op dit vlak in een grijze zone.

8. Het Hof van Cassatie wijst op 14 oktober 2003 een principieel arrest in een strafzaak. Het oordeelde dat onrechtmatig verkregen bewijs enkel toelaatbaar is wanneer de overtreden vormvoorwaarde niet is voorgeschreven op straffe van nietigheid, de begane onregelmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs niet aantast of het gebruik van het bewijs niet in strijd is met het recht op een eerlijk proces. Dit arrest vormt voor de rechtspraak in strafzaken een belangrijke basis. Het bewijs wordt hierdoor immers niet langer automatisch uitgesloten. De rechter moet in ieder geval, wanneer hij oordeelt over de geoorloofdheid van het bewijs, steeds rekening houden met de drie voormelde criteria.⁸

9. Hoewel voor het burgerlijk recht bij de lagere rechtbanken geen eenduidigheid bestaat over het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs, oordeelde het Hof van Cassatie in 2008, voorlopig slechts eenmalig, dat de strafrechtelijke Antigoonformule toegepast kan worden in burgerlijke zaken.⁹

Volgens het Hof van Cassatie mag onrechtmatig verkregen bewijs alleen worden geweerd indien het een norm voorgeschreven op straffe van nietigheid miskent, de betrouwbaarheid van het bewijs wegvalt of wanneer het het recht op een eerlijk proces in gevaar brengt.¹⁰ Sindsdien geldt dat een onrechtmatigheid begaan hetzij bij de opstelling, hetzij bij de verkrijging van een bewijsmiddel, niet zomaar doet besluiten tot wering uit de debatten.¹¹

⁶ R. DE CORTE, "Opnemen eigen telefoongesprekken verdeelt rechters", *Juristenkrant* 2000, 5.

⁷ Rb. Brussel 9 januari 1990, *TBH* 1990, 246.

⁸ Cass. 14 oktober 2003, *RABG* 2018, 670.

⁹ Cass. 10 maart 2008, *Arr.Cass.* 2008, 678.

¹⁰ Cass. 10 maart 2008, *Arr.Cass.* 2008, 678.

¹¹ S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria", *Limb.Rechtsl.* 2019, (287) 289.

PROBLEEMSTELLING

10. Tegenwoordig is het dus mogelijk dat de hoven en rechtbanken toepassing maken van de strafrechtelijke toets in het burgerlijk procesrecht, maar de bewijsmiddelen verkregen in een horizontale, civiele verhouding verdienen een andere soort benadering dan bewijs vergaard door de overheid in strafzaken. De Antigoonformule is met andere woorden gemaakt op maat van het strafrecht en is daarom niet volledig geschikt voor het gebruik in het civiele procesrecht. Sommige rechters opteren mede daardoor voor de niet-toepassing van de Antigoonrechtspraak.¹² Een andere mogelijke verklaring hiervoor is het feit dat aan het Cassatiearrest van 10 maart 2008 geen zuiver burgerrechtelijk geschil ten grondslag lag. De strafrechtelijke elementen die doorsijpelen *in casu* zaaien nog te veel twijfel in de rechtspraak en rechtsleer over de toepasselijkheid van de toetsingscriteria.

11. Zowel de toepassing als de invulling van de Antigooncriteria in het burgerlijk recht zijn onduidelijk. Sterker nog, deze onduidelijkheid kan zelfs leiden tot de schending van de algemene rechtsbeginselen zoals bijvoorbeeld de schending van de rechten van verdediging en het recht op een eerlijk proces.¹³ Het is met andere woorden een probleem dat eenieder binnen het rechtsstelsel aanbelangt. Deze onduidelijkheid uit zich

12. door middel van de verschillende beslissingen in de rechtspraak. Lagere en hogere rechtbanken verschillen soms van mening omtrent de toepassing en de invulling van de bewijsregels. Dat zorgt ervoor dat advocaten samen met hun cliënt(en) vaak niet weten waar ze voor staan.

¹² Arbh. Brussel 4 augustus 2016, *JTT* 2016, 390; Arbh. Luik 6 februari 2015, *JTT* 2015, 298; Arbh. Brussel 7 februari 2013, *JT* 2013, 262, noot D. MOUGENOT; Arbh. Brussel 5 november 2009, *Soc.Kron.* 2014, 34; S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria", *Limb.Rechtsl.* 2019, (287) 292; D. MOUGENOT, "Antigone au milieu du gué. Le point sur l'utilisation des preuves recueillies irrégulièrement en matière civile" in C. DELFORGE, A. CATALDO, X. DIEUX, J.-B. HUBIN, D. MOUGENOT, A. PÜTZ en C. VERDURE (ed.), *La preuve en droit privé: quelques questions spéciales*, Brussel, Larcier, 2017, 146-147; E. DIRIX, "De vruchten van de giftige boom" in ALLAERTS, V. e.a. (eds.), *Liber amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, 269; D. TORFS, E. VAN HOORDE en J. VAN CAMP, "Enkele bewijsproblematieken in het sociaal recht" in B. VANLERBERGHE, S. RUTTEN en J. ROZIE, *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht*, Mortsel, Intersentia, 2020, 117-119.

¹³ Art. 6 EVRM.

RELEVANTIE

13. Een concrete oplossing voor het probleem bestaat momenteel nog niet, aangezien de rechters hierover verschillend oordelen. Daarom is het van belang de rechtspraak te bestuderen en te kijken naar de genomen beslissingen in bepaalde situaties. Hoe oordelen rechters? Oordeelt elke rechter hetzelfde? Is een tendens waarneembaar? Wordt in een specifiek geval verschillend of steeds op dezelfde wijze geoordeeld. Welke mening is de rechtsleer toegedaan?,.... Het is dus zeker de moeite waard de rechtspraak en de rechtsleer van naderbij te bestuderen.

Het onderzoek is relevant voor de academische discipline, ook de theoretische relevantie genoemd. Aangezien tekortgeschoten wordt in de praktijk omwille van een theoretisch probleem, is het van belang het probleem van bij de wortels aan te pakken. De theoretische grondslagen moeten grondig bestudeerd, bekritiseerd en geëvalueerd worden. Daarnaast moet een alternatief aangereikt worden, want het rechtssysteem mist een basisstructuur.

Verder toont dit onderzoek de praktische relevantie aan. Een uiteenzetting in de theorie kan de onduidelijkheid wegnemen. Deze rechtzetting kan een impact hebben op de praktijk. Rechters weten op die manier op welke regels ze zich kunnen baseren bij het vellen van hun oordeel. Maar ook het pleidooi van advocaten is hiervan afhankelijk.

14. Het onderzoek kan in de eerste plaats uitermate belangrijk zijn voor de rechters. Zij moeten immers een consensus bereiken omtrent de behandeling van onrechtmatig verkregen bewijs. Daarnaast is het vooral van belang voor advocaten opdat zij zich grondig kunnen voorbereiden voor het houden van hun pleidooien, het bijstaan en verdedigen van hun cliënten. Tenslotte is het belangrijk voor de rechtsonderhorigen zelf, omdat een eventuele schending van de algemene rechtsbeginselen met goed afgebakende toetsingscriteria vermeden wordt.

Het onderzoek toont met andere woorden de relevantie aan, zowel op theoretisch vlak als op praktisch vlak. Een juridisch sterk onderbouwde redenering met stevige fundamenten voor de behandeling van onrechtmatig verkregen bewijs is dus noodzakelijk.

15. Enerzijds wordt een beperking opgelegd aan de omvang van het werk alsook de tijd die besteed wordt. Anderzijds moet het onderzoek inhoudelijk afgebakend zijn. Allereerst wordt ingegaan op het bewijsrecht (waaronder het geoorloofd bewijs en de toelaatbaarheid), verder wordt uiteengezet wat onrechtmatig bewijs inhoudt. Daarnaast bespreekt dit onderzoek wat onrechtmatig verkregen bewijs inhoudt en vervolgens werpt het een blik op onrechtmatig verkregen bewijs in het burgerlijk recht. Doorheen de verschillende onderwerpen worden eveneens het Nederlandse en het Duitse rechtsstelsel in beschouwing genomen. Ten slotte reikt deze masterthesis alternatieve toetsingscriteria aan voor onrechtmatig verkregen bewijs. Andere onderwerpen, noch andere rechtsstelsels komen in deze masterthesis aan bod. Het bestuderen van andere rechtsstelsels is in dit onderzoek zeer interessant aangezien hieruit mogelijks inspiratie kan geput worden om het probleem in België aan te pakken.

ONDERZOEKSVRAGEN

16. Centrale onderzoeksvraag:

1. Welke alternatieve toetsingscriteria voor onrechtmatig verkregen bewijs zijn voldoende geschikt om de bestaande problematiek weg te werken?

17. Bijkomende onderzoeksvragen:

1. Wat is het verschil tussen onrechtmatig bewijs en onrechtmatig verkregen bewijs?
2. Hoe is de Antigoonformule ontstaan in strafzaken en wat zijn de voorwaarden?
3. Welke evolutie heeft het burgerlijk bewijsrecht ondergaan omtrent het onrechtmatig verkregen bewijs?
4. Wat zijn de nadelen verbonden aan de toepassing van de Antigoonformule in het burgerlijk recht?
5. Welke regels zijn in Nederland en Duitsland van toepassing omtrent het onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken? (geïntegreerde rechtsvergelijking).

18. De centrale onderzoeksvraag is een aanbevelende onderzoeksvraag. Aan de hand van de centrale onderzoeksvraag tracht het onderzoek te bepalen wat het gewenste recht is. De voorgestelde verbeteringen moeten de lacune in het recht oplossen, thans verbeteren.

De eerste onderzoeksvraag is een beschrijvende onderzoeksvraag. Deze brengt het wettelijk kader in beeld omtrent de verschillende begrippen die aan bod komen in het onderzoek, waaronder ongeoorloofd bewijs, ontoelaatbaar bewijs, onrechtmatig bewijs en onrechtmatig verkregen bewijs. De tweede onderzoeksvraag is een beschrijvende onderzoeksvraag. Deze tracht het rechtssysteem te ordenen en brengt bestaande leerstukken in kaart zoals ze gelden in het strafrecht.

De derde onderzoeksvraag is een vergelijkende onderzoeksvraag, meer bepaald een historische vergelijking aangezien de rechtsfiguur wordt vergeleken doorheen de tijd.

De vierde onderzoeksvraag is een evaluerende onderzoeksvraag. Het antwoord hierop beoordeelt of de rechtsfiguur nadelig is en of die haar doelstellingen bereikt. Deze vraag is belangrijk om later aanbevelingen te formuleren.

De vijfde onderzoeksvraag is een vergelijkende onderzoeksvraag waarbij rechtsfiguren in verschillende landen met elkaar vergeleken worden. In dit geval is sprake van een externe rechtsvergelijking aangezien de vergelijking plaatsvindt over de grenzen heen tussen rechtsfiguren van verschillende landen, zijnde Nederland en Duitsland.

19. De aanbevelende onderzoeksvragen kunnen de huidige regeling verbeteren alsook aanpassingen voorstellen zodat het recht efficiënter functioneert. Aanbevelingen zijn gebaseerd op welbepaalde uitgangspunten, namelijk normatieve criteria. In dit geval zijn dat interne criteria zoals de bescherming van het recht op een eerlijk proces, dat een algemeen rechtsbeginsel is. Dat is belangrijk aangezien een verbetering van de huidige toetsingscriteria ervoor kan zorgen dat het recht op een eerlijk proces beter gehandhaafd wordt. Daarnaast kan meer rechtszekerheid geboden worden aan de burger. Andere rechtsstelsels kunnen ideeën verschaffen om aanbevelingen te doen. Daarnaast zijn transparantie en een kritische blik op de voorstellen belangrijk.

20. Bij de beschrijvende onderzoeksvraag zullen vooral rechtspraak en rechtsleer een vooraanstaande rol spelen tijdens het naar voren brengen van de Antigoonformule.

21. De vergelijkende onderzoeksvragen maken een historische en een externe vergelijking op micro-niveau. De externe vergelijking (rechtsvergelijking) zal hierbij de Belgische grenzen overschrijden waardoor mogelijk enige inspiratie opgedaan wordt om de Belgische rechtsfiguur te verbeteren. Het is interessant om te kijken naar de aanpak binnen het Nederlandse recht omdat hun burgerlijk recht op sommige vlakken goed vergelijkbaar is met het Belgische. Toch kunnen andere regels worden aangenomen of kan de rechtspraak andere arresten uitspreken. Dit onderzoek kijkt of in Nederland specifieke rechtsregels zijn omtrent het onrechtmatig verkregen bewijs, minstens of hier rechtspraak over bestaat. Daarnaast is een rechtsvergelijking met het Duitse recht interessant. In Duitsland is net zoals in België geen duidelijkheid over de draagwijdte van het Cassatiearrest van 10 maart 2008. Beide landen verschillen in hun manier van beoordelen wat moet gebeuren met onrechtmatig verkregen bewijs. De rechtspraak in Duitsland verkiest een belangenafweging boven een principiële toelatings- of uitsluitingsregel. De verschillende manieren van aanpakken kunnen interessante perspectieven opleveren.

De functionele benadering wordt gehanteerd tijdens het rechtsvergelijkend onderzoek. Bij dit onderzoek wordt nagegaan hoe de verschillende rechtsstelsels met dit probleem omgaan. Een voordeel van deze functionele benadering is het uitgebreid bronnenarsenaal dat ter beschikking is. De rechtsvergelijking wordt niet besproken in een apart hoofdstuk, maar wel integraal doorheen de masterthesis. De gelijkenissen en de verschillen moeten overzichtelijk weergegeven worden en hierin moet tevens de vraag worden gesteld waarom die gelijkenissen en verschillen bestaan. Tot slot wordt de uitkomst van de rechtsvergelijking geëvalueerd en kan eventueel geconcludeerd worden of minstens een rechtsstelsel een mogelijke oplossing aanreikt voor het probleem.

22. De evaluerende onderzoeksvraag biedt de mogelijkheid om vaststaande rechtspraak uit het strafrecht te beoordelen in het kader van het burgerlijk recht. Het is vooral van belang om de toepassing van de Antigoonformule in het burgerlijk bewijsrecht te evalueren en na te gaan of dit in lijn ligt met algemene rechtsbeginselen (recht op eerlijk proces, rechtszekerheidsbeginsel,...). De geschiktheid van de Antigoonformule moet worden beoordeeld. De letterlijke overname uit het strafrecht kan immers voor problemen zorgen.

ONDERZOEKSPLAN

23. Deze masterthesis zet eerst een aantal basisbegrippen uiteen om begripsverwarring te vermijden (zie *infra*, deel 1). Daarna wordt het onrechtmatig (verkregen) bewijs in het strafrecht besproken (zie *infra*, deel 2) om vervolgens dieper in te gaan op het onrechtmatig (verkregen) bewijs in burgerlijke zaken (zie *infra*, deel 3). Verder wordt de toepassing van de Antigooncriteria in het burgerlijk recht bestudeerd (zie *infra*, deel 4). Ten slotte worden alternatieve toetsingscriteria aangereikt om een einde te maken aan de verdeeldheid omtrent de toepassing van de Antigoonvoorwaarden (zie *infra*, deel 5).

DEEL 1: ONRECHTMATIG VERKREGEN BEWIJS: BEGRIPPEN

24. De begrippen 'ongeoorloofd bewijs', 'ontoelaatbaar bewijs', 'onrechtmatig bewijs' en 'onrechtmatig verkregen bewijs' worden maar al te vaak door elkaar gebruikt.¹⁴ Om begripsverwarring te vermijden, is het van belang deze begrippen voorafgaandelijk af te bakenen.

25. De toelaatbaarheid van het bewijs heeft enkel betrekking op het gereguleerd bewijsrecht. Bewijs is toelaatbaar indien het voldoet aan de bewijsrechtelijke regels. Deze regels bepalen de bewijsmiddelen en de voorwaarden voor deze bewijsmiddelen, dewelke kunnen dienen tot het bewijs van een betwist feit.¹⁵

26. De rechter moet omtrent ieder bewijselement de eis van geoorloofdheid nagaan, ongeacht het bewijs vrij of gereguleerd is. Het geleverde bewijs mag niet botsen met de fundamentele waarden van de Belgische rechtsorde en het elementaire rechtsgevoel. Dat wil zeggen dat het geleverde bewijs niet onderhevig mag zijn aan wettelijke restricties. Bewijs dat rechtmatig is en rechtmatig wordt verkregen, is geoorloofd bewijs.¹⁶

27. Binnen het ongeoorloofd bewijs kan een verdere onderverdeling gemaakt worden tussen een bewijs dat ongeoorloofd is uit zijn aard, ook wel de onrechtmatigheid *in se*, en anderzijds een bewijs dat ongeoorloofd is omwille van een onrechtmatige verkrijging.¹⁷

Het onrechtmatig verkregen bewijs onderscheidt zich van het bewijs dat onrechtmatig is uit zijn aard omdat in het eerste geval het bewijs slechts ongeoorloofd is indien de persoon, verantwoordelijk voor de onrechtmatigheid, het bewijs voorlegt.¹⁸

¹⁴ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het voorwerp van de bewijsvoering – ongeoorloofd bewijs", *TPR* 2015, (643) 652.

¹⁵ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het voorwerp van de bewijsvoering – ongeoorloofd bewijs", *TPR* 2015, (643) 652; K. WAGNER, "Actualia burgerlijk procesrecht", *P&B* 2009, (153) 159; E. DIRIX, "De vruchten van de giftige boom" in V. ALLAERTS, e.a. (eds.), *Liber amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, 263-273.

¹⁶ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het voorwerp van de bewijsvoering – ongeoorloofd bewijs", *TPR* 2015, (643) 652; K. WAGNER, "Actualia burgerlijk procesrecht", *P&B* 2009, (153) 159. E. DIRIX, "De vruchten van de giftige boom" in V. ALLAERTS, e.a. (eds.), *Liber amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, 266.

¹⁷ Cass. 18 april 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 1102; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het voorwerp van de bewijsvoering – ongeoorloofd bewijs", *TPR* 2015, (643) 652-653; B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, (41) 41; S. RUTTEN, *CBR Jaarboek 2006-2007*, XI, Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules, Mortsel, Intersentia, 2007, 437; K. WAGNER, "Actualia burgerlijk procesrecht", *P&B* 2009, (153) 159; E. DIRIX, "De vruchten van de giftige boom" in V. ALLAERTS, e.a. (eds.), *Liber amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, 267.

¹⁸ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het voorwerp van de bewijsvoering – ongeoorloofd bewijs", *TPR* 2015, (643) 652-653; K. WAGNER, "Actualia burgerlijk procesrecht", *P&B* 2009, (153) 159; S. RUTTEN, *CBR Jaarboek 2006-2007*, XI, Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules, Mortsel, Intersentia, 2007, 437; E. DIRIX, "De vruchten van de giftige boom" in V. ALLAERTS, e.a. (eds.), *Liber amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, 266.

HOOFDSTUK 1: CATEGORIEËN ONRECHTMATIG VERKREGEN BEWIJS

28. Onrechtmatig verkregen bewijs betekent dat het bewijs onrechtmatig is op basis van de manier waarop het verkregen wordt. De miskenning van een materieel wetsvoorschrift, de miskenning van een formeel wetsvoorschrift en de miskenning van een algemeen rechtsbeginsel leiden tot het bekomen van onrechtmatig verkregen bewijs. Deze driedeling is vaak terug te vinden in de rechtsleer alsook in de rechtspraak van het Hof van Cassatie.¹⁹ De term zegt zelf dat het onrechtmatig is, daarom moet een sanctie gekoppeld zijn aan de gedraging.

29. Een daad gesteld in strijd met de materiële wet, vormt een misdrijf om bepaald bewijs te vergaren. Omdat het bewijs voortkomt uit een misdrijf is het onrechtmatig. Het Hof van Cassatie oordeelde dat de verbodsbepalingen van het materieel strafrecht van toepassing zijn op iedereen, ongeacht of het gaat om privépersonen dan wel om personen belast met het onderzoek.²⁰

30. Bij het stellen van een daad in strijd met het formeel strafrecht (strafprocesrecht) om bewijs te vergaren, is sprake van onrechtmatig verkregen bewijs. De onrechtmatigheid schuilt achter het legaliteitsbeginsel, in het strafrecht het *nulla poena*-beginsel genoemd.²¹ Immers moet elke strafprocedure regelmatig gevoerd worden.²²

31. De miskenning van een algemeen rechtsbeginsel is moeilijker af te bakenen aangezien algemene rechtsbeginselen afgeleid zijn uit de rechtspraak en in principe dus ongeschreven zijn. Dat geldt niet voor alle rechtsbeginselen. Sommige zijn terug te vinden in de strafbepalingen waardoor een schending ervan een misdrijf inhoudt. Hierdoor is niet alleen sprake van een miskenning van een algemeen rechtsbeginsel, maar ook van de miskenning van een materieel wetsvoorschrift. Veel rechtsbeginselen zijn expliciet terug te vinden in het EVRM en het IVBPR.²³

¹⁹ Cass. 13 mei 1986, *Arr.Cass.* 1985-1986, 1230; J. VAN DONINCK, *Het lot van onrechtmatig bewijs*, Mortsel, Intersentia, 2020, 1; J. MEESE, "Onrechtmatig verkregen bewijs in strafzaken" in B. VANLERBERGHE, S. RUTTEN en J. ROZIE, *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht*, Mortsel, Intersentia, 2020, 62.

²⁰ Cass. 9 december 1997, *RW.* 1997-98, 1441; P. TRAEST, *Het bewijs in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 1992, 286.

²¹ P. HOET, "De retroactiviteit van de mildste strafwet, maar wat is de mildste strafwet?", *T.Strafr.* 2014, (241) 241.

²² P. TRAEST, *Het bewijs in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 1992, 295.

²³ A. MENSCHAERT, *Omgaan met onrechtmatig bewijs*, www.law.kuleuven.be/apps/jura/public/art/42n1/menschaert.pdf.

HOOFDSTUK 2: SANCTIE

32. Wanneer het onrechtmatig verkregen karakter van het bewijs is vastgesteld, moet de rechter nagaan of het wenselijk is een sanctie op te leggen, en zo ja welke. In België wordt vaak geopteerd voor bewijsuitsluiting.²⁴

33. In België is bewijsuitsluiting de enige sanctie. Reeds in 1923 oordeelde het Hof van Cassatie dat onrechtmatig verkregen bewijs geen bewijs mag zijn, noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks. Door de jaren heen werd deze zienswijze getemperd (zie *infra*, nr. 37 e.v.).²⁵

34. Ook het Franse rechtssysteem opteert voor de bewijsuitsluiting als sanctie. In tegenstelling tot het Belgische rechtssysteem, is deze sanctie wettelijk verankerd.²⁶

35. In Nederland zijn meerdere sancties opgenomen in de wet, namelijk in artikel 359a van het Wetboek van Strafvordering. Strafvermindering, niet-ontvankelijkheid van de strafvordering en bewijsuitsluiting zijn drie wettelijk verankerde sancties.²⁷ De Nederlandse Hoge Raad verkiest strafvermindering boven bewijsuitsluiting.²⁸ Het EVRM vermeldt niets over eventuele sancties en ook het EHRM biedt geen duidelijkheid. Lidstaten mogen vrij beslissen om te sanctioneren alsook bepalen wat die sancties zijn. Belangrijk is het enkel rekening te houden met artikel 6 EVRM, het recht op een eerlijk proces.²⁹

²⁴ A. MENSCHAERT, *Omgaan met onrechtmatig bewijs*, www.law.kuleuven.be/apps/jura/public/art/42n1/menschaert.pdf; J. VAN DONINCK, *Het lot van onrechtmatig bewijs*, Mortsel, Intersentia, 2020, 138-139; R. BOONE, "Bewijsuitsluiting in civiele zaken: rechter, blijf bij de les", *Juristenkrant* 2020, 6-7; E. MAES en M. PANZAVOLTA, "Op zoek naar normatief principe voor uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs in tijdperk van 'mass data gathering'", *Juristenkrant* 2021, 16.

²⁵ Cass. 10 december 1923, *Pas.* 1924, I, 66.

²⁶ P. TRAEST, *Het bewijs in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 1992, 358.

²⁷ P. TRAEST, "Bewijsvoering en verdediging van mensenrechten", *Mensenrechten. Jaarboek van het Interuniversitair Centrum voor Mensenrechten* 1994, (39) 63.

²⁸ HR 16 december 2020, 101.269, ECLI:NL:HR:1995:15.

²⁹ P. TRAEST, "Bewijsvoering en verdediging van mensenrechten", *Mensenrechten. Jaarboek van het Interuniversitair Centrum voor Mensenrechten* 1994, (39) 64.

HOOFDSTUK 3: SITUERING

36. Bewijs, voorgelegd aan de rechter, moet aangebracht worden door middel van een toegelaten bewijsmiddel. In het strafrecht zorgt dat, in tegenstelling tot in het burgerlijk bewijsrecht, niet voor problemen aangezien hier een vrije bewijsvoering geldt.³⁰ In België regelt het Wetboek van Strafvordering in principe het bewijs in strafzaken, maar het bevat geen systematische regeling omtrent het bewijs. Op dit moment kent het bewijsrecht in strafzaken een soepel karakter en ook het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens biedt geen aanvullende regels. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens laat deze bevoegdheid over aan de lidstaten.³¹

Daarnaast moet het bewijs rechtmatig verkregen zijn. Bij opsporingshandelingen is dat vaak een probleem, omdat deze een inbreuk kunnen vormen op de rechten van de verdachte.³² Denk daarbij aan het binnendringen van iemands woning.³³ Dat is een schending van het recht op privacy. Een huiszoeking is daarentegen wettelijk toegelaten en vormt geen schending van de rechten van de verdachte. De huiszoeking moet wel voldoen aan bepaalde voorwaarden en is slechts toegestaan in welomschreven omstandigheden.³⁴ Deze voorwaarden kunnen miskend worden. In dat geval is sprake van onrechtmatig verkregen bewijs.³⁵ Een kleine terugblik op onrechtmatig verkregen bewijs doorheen de laatste decennia is aangeraden om een beter zicht te krijgen.

³⁰ R. DE CORTE, "De achterkant van de privacy. Kan het beroep op privacy leiden tot straffeloosheid?" *NJW* 2003, (798) 809; C. VAN DEN WYNGAERT en S. VANDROMME, *Strafrecht, Strafprocesrecht en Internationaal Strafrecht: In Hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2006, 1103.

³¹ C. VAN DEN WYNGAERT en S. VANDROMME, *Strafrecht, Strafprocesrecht en Internationaal Strafrecht: In Hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2006, 1100.

³² A. MENSCHAERT, *Omgaan met onrechtmatig bewijs*, www.law.kuleuven.be/apps/jura/public/art/42n1/menschaert.pdf

³³ A. MENSCHAERT, *Omgaan met onrechtmatig bewijs*, www.law.kuleuven.be/apps/jura/public/art/42n1/menschaert.pdf; P. VAN EUPEN, *Bescherming van het privé-leven*, <https://www.law.kuleuven.be/apps/jura/public/art/7n4/vaneupen.pdf>.

³⁴ F. DE WAEL, "De huiszoeking bij private rechtspersonen", *TBH* 2020, 968-969.

³⁵ R. DE CORTE, "De achterkant van de privacy. Kan het beroep op privacy leiden tot straffeloosheid?" *NJW* 2003, (798) 809.

HOOFDSTUK 4: EVOLUTIE

37. In 1923 oordeelde het Hof van Cassatie dat de rechter zijn besluit niet mag vormen a.d.h.v. onrechtmatig verkregen bewijs.³⁶ Op deze manier werden grenzen vastgelegd aan het vrij bewijsstelsel. De regel dat onrechtmatig verkregen bewijs niet meegenomen mocht worden in de besluitvorming van de rechter bleek echter niet houdbaar. Het Hof van Cassatie besloot daarom in 1990 over te gaan tot een verzachting van de uitsluitingsregel. Het Hof ging kijken naar degene die de onrechtmatigheid beging. Het Hof was van mening dat het bedrieglijk wegnemen van een stuk van de eigenaar, niet noodzakelijk leidde tot een onrechtmatige overlegging van het stuk. Noch de aangever, noch de met het onderzoek belaste personen hebben een onrechtmatige daad gepleegd om tot het stuk te komen.³⁷ Dat werd een jaar later nogmaals bevestigd door het Hof.³⁸ De onrechtmatige handelingen die begaan werden door een derde en die bewijsstukken opbrachten, vormden geen belemmering voor het gebruik ervan tijdens de procedure.

38. 80 jaar na het ontstaan van de uitsluitingsregel, besloot het Hof van Cassatie om een verdere verfijning aan te brengen t.a.v. deze regel. Tijdens een fouille van een café-uitbater hadden politieagenten sleutels gevonden van een voertuig. Bij het doorzoeken van de wagen, stuitte de agenten op een geladen vuurwapen, waarvan het serienummer was weggevoerd. Het Hof van Beroep besloot dat het bewijs was verkregen in strijd met artikel 29 van de Wet op het Politieambt.³⁹

39. Hoewel het Hof van Beroep het bewijs uitdrukkelijk kwalificeert als onrechtmatig verkregen, toch wordt het niet uit de debatten geweerd.⁴⁰ Volgens het Hof is dat enkel het geval indien de onrechtmatige verkrijging van het bewijs de betrouwbaarheid ervan aantast of wanneer het de beginselen van een behoorlijk proces ernstig aantast en daardoor afbreuk doet aan het recht op een eerlijke behandeling.

³⁶ Cass. 10 december 1923, *Pas.* 1924, I, 66.

³⁷ Cass. 17 januari 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 655.

³⁸ Cass. 17 april 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 834.

³⁹ Art. 29 van de wet van 5 augustus 1992 op het politieambt luidt als volgt: "De politieambtenaren kunnen overgaan tot het doorzoeken van een voertuig of enig ander vervoermiddel zowel in het verkeer geparkeerd, op de openbare weg of op voor publiek toegankelijke plaatsen indien zij, op grond van de gedragingen van de bestuurder of de passagiers, van materiële aanwijzingen of van omstandigheden van tijd of plaats redelijke gronden hebben om te denken dat het voertuig of vervoermiddel werd gebruikt, wordt gebruikt of zou kunnen worden gebruikt.

1° om een misdrijf te plegen;

2° om opgespoorde personen of personen die aan een identiteitscontrole willen ontsnappen een schuilplaats te geven of te vervoeren;

3° om een voor de openbare orde gevaarlijk voorwerp, overtuigingsstukken of bewijsmateriaal in verband met een misdrijf op te slaan of te vervoeren.

Zij kunnen dit eveneens wanneer de bestuurder weigert te laten controleren of zijn voertuig in overeenstemming is met de wet. Het doorzoeken mag nooit langer duren dan de tijd vereist door de omstandigheden die het rechtvaardigen. Het voertuig mag niet langer dan één uur worden opgehouden voor het doorzoeken uitgevoerd in het raam van het vervullen van de opdrachten van de bestuurlijke politie. Het doorzoeken van een voertuig dat permanent als woning is ingericht en dat op het ogenblik van het doorzoeken daadwerkelijk als woning wordt gebruikt, wordt gelijkgesteld met een huiszoeking.

⁴⁰ Antwerpen 11 april 2003, *T.Strafr.* 2004, 147.

40. Het Hof van Cassatie deed in 2003 in dezelfde zaak een opzienbarende uitspraak over de vraag wat moet gebeuren met onrechtmatig (verkregen) bewijs.⁴¹ Het Hof oordeelde dat:

*"een bewijselement dat op onrechtmatige wijze werd verkregen, in de regel slechts tot gevolg heeft dat de rechter, bij het vormen van zijn overtuiging, dat gegeven rechtstreeks noch onrechtstreeks in aanmerking mag nemen; hetzij wanneer de naleving van bepaalde vormvoorwaarden voorgeschreven wordt op straffe van nietigheid; hetzij wanneer de begane onrechtmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast; hetzij wanneer het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces."*⁴²

41. In het strafrecht wordt, m.a.w. elke bewijsverkrijging die de wet schendt, beschouwd als onrechtmatig (verkregen) bewijs.⁴³ *"L'irrégularité est la caractéristique de la preuve recueillie en violation des formes ou conditions prévues par la loi au sens large. On peut également dire de cette preuve qu'elle est illégale."*⁴⁴

42. Met het arrest van 2003 zorgde het Hof van Cassatie voor een ware revolutie op vlak van het bewijsrecht. Sindsdien bestond een toets om de toelaatbaarheid van het onrechtmatig verkregen bewijs te controleren.⁴⁵ Deze criteria behoefden verdere concretisering. Het Hof zorgde hiervoor in arresten die volgden op het Antigoonarrest.⁴⁶ Daarenboven besteedde het Hof extra aandacht aan de rechten van verdediging. De vraag rees of een schending van de rechten van verdediging moest leiden tot de uitsluiting van het voorgelegde bewijs. Om dat te beoordelen moeten de hoven en rechtbanken rekening houden met het al dan niet opzettelijk karakter van de onregelmatigheid, moet een afweging gemaakt worden tussen de ernst van de onregelmatigheid en de ernst van de inbreuk en moet ten slotte de vraag beantwoord worden of het louter materieel bewijs betreft.⁴⁷

⁴¹ Cass. 14 oktober 2003, RABG 2018, 670.

⁴² Cass. 14 oktober 2003, RABG 2018, 670.

⁴³ J. VAN DONINCK, *Het lot van onrechtmatig bewijs*, Mortsels, Intersentia, 2020, 1.

⁴⁴ F. LUGENTZ, *La preuve en matière pénale*, Limal, Anthemis, 2017, 15.

⁴⁵ Cass. 14 oktober 2003, RABG 2018, 670.

⁴⁶ Cass. 23 maart 2004, RABG 2004, 1061; Cass. 2 maart 2005, JLMB 2005, 1086.

⁴⁷ P. TRAEEST, "Onrechtmatig doch bruikbaar bewijs: het Hof van Cassatie zet de bakens uit", *T.Strafr.* 2004, 141.

HOOFDSTUK 5: VOORWAARDEN ANTIGOONRECHTSPRAAK

AFDELING 1: VORMVOORWAARDEN OP STRAFFE VAN NIETIGHEID

43. Bij vormvoorwaarden op straffe van nietigheid staat de sanctie vast en beschikt de rechter niet over enige appreciatiemarge. De vormvoorwaarden op straffe van nietigheid komen in het strafprocesrecht nagenoeg nauwelijks voor.⁴⁸

AFDELING 2: AANTASTING VAN DE BETROUWBAARHEID VAN HET BEWIJS

44. Twijfel omtrent de geloofwaardigheid van het bewijs mag niet bestaan opdat sprake kan zijn van betrouwbaarheid. De rechter beschikt hier wel over een grote appreciatiebevoegdheid.⁴⁹

AFDELING 3: STRIJDIGHEID MET HET RECHT OP EEN EERLIJK PROCES

45. Het EHRM is van mening dat de lidstaten zelf in een procedure moeten nagaan of het recht op een eerlijk proces al dan niet geschonden is. De nationale rechter kijkt naar het proces in zijn geheel en zal vaak tot de conclusie komen dat het recht op een eerlijk proces niet geschonden is. Bovendien heeft het Hof reeds geoordeeld dat bewijs, verkregen in strijd met artikel 8 EVRM, niet automatisch een schending van artikel 6 EVRM uitmaakt. In de meeste gevallen zal het bewijs dus niet uitgesloten worden in de procedure.⁵⁰

⁴⁸ A. MENSCHAERT, *Omgaan met onrechtmatig bewijs*, www.law.kuleuven.be/apps/jura/public/art/42n1/menschaert.pdf, 81-82; STUDIEDIENST ORDE VAN VLAAMSE BALIES, *Standpunt inzake de wetsvoorstellen tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering wat betreft de nietigheden*, https://www.advocaat.be/documenten/ordeexpress/2012/11/Standpunt_OVB_Wetsvoorstellen%20Nietigheden.pdf; P. TRAEEST, "Onrechtmatig verkregen doch bruikbaar bewijs: het Hof van Cassatie zet de bakens uit", *T.Strafr.* 2004, (113) 137.

⁴⁹ A. MENSCHAERT, *Omgaan met onrechtmatig bewijs*, www.law.kuleuven.be/apps/jura/public/art/42n1/menschaert.pdf, 82.

⁵⁰ EHRM 5 november 2002, nr. 48539/99, Allen/Verenigd Koninkrijk; EHRM 25 september 2001, nr. 44787/98, P.G. n J.H./Verenigd Koninkrijk; A. MENSCHAERT, *Omgaan met onrechtmatig bewijs*, www.law.kuleuven.be/apps/jura/public/art/42n1/menschaert.pdf.

TUSSENBSLUIT

46. Het bewijs in strafzaken wordt geregeld in het Wetboek van Strafvordering, maar er bestaat geen systematische regeling omtrent het bewijs. Hierdoor kent het strafrechtelijke bewijsrecht eerder een soepel karakter.

47. Bij de vergaring van bewijs in het strafrecht leiden de miskening van een materieel wetsvoorschrift, de miskening van een formeel wetsvoorschrift en de miskening van een algemeen rechtsbeginsel tot onrechtmatig verkregen bewijs. Opdat het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs niet wordt aangemoedigd, geldt in principe de regel van bewijsuitsluiting.

48. De uitsluitingsregel werd in 1923 nog op absolute wijze gehanteerd door het Hof van Cassatie, maar deze resolute uitsluiting was moeilijk hanteerbaar. In 1990 kwam hierop een tempering. Belangrijk was wie de onrechtmatigheid beging. In het geval een derde de onrechtmatigheid beging, konden de procespartijen het bewijs alsnog voorleggen aan de strafrechter zonder dat het werd uitgesloten.

49. In 2003 besloot het Hof van Cassatie het over een andere boeg te gooien. De uitsluitingsregel maakte plaats voor een toelatingsregel. Dat betekent dat het bewijs voortaan toegelaten is, behalve wanneer sprake is van de niet-naleving van vormvoorwaarden op straffe van nietigheid, de onrechtmatigheid de betrouwbaarheid aantast of het gebruik van het bewijs strijdig is met het recht op een eerlijk proces.

DEEL 3: ONRECHTMATIG (VERKREGEN) BEWIJS IN BURGERLIJKE ZAKEN

50. Anders dan het vrije bewijsstelsel in het strafrecht, heeft de wetgever ervoor gekozen om het bewijsstelsel in het burgerlijk recht te reglementeren. Zo bestaan naar Belgisch recht vijf soorten bewijsmiddelen, namelijk het schriftelijk bewijs, de onderhandse akte, het getuigenbewijs, vermoedens, bekentenissen van partijen en de eed.⁵¹ Eveneens bestaat een hiërarchie binnen de bewijsmiddelen. De bekentenis en de eed staan bovenaan de hiërarchie gevolgd door het schriftelijk bewijs. Het rijtje wordt gesloten door de getuigen en vermoedens.⁵²

51. De keuze van de wetgever voor een gereguleerd bewijsstelsel wordt ingegeven door de nood aan rechtszekerheid en wapengelijkheid tussen procespartijen. Een te vrije bewijsvoering betekent een ruime beoordelingsmarge voor de rechter met rechtsonzekerheid tot gevolg en mogelijks zelfs een misleiding van justitie.⁵³

HOOFDSTUK 1: ONGEORLOOFD BEWIJS

52. In een procedure mogen partijen enkel geoorloofd bewijs voorleggen ter beoordeling aan de rechter.⁵⁴ Partijen moeten hun bewijs op een eerlijke en rechtmatige manier bekomen.⁵⁵ Indien de rechter oordeelt dat een bewijselement geen onrechtmatigheid uitmaakt, moet hij nagaan of het bewijs al dan niet op onrechtmatige wijze werd verkregen. Wanneer het gaat om onrechtmatig verkregen bewijs, zal de rechter oordelen of het bewijs in rechte gebruikt mag worden. De rechtbank kan het gebruik dus aanvaarden of afwijzen. Hoewel de wetgever enkele gronden voor de onrechtmatigheid *in se* heeft aangebracht – waaronder artikel 931 tweede lid van het Gerechtelijk Wetboek (zie *infra*, nr. 55 e.v.), geldt het tegenovergestelde voor de onrechtmatige verkrijging. In geen enkele rechtsregel kan teruggevonden worden wanneer sprake is van een onrechtmatige verkrijging en welke gevolgen hieraan gekoppeld worden. Enkel rechtspraak en rechtsleer bieden hier een antwoord op. Het zijn met andere woorden enkel de rechtspraak en de rechtsleer die aangeven welke gronden van onrechtmatige verkrijging alsnog worden aanvaard en welke factoren het onrechtmatig karakter van de verkrijging kunnen afnemen.⁵⁶

⁵¹ Art 1316 BW.

⁵² X, *Wat zijn de verschillende bewijswaarden?*, https://e-justice.europa.eu/content_taking_of_evidence-76-be-maximizeMS_EJN-nl.do?member=1#:~:text=Er%20bestaan%20vijf%20soorten%20van,of%20via%20een%20onderhandse%20akte (consultatie 5 februari 2021).

⁵³ K. CRAUWELS, "Hoofdstuk 9: onrechtmatig bewijs... of wat ervan overblijft? De invloed van de Antigoonrechtspraak op het onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken" in W. RAUWS en M. FAURE (eds.), *Recente ontwikkelingen in het arbeids-, economisch, straf- en familierecht*, Mortsel, Intersentia, 2009, 170.

⁵⁴ K. CRAUWELS, "Hoofdstuk 9: onrechtmatig bewijs... of wat ervan overblijft? De invloed van de Antigoonrechtspraak op het onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken" in W. RAUWS en M. FAURE (eds.), *Recente ontwikkelingen in het arbeids-, economisch, straf- en familierecht*, Mortsel, Intersentia, 2009, 172.

⁵⁵ D. MOUGENOT, *Droits des obligations: la preuve*, Brussel, Larcier, 2002, nr. 18; K. CRAUWELS, "Hoofdstuk 9: onrechtmatig bewijs... of wat ervan overblijft? De invloed van de Antigoonrechtspraak op het onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken" in W. RAUWS en M. FAURE (eds.), *Recente ontwikkelingen in het arbeids-, economisch, straf- en familierecht*, Mortsel, Intersentia, 2009, 172.

⁵⁶ B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, (41) 50.

53. Net zoals in België zijn in het civiele procesrecht in Nederland geen duidelijke regels vastgesteld over de wijze waarop bewijs moet worden vergaard.⁵⁷ Het komt aan de rechter toe te bepalen wanneer sprake is van onrechtmatig vergaard bewijs en in welke gevallen het onbruikbaar is (zie *infra*, nr. 106 e.v.).⁵⁸

AFDELING 1: GRONDEN VAN ONRECHTMATIGHEID *IN SE*

54. Enkele oorzaken liggen ten gronde aan de onrechtmatigheid *in se*. Bewijs is *in se* onrechtmatig indien het in strijd is met de openbare orde en goede zeden, een schending uitmaakt van de vertrouwelijkheid of in geval van de - eerder uitzonderlijke - valsheid.

§1 In strijd met de openbare orde en goede zeden

55. Het meest belangrijke voorbeeld van onrechtmatig bewijs in strijd met de openbare orde en goede zeden kan worden teruggevonden in artikel 931 van het Gerechtelijk Wetboek.⁵⁹ Een bloedverwant in neerdalende lijn mag immers niet worden gehoord in zaken wanneer een bloedverwant in opgaande lijn tegengestelde belangen heeft in dezelfde zaak.⁶⁰ Deze regel geldt ter bescherming van de familiale orde.⁶¹ De toepassing wordt zeer ruim geïnterpreteerd en het verbod geldt zowel voor schriftelijke als voor mondelinge verklaringen, direct of indirect en zelfs voor verklaringen van minderjarigen.⁶² Op deze regel geldt evenwel de uitzondering dat de bloedverwant alsnog mag getuigen in bovenstaande situatie indien hij zelf slachtoffer was.⁶³

Het vereiste van artikel 931 Gerechtelijk Wetboek is absoluut en niet vatbaar voor uitzonderingen. Deze eis kan doorgetrokken worden naar het horen van kinderen in strafzaken en de verklaringen die ze afleggen. Artikel 931 van het Gerechtelijk Wetboek is echter niet zo verregaand dat de regel kan doorgetrokken worden voor schriftelijke verklaringen, afgelegd buiten het kader van een burgerrechtelijk onderzoek en waarvan de bloedverwant zelf slachtoffer was. In dat geval mag de rechter rekening houden met de verklaringen, afgelegd door de bloedverwant, die betrekking hebben op de feiten waarin hij zelf het slachtoffer was.⁶⁴

⁵⁷ (NL) M.C.D. EMBREGTS, *Uitsluitel over bewijsuitsluiting: een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht*, Deventer, Kluwer, 2003, 55.

⁵⁸ (NL) R.H. DE BOCK, *Proefschrift: Tussen de waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure*, Deventer, Kluwer, 2011, 179.

⁵⁹ Art. 931, tweede lid Ger.W.

⁶⁰ Cass. 1 oktober 2009, *RW* 2010-11, 322.

⁶¹ B. ALLEMEERSCH en K. WAGNER, "Stand van zaken en actuele ontwikkelingen inzake het geding", *RW* 2003-04, 1142.

⁶² Cass. 1 oktober 2009, *RW* 2010-11, 322; Rb. Antwerpen 27 juni 2013, *RW* 2014-15, 116; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het voorwerp van de bewijsvoering – ongeoorloofd bewijs", *TPR* 2015, (643) 65.

⁶³ Rb. Turnhout 5 december 1991, *TBBR* 1992, 80.

⁶⁴ Cass. 1 oktober 2009, *RW* 2010-11, 322; Rb. Antwerpen 27 juni 2013, *RW* 2014-15, 116; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het voorwerp van de bewijsvoering – ongeoorloofd bewijs", *TPR* 2015, (643) 656; B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, (41) 50.

§2 Schending van de vertrouwelijkheid

56. De vertrouwelijkheid omvat o.m. het beroepsgeheim, het briefgeheim en de bemiddeling in familiezaken.⁶⁵ De meest gekende vorm van vertrouwelijkheid is het beroepsgeheim, dat zijn wettelijke grondslag vindt in artikel 458 van het Strafwetboek.⁶⁶ Het beroepsgeheim is tegenstelbaar aan iedereen⁶⁷ en wordt o.m. gedefinieerd als “*de wettelijke plicht, respectievelijk het recht van de beoefenaar van bepaalde beroepen om die informatie waarvan zij enkel krachtens hun beroep kennis hebben of die stukken welke zij krachtens hun beroep onder zich houden, en die op basis van de bijzondere relatie met de cliënt geacht worden vertrouwelijk te zijn, geheim te houden.*”⁶⁸ Het beroepsgeheim bestaat dus enerzijds uit een zwijgplicht en anderzijds uit een zwijgrecht. De zwijgplicht omvat de verplichting van de beoefenaar om de vertrouwelijkheid te respecteren van de informatie waarover hij beschikt. Het zwijgrecht geeft de beoefenaar de mogelijkheid om de vertrouwelijkheid van de informatie in te roepen voor de rechtbank. Hij kan het zwijgrecht zelfs invoeren wanneer de rechtbank oproept dergelijke informatie toch openbaar te maken. Het beroepsgeheim moet daarom onderscheiden worden van de discretieplicht. De discretieplicht beoogt een ruimere categorie aan personen in de uitoefening van zijn of haar functie of ambt. Die persoon die in de uitoefening van zijn beroep over bepaalde informatie beschikt, kan ertoe gehouden zijn deze informatie geheim te houden. Evenwel houdt deze plicht geen zwijgrecht in waardoor de loutere discretieplicht niet tegenwerpelijk is aan de rechtbank.⁶⁹ Een privédetective, bijvoorbeeld, heeft op basis van artikel 10 van de Wet van 19 juli 1991 tot regeling van het beroep van de privédetective een discretieplicht.⁷⁰ Hij kan tijdens de uitvoering van zijn opdracht informatie vergaren waarover het een zwijgplicht heeft. Echter, indien de rechtbank de privédetective oproept om te getuigen in rechte is sprake van een spreekplicht.⁷¹

Het gevolg is dat alle informatie, die gedekt wordt door het beroepsgeheim, niet geoorloofd is en dus niet geldt als bewijs. Dit blijkt uit artikel 929 van het Gerechtelijk Wetboek.⁷² Dit artikel moet zo worden geïnterpreteerd dat de persoon onderhevig aan het beroepsgeheim niet alleen kan weigeren om een getuigenis af te leggen, maar ook om schriftelijke bewijsstukken over te maken aan de rechtbank. Het bewijs is ook ongeoorloofd indien degene die het bewijs voorlegt niet verantwoordelijk is voor de onrechtmatigheid. De onrechtmatig zelf is toe te rekenen aan een derde.⁷³

57. Het absoluut karakter van het beroepsgeheim wordt echter getemperd wanneer andere – evenwaardige – rechten dat vereisen, zoals het recht op bewijs.⁷⁴ Meer specifiek zijn op het absolute

⁶⁵ B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, “Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht”, *RW* 2002-03, (41) 41-48.

⁶⁶ Art. 458 Sw.

⁶⁷ Cass. 3 mei 2012, *Arr.Cass.* 2012, 1155.

⁶⁸ P. VERHAEGEN en D. SCHEERS, *Het getuigenbewijs*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 37.

⁶⁹ B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, “Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht”, *RW* 2002-03, (41) 42.

⁷⁰ Wet van 19 juli 1991 tot regeling van het beroep van de privédetective, *BS* 2 oktober 1991.

⁷¹ W. VAN LAETHEM en J. CAPPELLE, *Het statuut van de prive-detective*, Brussel, Politeia, 1997, 148.

⁷² Art. 929 Ger.W.

⁷³ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Het voorwerp van de bewijsvoering – ongeoorloofd bewijs”, *TPR* 2015, (643) 655.

⁷⁴ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Het voorwerp van de bewijsvoering – ongeoorloofd bewijs”, *TPR* 2015, (643) 655.

karakter van het beroepsgeheim twee uitzonderingen waarneembaar. Enerzijds kan de persoon gebonden door het beroepsgeheim vrij beschikken over de geheime informatie. Wil hij informatie overmaken, dan kan hij dat, want het invoeren van het beroepsgeheim mag evenwel niet zo ver gaan dat het niet meer beantwoordt aan het doel.⁷⁵ Anderzijds kan de rechter oordelen dat bewijsstukken die ingaan tegen het beroepsgeheim toch voorgelegd moeten worden. Hij maakt deze beslissing op basis van een belangenafweging tussen het recht op bewijs en het recht op geheimhouding.⁷⁶ Bij het maken van dergelijke afweging zal de rechter rekening houden met de belangen van de persoon van wie de gegevens geheim zijn, de belangen van de persoon die de informatie geheim houdt, belangen van de maatschappij en de belangen van derden.⁷⁷

§3 Valsheid

58. Het feit dat valsheid leidt tot de ongeoorloofdheid van het bewijs volgt uit het algemeen rechtsbeginsel *fraus omnia corrumpit*. Het gevolg van de vervalsing is de absolute onrechtmatigheid. Overeenkomstig artikel 1133 §4 van het Gerechtelijk Wetboek kan "een verzoek tot herroeping van het gewijsde worden ingediend ... indien recht gedaan is op stukken, getuigenissen, verslagen van deskundigen of eden, die na de beslissing vals zijn bevonden of verklaard."⁷⁸ Echter komt de valsheid eerder uitzonderlijk voor aangezien de vaststelling van een vervalsing moeilijk en duur is. Inzake de vervalsing van stukken en geschriften bestaat een valsheidsprocedure overeenkomstig het Gerechtelijk Wetboek.⁷⁹ Daartegenover staat dat de procedure niet alleen de zaak bemoeilijkt, maar ook zorgt voor een ellenlange vertraging.⁸⁰ Om te vermijden dat geen gevolg gegeven wordt aan de vervalsing verkiezen rechters een sneller alternatief, namelijk het herleiden van de bewijswaarde.⁸¹

Twee soorten valsheden zijn mogelijk. Enerzijds bestaat de materiële valsheid uit het aanbrenge van een wijziging in een geschrift door middel van een kunstgreep. Anderzijds bestaat de intellectuele valsheid waarbij geen sprake is van kunstgrepen. Reeds van bij het opstellen van het geschrift is sprake van leugenachtigheid.⁸² Hoewel bij een louter materiële vergissing in principe geen gebruik wordt gemaakt van een kunstgreep en bijgevolg geen sprake is van een valsheid, aanvaarden sommige rechtspraak en de rechtsleer alsnog dat een materiële vergissing een valsheid kan uitmaken.⁸³

⁷⁵ Cass. 12 november 1997, *JT* 1998, 361.

⁷⁶ B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofde vereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, (41) 42.

⁷⁷ Cass. 13 mei 1987, *Arr. Cass.* 1686-87, 1203; Cass. 19 januari 2001, *RW* 2001-02, 952; Brussel 15 september 1993, *RW* 1994-95, 850; Rb. Brussel 23 april 1999, *T. Gez.* 1999-2000, 353; B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofde vereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, (41) 42.

⁷⁸ Art. 1133 §4 Ger.W.

⁷⁹ B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofde vereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, (41) 48.

⁸⁰ Art. 895-914 Ger.W.

⁸¹ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het voorwerp van de bewijsvoering – ongeoorloofd bewijs", *TPR* 2015, (643) 654.

⁸² B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofde vereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, (41) 48.

⁸³ Rb. Brugge 13 september 2000, *TWVR* 2000, 121; R. VAN LENNEP, *Belgisch Burgerlijk Procesrecht*, Deel 2, Antwerpen, Standaard, 361.

59. Mijn inziens is het gebruik van de valsheidsprocedure overbodig aangezien de rechter in een geschil de bewijswaarde van een onderhandse akte apprecieert en oordeelt in hoeverre hij het bewijs laat meetellen, ongeacht een louter materiële vergissing werd begaan.

60. Overeenkomstig artikel 895 van het Gerechtelijk Wetboek is het mogelijk op te komen tegen een valsheid.⁸⁴ Echter, is niet duidelijk of een valsheid de openbare orde raakt en of de rechter bijgevolg ambtshalve de exceptie van valsheid kan invoeren. In het geval bij een vervalsing gebruik wordt gemaakt van kunstgrepen, zoals opzet, is hier sprake van een misdrijf. In dat geval raakt het de openbare orde wel en kan de rechter met andere woorden ambtshalve de exceptie van valsheid invoeren. Daarnaast beschikt de rechter op basis van artikel 19 van het Gerechtelijk Wetboek over de mogelijkheid om, alvorens recht te doen, een voorafgaande (onderzoeks)maatregel te bevelen. Bovendien kan de rechter vals bevonden stukken overeenkomstig de valsheidsprocedure weren en dit op eigen initiatief.⁸⁵

Indien de valsheid wordt vastgesteld aan de hand van de valsheidsprocedure wordt het bewijsstuk uitgesloten en kan het in de toekomst niet meer gebruikt worden.

Het is met andere woorden gerechtvaardigd aan te nemen dat de exceptie van valsheid de openbare orde raakt waardoor de rechter ambtshalve kan beslissen tot het weren van valse bewijzen.

AFDELING 2: GRONDEN VAN DE ONRECHTMATIGHEID VAN DE VERKRIJGING

61. De oorspronkelijke opvatting dat een onrechtmatige verkrijging enkel het gevolg was van een verkrijging die voortkwam uit een misdrijf, maakte plaats voor een minder restrictieve opvatting.⁸⁶ Inspiratie hiervoor werd gehaald in Frankrijk waar een verkrijging kon door middel van verwijtbare kunstgrepen, fraude, een daad van ontrouw of misbruik van welke aard dan ook.⁸⁷ In België geldt voortaan naast de verkrijging uit een misdrijf, ook het gebruik van deloyale en immorele middelen waaronder list en bedrog, de schending van een wet en de schending van het privéleven.⁸⁸

62. Aangezien de privacy van rechtsonderhorigen hoog in het vaandel wordt gedragen, wordt het mensenrecht beschermd door artikel 8 EVRM en artikel 22 van de Grondwet.⁸⁹ Sterker nog, de Belgische wetgeving kent een bijkomende bescherming met de Wet van 8 december 1992.⁹⁰ Volgens

⁸⁴ Art. 895 Ger.W.

⁸⁵ B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, (41) 49.

⁸⁶ Luik 7 juni 1977, *R.R.D.* 1977, 281; Rb. Brussel 30 maart 1977, *RW* 1977-78, 192; B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, (41) 50.

⁸⁷ Vertaald uit het Frans; (FR) Cass. 28 februari 1962, *Bull. Cass.* 1962, 62.2.166.

⁸⁸ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Brussel, Bruylant, 1035; B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, (41) 51; W. VAN GERVEN en J. CAPELLE, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 658; R. DEKKERS, N. CARETTE, G. BAETEMAN, A-L. VERBEKE en K. VANHOVE, *Handboek Burgerlijk Recht – Deel III*, Morstel, Intersentia, 2007, nr 685.

⁸⁹ Art. 8 EVRM en art. 22 GW.

⁹⁰ Wet 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, *BS* 18 maart 1993.

ALLEMEERSCH, SAMOY en VANDENBUSSCHE de privacybescherming een vorm van vertrouwelijkheid, maar kan het in tegenstelling tot bijvoorbeeld het beroepsgeheim, niet gekwalificeerd worden als een grond van onrechtmatigheid *in se*. Zij zijn van mening dat, ongeacht wie de inbreuk heeft gepleegd, het bewijs niet altijd ongeoorloofd is wanneer sprake is van een inbreuk op de bescherming van de privacy. Er is met andere woorden geen sprake van een absolute onrechtmatigheid.

63. De vraag is dan in welke mate informatie verkregen uit het beroepsgeheim nog gekwalificeerd moet worden als bewijs dat onrechtmatig is *in se*. Zoals reeds gezegd wordt het absolute karakter van het beroepsgeheim getemperd door twee uitzonderingen (zie *supra*, nr. 57). Mijn inziens kan het beroepsgeheim daardoor beter gecategoriseerd worden als onrechtmatig verkregen bewijs. Een parallelle redenering kan gemaakt worden voor het briefgeheim. Het briefgeheim beschouwen als onrechtmatig bewijs *in se* is een verouderde opvatting.⁹¹

§1 Brieven

64. Vroeger werd de schending van het briefgeheim beschouwd als onrechtmatig bewijs *in se*. Volgens deze oude opvatting mochten brieven niet als bewijs in rechte worden voorgelegd dan met de toestemming van zowel de afzender als de bestemming. De rechtsleer baseerde zich hiervoor op de artikelen 22 en 29 van de Grondwet alsook artikel 8 EVRM.⁹² Echter was niet iedereen het eens met deze visie. Artikelen 22 en 29 van de Grondwet en artikel 8 EVRM maken het niet onmogelijk dat de briefwisseling in rechte voorgelegd kan worden. De rechtspraak volgt dit standpunt. De briefwisseling wordt geacht niet onrechtmatig te zijn, tenzij het aan het beroepsgeheim onderworpen is of wanneer het op onrechtmatige wijze werd verkregen.⁹³

De rechter beoordeelt de rechtmatigheid van het bewijs aan de hand van twee criteria, namelijk de redelijkheid en de proportionaliteit.⁹⁴ De rechter moet een belangenafweging maken tussen de bescherming van het recht op privacy enerzijds en het recht op bewijs anderzijds. Het EHRM oordeelt in haar arrest van 13 mei 2008 zeer duidelijk dat beide rechten evenwaardig zijn. Dat wil dus zeggen dat het recht op privacy volgens het Hof geen voorrang krijgt op het recht op bewijs, of anders

⁹¹ De parallelle redenering voor het briefgeheim wordt uiteengezet in randnummer 64 e.v.

⁹² Brussel 26 juni 1972, *JT* 1972, 733; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het voorwerp van de bewijsvoering – ongeoorloofd bewijs", *TPR* 2015, (643) 658; R. VAN LENNEP, *De geheimhouding: beroepsgeheim, briefgeheim, fabrieksgeheim, verplichting van geheimhouding, recht op geheimhouding, geheim der beraadslaging, kiesgeheim*, Antwerpen, Standaard, 1950, 222-228; C. DECLERCK, "Briefgeheim tussen echtgenoten. Brave echtgenoten komen in de hemel, slimme echtgenoten overal!", in C. DECLERCK, P. FOUBERT, A. en OOMS (eds.), *Geheimen in het recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 246.

⁹³ Bewijs verkregen in strijd met het beroepsgeheim is mijns inziens beter te kwalificeren als onrechtmatig verkregen bewijs. Briefwisseling, vallend onder het beroepsgeheim, moet dus ook worden beschouwd als onrechtmatig verkregen bewijs. Het beroepsgeheim moet hier derhalve niet onderscheiden worden van onrechtmatig verkregen bewijs; Antwerpen 21 april 2010, *NJW* 2012, 426, noot C. DECLERCK; Luik 7 februari 2006, *RTDF* 2007; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het voorwerp van de bewijsvoering – ongeoorloofd bewijs", *TPR* 2015, (643) 659; B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, (41) 44.

⁹⁴ Antwerpen 12 maart 2014, *RABG* 2015, 267.

gezegd dat het recht op bewijs even belangrijk is als het recht op privacy en bijgevolg ook de bescherming ervan.⁹⁵

Het arrest van 10 november 2008 van het Hof van Cassatie bracht hier evenwel een belangrijke nuance op aan.⁹⁶ Indien een partij gebruik wil maken van een brief die niet aan haar geadresseerd is, moet zij aantonen dat de brief in haar bezit is gekomen op rechtmatige wijze.

§2 E-mails

65. De meer moderne versie van de brief is de e-mail. Naast artikel 8 EVRM en artikel 22 van de Grondwet beschermt ook CAO nr. 81 in een arbeidsrechtelijk contentieux en artikel 124 van de Wet betreffende elektronische communicatie, de integriteit van de e-mails. Indien geen toestemming werd verleend om kennis te nemen van een e-mail, mag niemand kennis nemen van het bestaan van de e-mail wanneer de e-mail niet persoonlijk voor diegene bestemd is. Elke inbreuk op dit artikel maakt een misdrijf uit.⁹⁷

Kennis nemen van een e-mail is dus enkel mogelijk indien betrokken partijen hun toestemming hiervoor hebben geven of wanneer de partij die de e-mail voorlegt, kan aantonen dat ze op toevallige wijze kennis heeft genomen van de e-mail.⁹⁸ Een voorbeeld daarvan is een arrest van het Arbeidshof te Luik op 23 maart 2004. De werkgever maakte bij zijn bewijsvoering gebruik van een e-mail die door de oorspronkelijke ontvanger werd doorgestuurd naar een derde, die dan op zijn beurt de mail doorstuurde naar de werkgever.⁹⁹ De voorzitter van de rechtbank van Koophandel Tongeren oordeelde op 26 september 2006 dat de bestemming van de e-mail, deze mail mag overmaken aan een derde zodat die er in rechte gebruik van kan maken.¹⁰⁰

De kennisname slaat overigens ook niet op de inhoud aangezien een kennisname van de inhoud niet mogelijk is zonder kennis te nemen van het bestaan.¹⁰¹ Het standpunt van de rechtspraak dat de Wet betreffende elektronische communicatie alleen de kennisname van het bestaan van de e-mail beoogt, is dus achterhaald.¹⁰²

Deze problematiek komt vaak aan het licht binnen het ontslagcontentieux, waar de werkgever een werknemer wil ontslaan omwille van dringende redenen en zich hiervoor beroept op e-mails uit de professionele mailbox van de werknemer en soms zelfs uit de private mailbox.¹⁰³

⁹⁵ EHRM 13 mei 2008, nr. 65097/01, N.N. en T.A./België.

⁹⁶ Cass. 10 november 2008, *JLMB* 2009, 347.

⁹⁷ Art. 145 Wet 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, *BS* 20 juni 2005; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het voorwerp van de bewijsvoering – ongeoorloofd bewijs", *TPR* 2015, (643) 661.

⁹⁸ Arbrb. Brussel 4 december 2007, *JTT* 2008, 179.

⁹⁹ Arbh. Luik 23 maart 2004, *RRD* 2004, 73.

¹⁰⁰ Voorz. Kh. Tongeren 26 september 2006, *Jb.Hand.* 2006, 607.

¹⁰¹ Cass. 1 oktober 2009, *RW* 2010-11, 322.

¹⁰² Gent 16 juni 2004, *Soc.Kron.* 2005, 48.

¹⁰³ Arbh. Brussel 13 september 2005, *Computerr.* 2006, 100, noot P. VAN EECKE en B. OOMS; Arbh. Antwerpen 15 december 2004, *Soc.Kron.* 2006, 146; Arbh. Brussel 10 februari 2004, *Soc.Kron.* 2004, 141; Arbh. Brussel 8 februari 2019, *JTT* 2019, 321.

In het familierecht wordt het gebruik van e-mails als bewijs anders beoordeelt omwille van het recht op nieuwsgierigheid. Dit recht geeft een echtgeno(o)t(e) de mogelijkheid om te controleren of de andere echtgeno(o)t(e) de huwelijksverplichtingen nakomt. Het recht op nieuwsgierigheid stelt met andere woorden enige grenzen aan het recht op privacy. Uiteraard moet het recht op nieuwsgierigheid dan wel op proportionele wijze worden uitgeoefend.¹⁰⁴ Dezelfde redenering wordt door de rechtspraak doorgetrokken naar de kennisname van e-mails.¹⁰⁵

§3 Surfgedrag

66. Binnen het ontslagcontentieux wordt naast het voorleggen van e-mailverkeer ook vaak het surfgedrag van de werknemer voorgelegd. Bij een controle op het surfgedrag bekijk de werkgever welke websites de werknemer heeft geraadpleegd van op zijn bedrijfscomputer. Sommige rechtspraak is van mening dat het opzettelijk kennismaken van het bestaan van de door de werknemer geconsulteerde webgeschiedenis valt onder het verbod om opzettelijk kennis te nemen van het bestaan van informatie die elektronisch werd verstuurd en die niet bestemd was voor de persoon die er kennis van neemt.¹⁰⁶ Andere rechtspraak kent een tegenovergestelde mening.¹⁰⁷ Daarnaast vormt het voorleggen van de webgeschiedenis volgens het Arbeidshof van Bergen geen aantasting van de persoonlijke levenssfeer.¹⁰⁸

§4 SMS- en chatberichten

67. Het Arbeidshof Brussel oordeelde op 10 februari 2004 dat ook sms-berichten vallen onder het datzelfde verbod.¹⁰⁹ Om te beoordelen of partijen de sms-berichten als bewijs mochten voorleggen, maakte het Hof gebruik van vier criteria; legaliteit, transparantie, finaliteit en proportionaliteit (zie *infra*, nr. 68). Dezelfde regeling geldt voor chatberichten.¹¹⁰ Tussen echtgenoten wordt steeds rekening gehouden met het recht op nieuwsgierigheid.¹¹¹

§5 Camerabewaking

68. Op Europees niveau boog het EHRM zich over een zaak waarbij een aantal werknemers van een Spaanse supermarkt een reeks diefstallen pleegde. De werkgever installeerde camera's waarvan hij de werknemers op de hoogte bracht, maar daarnaast liet hij ook verborgen camera's installeren waarvan de werknemers geen weet hadden. Uit de beelden bleek dat een aantal werknemers verantwoordelijk waren voor diefstallen en werden aan de hand van dit bewijs ontslagen.¹¹²

¹⁰⁴ F. APS, "Het recht op nieuwsgierigheid tussen echtgenoten na de echtscheidingswet van 27 april 2007", *RW* 2008-09, 1560, noot bij Antwerpen 19 december 2007; E. DIRIX, "De vruchten van de giftige boom" in V. ALLAERTS, e.a. (eds.), *Liber amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, 268.

¹⁰⁵ Gent 19 december 2002, *NJW* 2003, 459; Rb. Mechelen 4 januari 2007, *P&B* 2008, 247.

¹⁰⁶ Arbh. Brussel 8 april 2003, *Soc. Kron.* 2005, 208.

¹⁰⁷ Arbh. Gent 9 mei 2005, *Soc. Kron.* 2006, 158.

¹⁰⁸ Arbh. Brussel 5 november 2009, *Soc. Kron.* 2014, 34.

¹⁰⁹ Arbh. Brussel 10 februari 2004, *Soc. Kron.* 2004, 141.

¹¹⁰ Gent 23 april 2009, *RABG* 2010, 807, noot E. DE MAEYER en C. VERGAUWEN.

¹¹¹ Brussel 12 april 2005, *NJW* 2005, 955; F. APS, "Het recht op nieuwsgierigheid tussen echtgenoten na de echtscheidingswet van 27 april 2007", *RW* 2008-09, 1560, noot bij Antwerpen 19 december 2007; E. DIRIX, "De vruchten van de giftige boom" in V. ALLAERTS, e.a. (eds.), *Liber amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, 268.

¹¹² EHRM 17 oktober 2019, nr. 1874/13 en nr. 8567/13, Lopez Ribalda e.a./Spanje.

Het Hof oordeelde dat het plaatsen van verborgen camera's geen schending van de privacy uitmaakt indien de werkgever met de camera's de diefstallen van de werknemers kan vaststellen. Daarmee was voldaan aan de vereiste van finaliteit omdat de controle enkel gebeurde naar aanleiding van een ernstig vermoeden. Verder werd ook het proportionaliteitsbeginsel gerespecteerd omdat de camerabewaking enkel gericht stond op de kassa en de controle niet langer duurde dan nodig om de diefstal vast te stellen. Ook werd de controle enkel uitgevoerd op de arbeidsplaats waar verwacht werd dat de werknemers hun werk deden. Bovendien ging het om een plaats die toegankelijk was voor het publiek waardoor de privacyverwachtingen van de werknemers anders zijn dan in een gesloten werkplek.¹¹³

Het Hof oordeelde dat geen sprake was van een schending van het recht op privacy. Hoewel de werkgever de werknemers niet had geïnformeerd over de verborgen camera's, was er toch een hoger publiek of privaat belang dat deze schending van de informatieverplichting kon rechtvaardigen.¹¹⁴

Dit arrest van het EHRM bevestigt dat een schending van het recht op privacy verantwoord kan worden wanneer de legitieme belangen zwaarder doorwegen dan het recht op privacy. De rechter houdt bij de beoordeling steeds rekening met het legaliteits-, finaliteits-, proportionaliteits- en transparantiebeginsel. Het legaliteitsbeginsel houdt in dat een wettelijke norm voor handen is die de inbreuk mogelijk maakt, bijvoorbeeld de Camerawet. Het finaliteitsbeginsel houdt een legitieme doelstelling in, zoals een werkgever die camerabewaking plaatst om diefstal te voorkomen. Daarnaast moet de inbreuk proportioneel zijn ten opzichte van de doelstelling waarom de maatregel wordt genomen. De maatregel mag niet verder gaan dan nodig. Ten slotte moet de werkgever de personen op wie hij een controle uitvoert of wie hij in zijn rechten schendt, informeren om te voldoen aan het transparantiebeginsel.¹¹⁵

§6 Opgenomen gesprekken

69. Heimelijk opgenomen gesprekken zijn vaak het onderwerp van het debat omtrent onrechtmatig verkregen bewijs. Het gaat in de meerderheid van de gevallen over gesprekken tussen een derde en de partij die zich beroept op het opgenomen gesprek en dus minder over gesprekken tussen derden. Het is gebeurlijk dat de rechter dit kwalificeert als een onrechtmatigheid *in se* zonder de bewijsverkrijging te beoordelen.¹¹⁶ Andere rechtspraak is echter meer genuanceerd en houdt rekening met de feitelijke context. Het uitgangspunt is de rechtmatigheid van het opgenomen gesprek en de onrechtmatigheid van de verkrijging.¹¹⁷ Overeenkomstig artikel 314*bis*, 1° van het Strafwetboek is het overigens niet verboden een gesprek op te nemen wanneer degene die het gesprek opneemt ook zelf deelneemt aan het gesprek.

¹¹³ EHRM 17 oktober 2019, nr. 1874/13 en nr. 8567/13, Lopez Ribalda e.a./Spanje.

¹¹⁴ EHRM 17 oktober 2019, nr. 1874/13 en nr. 8567/13, Lopez Ribalda e.a./Spanje.

¹¹⁵ EHRM 17 oktober 2019, nr. 1874/13 en nr. 8567/13, Lopez Ribalda e.a./Spanje.

¹¹⁶ Antwerpen 4 april 2001, *AJT* 2001-02, 767; Arbh. Brussel 5 november 2009, *Soc.Kron.* 2014, 34; Brussel 24 augustus 2010, *P&B* 2011, 111.

¹¹⁷ Kh. Kortrijk 24 juni 2004, *DAOR* 2007, 331, noot B. ALLEMEERSCH; Gent 6 september 2006, *DAOR* 2007, 326, noot B. ALLEMEERSCH; Gent 16 februari 2010, *TGR* 2010, 258.

De wet voorziet niet in criteria om te bepalen of een opgenomen gesprek al dan niet onrechtmatig verkregen is. Hiervoor kan enkel worden teruggevallen op de rechtspraak. De rechter maakt steeds een belangenafweging tussen het recht op privacy en het recht op bewijs waarbij een redelijkheids- en proportionaliteitstoets niet kunnen ontbreken.¹¹⁸ Daarom kan, mijn inziens, geen sprake zijn van een onrechtmatigheid *in se*.

Het Hof van Beroep te Gent besluit wanneer een opgenomen gesprek onrechtmatig verkregen bewijs uitmaakt. Het gesprek moet op een heimelijke wijze zijn opgenomen en de personen betrokken in het gesprek moeten op het moment van de opname reeds in een geschil verwickeld zijn.¹¹⁹ Is aan deze twee voorwaarden voldaan, dan kan het bewijs enkel nog in uitzonderlijke omstandigheden worden aanvaard, wanneer de opgenomen verklaringen niet zijn uitgelokt door de maker van de opname en het bewijs op geen andere manier kan worden geleverd. Het Hof van Beroep te Gent oordeelde op 16 februari 2010 dat het bewijs in de voorliggende zaak op een andere, legitieme manier bekomen kon worden. Bovendien werd het gesprek opgenomen terwijl partijen reeds in een geschil verwickeld waren. De verklaringen werden dus uitgelokt door degene die het gesprek had opgenomen.¹²⁰ Weliswaar is niet elke rechter van mening dat geen gesprek mag opgenomen worden wanneer de betrokken personen reeds in geschil zijn met elkaar. De rechtbank eerste aanleg te Gent oordeelde in 2010 dat de redelijke privacverwachting een belangrijke rol speelt bij de beoordeling. De deelnemers aan het opgenomen gesprek mogen niet aannemen dat hun gesprekken vertrouwelijk zijn wanneer ze betrokken zijn in een geschil.¹²¹

§6 Vaststellingen van een privédetective

70. Vaststellingen, gedaan door een privédetective, worden door de meeste rechtbanken beschouwd als geoorloofd bewijs wanneer de detective geen onwettige middelen aanwendt.¹²² Een privédetective mag weliswaar enkel binnen de door de wet vastgelegde grenzen zijn beroep uitoefenen.¹²³ Het is dus bijvoorbeeld niet toegestaan om mensen op niet voor publiek toegankelijke plaatsen te bespieden door middel van een toestel. De beheerder van die niet voor het publiek toegankelijke plaatsen en de betrokken personen zelf moeten in dergelijke situatie hun toestemming verlenen aan de privédetective om dergelijke handelingen te stellen. Daarnaast is het ook verboden om informatie over politieke overtuiging, gezondheid en seksuele geaardheid te verzamelen.¹²⁴ Het Hof van Beroep te Luik oordeelde dat het vaststellen van verplaatsingen van een arbeidsongeschikte persoon het verzamelen van informatie over diens gezondheid uitmaakt waardoor het bewijs ongeoorloofd is.¹²⁵

¹¹⁸ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het voorwerp van de bewijsvoering – ongeoorloofd bewijs", *TPR* 2015, (643) 664.

¹¹⁹ Gent 6 september 2006, *DAOR* 2007, 326, noot B. ALLEMEERSCH.

¹²⁰ Gent 16 februari 2010, *TGR* 2010, 258.

¹²¹ Rb. Gent 26 maart 2010, *NJW* 2010, 546.

¹²² Antwerpen 14 januari 2015, *P&B* 2015, 58; Bergen 14 maart 2013, *T.Verz.* 2014, 295; Antwerpen 27 juni 2005, *RW* 2005-06, 1507; Arbh. Luik 17 december 2009, *JLMB* 2011, 689; Arbrb. Luik 28 juni 2012, *JTT* 2013, 51; Rb. Antwerpen 7 maart 2007, *RW* 2008-09, 332.

¹²³ Wet 19 juli 1991 tot regeling van het beroep van de privédetective, *BS* 2 oktober 1991.

¹²⁴ Art. 7 Wet 19 juli 1991 tot regeling van het beroep van de privédetective, *BS* 2 oktober 1991.

¹²⁵ Luik 15 december 2008, *RRD* 2008, 332, noot D. MOUGENOT.

Er bestaat rechtspraak waarin rechters strenger optreden en oordelen dat verslagen van privédetectives persoonsgegevens verwerken zonder dat de betrokken persoon daarvan op de hoogte is. De Wet van 8 december 1992 vereist daarentegen dat de betrokken persoon op voorhand wordt ingelicht. Omwille van het beroep als privédetective is dit onmogelijk. Maar toch acht bepaalde rechtspraak dergelijke verslagen bijna automatisch als ongeoorloofd bewijs.¹²⁶ Toen de wetgever het beroep als privédetective wettelijk ging verankeren had het uiteraard niet deze bedoeling. Het holt het bewijsrechtelijk nut van de verslagen uit en is dus strijdig met de *ratio legis*.¹²⁷

§7 Uitlokking

71. Bewijs wordt soms verkregen door uitlokking. Bepaalde rechtspraak beschouwt dergelijk bewijs als ongeoorloofd.¹²⁸ Het bewijs wordt immers verkregen vanuit het initiatief van de persoon die het bewijs wil bekomen en zal daarvoor een situatie trachten te creëren opdat bepaalde feiten zich zouden voordoen.¹²⁹ De vaststellingen van verklaringen, uitlatingen en handelingen gebeuren op basis van een list waardoor rechters zich vaker eerder terughoudend opstellen tegenover deze methode van bewijsverkrijging.¹³⁰

Andere rechtspraak aanvaardt uitlokking wel wanneer de bewijsleverende partij aantoonde dat het bewijs niet op een andere manier verkregen kon worden.¹³¹

Het is ook mogelijk dat de rechter het bewijs aanvaardt, maar dat hij de bewijswaarde herleidt wanneer de uitlokking op een andere manier heeft plaatsgevonden wanneer de derde te goeder trouw is.¹³² In de rechtsleer wordt uitlokking eerder toegelaten, maar moet een belangenafweging gemaakt worden.¹³³

AFDELING 3: SANCTIONERING VAN ONGEOORLOOFD BEWIJS

72. Indien het bewijs ongeoorloofd is, moet het uit de debatten worden geweerd. Dat wil niet zeggen dat het bewijs uit het dossier wordt gehaald, het betekent louter dat de rechter geen rekening mag houden met het bewijs wanneer hij een oordeel moet vellen. Het weren uit de debatten is een gekend concept waarvoor geen wettelijke grondslag bestaat.¹³⁴

¹²⁶ Bergen 2 maart 2010, *JT* 2010, 28, noot D. MOUGENOT.

¹²⁷ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het voorwerp van de bewijsvoering – ongeoorloofd bewijs", *TPR* 2015, (643) 666.

¹²⁸ Bergen 2 maart 2010, *JT* 2010, 28, noot D. MOUGENOT; Antwerpen 27 juni 2005, *RW* 2005-06, 1507; Brussel 27 augustus 1996, *RW* 1996-97, 961, noot M.E. STORME; Rb. Luik 21 december 1989, *Pas.* 1989, III, 71; Voorz. Kh. Brugge 29 april 1982, *RW* 1983-84, 2323.

¹²⁹ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het voorwerp van de bewijsvoering – ongeoorloofd bewijs", *TPR* 2015, (643) 666; B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofde vereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, (41) 52.

¹³⁰ Bergen 2 maart 2010, *JT* 2010, 28, noot D. MOUGENOT; Antwerpen 27 juni 2005, *RW* 2005-06, 1507; Brussel 27 augustus 1996, *RW* 1996-97, 961, noot M.E. STORME. Rb. Luik 21 december 1989, *Pas.* 1989, III, 71; Voorz. Kh. Brugge 29 april 1982, *RW* 1983-84, 2323.

¹³¹ Luik 29 juni 1999, *TBBR* 2000, 612.

¹³² Voorz. Kh. Brussel 6 april 1981, *BRH* 1982, 308.

¹³³ D. MERTENS, "Uitlokking, privédetectives en het bewijs in handelszaken", *RW* 2005-06, 1507; D. MOUGENOT, "Notions et principes de la liberté des preuves en droit commercial", in C. JASSOGNE e.a. (eds.), *Traité pratique de droit commercial*, Waterloo, Kluwer, 2009, 108.

¹³⁴ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het voorwerp van de bewijsvoering – ongeoorloofd bewijs", *TPR* 2015, (643) 669.

73. De sanctie, namelijk de wering uit de debatten, heeft een tweevoudige werking. Enerzijds werkt het curatief. Het bewijs werd namelijk verkregen door een foutief handelen en het gevolg van die foutieve handeling moet worden hersteld op grond van de foutaansprakelijkheid. Anderzijds werkt de sanctie ook punitief. De grondvesten van het ongeoorloofd bewijs sluiten aan bij de fundamentele waarden van de Belgische rechtsorde en het elementaire rechtsgevoel. Worden deze geschonden, moet een sanctie volgen.¹³⁵ Hier geldt met andere woorden de *fraus omnia corrumpit*-regel – niemand mag zich beroepen op zijn eigen bedrog om hiermee een voordeel te bekomen.

74. Indien de rechter van oordeel is dat een bewijselement ongeoorloofd is, moet dit bewijselement uit de debatten worden geweerd, beter bekend als de *exclusionary rule*.¹³⁶ Maar ook alle andere bewijselementen die verkregen zijn door het ongeoorloofd bewijselement moeten op basis van de *fruit of the poisonous tree*, worden uitgesloten.¹³⁷ Een voorbeeld daarvan is het Cassatiearrest van 18 april 1985. Een man sluit een levensverzekering af, maar vermeldt daarbij niet dat hij reeds een aantal heelkundige ingrepen heeft ondergaan. Wanneer de man sterft komt de verzekeraar aankloppen bij de echtgenote. Hij legt haar medische geschriften voor waaruit het bedrog van de man blijkt. De vrouw geeft dit onmiddellijk toe, maar vordert alsnog de uitbetaling van de levensverzekering. De rechter volgt haar hierin aangezien de verzekeraar met miskennis van het beroepsgeheim is gekomen tot de medische geschriften. De getuigenis van de vrouw volgt uit deze ongeoorloofde bewijzen, waardoor de getuigenis zelf op ongeoorloofde wijze werd verkregen door de verzekeraar. De ongeoorloofde bewijzen moeten bijgevolg worden geweerd.¹³⁸

75. De wering uit de debatten van ongeoorloofd bewijs was een dermate logisch gevolg dat de wering door rechtspraak en rechtsleer aanschouwd werd als een automatisme.¹³⁹ Aan het begin van de 21^e eeuw werd het evenwicht tussen het recht op bewijs en het verbod op ongeoorloofd bewijs verbeterd. De concepten 'belangenafweging', 'proportionaliteit' en 'redelijkheidstoets' werden in het leven geroepen.¹⁴⁰

¹³⁵ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het voorwerp van de bewijsvoering – ongeoorloofd bewijs", *TPR* 2015, (643) 669.

¹³⁶ B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2013, 557; D. MOUGENOT, "Antigone face aux juges civils – L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles", *DAOR* 2011, (240) 241-242; B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis 59 – Gerechtig recht*, Brugge, die Keure, 2010, 66.

¹³⁷ Arbh. Brussel 14 december 2004, *Soc.Kron.* 2006, 143; B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, (41) 59; E. DIRIX, "De vruchten van de giftige boom" in V. ALLAERTS e.a. (eds.), *Liber amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, 264.

¹³⁸ Cass. 18 april 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 1102.

¹³⁹ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het voorwerp van de bewijsvoering – ongeoorloofd bewijs", *TPR* 2015, (643) 670; B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, (41) 58.

¹⁴⁰ B. ALLEMEERSCH, "De heimelijke opname van een eigen (telefoon)gesprek als bewijs in burgerlijke en commerciële geschillen", *DAOR* 2007, (333) 335-337; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Mortsel, Intersentia, 2007, 462.

TUSSENBSLUIT

76. Het ongeoorloofd bewijs bestaat uit onrechtmatig bewijs *in se* en onrechtmatig verkregen bewijs. Wanneer bewijs in strijd is met de openbare orde en goede zeden, een schending uitmaakt van de vertrouwelijkheid of vervalst is, gaat het om onrechtmatig bewijs *in se*. Indien het bewijs verkregen wordt uit een misdrijf, d.m.v. het gebruik van deloyale en immorele middelen, door de schending van een wet of de schending van het privéleven, is sprake van onrechtmatig verkregen bewijs.

77. Het gebruik van onrechtmatig bewijs *in se* moet per definitie steeds uit de debatten worden geweerd. Bij het bestuderen van de rechtspraak en rechtsleer komt naar voren dat bewijsuitsluiting niet steeds de primair gehanteerde regel is. Uitzonderingen zijn toegestaan waardoor het voorleggen van het bewijs alsnog toegelaten wordt. De bedenking die hierbij gesteld kan worden is dan ook of een strikte hantering van een scheiding tussen onrechtmatig bewijs en onrechtmatig verkregen bewijs juridisch wenselijk is.

78. Onrechtmatig verkregen bewijs wordt nu minder restrictief ingevuld dan vroeger. Het blootleggen van de rechtspraak en rechtsleer toont aan dat verschillende houdingen worden aangenomen tegenover onrechtmatig verkregen bewijs. In sommige gevallen maakt de rechter een belangenafweging tussen het recht op privacy en het recht op bewijs - dat is het geval bij brieven, camerabewaking en opgenomen gesprekken. De rechtsleer is van mening dat een belangenafweging ook moet gebeuren wanneer sprake is van uitlokking. Bij het voorleggen van e-mails of het surfgedrag in het arbeidscontentieux treedt bepaalde rechtspraak doorgaans strenger op en oordeelt het dat niemand kennis mag nemen van het bestaan van informatie wanneer die informatie niet voor die persoon bestemd was. Deze redenering mag evenwel niet veralgemeend worden voor alle rechtspraak. Bij de beoordeling van SMS- en chatberichten en bewakingsbeelden houden rechters rekening met vier criteria; legaliteit, transparantie, finaliteit en proportionaliteit. Een ander terugkerend element wat mee in rekening wordt genomen bij de beoordeling van het bewijs is de redelijk privacyverwachting. In het geval daden zijn gesteld, die een controle teweegbrengen en bijgevolg een schending van het recht op privacy veroorzaken, kon de persoon - geschonden in zijn recht - ervan kon uitgaan dat een controle werd uitgevoerd. De rechter laat het recht op privacy in dit geval minder zwaar doorwegen in zijn beslissing.

79. In het kader van het huwelijk heeft een echtgeno(o)t(e) het recht op nieuwsgierigheid. Dat houdt een controle op de andere echtgeno(o)t(e) in om na te gaan of die de huwelijksverplichtingen nakomt. Het recht op nieuwsgierigheid beperkt dus ook het recht op privacy.

80. Onrechtmatig verkregen bewijs en alle eraan verbonden bewijsmiddelen moeten o.b.v. de *exclusionary rule* en de *fruit of the poisonous tree*-theorie uit de debatten worden geweerd. De rechter mag hier geen rekening meer mee houden.

81. In het geval het onrechtmatig verkregen bewijs niet op rechtmatige wijze kon worden verkregen, is het gebruik ervan in rechte alsnog toegelaten

HOOFDSTUK 1: EUROPEES NIVEAU

82. België, Nederland en Duitsland zijn lid van de Raad van Europa. Daarom is het van belang om naast een analyse op nationaal niveau ook een blik te werpen op het EVRM en de rechtspraak van het EHRM. Op Europees niveau, meer bepaald in het EVRM, zijn geen specifieke bepalingen omtrent (onrechtmatig verkregen) bewijs terug te vinden. In het arrest Schenk tegen Zwitserland oordeelde het EHRM in het licht van artikel 6 EVRM evenwel dat het de nationale wetgever toekomt regels op te stellen omtrent het onrechtmatig verkregen bewijs.¹⁴¹ Het Hof kent aldus een ruime beoordelingsmarge toe aan de nationale rechters.¹⁴² Het EHRM beoordeelt enkel de procedure op nationaal niveau in zijn geheel in het licht van artikel 6 EVRM. Het hof zegt zelf: *“Hierbij wordt de onrechtmatigheid in kwestie en, indien het gaat om de schending van een ander verdragsrecht, de aard van de schending in rekening genomen.”*¹⁴³ Daaruit volgt niet per se dat onrechtmatig verkregen bewijs altijd leidt tot een oneerlijk proces. Bewijs dat wordt verkregen in strijd met artikel 8 EVRM, het recht op privéleven, en dat wordt gebruikt in een procedure, leidt niet in ieder geval tot een oneerlijke procedure. Om te beoordelen of sprake is van een oneerlijke procesvoering moet het EHRM kijken of de rechten van verdediging geschonden zijn, moet ze de kwaliteit van het bewijs beoordelen door o.m. rekening te houden met de manier waarop het bewijs verzameld werd en of dat leidt tot de aantasting van de betrouwbaarheid en de juistheid. Daarnaast is het ook van belang of het voorgelegde bewijs, het enige bewijs is waarop het Hof haar beslissing kan baseren.¹⁴⁴

¹⁴¹ EHRM 12 juli 1988, nr. 10862/84, Schenk/Zwitserland.

¹⁴² EHRM 11 juli 2006, nr. 52067/99, Jalloh/Germany; EHRM 12 juli 1988, nr. 10862/84, Schenk/Zwitserland.

¹⁴³ EHRM 11 juli 2006, nr. 52067/99, Jalloh/Germany.

¹⁴⁴ EHRM 10 maart 2009, nr. 4378/02, Bykov/Rusland.

HOOFDSTUK 2: BELGIË

83. De vraag omtrent de sanctie bij ongeoorloofd bewijs werd aan het einde van het eerste decennium steeds meer prangend. Hoewel de verbetering van het evenwicht tussen het recht op bewijs en het verbod op ongeoorloofd bewijs een kwestie was naar materieel recht, neemt de procedurele aanpak de bovenhand bij het beantwoorden van de vraag naar de sanctie.¹⁴⁵

84. Anders dan in het burgerlijk recht bestond in het strafrecht een theoretisch kader. Het Hof van Cassatie had immers in zijn Antigoonrechtspraak een formule tot stand gebracht aan de hand waarvan bepaald kon worden of ongeoorloofd bewijs al dan niet uit de debatten geweerd moest worden.¹⁴⁶ De wetgever heeft de Antigoonrechtspraak wettelijk verankerd in artikel 32 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering.¹⁴⁷ (zie *infra*, Deel 2)

85. In België zijn omtrent het onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken geen rechtsregels terug te vinden. Daarom is een bespreking van de rechtspraak des te relevanter.

86. In 1994 stelde het Hof van Cassatie vast dat partijen in burgerlijke zaken wettelijk verkregen bewijs mogen voorleggen aan de rechter zonder zijn voorafgaande toestemming. Het ging dan weliswaar om rechtmatig verkregen bewijs.¹⁴⁸ Ook in 1998 was dat nog steeds de zienswijze van het Hof. Behalve indien wettelijke bepalingen of algemene rechtsbeginselen het niet toelaten, mogen partijen rechtmatig verkregen bewijs gebruiken.¹⁴⁹ Één ding is duidelijk, in geen geval mag de rechter rekening houden met onrechtmatig verkregen bewijs.¹⁵⁰

87. Maar, ook deze opvatting wijzigde dramatisch toen de Nederlandstalige kamer van het Hof van Cassatie in 2008 een arrest van het Arbeidshof te Antwerpen vernietigde.¹⁵¹ In deze zaak werd een verhoor afgenomen van een werkloze die verklaarde te werken in de winkel van zijn broer. Voor het proces-verbaal werd overgemaakt aan de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening werden een aantal passages onleesbaar gemaakt. De RVA besloot om de man uit te sluiten van het recht op een werkloosheidsuitkering. Een proces-verbaal is een onderzoeksdaad en valt onder het geheim van het strafonderzoek. De politiediensten begingen aldus een misdrijf in de zin van artikel 485 van het Strafwetboek door het proces-verbaal over te maken aan de RVA zonder een machtiging van het Openbaar Ministerie. Het Hof van Cassatie was dus van mening dat de appelrechter onrechtmatig verkregen bewijs niet zonder meer uit de debatten kon weren zonder daarbij te toetsen aan enkele criteria.

¹⁴⁵ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het voorwerp van de bewijsvoering – ongeoorloofd bewijs", *TPR* 2015, (643) 670-671; E. DIRIX, "De vruchten van de giftige boom" in V. ALLAERTS e.a. (eds.), *Liber amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, 269.

¹⁴⁶ Cass. 14 oktober 2003, *RABG* 2018, 670.

¹⁴⁷ Art. 32 VT.Sv.

¹⁴⁸ Cass. 19 december 1994, *Arr.Cass.* 1994, 1135.

¹⁴⁹ Cass. 11 juni 1998, *Arr.Cass.* 1998, 675.

¹⁵⁰ B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, (41) 58.

¹⁵¹ Cass. 10 maart 2008, *Arr.Cass.* 2008, 678.

88. Het arrest vermeldt het volgende:

"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 E.V.R.M. 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."

89. Het Hof van Cassatie gaf hiermee voor het eerst blijk van een toepassing van de principes van de Antigoonrechtspraak in het geval van onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken. Het Hof nam integraal de formulering van de Antigoonrechtspraak over. Het stelt dat de rechter moet oordelen of onrechtmatig verkregen bewijs toelaatbaar is of niet. Hij mag daarbij rekening houden met alle elementen van de zaak.¹⁵²

90. De meningen in de rechtsleer over de reikwijdte van het arrest zijn verdeeld. De meerderheid beschouwt het Cassatiearrest van 10 maart 2008 als principiësarrest en meent bijgevolg dat de principes van de Antigoonrechtspraak als algemene regel moeten gelden in burgerlijke zaken.¹⁵³ Hoewel voor de algemene regel gold dat het onrechtmatig verkregen bewijs uitgesloten moest worden en slechts per uitzondering toelaatbaar was, geldt volgens deze strekking binnen de rechtsleer voortaan dat onrechtmatig verkregen bewijs toegelaten is, tenzij aan minstens een van de drie niet-cumulatieve voorwaarden van de Antigoonrechtspraak is voldaan. De algemene regel wordt dus omgekeerd. Met dit arrest bevestigt het Hof de stelling dat de waarheidsvinding primeert boven het recht dat werd geschonden door de onrechtmatige verkrijging.¹⁵⁴ Omdat het Hof zijn arrest

¹⁵² B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het voorwerp van de bewijsvoering – ongeoorloofd bewijs", *TPR* 2015, (643) 673.

¹⁵³ J. LARUELLE, "Vie privée des (ex-)partenaires affectifs versus droit à la preuve", *TBBR* 2013, (118) 125; B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, "Licéité de la preuve en matière civiles : un clone pour 'Antigoon'", *JT* 2012, 172; F. KEFER, "Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité des preuves", noot onder Cass. 10 maart 2008, *RCJB* 2009, (333) 340-341.

¹⁵⁴ F. KEFER, "Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité des preuves", noot onder Cass. 10 maart 2008, *RCJB* 2009, (333) 340; K. WAGNER, "Actualia burgerlijk procesrecht", *P&B* 2009, (153) 168.

heeft geveld in algemene bewoordingen en zich niet heeft beperkt tot het specifieke geschil binnen de sociale zekerheid, wordt het standpunt van de meerderheidsstrekking kracht bijgezet. De reikwijdte van het arrest is immers niet beperkt tot het socialezekerheidsrecht.¹⁵⁵ Sterker nog, de principes van het arrest zijn van toepassing op het gehele burgerlijk recht.¹⁵⁶

91. Daarentegen zijn andere auteurs van mening dat het Hof van Cassatie niet de intentie had een principiësarrest neer te zetten, laat staan de principes ervan, van toepassing te verklaren op het gehele burgerlijke recht.¹⁵⁷ Ook al deed het Hof van Cassatie deze uitspraak in het kader van een burgerlijke zaak, dan nog kan niet zonder meer worden gesteld dat de Antigooncriteria getoetst moeten worden. In deze zaak lag immers een strafrechtelijke procedure aan de oorsprong. In dat geval gelden de strafrechtelijke bewijsregels en mag het bewijs geleverd worden met alle middelen van het recht.¹⁵⁸ De vraag kan gesteld worden in welke mate het Hof dezelfde integrale toepassing van de Antigoonrechtspraak zou hanteren indien zuiver private belangen aan de orde zouden geweest zijn.¹⁵⁹

92. Volgens sommige auteurs moet de Antigoonrechtspraak geherformuleerd worden opdat het gepast is voor zijn toepassing in het burgerlijk recht.¹⁶⁰ Voorlopig heeft het Hof van Cassatie nog geen orde geschept in deze chaos.¹⁶¹

93. Hoewel het Hof niet slaagt in het opstellen van een Antigoonformule *in civilibus*, kan het dit wel in fiscale zaken.¹⁶² Het Hof van Cassatie deed dit in een arrest van 22 mei 2015.¹⁶³

"behoudens wanneer de wetgever ter zake in bijzondere sancties voorziet, (...) het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in fiscale zaken slechts (kan) worden geweerd indien de bewijsmiddelen verkregen zijn op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een

¹⁵⁵ B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, "Licéité de la preuve en matière civiles : un clone pour 'Antigoon'", *JT* 2012, 172.

¹⁵⁶ B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, "Licéité de la preuve en matière civiles : un clone pour 'Antigoon'", *JT* 2012, 172.

¹⁵⁷ D. MOUGENOT, "Antigone face aux juges civils – L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles", *DAOR* 2011, (240) 246; K. CRAUWELS, "Hoofdstuk 9: onrechtmatig bewijs... of wat ervan overblijft? De invloed van de Antigoonrechtspraak op het onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken" in W. RAUWS en M. FAURE (eds.), *Recente ontwikkelingen in het arbeids-, economisch, straf- en familierecht*, Mortsels, Intersentia, 2009, 179-180.

¹⁵⁸ Cass. 2 januari 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1; R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2007, nr. 2825.

¹⁵⁹ D. MOUGENOT, "Antigone face aux juges civils – L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles", *DAOR* 2011, (240) 246.

¹⁶⁰ B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis 59 – Gerechtig recht*, Brugge, die Keure, 2010, 54; E. DIRIX, "De vruchten van de giftige boom" in V. ALLAERTS e.a. (eds.), *Liber amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, 273; B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis 59 – Gerechtig recht*, Brugge, die Keure, 2010, 35-66; D. TORFS, E. VAN HOORDE en J. VAN CAMP, "Enkele bewijsproblematieken in het sociaal recht" in B. VANLERBERGHE, S. RUTTEN en J. ROZIE, *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht*, Mortsels, Intersentia, 2020, 125; D. MOUGENOT, "Le point sur la jurisprudence Antigone en matière civile", *JT* 2017, (69) 72-73.

¹⁶¹ D. MOUGENOT, "Le point sur la jurisprudence Antigone en matière civile", *JT* 2017, (69) 72-73.

¹⁶² B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis 59 – Gerechtig recht*, Brugge, die Keure, 2010, 54.

¹⁶³ Cass. 22 mei 2015, *RW* 2015-16, 1460, noot I. DE TROYER en L. VANDENBERGHE.

behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht dat dit gebruik onder alle omstandigheden als ontoelaatbaar moet worden geacht, of indien dit gebruik het recht van de belastingplichtige op een eerlijk proces in het gedrang brengt. De rechter kan bij die afweging onder meer rekening houden met één of meer van volgende omstandigheden: het zuiver formeel karakter van de onregelmatigheid, de weerslag ervan op het recht of de vrijheid die door de overschreden norm worden beschermd, het al dan niet opzettelijk karakter van de door de overheid begane onrechtmatigheid en de omstandigheid dat de ernst van de inbreuk veruit de begane onrechtmatigheid overstijgt”

Deze voorwaarden zijn niet toepasbaar in het burgerlijk recht, toch is het valabel om te bekijken wat het Hof precies heeft uitgesproken, maar daarop wordt niet verder ingegaan.

94. Het Cassatiearrest van 10 maart 2008 is tot op heden het enige arrest dat de Antigoonformule toepast als verzachtingsregel in een civiele zaak. In de rechtspraak van lagere rechtbanken is de toepassing van de Antigoonrechtspraak vaker terug te vinden.¹⁶⁴ Slechts een minderheid volgt deze rechtspraak niet.¹⁶⁵ Een derde strekking meent dat de Antigoonformule wel van toepassing is, maar enkel op onrechtmatig verkregen bewijs en dus niet op bewijs onrechtmatig *in se*.¹⁶⁶

Aangezien het Hof van Cassatie in zijn arrest van 2008 enkel spreekt over onrechtmatig verkregen bewijs, lijkt de opvatting van deze derde strekking aannemelijk. Toch blijkt nergens dat het Hof een onderscheid wou maken tussen onrechtmatig verkregen bewijs en bewijs onrechtmatig *in se*. Sterker nog, volgens sommige rechtspraak handelde het arrest over het bewijs zelf en niet de verkrijging ervan. Zij zijn dan ook van mening dat, *in casu*, de schending van het geheim van het strafonderzoek de openbare orde van het straf(proces)recht raakt en daardoor een grond van onrechtmatigheid *in se* uitmaakt.¹⁶⁷

95. Ongeacht het Cassatiearrest van 10 maart 2008 staat vast dat de principes van de Antigoonrechtspraak van belang zijn in het geval de burgerlijke vordering het onderwerp uitmaakt van het strafproces.¹⁶⁸ De procedure voor de burgerlijke rechter wordt immers opgeschort tot de strafrechter zijn uitspraak heeft gedaan. De uitspraak van de strafrechter over de strafvordering is van openbare orde en tevens bindend voor de burgerlijke rechter.¹⁶⁹

¹⁶⁴ Arbh. Brussel 3 september 2013, *RW* 2013-14, 1586, noot W.R.; Gent 7 november 2013, *T.Gez.* 2014-15, 356, noot F. BLOCKX; Arbh. Antwerpen 23 november 2011, *NJW* 2012, 550, noot N. BETSCH; Arbh. Brussel 9 augustus 2011, *Soc.Kron.* 2012, 468; Arbh. Luik 8 maart 2011, *Soc.Kron.* 2011, 404; Arbh. Bergen 8 december 2010, *Soc.Kron.* 2011, 399, noot O. RIJCKAERT; Arbh. Luik 20 september 2010, *JLMB* 2010, 1899; Arbh. Gent 28 juni 2010, *JTT* 2011, 366; Gent 18 maart 2010, *T.Gez.* 2011, 398, noot S. DEFLOOR; Bergen 2 maart 2010, *JT* 2010, 28, noot D. MOUGENOT.

¹⁶⁵ Arbh. Brussel 4 augustus 2016, *JTT* 2016, 390; Arbh. Luik 6 februari 2015, *JTT* 2015, 298; Arbh. Brussel 7 februari 2013, *JT* 2013, 262, noot D. MOUGENOT; Arbh. Brussel 5 november 2009, *Soc.Kron.* 2014, 34.

¹⁶⁶ Arbh. Brussel 12 juni 2015, *JTT* 2015, 364.

¹⁶⁷ B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis 59 – Gerechtig recht*, Brugge, die Keure, 2010, 37.

¹⁶⁸ K. CRAUWELS, "Hoofdstuk 9: onrechtmatig bewijs... of wat ervan overblijft? De invloed van de Antigoonrechtspraak op het onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken" in W. RAUWS en M. FAURE (eds.), *Recente ontwikkelingen in het arbeids-, economisch, straf- en familierecht*, Mortsels, Intersentia, 2009, 180; D. MOUGENOT, "Déetective privé et vie privée: un couple difficile à accorder", *JT* 2010, 298.

¹⁶⁹ R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2007, nr. 2834.

96. Exact acht maanden later oordeelde - deze keer weliswaar de Franstalige kamer van - het Hof van Cassatie dat sprake was van onrechtmatig verkregen bewijs.¹⁷⁰ Het bewijs, dat door de partij die een brief op onrechtmatige wijze in zijn bezit had gekregen, moest uit de debatten worden geweerd. Het Hof sluit *in casu* het bewijs automatisch uit omdat het op onrechtmatige wijze werd verkregen en houdt geen rekening met de nuancering die de Antigoonrechtspraak biedt.¹⁷¹

97. In precies acht maanden tijd neemt het Hof van Cassatie twee verschillende houdingen aan ten opzichte van de Antigoonprincipes. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat bij het tweede arrest geen strafrechtelijke procedure aan de grondslag lag, terwijl dat wel het geval was bij het eerste arrest.

Een tweede mogelijke verklaring kan zijn dat de rechter in een strafprocedure over weinig appreciatiemarge beschikt wanneer hij moet oordelen over de geoorloofdheid van het bewijs. Ongeoorloofd bewijs moet uit de debatten worden geweerd. Omdat dit een zeer strenge sanctie is, is het Hof van Cassatie gekomen met de Antigoonprincipes als mildering waardoor een bewijsuitsluiting niet langer het automatische gevolg is.¹⁷² Sterker nog, voortaan geldt dus de regel dat onrechtmatig verkregen bewijs is toegelaten, tenzij voldaan is aan minstens één van de Antigooncriteria. De rechter in een burgerlijke procedure beschikt daarentegen over meer appreciatiemarge bij de beoordeling over de geoorloofdheid van het bewijs. Het bewijs dat onrechtmatig is *in se* moet worden uitgesloten. Voor onrechtmatig verkregen bewijs moet de rechter een belangenafweging maken tussen de geschonden belangen en het recht op bewijs.

98. De Antigoonrechtspraak heeft ook de lagere rechtbanken bereikt. Een gedeelte van de rechters beslist om het principiële arrest niet door te trekken naar eigen uitspraken. Andere rechters volgen het Hof van Cassatie wel.¹⁷³

99. De drie Antigooncriteria, die letterlijk werden overgenomen uit het strafrecht, roepen heel wat vragen op.¹⁷⁴ De discretionaire bevoegdheid van de rechter wordt immers begrensd doordat hij enkel bewijs mag weren uit de debatten wanneer de onrechtmatigheid van de verkrijging (i) de

¹⁷⁰ Cass. 10 november 2008, *JLMB* 2009, 347.

¹⁷¹ K. CRAUWELS, "Hoofdstuk 9: onrechtmatig bewijs... of wat ervan overblijft? De invloed van de Antigoonrechtspraak op het onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken" in W. RAUWS en M. FAURE (eds.), *Recente ontwikkelingen in het arbeids-, economisch, straf- en familierecht*, Mortsel, Intersentia, 2009, 181; B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis 59 - Gerechtig recht*, Brugge, die Keure, 2010, 56.

¹⁷² K. CRAUWELS, "Hoofdstuk 9: onrechtmatig bewijs... of wat ervan overblijft? De invloed van de Antigoonrechtspraak op het onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken" in W. RAUWS en M. FAURE (eds.), *Recente ontwikkelingen in het arbeids-, economisch, straf- en familierecht*, Mortsel, Intersentia, 2009, 181.

¹⁷³ Arbh. Brussel 3 september 2013, *RW* 2013-14, 1586, noot W.R.; Gent 7 november 2013, *T.Gez.* 2014-15, 356, noot F. BLOCKX; Arbh. Antwerpen 23 november 2011, *NJW* 2012, 550, noot N. BETSCH; Arbh. Brussel 9 augustus 2011, *Soc.Kron.* 2012, 468; Arbh. Luik 8 maart 2011, *Soc.Kron.* 2011, 404; Arbh. Bergen 8 december 2010, *Soc.Kron.* 2011, 399, noot O. RIJCKAERT; Arbh. Luik 20 september 2010, *JLMB* 2010, 1899; Arbh. Gent 28 juni 2010, *JTT* 2011, 366; Gent 18 maart 2010, *T.Gez.* 2011, 398, noot S. DEFLOOR; Bergen 2 maart 2010, *JT* 2010, 28, noot D. MOUGENOT; Arbh. Brussel 4 augustus 2016, *JTT* 2016, 390; Arbh. Luik 6 februari 2015, *JTT* 2015, 298; Arbh. Brussel 7 februari 2013, *JT* 2013, 262, noot D. MOUGENOT; Arbh. Brussel 5 november 2009, *Soc.Kron.* 2014, 34.

¹⁷⁴ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het voorwerp van de bewijsvoering - ongeoorloofd bewijs", *TPR* 2015, (643) 674.

betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast, (ii) het recht op een eerlijk proces in het gedrang brengt of (iii) volgt uit een schending van een straffe van nietigheid voorgeschreven norm.¹⁷⁵

100. Aangezien de strafrechtelijke toets letterlijk wordt overgenomen in het burgerlijk procesrecht, moet beslist worden of ongeoorloofd bewijs uitgesloten moet worden op basis van onaangepaste criteria.¹⁷⁶ Het is dan ook niet zonder reden dat een gedeelte van de rechtsleer de Antigoonformule niet toepast. Weren van ongeoorloofd bewijs op grond van de toetsingscriteria gebeurt zelden. Het gevolg daarvan is dat het *gros* van ongeoorloofde bewijzen de Antigoontoets glansrijk doorstaan en de onaangepaste criteria het leerstuk van het ongeoorloofd bewijs in burgerlijke zaken ondermijnt.¹⁷⁷

AFDELING 1: TOETSINGSCRITERIA ANTIGOONRECHTSPRAAK

§1 Aantasting van de betrouwbaarheid van het bewijs

101. Ten eerste kan het bewijs uit de debatten worden geweerd wanneer de onrechtmatige verkrijging ervoor heeft gezorgd dat de betrouwbaarheid van het bewijs is aangetast. Dit is het geval voor vervalst bewijs, bewijs dat werd verkregen door middel van kunstgrepen zoals list en bedrog, bewijs dat onder fysieke of morele dwang werd bekomen,....¹⁷⁸ In sommige gevallen zal de betrouwbaarheid van het bewijs niet volledig wegvallen. In dergelijke omstandigheden kan het herleiden van de bewijswaarde een betere oplossing zijn dan een volledige wering.¹⁷⁹

Ook deze visie, dat het wegvallen van de betrouwbaarheid het weren van het bewijs tot gevolg heeft, kent in de rechtsleer kritiek. De toepassing van dit criterium is namelijk beperkt. Er moet een onderscheid gemaakt worden tussen enerzijds het bewijs dat bijvoorbeeld door middel van kunstgrepen tot stand komt en dus onrechtmatig is en anderzijds het bewijs dat werd verkregen door het begaan van een onrechtmatigheid. Het is duidelijk dat een bewijs dat werd vervalst onbetrouwbaar is en daardoor uit de debatten moet worden geweerd. Het is echter niet duidelijk waarom bewijs verkregen in strijd met bijvoorbeeld de privacywetgeving onbetrouwbaar is.¹⁸⁰ In een arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen oordeelde het Hof dat de schending van de

¹⁷⁵ Cass. 10 maart 2008, *Arr.Cass.* 2008, 678; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het voorwerp van de bewijsvoering – ongeoorloofd bewijs", *TPR* 2015, (643) 674.

¹⁷⁶ S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria", *Limb.Rechtsl.* 2019, (287) 292; E. DIRIX, "De vruchten van de giftige boom" in V. ALLAERTS e.a. (eds.), *Liber amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, 269.

¹⁷⁷ S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria", *Limb.Rechtsl.* 2019, (287) 292; F. HENDRICKX, "Privacy op het werk en bewijs van onrechtmatig gedrag: (spookt) Antigoon in het arbeidsrecht?", *TSR* 2006, (659) 687; B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis 59 – Gerechtig recht*, Brugge, die Keure, 2010, 54.

¹⁷⁸ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het voorwerp van de bewijsvoering – ongeoorloofd bewijs", *TPR* 2015, (643) 674; B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis 59 – Gerechtig recht*, Brugge, die Keure, 2010, 45-47.

¹⁷⁹ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het voorwerp van de bewijsvoering – ongeoorloofd bewijs", *TPR* 2015, (643) 674.

¹⁸⁰ D. MOUGENOT, "Antigone face aux juges civils – L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles", *DAOR* 2011, (240) 249.

Telecommunicatiewet de betrouwbaarheid van het bewijs niet aantast ook al wordt het bewijs onrechtmatig verkregen.¹⁸¹

Andere auteurs stellen dat de beoordeling van de betrouwbaarheid van het bewijs eigenlijk een vraag is naar de bewijswaardering.¹⁸² De beoordeling van de geoorloofdheid gebeurt voorafgaandelijk aan de toets van de bewijswaarde.¹⁸³ Uit het voorgaande kan gesteld worden dat enkel een fout begaan bij het opstellen van het bewijs leidt tot de aantasting van de betrouwbaarheid. Die onbetrouwbaarheid is onvoldoende om het bewijs al bij het geoorloofdheidsonderzoek uit de debatten te weren. De burgerlijke rechter herleidt normaliter de bewijswaarde van onbetrouwbaar bewijs. Het is dus mogelijk dat het bewijs eerst de geoorloofdheidstoets doorstaat, maar dat het geen doorslag zal geven in de rechterlijke beoordeling.¹⁸⁴ In de praktijk komt het echter niet vaak voor dat de rechter het geoorloofdheidsonderzoek en het bewijswaarderingsonderzoek van elkaar scheidt.¹⁸⁵ Toch is het maken van dit onderscheid vooral van belang wanneer het bewijs onrechtmatig is omdat toepassing wordt gemaakt van kunstgrepen en het bewijs niet volledig is aangetast.¹⁸⁶

§2 Schending van het recht op een eerlijk proces

102. Ten tweede kan onrechtmatig verkregen bewijs uit de debatten worden geweerd wanneer het het recht op een eerlijk proces schendt. Het recht op een eerlijk proces is een overkoepelende term voor onder meer de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter, het recht op toegang tot de rechter, het recht op een gemotiveerde uitspraak, het recht op een uitspraak binnen een redelijke termijn,....¹⁸⁷ In de praktijk zal de onrechtmatige bewijsverkrijging eerder een schending uitmaken van het recht op tegenspraak en de wapengelijkheid.¹⁸⁸

Nu valt het wel moeilijk in te zien wanneer het recht op een eerlijk proces wordt geschonden door middel van onrechtmatig verkregen bewijs. Zeker aangezien het bewijsmiddel het voorwerp zal uitmaken van een tegensprekelijk debat. Op die manier worden de rechten op tegenspraak van

¹⁸¹ Kh. Antwerpen 24 oktober 2017, onuitg; Antwerpen 17 januari 2019, *Soc.Kron.* 2020, 196.

¹⁸² B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis 59 – Gerechtelijk recht*, Brugge, die Keure, 2010, 45. B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2013, 562-563.

¹⁸³ B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis 59 – Gerechtelijk recht*, Brugge, die Keure, 2010, 45; B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2013, 562-563.

¹⁸⁴ S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria", *Limb.Rechtsl.* 2019, (287) 293-294.

¹⁸⁵ Arbh. Antwerpen 23 november 2011, *NJW* 2012, 550, noot N. BETSCH; S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria", *Limb.Rechtsl.* 2019, (287) 294; E. DIRIX, "De vruchten van de giftige boom" in V. ALLAERTS e.a. (eds.), *Liber amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, 266; D. MOUGENOT, "La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010", *JT* 2011, (593) 595.

¹⁸⁶ B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis 59 – Gerechtelijk recht*, Brugge, die Keure, 2010, 47.

¹⁸⁷ COUNCIL OF EUROPE, *Recht op een eerlijk proces*, <https://www.coe.int/nl/web/echr-toolkit/droit-a-un-procesequitable#:~:text=De%20belangrijkste%20bepaling%20van%20artikel,van%20zijn%20zaak%2C%20binnen%20een.>

¹⁸⁸ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het voorwerp van de bewijsvoering – ongeoorloofd bewijs", *TPR* 2015, (643) 675.

partijen gewaarborgd. Zij kunnen zich daardoor verdedigen tegen het voorgelegde bewijs. In principe is dus geen sprake van een schending van het recht op een eerlijk proces.¹⁸⁹

§3 Schending van een op straffe van nietigheid voorgeschreven norm

103. Ten slotte is de schending van een op straffe van nietigheid voorgeschreven norm een reden om het onrechtmatig verkregen bewijs uit de debatten te weren. Deze redenering is enigszins eigenaardig aangezien de nietigheden in het burgerlijk recht onderworpen zijn aan de artikelen 860 tot 867 van het Gerechtelijk Wetboek. Deze artikelen brengen verzachtingen aan op de nietigheden. De uitsluiting van dergelijk bewijs, wegens de schending van een op straffe van nietigheid voorgeschreven norm, komt slechts sporadisch voor in het burgerlijk proces.¹⁹⁰ Er zijn zelfs amper normen die de niet-naleving van een op straffe van nietigheid voorgeschreven norm sanctioneren met de nietigheid. Bovendien strookt dat niet met de verzachtingen op de nietigheden in het burgerlijk recht.¹⁹¹ Dit derde criterium is met andere woorden niet aangepast aan burgerlijke zaken.¹⁹²

104. Het Hof van Cassatie vermeldde in zijn arrest eveneens een aantal bijkomende factoren waarmee de rechter rekening kan houden in het nemen van zijn beslissing:

"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 misdrijf 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 de inbreuk."

¹⁸⁹ Arbh. Bergen 8 december 2010, *Soc.Kron.* 2011, 399, noot O. RIJCKAERT; Arbh. Luik 20 september 2010, *JLMB* 2010, 1899; Arbh. Bergen 14 september 2009, *RDD* 2008, 535; B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2013, 564; D. MOUGENOT, "Antigone face aux juges civils – L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles", *DAOR* 2011, (240) 250 ; B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis 59 – Gerechtelijk recht*, Brugge, die Keure, 2010, 47-48.

¹⁹⁰ Bijvoorbeeld art. 961 Ger.W.; B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2013, 562; D. MOUGENOT, "Antigone face aux juges civils – L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles", *DAOR* 2011, (240) 248; S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria", *Limb.Rechtsl.* 2019, (287) 292-293.

¹⁹¹ Art. 861 Ger.W.; B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis 59 – Gerechtelijk recht*, Brugge, die Keure, 50; J. VAN DONINCK, "Het lot van onrechtmatig (verkregen) bewijs: tempt me not" in S. RUTTEN, B. VANLERBERGHE, N. CLIJMANS, I. COUWENBERG, L. FRANKIGNOUL, A. HOC, B. MAES, D. MOUGENOT, W. VANDENBUSSCHE, J. VAN DONINCK, P. VANLERSBERGHE en S. VAN SCHEL (eds.), *Het bewijs in burgerlijke zaken*, Brugge, die Keure, 2015, 199; S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria", *Limb.Rechtsl.* 2019, (287) 293.

¹⁹² R. DECLERCQ, "Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht – strafprocesrecht", *TPR* 1980, (32) 54; A. KOHL, "Le Code judiciaire, droit commun de la procédure", *Ann.Dr.Lg.* 1975, (401) 467; E. KRINGS, "De toepassing van de regels van het Gerechtelijk Wetboek op de rechtsplegingen in strafzaken, tuchtzaken, fiscale zaken e.a.", in G. VAN DIEVOET (ed.), *Actuele problemen van gerechtelijk privaatrecht*, Leuven, Acco, 1976, 16.

Deze bijkomende factoren verliezen echter hun waarde aangezien de rechter ook rekening mag houden met “*de elementen van de zaak in haar geheel genomen*”. Daarnaast zijn de factoren ook niet altijd even relevant in burgerlijke zaken. Zo is geen sprake van een overheid belast met de opsporing, het onderzoek en de vervolging van een misdrijf.¹⁹³

AFDELING 2: TOEPASSING VAN DE ANTIGOONCRITERIA

105. In het hierboven besproken Cassatiearrest van 10 november 2008 past het Hof geen Antigoonformule toe (zie *supra*, nr. 96 e.v.). Daarom menen sommige auteurs dat het Hof is teruggekomen op zijn eerdere beslissing van 10 maart 2008.¹⁹⁴ Niettemin deed het Hof geen uitspraak omtrent onrechtmatig verkregen bewijs en kon het bijgevolg geen toepassing maken van de Antigoonrechtspraak. *In casu* bracht het Hof louter een verduidelijking aan op het stuk van de bewijslast. Het oordeelde dat moet voldaan zijn aan een dubbele voorwaarde opdat in rechte gebruik kan worden gemaakt van briefwisseling. Enerzijds moet het bewijs op rechtmatige wijze in bezit zijn gekomen van degene die het bewijs wil voorleggen en anderzijds mag het beroepsgeheim niet geschonden zijn.¹⁹⁵ De rechter weerde het bewijs uit de debatten omdat niet voldaan was aan de eerste voorwaarde. Geen reden dus om aan te nemen dat het Hof van Cassatie terugkomt op zijn arrest van 10 maart 2008.

106. Ook de lagere rechtspraak neemt geen eenduidig standpunt in over de toepasselijkheid van de Antigoonrechtspraak in burgerlijke zaken.¹⁹⁶ Een gedeelte van de rechtspraak lijkt het bestaan van de criteria te negeren.¹⁹⁷ Een groot deel van de rechtspraak past de Antigoonrechtspraak wel toe. Een minderheid acht het echter niet van toepassing in burgerlijke zaken.

107. Het Arbeidshof in Brussel wees de toepassing van de Antigoonrechtspraak af in zijn arresten van 2009 en 2013. Het Hof leidt uit het arrest van het Hof van Cassatie van 2008 af dat het gebruik van bepaalde bewoordingen zoals ‘misdrijven’ louter betrekking heeft op strafzaken en niet op burgerlijke zaken.¹⁹⁸ Echter op 12 juni 2015 leek het Arbeidshof toch te buigen voor de toepassing van de Antigooncriteria. Het Arbeidshof oordeelde dat onrechtmatig bewijs altijd uit de debatten moet worden geweerd, maar dat op onrechtmatig verkregen bewijs wel de Antigoontoets kan worden uitgevoerd.¹⁹⁹

¹⁹³ B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte” in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis 59 – Gerechtig recht*, Brugge, die Keure, 2010, 52.

¹⁹⁴ K. CRAUWELS, “Hoofdstuk 9: onrechtmatig bewijs... of wat ervan overblijft? De invloed van de Antigoonrechtspraak op het onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken” in W. RAUWS en M. FAURE (eds.), *Recente ontwikkelingen in het arbeids-, economisch, straf- en familierecht*, Mortsel, Intersentia, 2009, 180-181.

¹⁹⁵ Cass. 27 januari 2000, *Arr. Cass.* 2000, 229; Cass. 27 februari 1913, *Pas.* 1913, I, 123; Rb. Brussel 28 november 1960, *RW* 1961-62, 2550.

¹⁹⁶ K. VAN KILDONCK, “Privacy werknemers. Onrechtmatig verkregen bewijs op het werk”, *NJW* 2010, nr. 218, (180) 183.

¹⁹⁷ Brussel 24 augustus 2010, *P&B* 2011, 111; Gent 16 februari 2010, *TGR* 2010, 258.

¹⁹⁸ Arbh. Brussel 5 november 2009, *Soc.Kron.* 2014, 34.

¹⁹⁹ Arbh. Brussel 12 juni 2015, *JTT* 2015, 364.

108. Deze visie vindt steun bij bepaalde auteurs. Zij delen de mening dat de Antigooncriteria niet van toepassing zijn op bewijs onrechtmatig *in se*.²⁰⁰ Deze redenering lijkt aannemelijk aangezien het Hof van Cassatie enkel het onrechtmatig verkregen bewijs ter sprake bracht. Of het Hof de bedoeling had een onderscheid te maken tussen het onrechtmatig bewijs *in se* en het onrechtmatig verkregen bewijs valt echter te betwijfelen. Op 10 november 2008 lag het geheim van het strafonderzoek immers aan de grondslag van het bewijs, wat een onrechtmatigheid *in se* uitmaakt.²⁰¹

109. Het Hof van Beroep in Gent oordeelde op 18 maart 2010 dat het beroepsgeheim werd geschonden. De schending van het beroepsgeheim is volgens het Hof onrechtmatig bewijs *in se*. Hoewel het Hof op dit punt hetzelfde oordeelde als de lagere rechtbank, maakte het in tegenstelling tot het Arbeidshof in Brussel wel gebruik van de Antigoonformule.²⁰² Omtrent het bewijs, verkregen door middel van een schending van het beroepsgeheim, oordeelde het Hof dat het weren uit de debatten een onevenredige sanctie zou zijn.²⁰³ Mijn inziens valt het beroepsgeheim niet onder het onrechtmatig bewijs *in se*, maar kan het beter gecategoriseerd worden onder onrechtmatig verkregen bewijs aangezien meerdere uitzonderingen bestaan op het beroepsgeheim (zie *supra*, nr. 63).

110. Ook het Hof van Beroep te Bergen aanvaardt de toepassing van de Antigoonrechtspraak. Volgens het Hof maakt uitlokking door een privédetective een schending van het recht op een eerlijk proces uit. Op grond daarvan werd het bewijs geweerd uit de debatten.²⁰⁴

111. In het arrest van 9 september 2016 beroept de werkgever zich op een privémail van de werknemer. Volgens het Brusselse Arbeidshof maakt een controle van de werkgever op de privémails van de werknemer een schending uit van het recht op privacy in de zin van artikel 8 EVRM. In dat opzicht oordeelde het Hof dat het onrechtmatig verkregen bewijs niet in rechte gebruikt mocht worden.²⁰⁵ Ook in een arrest van 22 februari 2018 oordeelde het Arbeidshof van Brussel dat het gebruik van professionele mails en private bankrekeninguitreksels gekwalificeerd wordt als onrechtmatig verkregen bewijs. De werkgever mocht dergelijk bewijs niet in rechte gebruiken voor de rechter.²⁰⁶ Op 8 februari 2019 oordeelde hetzelfde Arbeidshof dat onrechtmatig verkregen bewijs in strijd met het recht op privacy alsnog in rechte gebruikt mag worden. *In casu* had een werknemster per mail gevoelige bedrijfsinformatie doorgestuurd naar haar echtgenoot. Dat woog volgens het Hof zwaarder door dan de manier waarop de werkgever in het bezit was gekomen van

²⁰⁰ E. DIRIX, "De vruchten van de giftige boom" in V. ALLAERTS e.a. (eds.), *Liber amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, 272.

²⁰¹ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het voorwerp van de bewijsvoering – ongeoorloofd bewijs", *TPR* 2015, (643) 679.

²⁰² Dit toont aan dat de grens tussen onrechtmatig bewijs *in se* en onrechtmatig verkregen bewijs te dun is om een strikte scheiding tussen beiden te hanteren.

²⁰³ Gent 18 maart 2010, *T.Gez.* 2011, 398, noot S. DEFLOOR.

²⁰⁴ Bergen 2 maart 2010, *JT* 2010, 28, noot D. MOUGENOT.

²⁰⁵ Arbeidshof Brussel 9 september 2016, https://www.securex.eu/lex-go.nsf/vwFicheByCategory_nl/E9978B05E793C354C1257AD0005A6A5D?OpenDocument

²⁰⁶ Arbh. Brussel 22 februari 2018, *JTT* 2018, 319.

de e-mails.²⁰⁷ Ook de Arbeidshoven van o.a. Luik, Gent en Antwerpen passen de Antigooncriteria toe in hun rechtspraak.²⁰⁸

112. In een recent arrest van 9 november 2020 oordeelde de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen dat het onrechtmatig verkregen bewijs niet uit de debatten moest geweerd worden. Het bewijs werd verkregen in strijd met de Algemene Verordening Gegevensbescherming. Partijen kregen de mogelijkheid om een weerwoord te bieden, waardoor hun recht op een eerlijk proces niet geschonden werd. Het nagestreefde belang oversteeg de begane onrechtmatigheid.²⁰⁹

113. Hoewel bijvoorbeeld het Arbeidshof in Brussel eerst de Antigoonrechtspraak expliciet afwees, kent het nu wel zijn toepassing in arbeidsgeschillen.²¹⁰ Alle arbeidshoven passen inmiddels de Antigoonformule toe.²¹¹

²⁰⁷ Arbh. Brussel 8 februari 2019, *JTT* 2019, 321.

²⁰⁸ Arbh. Luik 20 september 2010, *JLMB* 2010, 1899; Arbh. Luik 8 maart 2011, *Soc.Kron.* 2011, 404; Arbh. Gent 28 juni 2010, *JTT* 2011, 366; Arbh. Antwerpen 23 november 2011, *NJW* 2012, 550, noot N. BETSCH.

²⁰⁹ Rb. Antwerpen 9 november 2020, *P&B* 2021, 43.

²¹⁰ Arbh. Brussel 5 november 2009, *Soc.Kron.* 2014, 34; Arbh. Brussel 3 september 2013, *RW* 2013-14, 1586, noot W.R.

²¹¹ Arbrb. Oudenaarde 3 februari 2009, *Soc.Kron.* 2010, 396; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het voorwerp van de bewijsvoering – ongeoorloofd bewijs", *TPR* 2015, (643) 680.

TUSSENBSLUIT

114. Over de toepassing van de Antigooncriteria in het burgerlijk recht bestaat nog geen eensgezindheid. Over het algemeen zijn drie strekkingen waarneembaar.

Sommige auteurs menen dat het Hof van Cassatie met het arrest van 10 maart 2008 niet de bedoeling had de rechtspraak te veralgemenen. De werkloosheidsreglementering wordt strafrechtelijk gehandhaafd en kent een openbare orde karakter. In dat opzicht werd de Antigoonrechtspraak, van toepassing in het strafprocesrecht, naar analogie aangewend in het burgerlijk proces omwille van hetzelfde openbare orde-karakter dat aan de grondslag lag.²¹² Echter, het Hof vermeldt nergens uitdrukkelijk in zijn arrest dat dit het geval is.

De tweede strekking, die meent dat de Antigooncriteria enkel van toepassing zijn op onrechtmatig verkregen bewijs en niet op onrechtmatig bewijs *in se*, kent dus hetzelfde probleem. Het Hof van Cassatie heeft nergens uitdrukkelijk gezegd dat hun uitspraak louter van toepassing is op onrechtmatig verkregen bewijs. Sterker nog, volgens bepaalde rechtsleer werd in de zaak een regel van openbare orde geschonden, wat volgens hen onrechtmatig bewijs *in se* uitmaakt.

Het is niet duidelijk welke bedoeling het Hof had. Uit het voorgaande kan geconcludeerd worden dat het Hof van Cassatie eerder de bedoeling had een principiële arrest te vellen waarbij de waarheidsvinding primeert boven het recht dat wordt geschonden door de onrechtmatige verkrijging. Bovendien velt het Hof van Cassatie het arrest in zeer algemene bewoordingen waardoor het van toepassing is op het gehele burgerlijke recht.

115. Het Cassatiearrest van 10 november 2008 zorgde voor heel wat verwarring in de rechtsleer. Echter, deed het Hof geen uitspraak over onrechtmatig verkregen waardoor niet aangenomen kan worden dat het Hof terug kwam op zijn eerdere beslissing in maart.

116. Het enige wat met zekerheid gesteld kan worden is dat veel verwarring bestaat, maar geen eensgezindheid over de toepassing van de Antigoonrechtspraak in burgerlijke zaken. Moest hier zelfs een eenduidig antwoord op bestaan, dan nog blijven de toetsingscriteria van de Antigoonrechtspraak ongeschikt.

Ten eerste valt de betrouwbaarheid van het bewijs immers niet altijd volledig weg. In dergelijke gevallen wordt het bewijs niet geweerd, maar wordt de bewijswaarde herleid. Bovendien is het belangrijk een onderscheid te maken tussen bewijs dat tot stand komt door middel van kunstgrepen enerzijds en bewijs dat werd verkregen door het begaan van een onrechtmatigheid anderzijds. Bewijs dat wordt vervalst is onmiskenbaar onbetrouwbaar en moet bijgevolg worden geweerd. Wordt bewijs

²¹² K. CRAUWELS, "Hoofdstuk 9: onrechtmatig bewijs... of wat ervan overblijft? De invloed van de Antigoonrechtspraak op het onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken" in W. RAUWS en M. FAURE (ed.), *Recente ontwikkelingen in het arbeids-, economisch, straf- en familierecht*, Mortsel, Intersentia, 2009, 179-180; D. MOUGENOT, "Détective privé et vie privée: un couple difficile à accorder", *JT* 2010, 298.

verkregen in strijd met bijvoorbeeld de Privacywetgeving, dan is het bewijs niet *per se* onbetrouwbaar.

Ten tweede is het moeilijk te bedenken wanneer onrechtmatig verkregen bewijs het recht op een eerlijk proces – zijnde het recht op tegenspraak en wapengelijkheid - aantast. Aangezien het bewijsmiddel het voorwerp uitmaakt van een tegensprekelijk debat. De tegenpartij kan zich dus steeds verdedigen waardoor in principe geen sprake is van een schending van het recht op een eerlijk proces.

Ten slotte bestaan amper normen die de niet-naleving van een op straffe van nietigheid voorgeschreven norm sanctioneren met de nietigheid. Meestal worden verzachtingen aangebracht op de nietigheden.

HOOFDSTUK 3: NEDERLAND

AFDELING 1: BEWIJS

117. In artikel 152 van het Nederlands Wetboek Burgerlijke Rechtsvordering staat te lezen dat “*Het bewijs kan worden geleverd door alle middelen, tenzij de wet anders bepaalt. De waardering van het bewijs is aan het oordeel van de rechter overgelaten, tenzij de wet anders bepaalt.*”²¹³ Dit artikel geeft het principe van het vrij bewijs weer. De Nederlandse wetgever kent bewust een grote vrijheid toe. De vrijheid geldt enerzijds omdat het doel van het proces het achterhalen van de waarheid is en anderzijds zodat de rechter steeds rekening kan houden met nieuwe bewijsmiddelen.²¹⁴ Hierop werd echter kritiek geuit omdat de discretionaire bevoegdheid van de rechter aanzienlijk wordt uitgebreid en een dergelijk ruime vrijheid niet bevorderlijk is voor de rechtszekerheid.

AFDELING 2: ONRECHTMATIG VERKREGEN BEWIJS

118. Onrechtmatig verkregen bewijs wordt onderverdeeld in onrechtmatig verkregen bewijs binnen het proces en onrechtmatig verkregen bewijs buiten het proces.²¹⁵

In het eerste geval moet rekening gehouden worden met een aantal waarborgen, zoals bijvoorbeeld de algemene beginselen en de waarborgen van het getuigenbewijs. Wordt gehandeld in strijd met deze waarborgen dan is sprake van onrechtmatig verkregen bewijs.²¹⁶ In het tweede geval is sprake van onrechtmatig vergaard bewijs. Het komt toe aan de rechter om dit te beoordelen (zie *infra*, nr. 120 e.v.).²¹⁷

119. In een procedure moet de rechter antwoorden op de onrechtmatigheidsvraag en de toelatingsvraag. Dat de rechter op beide vragen moet antwoorden is niet onbelangrijk. In de praktijk gebeurt het vaak dat slechts een van deze vragen beantwoord wordt en dat brengt problemen met zich mee.

Echter kan de rechter de vraag omtrent de onrechtmatigheid onbeantwoord laten.²¹⁸ Het is gebeurlijk dat achteraf het bewijs alsnog toelaatbaar is. Dat wordt dan afgeleid uit het ontbreken van een onrechtmatigheid en dat terwijl helemaal geen antwoord gegeven werd op de onrechtmatigheidsvraag.²¹⁹ Daarnaast kan de rechter eerst de toelaatbaarheid beoordelen en pas later de (on)rechtmatigheid. Dat is mogelijk vanuit de optiek dat de toelaatbaarheid van het bewijs in de procedure wenselijk is.²²⁰

²¹³ (NL) Art. 152 Rv.

²¹⁴ (NL) Tweede Kamer, zitting 1981, 10 377, nr. 7, 2.

²¹⁵ (NL) W.D.H. ASSER, *Grenzen aan de waarheidsvinding in burgerlijke zaken*, Deventer, Kluwer, 1991, 9.

²¹⁶ (NL) W.D.H. ASSER, *Grenzen aan de waarheidsvinding in burgerlijke zaken*, Deventer, Kluwer, 1991, 9.

²¹⁷ Een voorbeeld volgt in randnummer 125; (NL) W.D.H. ASSER, *Grenzen aan de waarheidsvinding in burgerlijke zaken*, Deventer, Kluwer, 1991, 9.

²¹⁸ RBAMS 6 november 2007, 350512, ECLI:NL:RBAMS:2007:BB7163. GHSHE 2 december 1992, 907/91/Ma, ECLI:NL:GHSHE:1992:AB8212.

²¹⁹ (NL) M.C.D. EMBREGTS, *Uitsluiting over bewijsuitsluiting: een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht*, Deventer, Kluwer, 2003, 48.

²²⁰ (NL) M. KREMER, *Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken*, Deventer, Tjeenk Willink, 1999, 48.

Daarnaast heeft het kwalificeren van bewijs als onrechtmatig vergaard en het vervolgens uitsluiten, ook een normerend effect.²²¹ Bij gebreke aan dergelijke beoordeling bestaat een afwezigheid van het normerend effect.²²²

Tenslotte is het ook gebeurlijk dat de rechter wel oordeelt over het onrechtmatig verkregen karakter, maar dat hij niet meer toekomt aan de beoordeling of het bewijs alsnog toegelaten moet worden.²²³ Het blijkt dat het niet beantwoorden van beide vragen zorgt voor problemen in de praktijk. Daarom is het van belang dat zowel de onrechtmatigheidsvraag als de toelatingsvraag afzonderlijk en volledig worden beantwoord.

AFDELING 3: ONRECHTMATIGHEID

§1 Vereiste van onrechtmatigheid

120. Om te bepalen wat een onrechtmatigheid inhoudt, in de zin van onrechtmatig vergaard bewijs, wordt een parallel getrokken met het tweede lid van artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek over de onrechtmatige daad.²²⁴ In plaats van een schadevergoeding is het gevolg dan de uitsluiting van het bewijs. Het artikel vermeldt drie categorieën die gebruikt kunnen worden om te bepalen of sprake is van onrechtmatig vergaard bewijs. In deze optiek is bewijs onrechtmatig vergaard indien (i) een inbreuk werd gepleegd op een recht, (ii) een handelen of nalaten in strijd is met een wettelijke plicht (iii) of wanneer het strijdig is met ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer, wat neerkomt op de zorgvuldigheid. Een rechtvaardigingsgrond kan weliswaar het onrechtmatig karakter wegnemen.²²⁵

Inbreuk gepleegd op een recht

121. Opdat sprake is van onrechtmatig vergaard bewijs moet een inbreuk worden gepleegd op een recht, meer bepaald een subjectief recht. In de meeste gevallen wordt een inbreuk gepleegd op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.²²⁶

²²¹ (NL) M.C.D. EMBREGTS, *Uitsluitel over bewijsuitsluiting: een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht*, Deventer, Kluwer, 2003, 49.

²²² (NL) M.C.D. EMBREGTS, *Uitsluitel over bewijsuitsluiting: een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht*, Deventer, Kluwer, 2003, 49.

²²³ (NL) M.C.D. EMBREGTS, *Uitsluitel over bewijsuitsluiting: een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht*, Deventer, Kluwer, 2003, 49.

²²⁴ Art 6:162, tweede lid NL BW; (NL) M.C.D. EMBREGTS, *Uitsluitel over bewijsuitsluiting: een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht*, Deventer, Kluwer, 2003, 56; (NL) M. KREMER, *Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken*, Deventer, Tjeenk Willink, 1999, 95.

²²⁵ Art 6:162, tweede lid NL BW; (NL) M.C.D. EMBREGTS, *Uitsluitel over bewijsuitsluiting: een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht*, Deventer, Kluwer, 2003, 55; (NL) M. KREMER, *Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken*, Deventer, Tjeenk Willink, 1999, 95-96.

²²⁶ (NL) M. KREMER, *Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken*, Deventer, Tjeenk Willink, 1999, 68.

Handelen of nalaten te handelen in strijd met wettelijke plicht

122. Daarnaast leidt het handelen of nalaten te handelen in strijd met een wettelijke plicht tot onrechtmatig vergaard bewijs. De handeling vindt plaats in strijd met wetten in de formele zin, supranationale wetgeving en zelfs lagere wetgeving.²²⁷

Strijdig met zorgvuldigheidsnorm

123. In het geval van een strijdigheid met de zorgvuldigheid moet de rechter rekening houden met alle omstandigheden. Deze categorie treedt pas in wanneer geen onrechtmatig verkregen bewijs wordt vastgesteld op basis van de eerste twee categorieën.²²⁸ Dat is enigszins vergelijkbaar met het oude Belgische 'goede huisvader'-principe, nu gekend als het principe van de voorzichtige en redelijke persoon.

§2 Rechtvaardigingsgrond

124. Indien een rechtvaardigingsgrond ingeroepen kan worden, wordt het onrechtmatig karakter van het bewijs opgeheven. De bewijsnood is zo een rechtvaardigingsgrond. Van bewijsnood is sprake wanneer geen minder ingrijpende middelen voorhanden waren om het bewijs te verkrijgen.²²⁹ Daarnaast wordt ook het feit dat het bewijs evengoed op rechtmatige wijze verkregen kon worden als rechtvaardigingsgrond aanvaard.²³⁰

125. In een arrest van 18 april 2014 toets de Hoge Raad een rechtvaardigingsgrond met onrechtmatig vergaard bewijs. Het geschil rijst tussen een verzekeraar en de verzekeringsnemer. *In casu* speelde een vermoeden van fraude waarop de verzekeraar een persoonlijk onderzoek instelde. Op die manier kon de verzekeraar bepaalde onderzoeksmethoden en middelen hanteren, maar deze vormden een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de verzekerde. De Hoge Raad meent dat het onderzoek zulks een grote inbreuk vormt op de persoonlijke levenssfeer dat het bewijs onrechtmatig is. Een rechtvaardigingsgrond kan de onrechtmatigheid weliswaar wegnemen. De Hoge Raad maakt *in casu* een afweging tussen enerzijds de ernst van de door de verzekeraar gepleegde inbreuk en anderzijds de belangen van de verzekeraar. De verzekeraar is gehouden aan een gedragscode. In die gedragscode wordt een afweging gemaakt met een rechtvaardigingsgrond. De verzekeraar mag dus niet handelen in strijd met deze gedragscode. Doet hij dat toch, dan pleegt hij alsnog een onrechtmatige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer.²³¹

126. Een ander voorbeeld van een rechtvaardigingsgrond in de praktijk is een arrest van het Gerechtshof Amsterdam. Één van de partijen maakte gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs

²²⁷ (NL) A.S. HARTKAMP en C.H. SIEBURGH, *Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse burgerlijk recht. Verbintenissenrecht*, VI, *De verbintenis uit de wet*, Deventer, Wolters Kluwer, 2015, 45.

²²⁸ (NL) A.S. HARTKAMP en C.H. SIEBURGH, *Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse burgerlijk recht. Verbintenissenrecht*, VI, *De verbintenis uit de wet*, Deventer, Wolters Kluwer, 2015, 52.

²²⁹ (NL) ROBBEN, onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken, in: C.H.W.M. Sterk e.a. (red.), *Iusta causa*, 1992, p 91.

²³⁰ (NL) M.C.D. EMBREGTS, *Uitsluiting over bewijsuitsluiting: een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht*, Deventer, Kluwer, 2003, 59.

²³¹ HR 18 april 2014, 12/06004, ECLI:NL:HR:2014:942.

waarover zij zelf onmogelijk kon beschikken. Ze vroeg daarom het bewijs op bij de tegenpartij. De wederpartij wenste niet mee te werken en deze stukken niet over te maken. Dat de eerste partij niet op rechtmatige wijze kon beschikken over de stukken aanvaardde het Gerechtshof als rechtvaardigingsgrond.²³²

127. Wanneer de hoven en rechtbanken rechtvaardigingsgronden aanvaarden, wordt geen antwoord meer geboden op de toelaatbaarheidsvraag omdat de rechtvaardigingsgrond besproken wordt bij de onrechtmatigheidsvraag. Aangezien een antwoord op beide vragen gewenst is, moet voorzichtig omgesprongen worden met de rechtvaardigingsgronden.

§3 Toerekenbaarheid, relativiteit en causaliteit

128. Niet alleen met de vereiste van de onrechtmatigheid, maar ook met de toerekenbaarheid, relativiteit en causaliteit moet rekening worden gehouden.²³³

129. De onrechtmatige vergaring van het bewijs moet toe te rekenen zijn aan de bewijsvoerende partij. In het geval een derde de onrechtmatige handeling heeft uitgevoerd en hiertoe niet werd aangezet noch werd uitgelokt door de bewijsvoerende partij is geen sprake van onrechtmatig verkregen bewijs.²³⁴ Dat werd in 2014 bevestigd door de Hoge Raad. Of de onrechtmatige vergaring van het bewijs toerekenbaar is aan de bewijsvoerende partij zal in elk geval door de rechter beoordeeld moeten worden.²³⁵

130. Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat bewijs onrechtmatig wordt vergaard ten aanzien van een derde. In dergelijk geval is de Hoge Raad van mening dat de onrechtmatige handeling dus niet begaan werd ten aanzien van de wederpartij en dat daaruit volgt dat geen sprake kan zijn van onrechtmatig verkregen bewijs.²³⁶

131. Tenslotte geldt de vereiste van causaliteit. Onrechtmatig verkregen bewijs kan alleen maar worden uitgesloten wanneer een causaal verband bestaat tussen de onrechtmatige handeling en het geleverde bewijs.²³⁷

AFDELING 4: TOELAATBAARHEID

132. Als de onrechtmatige vergaring van het bewijs is vastgesteld, moet worden beoordeeld of het bewijs alsnog toegelaten mag worden. Onder die toelating moet worden verstaan dat de rechter het bewijs wel of niet zal meenemen in zijn beslissing.²³⁸ In de Nederlandse literatuur zijn twee

²³² GHAMS 31 januari 2012, 13/04001, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW5549.

²³³ Randnummers 115, 116 en 117 verduidelijken de begrippen.

²³⁴ HR 7 februari 1992, 1993/78, ECLI:NL:HR:1992:ZC0500.

²³⁵ HR 11 juli 2014, 13/04001, ECLI:NL:HR:2014:1632.

²³⁶ HR 7 februari 1992, 1993/78, ECLI:NL:HR:1992:ZC0500.

²³⁷ (NL) M.C.D. EMBREGTS, *Uitsluitel over bewijsuitsluiting: een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht*, Deventer, Kluwer, 2003, 248.

²³⁸ W.D.H. ASSER, *Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Procesrecht*, III, Deventer, Kluwer, 2013, 147.

strekkingen waar te nemen. De eerste strekking is voor de bewijsuitsluiting, terwijl de tweede strekking tegen de bewijsuitsluiting is.

§1 Motivering vóór bewijsuitsluiting

133. Vanuit de idee dat het materiële recht en het procesrecht een 'eenheid van de rechtsorde' vormen, is het moeilijk te argumenteren dat onrechtmatig verkregen bewijs alsnog toegelaten moet worden.²³⁹ Daarnaast kan een eenheid van rechtsorde bestaan tussen verschillende rechtsgebieden. In dat opzicht mag onrechtmatig verkregen bewijs niet anders worden beoordeeld naar burgerlijk recht dan naar strafrecht. Nochtans verschillen beide rechtsgebieden te zeer van elkaar waardoor deze opvatting weinig steun vindt in de rechtsleer.²⁴⁰

134. Daarnaast kan het beginsel van 'fair trial' een belangrijke rol spelen in de argumentatie voor de bewijsuitsluiting. Wanneer de rechter het onrechtmatig verkregen bewijs toelaat in de civiele procedure kan hij zich immers schuldig maken aan een schending van de fundamentele rechterlijke beginselen.²⁴¹ Dit moet beoordeeld worden in het licht van artikel 6 EVRM, recht op een eerlijk proces.²⁴² De toelating van bewijs dat op onrechtmatige wijze werd verkregen houdt niet automatisch een schending in van het recht op een eerlijk proces. Dit is enkel het geval wanneer de gehele procedure niet langer als eerlijk kan worden beschouwd.²⁴³

§2 Motivering tegen bewijsuitsluiting

135. Hoewel het materiële recht en het procesrecht gezien kunnen worden als een eenheid van rechtsorde, is de rechtsleer die pleit tegen de bewijsuitsluiting van mening dat het materiële recht en het procesrecht gezien moeten worden als twee afzonderlijke rechtsgebieden. Zij menen dat onrechtmatig vergaard bewijs in de zin van artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek naar materieel recht geen procesrechtelijke gevolgen mag ondergaan, tenzij ook sprake is van een schending van procesrechtelijke bepalingen.²⁴⁴ Het is echter niet duidelijk of gesproken kan worden van een werkelijke 'scheiding tussen het materiële recht en het procesrecht'.

136. De Nederlandse wetgever heeft geen beperkingen gesteld aan de 'bewijslevering', noch aan de waardering van het bewijs waardoor in principe alle bewijsmiddelen mogelijk zijn waaronder ook het onrechtmatig verkregen bewijs.²⁴⁵ Het is echter twijfelachtig of artikel 152 van het Wetboek van Burgerlijk Rechtsvordering ook beoogt om onrechtmatig verkregen bewijs toe te laten, zonder enige

²³⁹ (NL) M. KREMER, *Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken*, Deventer, Tjeenk Willink, 1999, 179-180.

²⁴⁰ (NL) M. KREMER, *Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken*, Deventer, Tjeenk Willink, 1999, 185; (NL) M.C.D. EMBREGTS, *Uitsluitel over bewijsuitsluiting: een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht*, Deventer, Kluwer, 2003, 242. (NL) W.D.H. ASSER, *Grenzen aan de waarheidsvinding in burgerlijke zaken*, Deventer, Kluwer, 1991, 8.

²⁴¹ (NL) M. KREMER, *Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken*, Deventer, Tjeenk Willink, 1999, 213.

²⁴² (NL) W.D.H. ASSER, *Grenzen aan de waarheidsvinding in burgerlijke zaken*, Deventer, Kluwer, 1991, 10-11.

²⁴³ (NL) M. KREMER, *Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken*, Deventer, Tjeenk Willink, 1999, 235.

²⁴⁴ (NL) M. KREMER, *Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken*, Deventer, Tjeenk Willink, 1999, 147-149; (NL) W.D.H. ASSER, *Grenzen aan de waarheidsvinding in burgerlijke zaken*, Deventer, Kluwer, 1991, 14.

²⁴⁵ Artikel 152 Rv.; (NL) J.L.M. Elders, *Onrechtmatig verkregen bewijs en het burgerlijk geding*, *Nederlands Juristenblad* 1990, afl. 38, (1479) 1483.

beperking. Het is dus eigenlijk niet duidelijk of artikel 152 van het Wetboek van Burgerlijk Rechtsvordering een argument vóór of tegen de bewijsuitsluiting is.²⁴⁶

137. Het belangrijkste argument tegen de bewijsuitsluiting is het achterhalen van de waarheid.²⁴⁷ De rechter hoort op basis van de materiële 'waarheidsvinding' zoveel als mogelijk uitspraak te doen aan de hand van feiten die zich daadwerkelijk hebben voorgedaan.²⁴⁸ Vanuit die optiek is het makkelijker om te argumenteren dat onrechtmatig verkregen bewijs toegelaten moet worden, maar er zijn grenzen gesteld aan de waarheidsvinding.²⁴⁹ Artikel 21 van het Wetboek van Burgerlijk Rechtsvordering voerde de 'waarheidsplicht' in. Het artikel legt de nadruk op het rechtspreken door de rechter op basis van de materiële waarheid.²⁵⁰

138. In een civiele procedure beschikken partijen over dezelfde bewijsmiddelen, ze staan op gelijke voet met elkaar en zijn dus gelijkwaardig.²⁵¹ Op basis van de 'partijautonomie' zou dus geargumenteed kunnen worden dat onrechtmatig verkregen bewijs toegelaten is in de procedure.²⁵² Daarnaast kunnen vragen gesteld worden bij de 'effectiviteit van bewijsuitsluiting', want de rechter heeft reeds kennis genomen van het bewijs waardoor niet met 100 procent zekerheid gesteld kan worden dat de rechter hier op geen enkele manier nog rekening mee zal houden.²⁵³

139. Geen enkel argument is doorslaggevend vóór of tegen de bewijsuitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs. In ieder geval zal de rechter een belangenafweging moeten maken op basis van zijn discretionaire bevoegdheid.

AFDELING 5: BELANGENAFWEGING

140. In het reeds eerder besproken arrest van 18 april 2014 toetste de Hoge Raad voor het eerst de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs (zie *supra*, nr. 125).²⁵⁴ Met het arrest bevestigde de Hoge Raad dat onrechtmatig verkregen bewijs niet per se uitgesloten moet worden.

²⁴⁶ (NL) M. KREMER, *Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken*, Deventer, Tjeenk Willink, 1999, 151.

²⁴⁷ (NL) M. KREMER, *Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken*, Deventer, Tjeenk Willink, 1999, 155; (NL) M.C.D. EMBREGTS, *Uitsluitel over bewijsuitsluiting: een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht*, Deventer, Kluwer, 2003, 241.

²⁴⁸ (NL) W.D.H. ASSER, *Grenzen aan de waarheidsvinding in burgerlijke zaken*, Deventer, Kluwer, 1991, 4.

²⁴⁹ (NL) M.C.D. EMBREGTS, *Uitsluitel over bewijsuitsluiting: een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht*, Deventer, Kluwer, 2003, 241. (NL) M. KREMER, *Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken*, Deventer, Tjeenk Willink, 1999, 155-163.

²⁵⁰ GHSHE 5 augustus 2011, HD 200.049.675 T, ECLI:NL:GHSHE:2011:BR4259; Rb. Dordrecht 7 december 2011, 91204, ECLI:NL:RBDOR:2011:BU6952; Rb. Zutphen 13 januari 2012, 121498 – HA ZA 11-405, ECLI:NL:RBZUT:2011:BV0742; Rb. Limburg 18 augustus 2015, 4127303 CV EXPL 15-4491, ECLI:NL:RBLIM:2015:6948; (NL) C. SEINEN, De waarheidsplicht en de geraden gevolgtrekking anno 2020: een zoektocht naar proportionaliteit, *TCR (Tijdschrift voor civiele rechtspleging)* 2020, (33) 33-35; Kamerstukken II 1999/2000, 26855, nr. 3, p. 52-53.

²⁵¹ (NL) M.C.D. EMBREGTS, *Uitsluitel over bewijsuitsluiting: een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht*, Deventer, Kluwer, 2003, 242.

²⁵² (NL) M.C.D. EMBREGTS, *Uitsluitel over bewijsuitsluiting: een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht*, Deventer, Kluwer, 2003, 242.

²⁵³ (NL) M. KREMER, *Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken*, Deventer, Tjeenk Willink, 1999, 173-176.

²⁵⁴ HR 18 april 2014, 12/06004, ECLI:NL:HR:2014:942.

141. De Hoge Raad stelt dat een belangenafweging gemaakt moet worden om na te gaan of onrechtmatig verkregen bewijs toegelaten dan wel uitgesloten moet worden. De waarheidsvinding en het belang van partijen om hun standpunt te verdedigen primeren boven de belangen verbonden aan de bewijsuitsluiting. Het bewijs is met andere woorden toegelaten. Dat is niet het geval indien sprake is van bijkomende omstandigheden.²⁵⁵ Welke deze bijkomende omstandigheden zijn, specificeert de Hoge Raad niet.

142. Hoewel de hoven en rechtbanken bijkomende omstandigheden niet snel zullen aannemen, heeft de rechtsleer wel een poging gedaan om deze neer te schrijven.²⁵⁶ In het geval een ernstige inbreuk wordt gepleegd op de persoonlijke levenssfeer, dan kan dat een bijkomende omstandigheid uitmaken waardoor de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs toegelaten is.²⁵⁷ Tevens moet een evenwicht bestaan tussen de begane onrechtmatigheid en het nagestreefde belang. Is dit evenwicht hier niet, dan kan ook deze situatie een bijkomende omstandigheid voortbrengen.²⁵⁸

De proportionaliteit is ook van belang. De partij die het onrechtmatig verkregen bewijs aanlevert, moet in de onmogelijkheid verkeren het bewijs op een minder verregaande te bekomen. Bewijs vergaren op een manier die verder gaat dan nodig staat haaks op de bewijsnood.²⁵⁹ De rechter kan dat bewijs mogelijks uitsluiten.

143. Hoewel een aantal mogelijks bijkomende omstandigheden besproken worden door de rechtsleer zal de rechter deze niet snel aannemen in de procedure, enkel in het geval sprake is van grove schendingen.²⁶⁰

AFDELING 6: SCHADEVERGOEDING ALS SANCTIE

144. De toelating van onrechtmatig verkregen bewijs is eerder de regel dan de uitzondering. Aangezien het bewijs vaak niet uit de debatten wordt geweerd, voelen partijen geen drang om zich te houden aan de regels. Om die drang te stimuleren, kan een schadevergoeding als sanctie opgelegd worden. Daarnaast geldt theoretisch een horizontale verhouding tussen partijen, toch voelt dit in de praktijk soms aan als een verticale verhouding.²⁶¹ Het arrest van de Hoge Raad is hiervan ook een voorbeeld.²⁶² De verzekeringsmaatschappij en de werkgever staan machtiger tegenover de verzekeringnemer en werknemer. Wanneer de machtige partij elke keer weggkomt met het gebruik

²⁵⁵ HR 18 april 2014, 12/06004, ECLI:NL:HR:2014:942.

²⁵⁶ (NL) W.H. VAN SOEREN, *Onrechtmatig bewijs in de civiele procedure*, *Ars Aequi* 1986, (483) 487; (NL) W.D.H. ASSER, *Grenzen aan de waarheidsvinding in burgerlijke zaken*, Deventer, Kluwer, 1991, 12-14.

²⁵⁷ (NL) W.H. VAN SOEREN, *Onrechtmatig bewijs in de civiele procedure*, *Ars Aequi* 1986, (483) 487.

²⁵⁸ (NL) M.C.D. EMBREGTS, *Uitsluiting over bewijsuitsluiting: een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht*, Deventer, Kluwer, 2003, 256.

²⁵⁹ (NL) W.H. VAN SOEREN, *Onrechtmatig bewijs in de civiele procedure*, *Ars Aequi* 1986, (483) 487.

²⁶⁰ HR 18 april 2014, 12/06004, ECLI:NL:HR:2014:942; HR 12 februari 1993, 1993/599, ECLI:NL:HR:1993:AJ8237.

²⁶¹ (NL) M.M. Koevoets, *Onrechtmatig verkregen bewijs in het arbeidsrecht*, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2004, (39) 48-50.

²⁶² HR 18 april 2014, 12/06004, ECLI:NL:HR:2014:942.

van onrechtmatig verkregen bewijs, wordt deze praktische wanverhouding tussen partijen steeds groter.²⁶³

De rechtspraak volgde deze opvatting van de rechtsleer. Op 4 februari 2014 kende het Hof Arnhem-Leeuwarden een schadevergoeding toe ten gevolge van onrechtmatige bewijsverkrijging op basis van een schending van de privacy. Het bewijs werd niet uitgesloten.²⁶⁴ De rechtbank van Amsterdam besloot op 12 mei 2014 tot uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs én kende ze een schadevergoeding toe.²⁶⁵

²⁶³ (NL) M.M. Koevoets, Onrechtmatig verkregen bewijs in het arbeidsrecht, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2004, (39) 48-50.

²⁶⁴ GHARL 7 februari 2014, 200.117.282-01, ECLI:NL:GHARL:2014:753.

²⁶⁵ RBAMS (Vzr.) 16 mei 2014, 2923121 KK EXPL 14-585, ECLI:NL:RBAMS:201:2751.

TUSSENBSLUIT

145. Om te bepalen wanneer sprake is van onrechtmatig vergaard bewijs, wordt teruggevallen op artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek. Rechtvaardigingsgronden, de toerekenbaarheid, de relativiteit en de causaliteit moeten steeds in rekening gebracht worden. Deze kunnen immers een impact hebben op het onrechtmatige karakter.

146. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zegt niets over de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs. Het Hof laat de beoordeling daarvan over aan de nationale rechter. Het Hof oordeelt alleen over de eerlijkheid van de procedure in zijn geheel.

147. Vóór of tegen de bewijsuitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs bestaat op dit moment nog geen enkel doorslaggevend argument. De rechter moet op basis van zijn discretionaire bevoegdheid telkens een belangenafweging maken. In deze beoordeling hebben het belang van de waarheidsvinding en het recht van partijen om hun standpunten uiteen te zetten vaak de bovenhand. Een uitzondering op de toelating van het bewijs zijn de bijkomende omstandigheden. Wat die precies inhouden werd niet gespecificeerd door de Hoge Raad of andere rechtscolleges, noch bestaat hieromtrent duidelijkheid in de rechtsleer.

148. In België geldt dat het onrechtmatig verkregen bewijs in beginsel is toegelaten, tenzij aan een van de drie criteria van de Antigoonrechtspraak is voldaan. In dat geval wordt het bewijs uitgesloten. In Nederland is onrechtmatig verkregen bewijs in beginsel ook toegelaten, maar de afweging die de Nederlandse rechter maakt, verschilt van de Belgische afweging. De Belgische rechter maakt vaak een afweging tussen het recht op bewijs en de geschonden belangen (vaak het recht op privacy). De Nederlandse rechter maakt een afweging enerzijds het belang van waarheidsvinding en anderzijds de geschonden belangen.

149. Onrechtmatig verkregen bewijs wordt in beginsel toegelaten. In dat geval wordt geen sanctie opgelegd ondanks het onrechtmatige karakter. Om tegemoet te komen aan het belang van de waarheidsvinding en de partij van wie de belangen werden geschonden omwille van de onrechtmatige verkrijging, kan een schadevergoeding opgelegd worden aan de partij die een inbeuk maakt op de belangen zijn tegenpartij. In het geval sprake is van een grove schending kan alsnog geopteerd worden voor een bewijsuitsluiting en geldt dit als sanctie.

HOOFSTUK 4: DUITSLAND

AFDELING 1: ONRECHTMATIG VERKREGEN BEWIJS

150. Naar Duitse rechtspraak en rechtsleer is sprake van onrechtmatig verkregen bewijs indien het bewijs werd verkregen door een schending van de regels van de materiële rechtmatigheid of van procedurele voorschriften.²⁶⁶ Bewijs verkregen met een schending van de regels van de materiële rechtmatigheid houdt in dat bewijs verkregen is door de bewijsvoerende partij op basis van overtredingen van het materiële recht en dus een misdrijf of bedrog uitmaakt.²⁶⁷ Een voorbeeld van bewijs dat verkregen werd in strijd met de procedurele voorschriften is de afname van een getuigenis zonder de getuige in te lichten over zijn rechten.²⁶⁸

AFDELING 2: TOELAATBAARHEID

151. Om de toelaatbaarheid te beoordelen, wordt in Duitsland een tweetrapsredenering gemaakt. Ten eerste moet de rechter nagaan of het bewijs onderworpen is aan het '*beweiserhebungsverbot*' (het verbod om bewijs te verzamelen).²⁶⁹ Zijn de bewijsmiddelen hieraan niet onderworpen, dan is het bewijs toelaatbaar. De beoordeling stopt dan na deze toetsing. Zijn de bewijsmiddelen hier echter wel aan onderworpen, dan moet de rechter de tweede stap in de toetsing maken, namelijk of het bewijsmiddel onderworpen is aan het '*beweisverwertungsverbot*' (het verbod om het bewijs te gebruiken).²⁷⁰ Deze begrippen werden eerst geïntroduceerd door de rechtsleer en later overgenomen in de rechtspraak.²⁷¹

§1 *Beweiserhebungsverbot*

152. Met het *beweiserhebungsverbot* sluit de Duitse wet een aantal bewijsmiddelen principieel uit. Onder het *beweiserhebungsverbot* worden drie soorten onderscheiden, namelijk (i) het *beweisthemaverbot* (bewijsthemaverbod), (ii) het *beweismittelverbot* (bewijsmiddelverbod) en (iii) *beweismethodenverbot* (bewijsmethodenverbod).

153. Onder het *beweisthemaverbot* is het bewijs niet toelaatbaar indien het welbepaalde feiten betreft. Daarbij kan gedacht worden aan de ondervraging van personen aan wie een zwijgplicht wordt opgelegd²⁷² of een arts die ondervraagd wordt over informatie die onder zijn beroepsgeheim valt.²⁷³

²⁶⁶ LAG Berlin 15 februari 1982, *Juristische Rundschau* 1982, 258; (D) S. BALTHASAR, "Beweisverwertungsverbote im Zivilprozess" Hamburg, Dr. Kovac, 2006, 1.

²⁶⁷ (D) PRUTTUNG in KRUGER en RAUSCHER, *Münchener Kommentar zur ZPO*, München, Beck, 4. Auflage 2013, §286, randnr. 64; (D) S. BALTHASAR, "Beweisverwertungsverbote im Zivilprozess", *Juristische Schulung* 2008, (35) 36-38.

²⁶⁸ §§ 383 Abs.3 en 384 ZPO; (D) S. BALTHASAR, "Beweisverwertungsverbote im Zivilprozess", *Juristische Schulung* 2008, (35) 38; (D) PRUTTUNG in KRUGER en RAUSCHER, *Münchener Kommentar zur ZPO*, München, Beck, 4. Auflage 2013, §286, randnr. 64.

²⁶⁹ Letterlijke vertaling vanuit het Duits. Het begrip werd vertaald om een beeld te geven over de betekenis, maar het is geen alomvattende weergave van het concept.

²⁷⁰ Letterlijke vertaling vanuit het Duits. Het begrip werd vertaald om een beeld te geven over de betekenis, maar het is geen alomvattende weergave van het concept.

²⁷¹ E. MAES, "Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken in België en Duitsland", *RW* 2015-15, (682) 691.

²⁷² §174 Abs. 2 GVG.

²⁷³ §383 Abs. 1 ZPO en §384 ZPO.

154. Van een *beweismittelverbot* is sprake indien een feit niet bewezen mag worden aan de hand van een bepaald bewijsmiddel. Het feit mag nog bewezen worden aan de hand van getuigen of een plaatsbezoek, maar enkel door middel van getuigenissen van partijen en stukken.²⁷⁴ Naar Belgisch recht is dat vergelijkbaar met het geoorloofd, maar ontoelaatbaar bewijs.

155. De laatste soort *beweiserhebungsverbot* is het *beweismethodenverbot*. Hieronder worden de onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen geplaatst.²⁷⁵

§2 *Beweisverwertungsverbot*

156. De letterlijke vertaling van *beweisverwertungsverbot* is het verbod om bewijs te gebruiken, maar eigenlijk is het begrip breder omvattend. Het verbod omvat het niet in rechte gebruiken van het bewijs waardoor hiermee geen rekening gehouden mag worden in de bewijsvoering met als gevolg dat ook de rechter er geen rekening mee mag houden in het nemen van zijn beslissing.²⁷⁶ Aan het uitsluiten van het bewijsmiddel is nog een ander gevolg verbonden. Wanneer het bewijsmiddel niet voorgelegd mag worden, mogen ook de feiten verbonden aan het bewijsmiddel niet voorgelegd worden.²⁷⁷ De wet heeft een aantal van de *beweisverwertungsverboten* opgenomen, maar dit blijft beperkt.²⁷⁸

157. Een onderwerping aan het *beweiserhebungsverbot* betekent niet automatisch een onderwerping aan het *beweisverwertungsverbot*.²⁷⁹

158. Het verschil in terminologie omtrent de ontoelaatbaarheid moet benadrukt worden. Indien in België sprake is van ontoelaatbaar bewijs, wordt het meteen uitgesloten en het kan niet meer in rechte worden gebruikt. De vraag of het bewijs toelaatbaar is impliceert in België dus ook de bruikbaarheid ervan in procedures.

In Duitsland daarentegen wordt de vraag naar de toelaatbaarheid gescheiden van de vraag omtrent het gebruik van het bewijs. Valt het bewijs onder het *beweiserhebungsverbot*, dan is het ontoelaatbaar. Maar, dan moet de vraag naar het *beweisverwertungsverbot* nog gesteld worden en wordt dus bepaald of het bewijs nog in rechte gebruikt mag worden.²⁸⁰ Zoals eerder vermeld, heeft het *beweiserhebungsverbot* dus niet automatisch het *beweisverwertungsverbot* tot gevolg (zie *supra*, nr. 157).²⁸¹ Het is zelfs mogelijk dat het bewijs wordt gekwalificeerd als ontoelaatbaar, maar toch

²⁷⁴ (D) SAENGER, *Handkommertar zur ZPO*, Baden-Baden, Nomos, 5. Auflage 2013, § 284, randnr, 30 e.v.

²⁷⁵ E. MAES, "Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken in België en Duitsland", *RW* 2015-15, (682) 691.

²⁷⁶ (D) K. KIETHE, "Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess", *Monatsschrift für Deutsches Recht* 2005, 965; (D) R. STÖRMER, "Beweiserhebung, Ablehnung von Beweisanträgen und Beweisverwertungsverbote im Zivilprozess", *Juridische Schulung* 1994, (238) 355.

²⁷⁷ BGH 12 januari 2005, *Neue Juristische Wochenschrift* 2005, 497; OLG Köln 6 mei 2004, *Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht* 2004, 108; OLG Karlsruhe 25 februari 2000, *Neue Juristische Wochenschrift* 2000, 1577; (D) K. KIETHE, "Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess", *Monatsschrift für Deutsches Recht* 2005, 965.

²⁷⁸ E. MAES, "Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken in België en Duitsland", *RW* 2015-15, (682) 691.

²⁷⁹ (D) F. STEIN en M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung/Bd. 4, §§253-327*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, nr. 87.

²⁸⁰ (D) SAENGER, *Handkommertar zur ZPO*, Baden-Baden, Nomos, 5. Auflage 2013, § 284, randnr, 56; E. MAES, "Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken in België en Duitsland", *RW* 2015-15, (682) 691.

²⁸¹ (D) F. STEIN en M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung/Bd. 4, §§253-327*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, nr. 87.

nog voorgelegd mag worden.²⁸² De gevolgen die verbonden zijn aan de ontoelaatbaarheid verschillen dus in beide rechtssystemen.

159. In Duitsland gaat de rechter eerst na of het bewijs op onrechtmatige wijze werd verkregen. Indien dit het geval is, is het bewijsmiddel onderworpen aan een *beweiserhebungsverbot* en dus ontoelaatbaar.²⁸³

Vervolgens moet de rechter beslissen of het bewijs alsnog in rechte gebruikt mag worden ook al werd het op onrechtmatige wijze verkregen. Indien het antwoord van de rechter negatief is, is het bewijs onderworpen aan een *beweisverwertungsverbot*. Het bewijs mag dan niet worden voorgelegd in de procedure. Indien het antwoord van de rechter evenwel positief is, valt het bewijsmiddel niet onder het verbod en mag het wel worden aangewend in de procedure ook al valt het onder het *beweiserhebungsverbot*.²⁸⁴

160. Op de vraag of bewijsmiddelen, vallend onder een *beweiserhebungsverbot*, ook onderworpen zijn aan een *beweisverwertungsverbot* bestaat in Duitsland geen duidelijk en ondubbelzinnig antwoord. Aangezien elke regeling hieromtrent ontbreekt in de wetgeving, moet gekeken worden naar de rechtspraak en rechtsleer.²⁸⁵ Over het algemeen kunnen drie heersende opvattingen onderscheiden worden, waarvan de gematigde opvatting overheersend geldt.²⁸⁶

161. Een eerste uiterste strekking is van mening dat het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs is toegelaten omdat het achterhalen van de waarheid belangrijker is dan individuele vrijheden.²⁸⁷ Deze visie geniet echter steeds minder bijval aangezien geen enkele Duitse rechtsregel voorkomt die vaststelt dat de waarheidsvinding primeert.²⁸⁸

162. De andere uiterste strekking is van mening dat het bewijs naast ontoelaatbaar ook onbruikbaar is in rechte.²⁸⁹ Deze visie is gesteund op de eenheid van de rechtsorde, wat inhoudt dat schendingen van het materiële recht een weerslag moet hebben in zijn procedurele tegenhanger.²⁹⁰ Als tegenreactie op deze zienswijze wordt gesteld dat schendingen van het materiële recht niet altijd

²⁸² E. MAES, "Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken in België en Duitsland", *RW* 2015-15, (682) 691-692.

²⁸³ E. MAES, "Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken in België en Duitsland", *RW* 2015-15, (682) 691-692.

²⁸⁴ E. MAES, "Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken in België en Duitsland", *RW* 2015-15, (682) 691-692.

²⁸⁵ (D) SAENGER, *Handkommertar zur ZPO*, Baden-Baden, Nomos, 5. Auflage 2013, § 284, randnr, 25; (D) K. KIETHE, "Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess", *Monatsschrift für Deutsches Recht* 2005, 965.

²⁸⁶ (D) M. DAUSTER en F. BRAUN, "Verwendung fremder Daten im Zivilprozess und zivilprozessuale Beweisverbote", *Neue Juristische Wochenschrift* 2000, (313) 316.

²⁸⁷ (D) S. BALTHASAR, "Beweisverwertungsverbote im Zivilprozess", *Juristische Schulung* 2008, (35) 35.

²⁸⁸ E. MAES, "Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken in België en Duitsland", *RW* 2015-15, (682) 691-692; (D) R. STÖRMER, "Beweiserhebung, Ablehnung von Beweisanträgen und Beweisverwertungsverbote im Zivilprozess", *Juristische Schulung* 1994, (238) 355.

²⁸⁹ LG Frankfurt 2 februari 1982, *Neue Juristische Wochenschrift* 1982, 1056; LAG Hamm 24 juli 2001, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtsprechungsreport* 2002, 464.

²⁹⁰ (D) M. DAUSTER en F. BRAUN, "Verwendung fremder Daten im Zivilprozess und zivilprozessuale Beweisverbote", *Neue Juristische Wochenschrift* 2000, (313) 316; LAG Berlin 15 februari 1982, *Juristische Rundschau* 1982, 258.

een weerslag kunnen hebben op het procedurele.²⁹¹ Deze visie is ook gebaseerd op de goede trouw.²⁹² De auteurs achter dit standpunt zijn immers van mening dat het toelaten van onrechtmatig verkregen bewijs de rechtsonderhorige aanzet tot onrechtmatig gedrag.²⁹³ Hoewel dit logisch klinkt, is het moeilijk om de waarheidsvinding aan de kant te schuiven omdat de rechter aan de hand van de objectieve waarheid een juist oordeel moet vellen. Dat kan hij niet indien hij de bewijsmiddelen steevast moet uitsluiten.²⁹⁴

163. Een derde visie is gebaseerd op de afweging tussen tegenstrijdige belangen, in dit geval enerzijds de individuele persoonlijkheidsrechten en anderzijds het recht op bewijs.²⁹⁵ Het idee dat onrechtmatig verkregen bewijs niet meer opgeworpen mag worden in de procedure is dan ook niet verdedigbaar in dit opzicht. De derde visie bevat daardoor allerlei opvattingen.

164. In de Duitse grondwet kan indirect een recht op bewijs worden afgelezen aan de hand van een aantal artikelen en een aantal algemene rechtsprincipes; § 103 Abs. 1, § 19 Abs. 4 en § 101 Abs. 1 *Grundgesetz* en 'justizgewährungsanspruch' op basis waarvan eenieder rechtsbescherming kan eisen van de Staat.²⁹⁶ Uit de rechtspraak van het Duitse Grondwettelijk Hof blijkt dat het recht op een eerlijk proces primeert op het recht op bewijs. In een arrest van het *Bundesverfassungsgericht* stelt het Hof dat persoonlijkheidsrechten zwaarder doorwegen en dat de drager van de bewijslast moet verantwoorden welke bijzondere omstandigheden in het geding zijn opdat het gebruik van het bewijs verantwoord is.²⁹⁷ Hoewel het Hof deze mening is toegedaan, wordt het recht op bewijs toch als uitgangspunt genomen bij de beoordeling van onrechtmatig verkregen bewijs. Het gevolg is dat het bewijsmiddel toelaatbaar is en in rechte gebruikt kan worden, op voorwaarde van een bijzondere legitimatie omwille van de grondwettelijke verankering van het recht op bewijs.²⁹⁸ Ter legitimatie kan *schutzzweck*, het beschermingsdoel van de geschonden rechtsregel, als uitgangspunt worden aangenomen.²⁹⁹ De rechter moet met andere woorden in elke procedure nagaan welke rechtsregel geschonden wordt en welk beschermingsdoel aan de grondslag ligt van die rechtsregel. Vervolgens moet de rechter het beschermingsdoel beoordelen en nagaan of het valt onder een

²⁹¹ (D) M. BRINKMANN, "Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess aus der Perspektive des Schadensrecht", *Archiv für die civilistische Praxis* 2006, (746) 751.

²⁹² § 242 BGB; (D) M. DAUSTER en F. BRAUN, "Verwendung fremder Daten im Zivilprozess und zivilprozessuale Beweisverbote", *Neue Juristische Wochenschrift* 2000, (313) 316; LG Frankfurt 2 februari 1982, *Neue Juristische Wochenschrift* 1982, 1056.

²⁹³ BGH 19 juni 1970, *Neue Juristische Wochenschrift* 1970, 1848; LAG Berlin 15 februari 1982, *Juristische Rundschau* 1982, 258; (D) F. STEIN en M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung/Bd. 4, §§253-327*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, nr. 87.

²⁹⁴ (D) R. STÖRMER, "Beweiserhebung, Ablehnung von Beweisanträgen und Beweisverwertungsverbote im Zivilprozess", *Juristische Schulung* 1994, (238) 336.

²⁹⁵ (D) K. KIETHE, "Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess", *Monatsschrift für Deutsches Recht* 2005, 965; (D) M. DAUSTER en F. BRAUN, "Verwendung fremder Daten im Zivilprozess und zivilprozessuale Beweisverbote", *Neue Juristische Wochenschrift* 2000, (313) 316; (D) HABSCHEID, W., "Das Recht auf Beweis", *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1983, 306.

²⁹⁶ art. 103 Abs. 1, art. 19 Abs. 4 en Art. 101 Abs. 1 *Grundgesetz*; HABSCHEID, W., "Das Recht auf Beweis", *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1983, 306.

²⁹⁷ BVerfG 9 oktober 2002, *Neue Juristische Wochenschrift* 2002, 3619.

²⁹⁸ (D) PRUTTUNG in KRUGER en RAUSCHER, *Münchener Kommentar zur ZPO*, München, Beck, 4. Auflage 2013, §286, randnr. 18 en 66; (D) F. STEIN en M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung/Bd. 4, §§253-327*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, nr. 54 en 86; (D) K. KIETHE, "Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess", *Monatsschrift für Deutsches Recht* 2005, 965; (D) M. DAUSTER en F. BRAUN, "Verwendung fremder Daten im Zivilprozess und zivilprozessuale Beweisverbote", *Neue Juristische Wochenschrift* 2000, (313) 317-318.

²⁹⁹ PRUTTUNG in KRUGER en RAUSCHER, *Münchener Kommentar zur ZPO*, München, Beck, 4. Auflage 2013, §286, randnr. 66.

beweisverwertungsverbot zodat mogelijks het onrechtmatig verkregen bewijs uit de debatten moet worden geweerd.³⁰⁰

AFDELING 3: ONDERSCHIED OP BASIS VAN AARD GESCHONDEN RECHTSREGEL

165. Om te bepalen of sprake is van een *beweisverwertungsverbot* moet een onderverdeling gemaakt worden op basis van de aard van de geschonden rechtsregels, namelijk de *verfassungsrechtliche Persönlichkeitsrechte* ofwel de grondwettelijk beschermde persoonlijkheidsrechten (grondrechten) en de *einfachgesetzliche Rechte*, ook wel de eenvoudige rechten genoemd.³⁰¹

§1 Grondwettelijk beschermde persoonlijkheidsrechten

166. De grondwettelijk beschermde algemene persoonlijkheidsrechten staan in artikelen 1 en 2 *Grundgesetz*:³⁰²

"Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.

Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht."³⁰³

"Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden."³⁰⁴

167. De meerderheid is van mening dat een verbod op het gebruik van bewijs dat werd verkregen in strijd met de grondwettelijk beschermde persoonlijkheidsrechten gerechtvaardigd is door het beschermingsdoel van deze rechten.³⁰⁵ Hierbij geldt dus een *beweisverwertungsverbot* wanneer het bewijs verkregen werd in strijd met de grondwettelijk beschermde persoonlijkheidsrechten en het

³⁰⁰ (D) M. DAUSTER en F. BRAUN, "Verwendung fremder Daten im Zivilprozess und zivilprozessuale Beweisverbote", *Neue Juristische Wochenschrift* 2000, (313) 316; (D) F. STEIN en M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung/Bd. 4, §§253-327*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, nr. 88.

³⁰¹ E. MAES, "Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken in België en Duitsland", *RW* 2015-15, (682) 695.

³⁰² Vertaling van artikel 1: "De menselijke waardigheid is onschendbaar. Het is de plicht van alle overheidsinstanties om hen te respecteren en te beschermen.

Het Duitse volk zet zich daarom in voor onschendbare en onvervreembare mensenrechten als basis van elke menselijk gemeenschap, van vrede en gerechtigheid in de wereld.

De volgende grondrechten zijn bindend voor wetgeving, uitvoerende macht en jurisprudentie als rechtstreeks toepasselijk recht."

Vertaling van art 2: "Eenieder heeft recht op de vrije ontwikkeling van zijn persoonlijkheid, zolang hij de rechten van anderen niet schendt en de grondwettelijke orde of morele wet niet schendt.

Iedereen heeft recht op leven en lichamelijke integriteit. De vrijheid van een persoon is onschendbaar. Deze rechten mogen alleen worden aangetast op basis van een wet."

³⁰³ Art. 1 Grundgesetz.

³⁰⁴ Art. 2 Grundgesetz.

³⁰⁵ (D) F. STEIN en M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung/Bd. 4, §§253-327*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, nr. 91; (D) K. KIETHE, "Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess", *Monatsschrift für Deutsches Recht* 2005, 96; BVerfG 9 oktober 2002, *Neue Juristische Wochenschrift* 2002, 3619; BGH 1 maart 2006, *Neue Juristische Wochenschrift* 2006, 1657.

niet gerechtvaardigd kan worden op grond van een belangenafweging met dergelijke rechten enerzijds en het recht op bewijs anderzijds. De rechter moet dit *in concreto* beoordelen.³⁰⁶

168. Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat er een geneigdheid is om te oordelen dat dergelijk bewijs niet gebruikt mag worden.³⁰⁷ Hierop bestaan evenwel uitzonderingen; wanneer de grondwettelijk beschermde persoonlijkheidsrechten niet zwaarwichtig genoeg zijn in verhouding met het bewijsrecht van de tegenpartij en indien ze op geen enkele andere manier dat bewijs kunnen leveren. In dat laatste geval is sprake van bewijsnood.³⁰⁸

169. Daarnaast komt het zo nu en dan eens voor dat de rechter bij een verbod op het gebruik van bewijs op zoek gaat naar een rechtvaardigingsgrond opdat alsnog geen sprake meer is van een *beweisverwertungsverbot*.³⁰⁹ Dat gaat dan alleen om zeer uitzonderlijke omstandigheden.³¹⁰

170. De meerderheid is van mening dat een verbod op het gebruik van bewijs dat werd verkregen in strijd met de grondwettelijk beschermde persoonlijkheidsrechten gerechtvaardigd is door het beschermingsdoel van deze rechten.³¹¹ Een *beweisverwertungsverbot* geldt dus wanneer het bewijs verkregen werd in strijd met de grondwettelijk beschermde persoonlijkheidsrechten en het niet gerechtvaardigd kan worden op grond van een belangenafweging met dergelijke rechten enerzijds en het recht op bewijs anderzijds. De rechter moet dit *in concreto* beoordelen.³¹²

Er bestaat nog onduidelijkheid over wanneer sprake is van een *beweisverwertungsverbot*. Vanuit de rechtspraak en rechtsleer komen verschillende standpunten naar boven; de verkrijging van het bewijs is al voldoende om te leiden tot een *beweisverwertungsverbot*, de verkrijging alleen is niet voldoende, het moet ook effectief in rechte gebruikt worden of enkel het gebruik van het bewijs alleen geeft aanleiding tot een *beweisverwertungsverbot*.³¹³ Hierop wordt niet verder ingegaan.

³⁰⁶ (D) K. KIETHE, "Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess", *Monatsschrift für Deutsches Recht* 2005, 965; BVerfG 9 oktober 2002, *Neue Juristische Wochenschrift* 2002, 3619; BGH 28 oktober 2009, *Neue Juristische Wochenschrift* 2010, 289.

³⁰⁷ BVerfG 31 januari 1973, *Neue Juristische Wochenschrift* 1973, 891.

³⁰⁸ BGH 18 februari 2003, *Neue Juristische Wochenschrift* 2003, 1727; BGH 24 november 1981, *Neue Juristische Wochenschrift* 1982, 277.

³⁰⁹ BVerfG 9 oktober 2002, *Neue Juristische Wochenschrift* 2002, 3619; BGH 18 februari 2003, *Neue Juristische Wochenschrift* 2003, 1727; (D) F. STEIN en M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung/Bd. 4, §§253-327*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, nr. 90.

³¹⁰ E. MAES, "Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken in België en Duitsland", *RW* 2015-15, (682) 696.

³¹¹ (D) F. STEIN en M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung/Bd. 4, §§253-327*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, nr. 91; (D) K. KIETHE, "Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess", *Monatsschrift für Deutsches Recht* 2005, 966; BVerfG 9 oktober 2002, *Neue Juristische Wochenschrift* 2002, 3619; BGH 1 maart 2006, *Neue Juristische Wochenschrift* 2006, 1657.

³¹² (D) K. KIETHE, "Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess", *Monatsschrift für Deutsches Recht* 2005, 969; BVerfG 9 oktober 2002, *Neue Juristische Wochenschrift* 2002, 3619; BGH 28 oktober 2009, *Neue Juristische Wochenschrift* 2010, 289.

³¹³ E. MAES, "Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken in België en Duitsland", *RW* 2015-15, (682) 696.

AFDELING 3: EENVOUDIGE RECHTEN

171. In de rechtsleer is een heel kluwen aan meningen terug te vinden over de vraag wat moet gebeuren met bewijs dat verkregen werd in strijd met de eenvoudige rechten. De twee voornaamste zienswijzen worden besproken.

Ten eerste is de rechtsleer de mening toegedaan dat enkel bewijs verkregen in strijd met de grondwettelijk beschermde persoonlijkheidsrechten aanleiding geeft tot een *beweisverwertungsverbot* en dat dat bijgevolg niet geldt voor een schending van de eenvoudige rechten. Bewijs dat dus verkregen wordt in strijd met de eenvoudige rechten moet aan de rechter voorgelegd kunnen worden.³¹⁴

Ten tweede wordt ook gesteld dat de eenvoudige rechten naar analogie toegepast kunnen worden. Deze visie kan echter ook rekenen op kritiek aangezien de idee niet doorgetrokken kan worden naar alle bewijsmiddelen. Bovendien is dit standpunt niet altijd praktisch relevant, bijvoorbeeld in de hypothese dat de bewijsplichtige partij akten op onrechtmatige wijze verkrijgt, terwijl hij dit ook kan op een legale manier, meer bepaald op basis van artikelen 422 en 423 *Zivilprozessordnung*.³¹⁵

³¹⁴ BAG 13 december 2007, *Neue Juristische Wochenschrift* 2008, 2732; (D) K. KIETHE, "Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess", *Monatsschrift für Deutsches Recht* 2005, 966.

³¹⁵ (D) HABSCHEID, W., "Das Recht auf Beweis", *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1983, 325.

TUSSENBSLUIT

172. Noch in het Belgische rechtsstelsel, noch in het Duitse is in de wetgeving een antwoord terug te vinden op de vraag wat moet gebeuren met onrechtmatig verkregen bewijs, waardoor gekeken moet worden naar de rechtspraak en rechtsleer. Beide landen hebben gemeen dat ze vertrekken vanuit de idee dat onrechtmatig verkregen bewijs niet per se uitgesloten moet worden. Hoewel het op theoretisch vlak mag overeenkomen, toch bestaan verschilpunten in de praktijk.

België verkiest het bewijs in principe toe te laten, tenzij aan één van de drie limitatieve uitzonderingen van de Antigoonrechtspraak is voldaan. Daarnaast vermeldde het Hof van Cassatie bijkomende factoren, die evenwel weinig relevant zijn (zie *supra*, nr. 104). Duitsland daarentegen maakt een belangenafweging met het oog op het beschermingsdoel. België kiest met andere woorden voor één strikte regel waarop drie uitzonderingen bestaan, terwijl Duitsland geval per geval het bewijs gaat beoordelen. De Duitse rechter heeft dus een grotere beoordelingsvrijheid.

173. Hoewel in België het merendeel van het bewijs de toets doorstaat en het bewijs daardoor niet uit de debatten wordt geweerd, geldt in Duitsland het weren van het bewijs steeds meer als regel in plaats van de uitzondering.

174. Het ontbreekt weliswaar nog in beide rechtsstelsels aan duidelijkheid over welke waarden van fundamenteel belang zijn in de beoordeling van het onrechtmatig verkregen bewijs. In België geldt namelijk dezelfde sanctie voor elk onrechtmatig verkregen bewijs. Ook voor Duitsland geldt die onduidelijkheid omdat de rechter met een ruime beoordelingsvrijheid elke zaak opnieuw een belangenafweging maakt.

175. In België leiden Antigoonuitzonderingen bijna altijd tot de toelating van het bewijs en gaat het voorbij aan een meer gedifferentieerde werkelijkheid. Op dat vlak presteert het Duitse rechtsstelsel beter, maar hier ontbreekt een methode om het beschermingsdoel van de rechtsregel in kwestie na te gaan. Het wordt overgelaten aan de beoordelingsvrijheid van de rechter.

DEEL 5: ALTERNATIEVE TOETSINGSCRITEIA, AANGEPAST AAN HET BURGERLIJK PROCESRECHT

HOOFDSTUK 1: NOOD AAN ALTERNATIEVEN

176. Hoewel het Hof van Cassatie voor het eerst reeds toepassing maakte van de Antigooncriteria in burgerlijke zaken in 2008, is sindsdien weinig veranderd. De huidige, geldende Antigoontoets blijkt uit al het bovenstaande niet geschikt. De vraag kan zelfs worden gesteld of wel nood is aan vooropgestelde criteria om uit maken of onrechtmatig verkregen bewijs geweerd moet worden. Die nood is er omdat zonder vooropgestelde criteria elk onrechtmatig verkregen bewijs uitgesloten moet worden.³¹⁶ Het burgerlijk bewijsrecht is bovendien strikt gereguleerd met het oog het bieden van rechtszekerheid.³¹⁷ Die rechtszekerheid is het meest gediend met vastgelegde criteria waaraan de rechter het onrechtmatig verkregen bewijs moet toetsen.³¹⁸

177. Omdat de Antigooncriteria niet op maat gemaakt zijn voor het burgerlijk recht, is het aangeraden een blik te werpen op alternatieve criteria die de rechter zou kunnen gebruiken in zijn beoordeling omtrent het onrechtmatig verkregen bewijs. Deze criteria dienen louter om te bepalen of het bewijs geweerd moet worden. Deze criteria bepalen niet of het bewijsmiddel zelf onrechtmatig, dan wel onrechtmatig verkregen is.

Aangezien de Antigoonrechtspraak vooral zijn opmars kende in het arbeidsrechtelijk contentieux, komen de aangereikte alternatieve criteria vooral voort uit deze rechtspraak.³¹⁹ In de rechtspraak kwamen deze criteria vooral aan bod ter aanvulling van de Antigooncriteria, maar bij een aantal was toch een terugkerende tendens waar te nemen.

178. Het burgerlijk bewijsrecht is een overkoepeling voor heel wat verschillende rechtstakken zoals het arbeidsrecht, het verzekeringsrecht, aansprakelijkheidsprocedures,... Al deze rechtstakken kunnen de Antigoontoets, ontwikkeld door het Hof van Cassatie in 2008, toepassen in gerechtelijke

³¹⁶ E. DIRIX, "De vruchten van de giftige boom" in V. ALLAERTS e.a. (eds.), *Liber amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, 272; S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria", *Limb.Rechtsl.* 2019, (287) 295; D. MOUGENOT, "Antigone face aux juges civils – L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles", *DAOR* 2011, (240) 253.

³¹⁷ B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2013, 23; W. VAN GERVEN en J. CAPELLE, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 653; P. VAN OMMESLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge. II. Les obligations. Vol. 3. Régime général de l'obligation. Théorie des preuves*, Brussel, Bruylant, 2013, 2324; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht – Boek 2*, Brugge, die Keure, 2009, 152; I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het nieuwe bewijsrecht" in S. STIJNS, F. AUVRAY, S. DECLERCQ, T. HICK, S. JANSEN, F. PEERAER, I. SAMOY, S. VAN LOOCK en W. VANDENBUSSCHE, *Themis 108 – Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 134.

³¹⁸ E. MAES, "Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken in België en Duitsland", *RW* 2015-15, (682) 700.

³¹⁹ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht 2000-2013", *TPR* 2016, (597) 680; D. MOUGENOT, "Antigone au milieu du gué. Le point sur l'utilisation des preuves recueillies irrégulièrement en matière civile" in C. DELFORGE, A. CATALDO, X. DIEUX, J-B. HUBIN, D. MOUGENOT, A. PÜTZ en C. VERDURE (ed.), *La preuve en droit privé: quelques questions spéciales*, Brussel, Larcier, 2017, 131.

procedures. Hoewel de aangereikte criteria ook toepasselijk zijn in velen van deze rechtstakken zullen voor sommigen enkel bijzondere criteria volstaan.³²⁰

³²⁰ E. DIRIX, "De vruchten van de giftige boom" in V. ALLAERTS e.a. (eds.), *Liber amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, 272.

HOOFDSTUK 2: OVERZICHT VAN ALTERNATIEVE CRITERIA

AFDELING 1: CRITERIUM 1: GEDRAG VAN PROCESPARTIJEN

179. Het is van belang dat de rechter nagaat op welke wijze de partijen in het bezit zijn gekomen van het bewijs dat ze voorleggen. Heeft de bewijsplichtige partij bewust een onrechtmatigheid begaan om het bewijs in handen te krijgen, dan zal de rechter strenger optreden in de beoordeling omtrent het bewijs. Kwam het bewijs daarentegen onopzettelijk in het bezit van de bewijsplichtige partij of zocht hij naar bepaalde bewijzen naar aanleiding van ernstige vermoedens over een gepleegde wanprestatie, dan toont de rechter eerder een soort mildheid. De rechter kan ook strenger optreden wanneer niet de bewijsplichtige, maar wel de tegenpartij zich niet houdt aan de loyale medewerkingsplicht opdat bewijs verkregen kan worden.³²¹

§1 Gedrag van de bewijsplichtige

180. De bewijsplichtige kan onopzettelijk in het bezit komen van onrechtmatig verkregen bewijs. In dat geval zal de rechter het bewijs mild beoordelen en het niet uit de debatten weren. Het arrest van 8 december 2010 van het Arbeidshof te Bergen dient hier ter illustratie.³²² *In casu* werd een werknemer met dringende reden ontslagen. De werknemer liet zich niet enkel negatief uit over zijn werkgever tegen de collega's, hij had ook concurrerende activiteiten opgezet. De werkgever gebruikte het persoonlijk e-mailverkeer van de werknemer als bewijs. Dat is onrechtmatig verkregen bewijs. De werkgever was echter niet bewust op zoek gegaan naar dergelijke e-mails. Het was de ICT-verantwoordelijke die de e-mails ontdekte toen hij een technisch probleem probeerde te verhelpen. De ICT-verantwoordelijke licht de directie hierover in, waarop de directie verdere controles uitvoert. Aan de hand daarvan vinden ze meer belastend bewijsmateriaal. Om te beoordelen of het e-mailverkeer als bewijs mocht worden voorgelegd, maakte het Hof gebruik van vier criteria; legaliteit, transparantie, finaliteit en proportionaliteit. Zo komt het Hof tot de conclusie dat de werkgever niet voldeed aan het vereiste van transparantie aangezien de werknemer niet op de hoogte werd gesteld van een controle. Verder voldeed de werkgever ook niet aan de vereiste van proportionaliteit omdat hij ook andere e-mails vergaarde die niets te maken hadden met de concurrerende activiteiten van de werknemer. Ook al werd het bewijs onrechtmatig verkregen, toch meent het Arbeidshof dat het bewijs niet uit de debatten moet worden geweerd. Hij motiveert dit door te stellen dat de bewijsplichtige partij onopzettelijk en eerder toevallig in het bezit is gekomen van het belastende bewijsmateriaal.

181. Het tegenovergestelde geldt daarentegen ook. Tevens kan de bewijsplichtige opzettelijk en op onrechtmatig wijze gezocht hebben naar bewijs en dit zonder enige beweegredenen.³²³ In dat geval oordeelt de rechter strenger. Dat is mijn inziens ook terecht, want de bewijsplichtige partij begaat, door middel van uitlokking, bewust een inbreuk om bewijs te verkrijgen zonder directe aanleiding.

³²¹ S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria", *Limb.Rechtsl.* 2019, (287) 295-296.

³²² 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, *Computer.* 2006, 110.

³²³ Arbrb. Hasselt 21 oktober 2002, *Soc.Kron.* 2003, 197; Brussel 11 september 2018, *IRDI* 2018, 128, noot T. HEREMANS.

In de eerste plaats wordt hiermee een antwoord geboden op de vraag of al dan niet sprake is van ongeoorloofd bewijs. Daarnaast velt de rechter aan de hand van het gedrag van de bewijsplichtige een oordeel over de wering van het ongeoorloofd bewijs.³²⁴ Het Hof van Beroep te Brussel heeft zo al besloten dat een vaststelling door een gerechtsdeurwaarder uit de debatten moet worden geweerd wanneer die vaststelling plaatsvond op grond van uitlokking.³²⁵ Hetzelfde geldt voor verslagen van een privédetective. Ook hier weerde het Hof van Beroep te Antwerpen de vaststellingen uit de debatten omdat ze werden uitgelokt.³²⁶ Het Hof van Beroep te Gent gaat bij een heimelijke opname van een telefoongesprek na of de opname werd uitgelokt met het oog op het bekomen van bekentenissen. Is dit het geval, dan wordt het bewijs geweerd.³²⁷

§2 Gedrag van de tegenpartij

182. Het al dan niet weren van het bewijs uit de debatten is niet alleen afhankelijk van het gedrag van de bewijsleverende partij, maar ook van de tegenpartij. Zoals eerder besproken kon een werkgever camerabewaking plaatsen omdat hij crimineel gedrag vermoedde in hoofde van zijn werknemers. De werkgever had weliswaar geen kennis gegeven hiervan aan zijn werknemers, wat een schending uitmaakt van hun recht op privacy. Het EHRM keurde het gedrag van de werkgever af, maar aanvaarde zijn handelen als een verzachtende omstandigheid.³²⁸ Het Hof meent ook dat werknemers in dergelijke situatie geen schending van hun recht op privacy kunnen invoeren. De redelijke privacyverwachtingen van de werknemers kunnen niet geschonden zijn aangezien ze criminele daden stellen die aanleiding geven tot controle en ze er dus van uit konden gaan dat gecontroleerd werd op diefstal. Het onrechtmatig verkregen bewijs mag in dat geval wel door de werkgever worden gebruikt.³²⁹

183. In het geval waarin de bewijsplichtige partij op onrechtmatige wijze bewijs heeft verkregen en de tegenpartij zich schuldig maakt aan deloyale procesvoering, kan de rechter het onrechtmatig verkregen bewijs alsnog toelaten. Geen enkele procespartij mag immers voordeel halen uit haar deloyaal procesgedrag.³³⁰ Dat is het geval wanneer de tegenpartij opzettelijk bewijsmateriaal achterhoudt en op die manier verzaakt aan de medewerkingsplicht. Een voorbeeld daarvan is een uitspraak van de vrederechter te Hamme.³³¹ Het geschil betrof de discussie of de sociale huurders nog voldeden aan de voorwaarden om recht te hebben op het verblijf in een sociale huurwoning. De

³²⁴ Arbh. Luik 8 maart 2011, *Soc.Kron.* 2011, 404; Arbrb. Antwerpen 20 juni 2017, *Limb.Rechtsl.* 2018, 333.

³²⁵ B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, (41) 52-53; Brussel 27 augustus 1996, *RW* 1996-97, 961, noot M.E. STORME.

³²⁶ Antwerpen 27 juni 2005, *RW* 2005-06, 1507; Rb. Antwerpen 7 maart 2007, *RW* 2008-09, 332; Y.S. VAN DER SYPE, Antigoon gesust: Het privédetectiveverslag als bewijs in (on)rechte", *Oriëntatie* 2015, (212) 213-214.

³²⁷ Arbh. Brussel 5 november 2009, *Soc.Kron.* 2014, 34; Bergen 2 maart 2010, *JT* 2010, 28, noot D. MOUGENOT; Gent 16 februari 2010, *TGR* 2010, 258; Gent 6 september 2006, *DAOR* 2007, 326, noot B. ALLEMEERSCH; B. ALLEMEERSCH, "De heimelijke opname van een eigen (telefoon)gesprek als bewijs in burgerlijke en commerciële geschillen", *DAOR* 2007, (333) 337.

³²⁸ EHRM 17 oktober 2019, nr. 1874/13 en nr. 8567/13, Lopez Ribalda e.a./Spanje.

³²⁹ Rb. Gent 1 september 2008, *TGR-TWVR* 2009, 275; Arbh. Antwerpen 2 september 2008, *DAOR* 2010, 336, noot A. VAN BEVER.

³³⁰ Brussel 30 juni 2010, *P&B* 2011, 48; A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 276.

³³¹ Vred. Hamme 6 juni 2019, *T.HUUR* 2020, 57

verhuurder meende van niet omdat onroerend goed in het bezit van de huurders in het buitenland kon worden getraceerd. Maar om aanspraak te kunnen maken op een sociale huurwoning is het verboden om over dergelijk onroerend goed te beschikken. De verhuurder leverde het bewijs met miskenning van de Wet van 19 juli 1991 tot regeling van het beroep van privédetective, wat resulteert in onrechtmatig verkregen bewijs. Niettemin weert de rechter het bewijs niet. Hij is namelijk van oordeel dat de huurders, gezien hun afkomst, eenvoudig het ontkennend bewijs hadden kunnen leveren van buitenlandse vermogens – het onroerend goed.

184. DIRIX benadrukt dat België achterloopt op andere rechtstelsels op het vlak van medewerking aan de waarheidsvinding door procespartijen.³³² In het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bestaat zelfs een artikel dat de verplichting vormt voor partijen om de volledige waarheid te spreken in het belang van het achterhalen van de waarheid.³³³ In de Verenigde Staten gaat de waarheidsvinding nóg verder. Op basis van de *duty of candor* hebben de procespartijen de verplichting om alle juridisch relevante informatie mee te delen, zelfs al is die informatie nadelig voor de procespartij zelf.

Hoewel in het strafprocesrecht het verbod op zelfincriminatie – *nemo tenetur edere contra se* – bestaat, komt het niet voor in het burgerlijk procesrecht.³³⁴ In het Belgisch burgerlijk procesrecht bestaat geen regel die de partijen de verplichting oplegt om elk juridisch relevant bewijsstuk mee te delen. Daarentegen wordt wel een sanctie gekoppeld aan het bewust achterhouden van een beslissend bewijsstuk. Het vormt een grond voor de herroeping van het gewijsde op verzoek van de tegenpartij.³³⁵ Dat wil zeggen dat de herroeping van een in kracht van gewijsde getreden beslissing – niet meer vatbaar voor verzet of hoger beroep – herroepen kan worden door iemand die partij is geweest in het geding.³³⁶

AFDELING 2: CRITERIUM 2: DE PROPORTIONALITEITSTOETS

185. Een zeer belangrijke vraag in de beoordeling naar de toelaatbaarheid van het onrechtmatig verkregen bewijs is of de ernst van de onrechtmatigheid gepleegd door de bewijsplichtige partij de ernst van het te bewijzen feit overstijgt. Met andere woorden, welk element weegt het zwaarste door? De onrechtmatigheid of het te bewijzen feit? De rechter moet adequaat toepassing maken van de proportionaliteitstoets en voorkomen dat: *"l'administration de la preuve risque de devenir une loterie, où seront gagnants ceux dont les investigations illégales auront permis de pêcher la preuve de fautes plus graves encore"*.³³⁷

³³² E. DIRIX, "De vruchten van de giftige boom" in V. ALLAERTS, e.a. (eds.), *Liber amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, 263-273.

³³³ (NL) Art. 21 Rv.

³³⁴ K. WAGNER, "Recente ontwikkelingen met betrekking tot het bewijs in burgerlijke zaken", in *Actualia gerechtelijk recht*, Brussel, Larcier, 2008, 141-200.

³³⁵ Art 1133 Ger.W.

³³⁶ X, Herroeping van gewijsde, [https://www.tribunaux-rechtbanken.be/nl/taxonomy/term/234#:~:text=Herroeping%20van%20gewijsde%20is%20een,of%20hoger%20beroep\)%20te%20herroepen](https://www.tribunaux-rechtbanken.be/nl/taxonomy/term/234#:~:text=Herroeping%20van%20gewijsde%20is%20een,of%20hoger%20beroep)%20te%20herroepen).

³³⁷ D. MOUGENOT, "Antigone face aux juges civils – L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles", *DAOR* 2011, (240) 253.

186. De rechter maakt best een afweging tussen enerzijds de onrechtmatigheid begaan tijdens de bewijsverkrijging en anderzijds de ernst van het te bewijzen feit.³³⁸ Heel vaak is dat een afweging tussen het recht op bewijs en het recht op privacy.³³⁹ Het Gentse Hof van Beroep illustreerde de belangenafweging o.a. in een arrest van 7 november 2013.³⁴⁰ In deze zaak vergaarde de hospitalisatieverzekeraar medische informatie over de verzekerde in strijd met artikel 61 op de Wet Verzekeringen. De verzekeraar had immers rechtstreeks informatie opgevraagd bij de behandelende arts. Het Hof oordeelde dat de schending begaan door de verzekeraar niet opweegt tegen de mededelingsplicht waaraan de verzekerde verzaakte.

187. Sommige rechtspraak en rechtsleer is van mening dat de rechter strenger moet optreden wanneer bewijs wordt verkregen met schending van de Wet van 19 juli 1991 tot regeling van het beroep van privédetective.³⁴¹ Deze wet bepaalt op welke manier een privédetective bewijs mag verzamelen. Daarnaast vermeldt artikel 7, derde lid van voornoemde wet ook welke informatie hij niet mag verzamelen, zoals medische gegevens of informatie omtrent de seksuele geaardheid (zie *supra*, nr. 70).³⁴² Bewijs, verkregen in strijd met de wet, dat alsnog wordt toegelaten door de rechter, ondermijnt eigenlijk het bestaansrecht van de wet. Met andere woorden, wordt de Wet van 19 juli 1991 tot regeling van het beroep van privédetective uitgehold indien de rechter het onrechtmatig verkregen bewijs toelaat en gaat in tegen de wil van de wetgever aangezien de wetgever met de wet het bewijsrecht in deze materie zelf in handen wilde nemen.³⁴³ Het recht op bewijs wordt hier vooropgesteld boven andere rechten. Om de uitholling van de wet te voorkomen moeten rechters onrechtmatig verkregen bewijs weren uit de debatten. Op die manier wordt ook meer gewicht gegeven aan het recht op privacy.

188. Er zijn ook een aantal belangrijke collectieve arbeidsovereenkomsten, waaronder nr. 68 en nr. 81, die een specifieke bewijsregeling voorzien wanneer de werkgever bewijs heeft verkregen.³⁴⁴

³³⁸ S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria", *Limb.Rechtsl.* 2019, (287) 302.

³³⁹ EHRM 13 mei 2008, nr. 65097/01, N.N. en T.A./België; Cass. 27 februari 2001, *AJT* 2000-01, 949; Arbh. Luik 8 maart 2011, *Soc.Kron.* 2011, 404; Arbh. Bergen 8 december 2010, *Soc.Kron.* 2011, 399, noot O. RIJCKAERT; D. MOUGENOT, "Antigone au milieu du gué. Le point sur l'utilisation des preuves recueillies irrégulièrement en matière civile" in C. DELFORGE, A. CATALDO, X. DIEUX, J-B. HUBIN, D. MOUGENOT, A. PÜTZ en C. VERDURE (ed.), *La preuve en droit privé: quelques questions spéciales*, Brussel, Larcier, 2017, 157; J. VAN DONINCK, "Het lot van onrechtmatig (verkregen) bewijs: tempt me not" in S. RUTTEN, B. VANLERBERGHE, N. CLIJMANS, I. COUWENBERG, L. FRANKIGNOUL, A. HOC, B. MAES, D. MOUGENOT, W. VANDENBUSSCHE, J. VAN DONINCK, P. VANLERSBERGHE en S. VAN SCHEL (eds.), *Het bewijs in burgerlijke zaken*, Brugge, die Keure, 2015, 208.

³⁴⁰ Gent 7 november 2013, *T.Gez.* 2014-15, 356, noot F. BLOCKX; Gent 18 maart 2010, *T.Gez.* 2011, 398, noot S. DEFLOOR; Brussel 11 september 2018, *IRDI* 2018, 128, noot T. HEREMANS; Bergen 12 maart 2018, *AM* 2018, 71; Rb. Namen 14 februari 2018, *JT* 2018, 376.

³⁴¹ B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, (41) 54; J. VAN DONINCK, "Het lot van onrechtmatig (verkregen) bewijs: tempt me not" in S. RUTTEN, B. VANLERBERGHE, N. CLIJMANS, I. COUWENBERG, L. FRANKIGNOUL, A. HOC, B. MAES, D. MOUGENOT, W. VANDENBUSSCHE, J. VAN DONINCK, P. VANLERSBERGHE en S. VAN SCHEL (eds.), *Het bewijs in burgerlijke zaken*, Brugge, die Keure, 2015, 184.

³⁴² Y.S. VAN DER SYPE, Antigoon gesust: Het privédetectiveverslag als bewijs in (on)rechte", *Oriëntatie* 2015, (212) 213-215.

³⁴³ Arbh. Luik 6 februari 2015, *JTT* 2015, 298; Luik 15 december 2008, *RRD* 2008, 332, noot D. MOUGENOT; Arbh. Antwerpen 19 juli 2017, *Limb.Rechtsl.* 2017, 289.

³⁴⁴ Cao nr. 68 van 16 juni 1998 betreffende de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemers ten opzichte van de camerabewaking op de arbeidsplaats en Cao nr. 81 van 26 april 2002 tot bescherming van

De werkgever moet de beginselen van legaliteit, transparantie, finaliteit en proportionaliteit eerbiedigen in de uitoefening van controlemaatregelen op zijn werknemers. Die controlemaatregelen kunnen immers de privacy van de werknemers aantasten. Indien een werknemer omwille van een dringende reden ontslagen wordt, dan zal hij vaak de schending van het legaliteits-, finaliteits- of proportionaliteitsbeginsel door de werkgever inroepen.³⁴⁵ Op basis van de regeling in de CAO's wordt verwacht dat het bewijs wordt geweerd. Wanneer rechters ervoor opteren om dat niet te doen, dan dreigt ook hier een uitholling van de bewijsregeling vastgelegd in de CAO's.³⁴⁶

189. Hoewel de CAO's een uitsluiting van dergelijk bewijs in de hand werken, toch blijkt in de praktijk een belangenafweging in zulke situaties van belang.³⁴⁷ In het geval de werkgever meerdere beginselen schendt, zal de rechter strenger optreden en het onrechtmatig verkregen bewijs weren.³⁴⁸ Hetzelfde geldt wanneer alleen het legaliteitsbeginsel geschonden wordt.³⁴⁹ In alle andere gevallen kent de rechter meer vrijheid bij de belangenafweging waarbij dus geoordeeld kan worden dat het recht op bewijs primeert boven andere burgerrechten, waaronder het recht op privacy.³⁵⁰

190. Het recht op privacy kent in bepaalde gevallen primauteit, maar in bepaalde gevallen speelt de privacyverwachting van de werknemer.³⁵¹ Een voorbeeld daarvan is de werkgerelateerde situatie waarin de werknemer zich schuldig maakt aan strafbare feiten waardoor bij de werkgever het vermoeden van diefstal ontstaat en hij desgevallend camerabewaking installeert zonder de werknemer hierover te informeren.³⁵² Dit vormt uiteraard een schending van het recht op privacy van de werknemer, maar wanneer die schending eerder beperkt is dan zal het recht op bewijs zwaarder doorwegen. Het onrechtmatig verkregen bewijs wordt niet geweerd.³⁵³

de persoonlijke levenssfeer van de werknemers ten opzichte van de controle op de elektronische onlinecommunicatiegegevens.

³⁴⁵ I. VERHELST en N. THOELEN, "Over privacy, controle en (on)rechtmatig verkregen bewijs", *Oriëntatie* 2008, (197) 199; Arbh. Bergen 10 juni 2015, *JTT* 2016, 77.

³⁴⁶ Arbh. Antwerpen 6 januari 2003, *RW* 2003-04, 300, noot P. HUMBLET; Arbh. Brussel 9 augustus 2011, *Soc.Kron.* 2012, 468; S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria", *Limb.Rechtsl.* 2019, (287) 301-302.

³⁴⁷ B. OVERSTEYNS en K. VERELST, "Onrechtmatig verkregen bewijs in arbeidszaken: de rechter wikt en weegt belangen" in F. HENDRICKX, M. VAN PUTTEN, W. VANDEPUTTE en A. RAHMÉ (eds.), *Arbeidsrecht tussen wel-zijn en niet-zijn. Liber Amicorum prof. dr. Othmar Vanachter*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 387.

³⁴⁸ Arbh. Antwerpen 26 juni 2018, *Limb.Rechtsl.* 2019, 143; Arbh. Brussel 14 december 2004, *Soc.Kron.* 2006, 143; Arbrb. Oudenaarde 3 februari 2009, *Soc.Kron.* 2010, 396.

³⁴⁹ B. OVERSTEYNS en K. VERELST, "Onrechtmatig verkregen bewijs in arbeidszaken: de rechter wikt en weegt belangen" in F. HENDRICKX, M. VAN PUTTEN, W. VANDEPUTTE en A. RAHMÉ (eds.), *Arbeidsrecht tussen wel-zijn en niet-zijn. Liber Amicorum prof. dr. Othmar Vanachter*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 397-400.

³⁵⁰ S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria", *Limb.Rechtsl.* 2019, (287) 302.

³⁵¹ F. HENDRICKX, "Privacy op het werk en bewijs van onrechtmatig gedrag: (spookt) Antigoon in het arbeidsrecht?", *TSR* 2006, (659) 667.

³⁵² EHRM 17 oktober 2019, nr. 1874/13 en nr. 8567/13, Lopez Ribalda e.a./Spanje; Rb. Gent 1 september 2008, *TGR-TWVR* 2009, 275; Arbh. Antwerpen 2 september 2008, *DAOR* 2010, 336, noot A. VAN BEVER.

³⁵³ Arbh. Luik 20 september 2010, *JLMB* 2010, 1899.; Arbh. Bergen 14 september 2009, *RDD* 2008, 535; Arbrb. Antwerpen 20 juni 2017, *Limb.Rechtsl.* 2018, 333; D. MOUGENOT, "Le point sur la jurisprudence Antigone en matière civile", *JT* 2017, (69) 72 ; Arbrb. Gent 17 oktober 2005, *Computer.* 2006, 110.

AFDELING 3: NOOD AAN BEWIJS

191. Ter verbetering van ALLEMEERSCH en MOUGENOT definieert VANDENBUSSCHE 'bewijsnood' als volgt: "De situatie waarin de informatie en/of het bewijs waarover een partij beschikt onvoldoende is om de overtuiging van de rechter te vormen".³⁵⁴ Het feit dat het bewijs onvoldoende is, mag niet te wijten zijn aan het gedrag van de partij zelf.³⁵⁵ De vraag rijst dus of de bewijsplichtige partij het beweerdte feit op basis van andere geoorloofde bewijsmiddelen kan aantonen. Kan hij dit niet, dan zal het recht op bewijs van de bewijsplichtige partij alsnog zwaarder doorwegen in de beslissing van de rechter en wordt het onrechtmatig verkregen bewijs niet geweerd.³⁵⁶ De bewijsplichtige partij beschikte over geen andere mogelijkheid om tot het bewijs te komen dan door middel van uitlokking. Een voorbeeld daarvan is een uitgelokte bekentenis in een heimelijke opname.³⁵⁷

192. De rechter kan dus besluiten tot bewijsnood en daardoor het onrechtmatig verkregen bewijs toelaten. In een aantal gevallen wordt een groter belang gehecht aan het recht op bewijs boven andere rechten. Dit is zo wanneer het onrechtmatig verkregen bewijs leidt tot de oplossing van het geschil of wanneer de bewijsnood in de hand wordt gewerkt door het deloyaal procesgedrag van de tegenpartij.³⁵⁸ De tegenpartij mag op basis van het *fraus omnia corrumpit*- beginsel geen voordeel halen uit haar eigen deloyale procesgedrag.³⁵⁹ De bewijsplichtige kan door het stilzwijgen van de tegenpartij namelijk het beweerdte feit niet bewijzen. Volgens DECLERCQ en SCHOUTEDEN kan zelfs sprake zijn van omgekeerde uitlokking. Doordat de tegenpartij opzettelijk bewijs achterhoudt, wordt de bewijsplichtige partij 'gedwongen' om onrechtmatigheden te begaan bij de verkrijging van het bewijs.³⁶⁰

³⁵⁴ B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis 59 – Gerechtig recht*, Brugge, die Keure, 2010, 39; D. MOUGENOT, "Les mesures d'instruction" in G. DE LEVAL (eds.), *Droit judiciaire, II, Manuel de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2015, 496; D. Mougénot, "L'administration de la preuve et les mesures d'instruction" in H. BOULARBAH en F. GEORGES (eds.), *Actualités en droit judiciaire*, Brussel, Larcier, 2013, 305; D. MOUGENOT, "La charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle : la distinction entre l'obligation totalement ou partiellement inexécutée au secours du praticien" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2014, 410; W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 206.

³⁵⁵ W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 206.

³⁵⁶ Gent 16 februari 2010, *TGR* 2010, 258; Gent 6 september 2006, *DAOR* 2007, 326, noot B. ALLEMEERSCH.

³⁵⁷ B. ALLEMEERSCH, "De heimelijke opname van een eigen (telefoon)gesprek als bewijs in burgerlijke en commerciële geschillen", *DAOR* 2007, (333) 339; B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, (41) 53.

³⁵⁸ S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria", *Limb.Rechtsl.* 2019, (287) 304; B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, (41) 53; B. ALLEMEERSCH, "De heimelijke opname van een eigen (telefoon)gesprek als bewijs in burgerlijke en commerciële geschillen", *DAOR* 2007, (333) 339.

³⁵⁹ 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, (41) 51; A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 276; J. VAN DONINCK, "Het lot van onrechtmatig (verkregen) bewijs: tempt me not" in S. RUTTEN, B. VANLERBERGHE, N. CLIJMANS, I. COUWENBERG, L. FRANKIGNOUL, A. HOC, B. MAES, D. MOUGENOT, W. VANDENBUSSCHE, J. VAN DONINCK, P. VANLERSBERGHE en S. VAN SCHEL (eds.), *Het bewijs in burgerlijke zaken*, Brugge, die Keure, 2015, 205.

³⁶⁰ S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria", *Limb.Rechtsl.* 2019, (287) 304.

CONCLUSIE

193. In 2003 oordeelde het Hof van Cassatie (Antigoonrechtspraak) dat de bewijsuitsluitingsregel voor onrechtmatig verkregen bewijs in strafzaken plaats moest maken voor een toelatingsregel. Onrechtmatig verkregen bewijs is sindsdien toegelaten behalve wanneer sprake is van de niet-naleving van vormvoorwaarden op straffe van nietigheid, de onrechtmatigheid de betrouwbaarheid aantast of het gebruik van het bewijs strijdig is met het recht op een eerlijk proces.

194. Op 10 maart 2008 oordeelde het Hof van Cassatie op exact dezelfde wijze, ditmaal in een burgerlijke zaak. Over de toepassing van deze Antigooncriteria in het burgerlijk bestaat tot op de dag van vandaag geen eensgezindheid en ook het Hof van Cassatie liet na orde te scheppen in deze chaos. De bedoeling van het Hof met deze uitspraak is niet duidelijk. Wilde het een principiële arrest vellen waarbij de waarheidsvinding primeert boven de geschonden rechten? Niemand die daar een antwoord op weet. Het enige wat met zekerheid vaststaat is de ongeschiktheid van de Antigoonrechtspraak in het burgerlijk recht. Ten eerste wordt de betrouwbaarheid van het bewijs niet altijd aangetast. Ten tweede wordt het recht op een proces niet geschonden wanneer een partij onrechtmatig verkregen bewijs voorlegt aan de rechter aangezien het bewijs onderdeel is van het tegensprekelijk debat. Ten slotte bestaan in het burgerlijk recht amper normen die de niet-naleving van een op straffe van nietigheid voorgeschreven norm sanctioneren met de nietigheid.

195. In Nederland wordt teruggevallen op artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek om te bepalen wanneer sprake is van onrechtmatig vergaard bewijs. Rechtvaardigingsgronden, toerekenbaarheid, relativiteit en causaliteit kunnen mogelijks een invloed hebben op het onrechtmatige karakter.

Ook hier bestaat nog geen duidelijkheid of het onrechtmatig vergaard bewijs uitgesloten moet worden of niet. Die beoordeling ligt in elke zaak voor aan de rechter die op basis van zijn discretionaire bevoegdheid een belangenafweging moet maken tussen het belang van de waarheidsvinding en de geschonden belangen van de partijen.

Onrechtmatig verkregen bewijs kan naar Nederlands recht dus ook worden toegelaten. Om tegemoet te komen aan de geschonden belangen, kan de rechter een schadevergoeding opleggen aan de inbreukplegende partij. Indien deze partij de belangen van zijn tegenpartij op grove wijze miskent, legt de rechter de bewijsuitsluiting op als sanctie.

196. Tevens bestaat naar Duits recht geen duidelijkheid over wat moet gebeuren met onrechtmatig verkregen bewijs. Om hierop een antwoord te verkrijgen moet, net zoals naar Belgisch recht, teruggevallen worden op de rechtspraak en de rechtsleer. Zowel Duitsland als België hanteren de bewijstoelating als vertrekpunt. De Duitse rechter oordeelt geval per geval of het onrechtmatig verkregen bewijs in rechte gebruikt mag worden en doet dit aan de hand van een belangenafweging. Hoewel in België het merendeel van het bewijs de Antigoontoets doorstaat, geldt in Duitsland het wetsartikel van het bewijs steeds meer als regel in plaats van de uitzondering. Duitsland schiet met

andere woorden ook te kort om duidelijkheid te brengen over wat met onrechtmatig verkregen bewijs moet gebeuren.

197. In België maakt de rechter soms ook een belangenafweging en dan vooral tussen het recht op bewijs en het recht op privacy. Het gebeurt ook dat de rechter bij de beoordeling van een schending van het recht op privacy rekening houdt met vier criteria; legaliteit, transparantie, finaliteit en proportionaliteit en houdt hierbij steeds de redelijke privacyverwachting in het achterhoofd. In het huwelijkscontentieux kunnen echtgenoten grenzen stellen aan elkaars privacy d.m.v. hun recht op nieuwgierigheid.

198. Bewijsuitsluiting is de sanctie gekoppeld aan onrechtmatig verkregen bewijs. In dat geval moet het bewijs uit de debatten worden geweerd en mag de rechter hier geen rekening meer mee houden. Dat wil evenwel niet zeggen dat het bewijs uit het dossier moet worden verwijderd.

199. Aangezien heel wat schort met de toepassing van de Antigooncriteria in het burgerlijk recht, worden best alternatieve criteria gehanteerd bij de beoordeling door de rechter.

Ten eerste moet de rechter nagaan op welke wijze partijen in het bezit zijn gekomen van het onrechtmatig verkregen bewijs dat ze voorleggen. De rechter moet strenger optreden wanneer de bewijsplichtige partij – zonder enige beweegreden - een onrechtmatigheid begaat om bewijs te vergaren. De rechter moet met andere woorden het bewijs weren uit de debatten. Kwam de bewijsplichtige partij eerder toevallig of onopzettelijk in het bezit van het onrechtmatig verkregen bewijs of ging hij actief op zoek naar bewijs naar aanleiding van ernstige vermoedens over een gepleegde wanprestatie, dan moet de rechter milder optreden en het bewijs niet weren uit de debatten. Het recht op privacy kent vaak primauteit, maar hierop bestaan uitzonderingen. In het geval de bewijsplichtige naar aanleiding van ernstige vermoedens over een door de tegenpartij gepleegde wanprestatie een inbreuk pleegt op diens recht van privacy, dan geldt de redelijke privacyverwachting. De rechter moet de privacyschending steeds toetsen aan vier criteria; legaliteit, transparantie, finaliteit en proportionaliteit.

Daarnaast is het gedrag van de tegenpartij niet onbelangrijk. De tegenpartij mag zich immers niet schuldig maken aan deloyale procesvoering. Doet ze dat wel, dan moet de rechter het onrechtmatig verkregen bewijs alsnog toelaten.

De verplichting om bewijs voor te leggen mag mijn inziens evenwel niet zo ver gaan dat het nadelig is voor de procespartij zelf, zeker aangezien geen rechtsregels bestaan die de procespartijen hiertoe verplichten. Hoewel het verbod op zelfincriminatie niet bestaat in het burgerlijk recht, moet de idee ervan wel doorsijpelen en dus meespelen in de beoordeling van de rechter. De rechter moet zelfs een sanctie koppelen aan het manifest achterhouden van bewijsstukken. Het vormt een grond voor de herroeping van het gewijsde op verzoek van de tegenpartij.

Ten tweede moet de rechter de ernst van de begane onrechtmatigheid steeds toetsen. Hij moet bepalen of de onrechtmatigheid zwaarder doorweegt dan het te bewijzen feit. In de praktijk gaat het dan vaak om een afweging tussen het recht op bewijs enerzijds en het recht op privacy anderzijds.

Ten slotte speelt de bewijsnood een doorslaggevende rol bij de beoordeling over wat moet gebeuren met onrechtmatig verkregen bewijs. Belangrijk is dus de vraag of de bewijsplichtige partij het onrechtmatig verkregen bewijs op rechtmatige wijze kan bekomen of het feit kan bewijzen met geoorloofde middelen. Is het antwoord op deze vraag negatief, dan moet de rechter mildheid aan de dag leggen en het bewijs toelaten. Het bewijs kan immers niet op een andere manier bekomen worden dan door middel van uitlokking.

Soms moet de rechter een groter belang hechten aan het recht op bewijs dan aan andere rechten. Dat is het geval wanneer het onrechtmatig verkregen bewijs leidt tot de oplossing van het geschil. Zoals eerder gezegd is dat ook geval wanneer de tegenpartij zich schuldig maakt aan een deloyale procesvoering en daardoor de bewijsnood in de hand werkt.

200. De toepassing van de Antigoonrechtspraak in het burgerlijk recht is, zacht uitgedrukt, allerminst passend en geschikt. Daarom biedt deze masterthesis alternatieve weringscriteria voor onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken. De belangenafweging stak reeds in meerdere rechtszaken de kop op en het is tijd om haar plaats te bevestigen in het burgerlijk recht. Kortom, de rechter moet het onrechtmatig verkregen bewijs wikkelen en wegen om tot een rechtvaardige oplossing te komen.

BIBLIOGRAFIE

WETGEVING

Europees

Verdrag tot bescherming van bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, *BS* 19 augustus 1955.

België

Burgerlijk Wetboek van 21 maart 1804, *BS* 3 september 1807.

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

Gerechtelijk Wetboek van 10 oktober 1967, *BS* 31 oktober 1967.

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

Wet 12 maart 1998 tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, *BS* 2 april 1998.

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

Wet 19 juli 1991 tot regeling van het beroep van de privédetective, *BS* 2 oktober 1991.

Wet 4 februari 2020 houdende boek 3 "Goederen" van het Burgerlijk Wetboek, *BS* 17 maart 2020.

Wet 5 augustus 1992 op het politieambt, *BS* 22 december 1992.

Wet 4 april 2014 betreffende de verzekeringen, *BS* 30 april 2014.

Wet 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, *BS* 18 maart 1993.

Wetboek van Strafvordering van 19 november 1808, *BS* 29 november 1808.

Cao nr. 81 van 26 april 2002 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemers ten opzichte van de controle op de elektronische onlinecommunicatiegegevens.

Cao nr. 68 van 16 juni 1998 betreffende de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemers ten opzichte van de camerabewaking op de arbeidsplaats

Nederland

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, *Stb.* 29 maart 1828.

Burgerlijk Wetboek Boek 6, *Stb.* 22 november 1991.

Tweede Kamer, zitting 1981, 10 377, nr. 7, 2.

Kamerstukken II 1999/2000, 26855, nr. 3, p. 52-53.

Duitsland

Gerichtsverfassungsgesetz, *BGBI* 12 september 1950.

Bürgerliches Gesetzbuch, *BGBI* 8 augustus 1896.

Zivilprozessordnung, *BGBI* 12 september 1950.

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, *BGBI* 23 mei 1949.

RECHTSPRAAK

Europees

EHRM 17 oktober 2019, nr. 1874/13 en nr. 8567/13, Lopez Ribalda e.a./Spanje.

EHRM 10 maart 2009, nr. 4378/02, Bykov/Rusland.

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

EHRM 11 juli 2006, nr. 52067/99, Jalloh/Germany.

EHRM 5 november 2002, nr. 48539/99, Allen/Verenigd Koninkrijk.

EHRM 25 september 2001, nr. 44787/98, P.G. n J.H./Verenigd Koninkrijk.

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

België

Cass. 22 mei 2015, *RW* 2015-16, 1460, noot I. DE TROYER en L. VANDENBERGHE.

Cass. 3 mei 2012, *Arr.Cass.* 2012, 1155.

Cass. 1 oktober 2009, *RW* 2010-11, 322.

Cass. 10 november 2008, *JLMB* 2009, 347.

Cass. 10 maart 2008, *Arr.Cass.* 2008, 678.

Cass. 2 maart 2005, *JLMB* 2005, 1086.

Cass. 23 maart 2004, *RABG* 2004, 1061.

Cass. 14 oktober 2003, *RABG* 2018, 670.

Cass. 2 januari 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1.

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

Cass. 19 januari 2001, *RW* 2001-02, 952.

Cass. 27 januari 2000, *Arr. Cass.* 2000, 229.

Cass. 17 september 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1122.

Cass. 11 juni 1998, *Arr.Cass.* 1998, 675.

Cass. 9 december 1997, *RW.* 1997-98, 1441.

Cass. 12 november 1997, *JT* 1998, 361.

Cass. 19 december 1994, *Arr.Cass.* 1994, 1135.

Cass. 17 april 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 834.

Cass. 17 januari 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 655.

Cass. 13 mei 1987, *Arr. Cass.* 1686-87, 1203.

Cass. 13 mei 1986, *Arr.Cass.* 1985-1986, 1230.

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

Cass. 10 december 1923, *Pas.* 1924, I, 66.

Cass. 27 februari 1913, *Pas.* 1913, I, 123.

Antwerpen 17 januari 2019, *Soc.Kron.* 2020, 196.

Antwerpen 14 januari 2015, *P&B* 2015, 58.

Antwerpen 12 maart 2014, *RABG* 2015, 267.

Antwerpen 21 april 2010, *NJW* 2012, 426, noot C. DECLERCK.

Antwerpen 19 december 2007, *RW* 2008-09, 1558, noot. F. APS.

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

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

Antwerpen 4 april 2001, *AJT* 2001-02, 767.

Arbh. Antwerpen 26 juni 2018, *Limb.Rechtsl.* 2019, 143.

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

Arbh. Antwerpen 23 november 2011, *NJW* 2012, 550, noot N. BETSCH.

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

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

Arbh. Antwerpen 6 januari 2003, *RW* 2003-04, 300, noot P. HUMBLET.

Arbh. Antwerpen 2 september 2008, *DAOR* 2010, 336, noot A. VAN BEVER.

Arbh. Bergen 10 juni 2015, *JTT* 2016, 77.

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

Arbh. Bergen 14 september 2009, *RDD* 2008, 535.

Arbh. Brussel 8 februari 2019, *JTT* 2019, 321.

Arbh. Brussel 22 februari 2018, *JTT* 2018, 319.

Arbh. Brussel 9 september 2016, https://www.securex.eu/lex-go.nsf/vwFicheByCategory_nl/E9978B05E793C354C1257AD0005A6A5D?OpenDocument.

Arbh. Brussel 4 augustus 2016, *JTT* 2016, 390.

Arbh. Brussel 12 juni 2015, *JTT* 2015, 364.

Arbh. Brussel 3 september 2013, *RW* 2013-14, 1586, noot W.R.

Arbh. Brussel 7 februari 2013, *JT* 2013, 262, noot D. MOUGENOT.

Arbh. Brussel 9 augustus 2011, *Soc.Kron.* 2012, 468.

Arbh. Brussel 5 november 2009, *Soc.Kron.* 2014, 34.

Arbh. Brussel 13 september 2005, *Computerr.* 2006, 100, noot P. VAN EECKE en B. OOMS.

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

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

Arbh. Brussel 8 april 2003, *Soc. Kron.* 2005, 208.

Arbh. Gent 28 juni 2010, *JTT* 2011, 366.

Arbh. Gent 9 mei 2005, *Soc. Kron.* 2006, 158.

Arbh. Luik 6 februari 2015, *JTT* 2015, 298.

Arbh. Luik 8 maart 2011, *Soc.Kron.* 2011, 404.

Arbh. Luik 20 september 2010, *JLMB* 2010, 1899.

Arbh. Luik 17 december 2009, *JLMB* 2011, 689.

Arbh. Luik 23 maart 2004, *RRD* 2004, 73.

Bergen 14 maart 2013, *T.Verz.* 2014, 295.

Bergen 2 maart 2010, *JT* 2010, 28, noot D. MOUGENOT.

Bergen 12 maart 2018, *AM* 2018, 71.

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

Brussel 24 augustus 2010, *P&B* 2011, 111.

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

Brussel 12 april 2005, *NJW* 2005, 955.

Brussel 27 augustus 1996, *RW* 1996-97, 961, noot M.E. STORME.

Brussel 15 september 1993, *RW* 1994-95, 850.

Brussel 26 juni 1972, *JT* 1972, 733.

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

Gent 18 maart 2010, *T.Gez.* 2011, 398, noot S. DEFLOOR.

Gent 16 februari 2010, *TGR* 2010, 258.

Gent 23 april 2009, *RABG* 2010, 807, noot E. DE MAEYER en C. VERGAUWEN.

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

Gent 16 juni 2004, *Soc.Kron.* 2005, 48.

Gent 19 december 2002, *NJW* 2003, 459.

Gent 17 december 1997, nr. 1996/2431, https://users.ugent.be/~rdecorte/documenten/recht_spraak/1997_12_17_Gent_tel.pdf.

Luik 15 december 2008, *RRD* 2008, 332, noot D. MOUGENOT.

Luik 7 februari 2006, *RTDF* 2007.

Luik 29 juni 1999, *TBBR* 2000, 612.

Luik 7 juni 1977, *R.R.D.* 1977, 281.

Arbrb. Antwerpen 20 juni 2017, *Limb.Rechtsl.* 2018, 333.

Arbrb. Luik 28 juni 2012, *JTT* 2013, 51.

Arbrb. Brussel 4 december 2007, *JTT* 2008, 179.

Arbrb. Gent 1 september 2008, *TWVR* 2009, 275

Arbrb. Gent 17 oktober 2005, *Computer.* 2006, 110.

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

Arbrb. Oudenaarde 3 februari 2009, *Soc.Kron.* 2010, 396.

Kh. Antwerpen 24 oktober 2017, onuitg.

Kh. Kortrijk 24 juni 2004, *DAOR* 2007, 331, noot B. ALLEMEERSCH.

Rb. Antwerpen 9 november 2020, *P&B* 2021, 43.

Rb. Antwerpen 27 juni 2013, *RW* 2014-15, 116.

Rb. Antwerpen 7 maart 2007, *RW* 2008-09, 332.

Rb. Brugge 13 september 2000, *TWVR* 2000, 121.

Rb. Brugge 13 juni 1995, *Arr.Cass.* 1995, 601.

Rb. Brussel 23 april 1999, *T. Gez.* 1999-2000, 353.

Rb. Brussel 9 januari 1990, *TBH* 1990, 246.

Rb. Brussel 30 maart 1977, *RW* 1977-78, 192.
Rb. Brussel 28 november 1960, *RW* 1961-62, 2550.
Rb. Gent 26 maart 2010, *NJW* 2010, 546.
Rb. Luik 21 december 1989, *Pas.* 1989, III, 71.
Rb. Mechelen 4 januari 2007, *P&B* 2008, 247.
Rb. Namen 14 februari 2018, *JT* 2018, 376.
Rb. Turnhout 5 december 1991, *TBBR* 1992, 80.
Voorz. Kh. Brugge 29 april 1982, *RW* 1983-84, 2323.
Voorz. Kh. Brussel 6 april 1981, *BRH* 1982, 308.
Voorz. Kh. Tongeren 26 september 2006, *Jb.Hand.* 2006, 607.
Vred. Hamme 6 juni 2019, *T.HUUR* 2020, 57.

Nederland

HR 11 juli 2014, 13/04001, ECLI:NL:HR:2014:1632.
HR 18 april 2014, 12/06004, ECLI:NL:HR:2014:942.
HR 16 december 2020, 101.269, ECLI:NL:HR:1995:15.
HR 12 februari 1993, 1993/599, ECLI:NL:HR:1993:AJ8237.
HR 7 februari 1992, 1993/78, ECLI:NL:HR:1992:ZC0500.
GHAMS 31 januari 2012, 13/04001, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW5549.
GHARL 7 februari 2014, 200.117.282-01, ECLI:NL:GHARL:2014:753.
GHSHE 2 december 1992, 907/91/Ma, ECLI:NL:GHSHE:1992:AB8212.
GHSHE 5 augustus 2011, HD 200.049.675 T, ECLI:NL:GHSHE:2011:BR4259.
RBAMS (Vzr.) 16 mei 2014, 2923121 KK EXPL 14-585, ECLI:NL:RBAMS:201:2751.
RBAMS 6 november 2007, 350512, ECLI:NL:RBAMS:2007:BB7163.
Rb. Dordrecht 7 december 2011, 91204, ECLI:NL:RBDOR:2011:BU6952.
Rb. Limburg 18 augustus 2015, 4127303 CV EXPL 15-4491, ECLI:NL:RBLIM:2015:6948.
Rb. Zutphen 13 januari 2012, 121498 – HA ZA 11-405, ECLI:NL:RBZUT:2011:BV0742

Duitsland

BVerfG 31 januari 1973, *Neue Juristische Wochenschrift* 1973, 891.

BVerfG 9 oktober 2002, *Neue Juristische Wochenschrift* 2002, 3619.

BGH 28 oktober 2009, *Neue Juristische Wochenschrift* 2010, 289.

BGH 1 maart 2006, *Neue Juristische Wochenschrift* 2006, 1657.

BGH 12 januari 2005, *Neue Juristische Wochenschrift* 2005, 497.

BGH 18 februari 2003, *Neue Juristische Wochenschrift* 2003, 1727.

BGH 19 juni 1970, *Neue Juristische Wochenschrift* 1970, 1848.

BGH 24 november 1981, *Neue Juristische Wochenschrift* 1982, 277.

LAG Hamm 24 juli 2001, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtsprechungsreport* 2002, 464.

LAG Berlin 15 februari 1982, *Juristische Rundschau* 1982, 258.

OLG Köln 6 mei 2004, *Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht* 2004, 1081.

OLG Karlsruhe 25 februari 2000, *Neue Juristische Wochenschrift* 2000, 1577.

BAG 13 december 2007, *Neue Juristische Wochenschrift* 2008, 2732.

LG Frankfurt 2 februari 1982, *Neue Juristische Wochenschrift* 1982, 1056.

Frankrijk

Cass. 28 februari 1962, *Bull. Cass.* 1962, 62.2.166.

RECHTSLEER

België

Boeken

ALLEMEERSCH, B., *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Mortsel, Intersentia, 2007, 633 p.

ALLEMEERSCH, B., "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte" in VAN ORSHOVEN, P (ed.), *Themis 59 – Gerechtig recht*, Brugge, die Keure, 2010, v + 148 p.

CATTOIR, B., *Burgerlijk bewijsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2013, xxiii + 597 p.

CRAUWELS, K., "Hoofdstuk 9: onrechtmatig bewijs... of wat ervan overblijft? De invloed van de Antigoonrechtspraak op het onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken" in RAUWS, W. en FAURE, M. (ed.), *Recente ontwikkelingen in het arbeids-, economisch, straf- en familierecht*, Mortsel, Intersentia, 2009, xii + 309 p.

DECLERCK, C., "Briefgeheim tussen echtgenoten. Brave echtgenoten komen in de hemel, slimme echtgenoten overall!", in DECLERCK, C., FOUBERT, P. en OOMS, A. (ed.), *Geheimen in het recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, xi + 280 p.

DECLERCQ, R., *Beginselen van rechtspleging*, Mechelen, kluwer, 2007, xxxix + 1722 p.

DEKKERS, R., CARETTE, N., BAETEMAN, G., VERBEKE, A-L. en VANHOVE, K., *Handboek Burgerlijk Recht – Deel III*, Morstel, Intersentia, 2007, xvi + 820 p.

DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Brussel, Bruylant, 1367 p.

DIRIX, E., "De vruchten van de giftige boom" in ALLAERTS, V. e.a. (eds.), *Liber amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, 747.

KRINGS, E., "De toepassing van de regels van het Gerechtig Wetboek op de rechtsplegingen in strafzaken, tuchtzaken, fiscale zaken e.a.", in VAN DIEVOET, G. (ed.), *Actuele problemen van gerechtelijk privaatrecht*, Leuven, Acco, 1976, 186 p.

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

LUGENTZ, F., *La preuve en matière pénal*, Limal, Anthemis, 2017, 296 p.

MEESE, J., "Onrechtmatig verkregen bewijs in strafzaken" in VANLERBERGHE, B., RUTTEN, S. en ROZIE, J., *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht*, Mortsel, Intersentia, 2020, x + 176 p.

MOUGENOT, D., "Antigone au milieu du gué. Le point sur l'utilisation des preuves recueillies irrégulièrement en matière civile" in DELFORGE, C., CATALDO, A., DIEUX, X., HUBIN, J-B., MOUGENOT, D., PÜTZ, A. en VERDURE, C. (ed.), *La preuve en droit privé: quelques questions spéciales*, Brussel, Larcier, 2017, 182 p.

MOUGENOT, D., *Droits des obligations: la preuve*, Brussel, Larcier, 2002, 421 p.

MOUGENOT, D., "La charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle : la distinction entre l'obligation totalement ou partiellement inexécutée au secours du praticien" in STIJNS, S. en WÉRY, P. (eds.), *De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2014, vi + 649 p.

MOUGENOT, D., "L'administration de la preuve et les mesures d'instruction" in BOULARBAH, H. en GEORGES, F. (eds.), *Actualités en droit judiciaire*, Brussel, Larcier, 2013, 426 p.

MOUGENOT, D., "Les mesures d'instruction" in DE LEVAL, G. (eds.), *Droit judiciaire, II, Manuel de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2015, 1526 p.

MOUGENOT, D., "Notions et principes de la liberté des preuves en droit commercial", in C. JASSOGNE e.a. (eds.), *Traité pratique de droit commercial*, Waterloo, Kluwer, 2009, 95-124.

OVERSTEYNS, B. en VERELST, K., "Onrechtmatig verkregen bewijs in arbeidszaken: de rechter wikt en weegt belangen" in HENDRICKX, F., VAN PUTTEN, M., VANDEPUTTE, W. en RAHMÉ, A. (eds.), *Arbeidsrecht tussen wel-zijn en niet-zijn. Liber Amicorum prof. dr. Othmar Vanachter*, Antwerpen, Intersentia, 2009, xvii + 817 p.

RUTTEN, S., *CBR Jaarboek 2006-2007*, XI, Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules, Mortsels, Intersentia, 2007, xi + 571 p.

SAMOY, I. en VANDENBUSSCHE, W., "Het nieuwe bewijsrecht" in STIJNS, S., AUVRAY, F., DECLERCQ, S., HICK, T., JANSEN, S., PEERAER, F., SAMOY, I., VAN LOOCK, S. en VANDENBUSSCHE, W., *Themis 108 – Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, v + 158 p.

STIJNS, S., *Verbintenissenrecht – Boek 2*, Brugge, die Keure, 2009, xii + 186 p.

TORFS, D., VAN HOORDE, E. en VAN CAMP, J., "Enkele bewijsproblematieken in het sociaal recht" in VANLERBERGHE, B., RUTTEN, S. en ROZIE, J., *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht*, Mortsels, Intersentia, 2020, x + 176 p.

TRAEST, P., "Recente tendenzen in het bewijsrecht in strafzaken" in ARNOU, L., DESCHEPPER, T. en LARMUSEAU, I. (ed.), *Straf recht? – Strafrecht: Actuele tendenzen*, Antwerpen, Maklu, 2001, 276 p.

TRAEST, P., *Het bewijs in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 1992, xxiii + 476 p.

VANDENBUSSCHE, W., *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen, Intersentia, 2017, xxix + 812 p.

VAN DEN WYNGAERT, C. en VANDROMME, S., *Strafrecht, Strafprocesrecht en Internationaal Strafrecht: In Hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2006, li + 1314 p.

VAN DONINCK, J., "Het lot van onrechtmatig (verkregen) bewijs: tempt me not" in RUTTEN, S., VANLERBERGHE, B., CLIJMANS, N., COUWENBERG, I., FRANKIGNOUL, L., HOC, A., MAES, B., MOUGENOT, D., VANDENBUSSCHE, W., VAN DONINCK, J., VANLERSBERGHE, P. en VAN SCHEL, S. (eds.), *Het bewijs in burgerlijke zaken*, Brugge, die Keure, 2015, xi + 231 p.

VAN DONINCK, J., *Het lot van onrechtmatig bewijs*, Mortsels, Intersentia, 2020, xiv + 380 p.

VAN GERVEN, W. en COVEMAERKER, S., *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 719 p.

VAN LAETHEM, W. en CAPPELLE, J., *Het statuut van de prive-detective*, Brussel, Politeia, 1997, 197.

VAN LENNEP, R., *Belgisch Burgerlijk Procesrecht*, Deel 2, Antwerpen, Standaard, 546 p.

VAN LENNEP, R., *De geheimhouding: beroepsgeheim, briefgeheim, fabrieksgeheim, verplichting van geheimhouding, recht op geheimhouding, geheim der beraadslaging, kiesgeheim*, Antwerpen, Standaard, 1950, 272 p.

VAN OMMESLAGHE, P., *De Page. Traité de droit civil belge. II. Les obligations. Vol. 3. Régime général de l'obligation. Théorie des preuves*, Brussel, Bruylant, 2013, 2641 p.

VERHAEGEN, P. en SCHEERS, D., *Het getuigenbewijs*, Gent, Mys & Breesch, 1999, xiii + 158 p.

VERSTRAETEN, R., *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 2003, 894 p.

K. WAGNER, "Recente ontwikkelingen met betrekking tot het bewijs in burgerlijke zaken", in *Actualia gerechtelijk recht*, Brussel, Larcier, 2008, v + 274 p.

Tijdschriften

ALLEMEERSCH, B. en WAGNER, K., "Stand van zaken en actuele ontwikkelingen inzake het geding", *RW* 2003-04, 1121-1145.

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

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

ALLEMEERSCH, B., "De heimelijke opname van een eigen (telefoon)gesprek als bewijs in burgerlijke en commerciële geschillen", *DAOR* 2007, 333-339.

ALLEMEERSCH, B., SAMOY, I. en VANDENBUSSCHE, W., "Het voorwerp van de bewijsvoering – ongeoorloofd bewijs", *TPR* 2015, 643-681.

ALLEMEERSCH, B., SAMOY, I. en VANDENBUSSCHE, W., "Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht 2000-2013", *TPR* 2016, 597-962.

APS, F., "Het recht op nieuwsgierigheid tussen echtgenoten na de echtscheidingswet van 27 april 2007", *RW* 2008-09, 1560, noot bij Antwerpen 19 december 2007.

BERNEMAN, S., "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal: Een inleiding tot het Antigoonarrest van 14 oktober 2003", *T. Strafr.* 2004, 2-39.

BOONE, R., "Bewijsuitsluiting in civiele zaken: rechter, blijf bij de les", *Juristenkrant* 2020, 6-7.

DE BOCK, E., "De maxi Franchimont. De wettelijke regeling van het deskundigenonderzoek in het voorontwerp van het nieuw Wetboek van Strafprocesrecht", *Jura Falc.* 2005-2006/3, 429-470.

DE CORTE, R., "De achterkant van de privacy. Kan het beroep op privacy leiden tot straffeloosheid?" *NJW* 2003, 798-810.

DE CORTE, R., "Opnemen eigen telefoongesprekken verdeelt rechters", *Juristenkrant* 2000, 5.

DECLERCQ, R., "Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht – strafprocesrecht", *TPR* 1980, 32-78.

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

DE WAEL, F., "De huiszoeking bij private rechtspersonen", *TBH* 2020, 966-1002.

HENDRICKX, F., "Privacy op het werk en bewijs van onrechtmatig gedrag: (spook) Antigoon in het arbeidsrecht?", *TSR* 2006, 659-704.

HOET, P., "De retroactiviteit van de mildste strafwet, maar wat is de mildste strafwet?", *T.Strafr.* 2014, 241-243.

- KEFER, F., "Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité des preuves", noot onder Cass. 10 maart 2008, *RCJB* 2009, 333-352.
- KOHL, A., "Le Code judiciaire, droit commun de la procédure", *Ann.Dr.Lg.* 1975, 401-538.
- LARUELLE, J., "Vie privée des (ex-)partenaires affectifs versus droit à la preuve", *TBBR* 2013, 118-128.
- MAES, E., "Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken in België en Duitsland", *RW* 2015-15, 682-700.
- MAES, E. en PANZAVOLTA, M., "Op zoek naar normatief principe voor uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs in tijdperk van 'mass data gathering'", *Juristenkrant* 2021, 16.
- MERTENS, D., "Uitlokking, privédetectives en het bewijs in handelszaken", *RW* 2005-06, 1507-1511.
- 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.
- MOUGENOT, D., "Défenseur privé et vie privée: un couple difficile à accorder", *JT* 2010, 298.
- MOUGENOT, D., "La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010", *JT* 2011, 593-606.
- MOUGENOT, D., "Le point sur la jurisprudence Antigone en matière civile", *JT* 2017, 69-73.
- TRAEST, P., "Bewijsvoering en verdediging van mensenrechten", *Mensenrechten. Jaarboek van het Interuniversitair Centrum voor Mensenrechten* 1994, 39-66.
- TRAEST, P., "Onrechtmatig verkregen doch bruikbaar bewijs: het Hof van Cassatie zet de bakens uit", *T.Strafr.* 2004, 113-143.
- VAN DER SYPE, Y.S., "Antigoon gesust: Het privédetectiveverslag als bewijs in (on)rechte", *Oriëntatie* 2015, 212-225.
- VAN KILDONCK, K., "Privacy werknemers. Onrechtmatig verkregen bewijs op het werk", *NJW* 2010, nr. 218, 180-183.
- VAN WOENSEL, A.M., "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal", *T. Strafr.* 2004, 1-78. (niet in voetnoten)
- VERHELST, I. en THOELLEN, N., "Over privacy, controle en (on)rechtmatig verkregen bewijs", *Oriëntatie* 2008, 197-208.
- WAGNER, K., "Actualia burgerlijk procesrecht", *P&B* 2009, 153-172.

Onlinebronnen

MENSCHAERT, A., Omgaan met onrechtmatig bewijs, www.law.kuleuven.be/apps/jura/public/art/42n1/menschaert.pdf.

STUDIEDIENST ORDE VAN VLAAMSE BALIES, *Standpunt inzake de wetsvoorstellen tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering wat betreft de nietigheden*, https://www.advocaat.be/documenten/ordeexpress/2012/11/Standpunt_OVB_Wetsvoorstellen%20Nietigheden.pdf.

VAN EUPEN, P., *Bescherming van het privé-leven*, <https://www.law.kuleuven.be/apps/jura/public/art/7n4/vaneupen.pdf>.

Nederland

Boeken

ASSER, W.D.H. *Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Procesrecht, III*, Deventer, Kluwer, 2013, xxxi + 360 p.

ASSER, W.D.H., *Grenzen aan de waarheidsvinding in burgerlijke zaken*, Deventer, Kluwer, 1991, 26 p.

DE BOCK, R.H., *Proefschrift: Tussen de waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure*, Deventer, Kluwer, 2011, 409 p.

EMBREGTS, M.C.D., *Uitsluitel over bewijsuitsluiting: een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht*, Deventer, Kluwer, 2003, xx + 378 p.

HARTKAMP, A.S. en SIEBURGH, C.H., *Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse burgerlijk recht. Verbintenissenrecht, VI, De verbintenis uit de wet*, Deventer, Wolters Kluwer, 2015, xxxiii + 466 p.

KREMER, M., *Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken*, Deventer, Tjeenk Willink, 1999, xix + 326 p.

ROBBEN, *Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken*, in STERK, C.H.W.M. en WACHTER, B. (red.), *Iusta causa*, 1992, xi + 142 p.

Tijdschriften

Elders, J.L.M., *Onrechtmatig verkregen bewijs en het burgerlijk geding*, *Nederlands Juristenblad* 1990, 1479-1483.

KOEVOETS, M.M., *Onrechtmatig verkregen bewijs in het arbeidsrecht*, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2004, 39-58.

SEINEN, C., *De waarheidsplicht en de geraden gevolgtrekking anno 2020: een zoektocht naar proportionaliteit*, *TCR (Tijdschrift voor civiele rechtspleging)* 2020, 33-47.

VAN SOEREN, W.H., *Onrechtmatig bewijs in de civiele procedure*, *Ars Aequi* 1986, 483-489.

Duitsland

Boeken

KRUGER en RAUSCHER, *Münchener Kommentar zur ZPO*, München, Beck, 4. Auflage 2013, §286, randnr. 64.

SAENGER, *Handkommertar zur ZPO*, Baden-Baden, Nomos, 5. Auflage 2013, § 284, randnr, 30 e.v.

STEIN, F. en JONAS, M., *Kommentar zur Zivilprozessordnung/Bd. 4, §§253-327*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, nr. 87.

Tijdschriften

BALTHASAR, S., "Beweisverwertungsverbote im Zivilprozess", *Juridische Schulung* 2008, 35-40.

Balthasar, "Beweisverwertungsverbote im Zivilprozess" Hamburg, *Dr. Kovac*, 2006, 1.

BRINKMANN, M. "Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess aus der Perspektive des Schadensrecht", *Archiv für die civilistische Praxis* 2006, 746-768.

KIETHE, K., "Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess", *Monatsschrift für Deutsches Recht* 2005, 965-970.

DAUSTER, M. en BRAUN, F., Braun, "Verwerdung fremder Daten im Zivilprozess und zivilprozessuale Beweisverbote", *Neue Juristische Wochenschrift* 2000, 313-319.

HABSCHEID, W., "Das Recht auf Beweis", *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1983, 306-334.

STÖRMER, R. "Beweiserhebung, Ablehnung von Beweisanträgen und Beweisverwertungsverbote im Zivilprozess", *Juridische Schulung* 1994, 238 e.v.

VARIA

COUNCIL OF EUROPE, *Recht op een eerlijk proces*, <https://www.coe.int/nl/web/echr-toolkit/droit-a-un-procesequitabile#:~:text=De%20belangrijkste%20bepaling%20van%20artikel,van%20zijn%20zaak%2C%20binnen%20een.>

X, *Wat zijn de verschillende bewijswaarden?*, https://e-justice.europa.eu/content_taking_of_evidence-76-be-maximizeMS_EJNnl.do?member=1#:~:text=Er%20bestaan%20vijf%20soorten%20van,of%20via%20een%20onderhandse%20akte (consultatie 5 februari 2021).