Dictum
Het Hof
(…)
Vernietigt het bestreden arrest,

(…)

Verwijst de zaak naar het hof van beroep te Antwerpen.

Noot

Cassatie hakt knopen door over onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken

Matthias SCHELKENS [1] [2]

1. INLEIDING

1. Het lot van onrechtmatig (verkregen) bewijs beroert reeds geruime tijd de gemoederen. Anders dan in strafzaken, waar de Antigoonleer inmiddels een stevige jurisprudentiële en wettelijke verankering kent, lijkt de toepassing van Antigoon in burgerlijke zaken controversiëler. Zoals ook blijkt uit bovenstaand arrest, wordt deze leer in burgerlijke zaken tot op heden niet unaniem aanvaard en evenmin consequent toegepast door de feitenrechters. Nochtans leek het Hof van Cassatie reeds meer dan 10 jaar geleden[3], in een arrest dat door meerdere commentatoren als een principearrest werd omschreven[4], de toepassing van de Antigoonleer in burgerlijke zaken gevestigd te hebben. Dit arrest was evenwel niet vrij van controverse en riep een heel aantal vragen op. Dit maakte dat regelmatig de wens werd geuit om bevestiging en verduidelijking door ons hoogste rechtscollege.[5]

Die bevestiging en verduidelijking zijn er met het voorliggend belangwekkend arrest van 14 juni 2021 in grote mate gekomen. Het Hof van Cassatie hakt in dit arrest een paar belangrijke knopen door. Anderzijds beslecht het Hof (onvermijdelijk) niet alle twistpunten en zal dit arrest ongetwijfeld stof zijn voor verdere discussie in de rechtsleer en een voedingsbodem voor menig debat voor de feitenrechters.

2. FEITEN

2. De feiten die aanleiding hebben gegeven tot dit cassatiearrest zijn vrij banaal. De eiseres in cassatie is een autodealer die op 7 oktober 2017 een tweedehandsvoertuig verkoopt aan de verweerders in cassatie. Tussen partijen ontstaat betwisting over de koopprijs. Volgens de verkoper zijn partijen overeengekomen de wagen te verkopen voor een bedrag van 53.500 EUR, wat onder meer zou blijken uit het aanvraagformulier voor de garantie van de wagen. De kopers daarentegen stellen dat zij de wagen gekocht hebben voor 43.500 EUR. Zij verwijzen daarbij naar de ondertekende bestelbon die een bedrag van 43.500 EUR vermeldt. Hoewel de kopers erkennen dat er initieel enkel over een koopprijs van 53.500 EUR is gesproken, menen zij dat de ondertekende bestelbon een bindende koop-verkoopovereenkomst uitmaakt, zodat de verkoper gebonden is door de daarop vermelde koopprijs. De verkoper van zijn kant betoogt dat het bedrag van 43.500 EUR op de bestelbon een materiële verschrijving betreft en de koopprijs wel degelijk 53.500 EUR bedraagt.

---

1. Advocaat (balie Brussel). De standpunten van de auteur binden enkel hemzelf.
2. Deze bijdrage werd bijgewerkt tot 30 augustus 2021.
3. Cass. 10 maart 2008, *Arr.Cass.* 2008, nr. 166.
4. Y. VAN DER SYPE, "Antigoon gesust: Het privédetectiveverslag als bewijs in (on)rechte", *Or.* 2015, (212) 222; B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, "Licéité de la preuve en matière civile: un clone pour 'Antigoon'", *JT* 2012, (165) 172, nr. 22; J. VAN COMPERNOLLE, "L'incidence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'administration de la preuve dans le procès civil" in G. DE LEVAL (ed.), *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2011, (7) 17, nr. 10; B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, die Keure, 2010, (35) 52, nr. 28. In die zin ook F. KEFER, "Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité de la preuve", *RCJB* 2009, (333) 340-341, nr. 9; R. DE BAERDEMAEKER, "Admissibilité d'une preuve illicitement recueillie: quand la fin justifie les moyens …", *JLMB* 2009, (584) 585-586.
5. D. TORFS, E. VAN HOORDE en J. VAN CAMP, "Enkele bewijsproblematieken in het sociaal recht" in J. ROZIE, S. RUTTEN en B. VANLERBERGHE (eds.), *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (99) 125, nr. 36; N. DELWAIDE, "Antigone en matière civile: les incertitudes persistent" (noot onder Vz. Orb. Henegouwen (afd. Charleroi) 26 april 2017), *TBH* 2019, (1140) 1146; B. VANLERBERGHE, "Actuele problemen inzake het bewijs in het sociaal recht" in A. VAN REGENMORTEL en J. ROZIE (eds.), *Sociaal procesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2018, (111) 132-133, nrs. 24-25; D. MOUGENOT, "Le point sur la jurisprudence Antigone en matière civile", *JT* 2017, (69) 72, nr. 17; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht (2000-2013)", *TPR* 2015, (597) 677, nr. 79; E. MAES, "Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken in België en Duitsland", *RW* 2014-15, (682) 689, nr. 17; B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, *o.c.*, (165) 174, nr. 31.

De rechtbank van eerste aanleg West-Vlaanderen, afdeling Kortrijk, stelt de verkoper in eerste instantie in het gelijk. Het hof van beroep te Gent hervormt dit vonnis en geeft in zijn arrest van 17 januari 2020 de kopers gelijk: de koop-verkoopovereenkomst is rechtsgeldig gesloten voor een prijs van 43.500 EUR.

3. Ter ondersteuning van zijn standpunt voor de appelrechter legt de verkoper als bewijsstuk een geluidsopname voor van een telefoongesprek dat op 20 oktober 2017 (d.i. na de kwestieuze koop-verkoop) plaatsvond tussen de zaakvoerster van de verkoper en één van de kopers. Hoewel de inhoud van dit gesprek niet opgemaakt kan worden uit het cassatiearrest of -verzoekschrift, mag aangenomen worden dat de koper in het bewuste gesprek verklaringen deed die, althans volgens de verkoper, de these van deze laatste ondersteunden.

De appelrechter beslist echter om de geluidsopname uit de debatten te weren, aangezien deze op onrechtmatige wijze zou zijn verkregen. De opname gebeurde volgens de appelrechter namelijk heimelijk en op een ogenblik dat partijen reeds in een geschil verwikkeld waren en er al discussie bestond over de koopprijs. Bovendien schenen bepaalde verklaringen uitgelokt door de verkoper om zichzelf een bewijs te verschaffen en dit tegen de kopers te gebruiken. Ten slotte kon de vordering van de verkoper volgens de appelrechter ook op een andere, rechtmatige wijze bewezen worden. Op basis van deze elementen besluit de appelrechter dat het bewijs met de geluidsopname, hoewel op zichzelf niet onrechtmatig, op onrechtmatige wijze werd verkregen en uit de debatten moet worden geweerd. Het concrete gevolg van deze wering is dat de verkoper er niet in slaagt om bewijzen voor te leggen die zijn begin van bewijs door geschrift (zijnde het aanvraagformulier voor de garantie met daarop het bedrag van 53.500 EUR) aanvullen, reden waarom de appelrechter het standpunt van de verkoper afwijst en de kopers in het gelijk stelt.

Voor het Hof van Cassatie doet de verkoper gelden dat de appelrechter bij de wering uit de debatten van de geluidsopname ten onrechte geen toepassing heeft gemaakt van de Antigoonleer en daarmee zijn recht van verdediging, daaronder begrepen het recht op bewijs, heeft miskend.

3. VOORGESCHIEDENIS

4. Alvorens in te gaan op de beslissing van het Hof van Cassatie in deze zaak, moeten we een paar stappen terugzetten. Hoewel het opzet van deze noot er niet in bestaat om de ontstaansgeschiedenis of de verdiensten van en kritieken op de Antigoonleer in detail te bespreken[6], achten we het niettemin opportuun om de achtergrond en de evolutie van de Antigoonleer kort te schetsen. Deze zijn immers onontbeerlijk om het voorliggend cassatiearrest goed te begrijpen.

5. De problematiek van onrechtmatig (verkregen) bewijs is welbekend. De basisregel in ons rechtssysteem is dat een partij die iets wil bewijzen, dit moet doen met geoorloofde bewijsmiddelen.[7] Dit betekent dat de bewijslevering moet gebeuren op een manier die niet indruist tegen de grondslagen van onze rechtsorde.[8]

Ongeoorloofd bewijs omvat, volgens het onderscheid dat vaak gemaakt wordt[9], enerzijds bewijs dat onrechtmatig is uit zijn aard (ook "intrinsiek onrechtmatig" of "*in se* onrechtmatig" bewijs genoemd) (bv. een vervalst bewijs) en anderzijds bewijs dat op zichzelf niet onrechtmatig is, maar wel op onrechtmatige wijze werd verkregen (bv. een gestolen bewijs of een bewijs dat verkregen werd door een inbreuk op de privacy[10]).[11] In tegenstelling tot onrechtmatig bewijs *in se*, wordt het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs slechts als ongeoorloofd beschouwd indien het aangewend wordt door degene die rechtstreeks of onrechtstreeks verantwoordelijk is voor de onrechtmatigheid.[12]

6. Traditioneel werd aangenomen dat ongeoorloofd bewijs, zowel in straf- als in burgerlijke zaken, niet in rechte

6. Hiervoor kan, wat burgerlijke zaken betreft, verwezen worden naar o.m. J. VAN DONINCK, *Het lot van onrechtmatig bewijs*, Antwerpen, Intersentia, 2020; D. MOUGENOT, "Antigone au milieu du gué. Le point sur l'utilisation des preuves recueillies irrégulièrement en matière civile" in C. DELFORGE (ed.), *La preuve en droit privé: quelques questions spéciales*, Brussel, Larcier, 2017, 127; B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, "Licéité de la preuve en matière civile: un clone pour 'Antigoon'", *JT* 2012, 165.

7. B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 539, nr. 993.

8. B. VANLERBERGHE, "Deel V. Het bewijs" in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (1013) 1020, nr. 1390; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht (2000-2013)", *TPR* 2015, (597) 652, nr. 49; B. CATTOIR, *o.c.*, 539, nr. 993; B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, 41, nr. 1.

9. Dit onderscheid heeft zijn wortels in de doctrine en werd voor het eerst op scherp gesteld door B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, 41. In de praktijk is dit onderscheid evenwel niet altijd even duidelijk te maken (N. DELWAIDE, "Antigone en matière civile: les incertitudes persistent", *TBH* 2019, (1140) 1144; zie ook J. VAN DONINCK, *Het lot van onrechtmatig bewijs*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 155-156, nr. 102).

10. In de ruime zin van het woord (bescherming van het recht op privéleven in het algemeen, het briefgeheim, de algemene verordening gegevensbescherming ("GDPR"), enz.).

11. B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, *o.c.*, (597) 652, nr. 50; B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, *o.c.*, 41, nr. 1.

12. S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht*, Boek 2, Brugge, die Keure, 2020, 163, nr. 212; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, *o.c.*, (597) 652-653, nr. 50; B. CATTOIR, *o.c.*, 551, nr. 1022; B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, die Keure, 2010, (35) 41, nr. 12. Zie ook (in strafzaken) Cass. 18 mei 2011, *Arr.Cass.* 2011, nr. 324; Cass. 14 februari 2001, *Arr.Cass.* 2001, nr. 91, *RW* 2002-03, 1624, noot J. VAN DONINCK.

mocht worden aangewend en, indien dit toch gebeurde, de rechter verplicht was dit bewijs uit de debatten te weren.[13] Hetzelfde gold, met toepassing van de zogenaamde "*fruits of the poisonous tree*"-doctrine, voor bewijsmateriaal voortvloeiende uit het ongeoorloofd bewijs.[14]

Deze strenge en volgens sommigen overdreven formalistische houding kwam hoe langer hoe meer op gespannen voet te staan met het toenemend belang dat werd gehecht aan waarheidsvinding en het dichter bij elkaar brengen van de juridische en de objectieve waarheid. De "botte bijl" van de bewijsuitsluiting moest plaatsmaken voor een meer genuanceerde benadering waarbij, in burgerlijke zaken, het recht op bewijs een steeds centralere plaats zou innemen.[15]

7. Een radicale ommezwaai kwam er in 2003 in strafzaken met het befaamde Antigoonarrest.[16] Hierin verliet het Hof van Cassatie de klassieke leer van de automatische wering uit de debatten van onrechtmatig (verkregen) bewijs. Voortaan geldt dat ongeoorloofd bewijs slechts in drie limitatief omschreven gevallen uit de debatten in de strafprocedure mag worden geweerd, namelijk indien de naleving van de betreffende vormvoorwaarde op straffe van nietigheid is voorgeschreven, de begane onrechtmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast of het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces.

De wering van onrechtmatig (verkregen) bewijs in strafprocedures is voortaan dus de uitzondering, en niet langer de regel. Het Hof van Cassatie heeft zijn Antigoonrechtspraak in strafzaken naderhand verfijnd door eraan toe te voegen dat de rechter in het kader van de hierboven beschreven Antigoontoets rekening kan houden met één of meer van de volgende omstandigheden: "hetzij dat de overheid die met de opsporing, het onderzoek en de vervolging van misdrijven is belast, al dan niet de onrechtmatigheid opzettelijk heeft begaan, hetzij dat de ernst van het misdrijf veruit de begane onrechtmatigheid overstijgt, hetzij dat het onrechtmatig verkregen bewijs alleen een materieel element van het bestaan van het misdrijf betreft".[17]

Deze Antigoonleer vormt ondertussen vaste rechtspraak in strafzaken die de toets van het Grondwettelijk Hof[18] en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens[19] heeft doorstaan.[20] In 2013 werden de drie Antigooncriteria in strafzaken gecodificeerd in artikel 32 V.T.Sv.[21]

8. De problematiek van onrechtmatig (verkregen) bewijs is uiteraard niet beperkt tot strafprocedures. Ook in andere procedures is deze aan de orde. De Antigoonleer deed dan ook inmiddels zijn intrede in diverse andere rechtstakken.

In het domein van het publiek recht, wordt de Antigoontoets sedert een aantal jaren ook toegepast in fiscale zaken.[22] De Antigoontoets is hier wel enigszins gedifferentieerd geformuleerd. Het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in fiscale zaken moet, aldus het Hof van Cassatie, "worden getoetst aan de beginselen van behoorlijk bestuur en het recht op een eerlijk proces. Behoudens wanneer de wetgever ter zake in bijzondere sancties voorziet, kan het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in fiscale zaken slechts worden geweerd indien de bewijsmiddelen verkregen zijn op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht, of indien dit gebruik het recht van de belastingplichtige op een eerlijk proces in het gedrang brengt".[23] Signaleren we hierbij nog dat de toepassing van de Antigoonleer in fiscale (en penale) zaken als gevolg van het *WebMindLicenses* -arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie[24] onder druk leek te staan, en volgens sommigen zelfs

13. Cass. 10 december 1923, *Pas.* 1924, I, 66, met gelijkluidende Concl. Adv. Gen. LECLERCQ; B. CATTOIR, *o.c.*, 556, nrs. 1026-1027; D. MOUGENOT, "Antigone face aux juges civils. L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles", *DAOR* 2011, (240) 242, nr. 5; B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, *o.c.*, (41) 58, nr. 56.
14. Cass. 18 april 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, nr. 490; K. WAGNER, "Actualia burgerlijk procesrecht", *P&B* 2009, (153) 166, nr. 44.
15. S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria" (noot onder Antwerpen 17 januari 2019), *Limb.Rechtsl.* 2019, (287) 292, nr. 9; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, *o.c.*, (597) 670-671, nr. 69; B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, *o.c.*, (165) 172, nr. 24; B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte", (35) 53-54, nrs. 29-31; K. WAGNER, "Actualia burgerlijk procesrecht", *P&B* 2009, (153) 167-168, nr. 48. Over het recht op bewijs, zie *infra*, randnr. 23.
16. Cass. 14 oktober 2003, *Arr.Cass.* 2003, nr. 499, met gelijkluidende Concl. Adv. Gen. DE SWAEF, *RABG* 2004, 333, noot F. SCHUERMANS, *RCJB* 2004, 405, noot F. KUTY, *T.Strafr.* 2004, noot P. TRAEST.
17. Zie o.a. Cass. 4 december 2007, *Arr.Cass.* 2007, nr. 613, *RW* 2008-09, 110, noot B. DE SMET.
18. GwH 22 december 2010, nr. 158/2010, *RABG* 2011, 563, noot F. SCHUERMANS; GwH 27 juli 2011, nr. 139/2011, *NC* 2011, 365, noot H. BERKMOES.
19. EHRM 28 juli 2009, nr. 18704/05, *Lee Davies / België*, *RABG* 2010, 5, noot F. SCHUERMANS, *RDPC* 2010, 312, noot N. COLLETE-BASECQZ; EHRM 31 januari 2017, nr. 40233/07, *Kalnéniené / België*, *T.Strafr.* 2017, 112, noot C. VAN DE HEYNING.
20. Voor een recente stand van zaken van de *Antigoon*-leer in strafzaken, zie J. MEESE, "Onrechtmatig verkregen bewijs in strafzaken" in J. ROZIE, S. RUTTEN en B. VANLERBERGHE (eds.), *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 61.
21. Wet van 24 oktober 2013 tot wijziging van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering wat betreft de nietigheden (*BS* 12 november 2013, p. 84.999).
22. Cass. 11 juni 2020, F.19.0022.N, met gelijkluidende Concl. Adv. Gen. VAN DER FRAENEN, www.juportal.be, *RABG* 2021, 583, noot J. VANDEN BRANDEN, *TFR* 2020, 1095, noot K. BRYS, *Fisc.Koer.* 2020, 279, noot L. KELL; Cass. 18 januari 2018, *Arr.Cass.* 2018, nr. 39, *D&T* 2018, 90, noot F. BLOCKX; Cass. 22 mei 2015, *Arr.Cass.* 2015, nr. 335, *JLMB* 2016, 917, noot F. STEVENART MEEUS, *RGCF* 2015, 459, noot P. DHAEYER, *RW* 2015-16, 1460, noot I. DE TROYER en L. VANDENBERGHE, *TFR* 2015, 682, noot W. VETTERS en J. BONNE.
23. Hierover uitvoeriger o.m. J. VAN DONINCK, "Het lot van onrechtmatig bewijs: een grondslagenonderzoek", *RW* 2020-21, (1283) 1287, nr. 7; J. VAN DONINCK, *Het lot van onrechtmatig bewijs*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 55-92, nrs. 29-50; D. MOUGENOT, "Antigone au milieu du gué", (127) 138, nr. 10.
24. HvJ 17 december 2015, C-419/14, ECLI:EU:C:2015:606.

niet langer toegepast zou kunnen worden of minstens ernstig genuanceerd moest worden.[25] Dit standpunt vindt evenwel geen algemene weerklank[26], is vatbaar voor ernstige kritiek en nuance (met name ook in het licht van de latere rechtspraak van de EU-Gerechten)[27] en wordt evenmin bijgetreden in de navolgende cassatierechtspraak.[28]

Voorts werd de Antigoonleer ook toegepast in het mededingingsrecht[29] en in een zaak die betrekking had op het opleggen van een administratieve sanctie door de FSMA voor het verstrekken van onjuiste en misleidende informatie aan de financiële markten.[30]

9. Rijst dan de vraag of Antigoon ook toepassing vindt in burgerlijke zaken. In een arrest van 10 maart 2008[31] leek de Nederlandstalige afdeling van de 3de kamer van het Hof van Cassatie deze vraag bevestigend te hebben beantwoord. Dit was meteen de eerste niet-penale zaak waarin het Hof toepassing maakte van de Antigoonleer.

In de zaak die aanleiding gaf tot dit arrest, had de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening (RVA) een administratieve beslissing genomen waarbij hij een werkloze uitgesloten had van uitkeringen. De betrokkene vocht deze beslissing aan bij de arbeidsgerechten. Het arbeidshof te Antwerpen oordeelde dat de beslissing van de RVA onwettig was, aangezien zij steunde op onrechtmatig verkregen bewijs, meer bepaald een proces-verbaal van verhoor dat de politie, in strijd met de toepasselijke wetgeving (geheim van het opsporingsonderzoek), zonder toestemming van het Openbaar Ministerie aan de RVA had overgemaakt.

Het Hof van Cassatie vernietigde die beslissing. Het oordeelde dat, tenzij wanneer de wet uitdrukkelijk anders bepaalt, het aan de rechter toekomt om de toelaatbaarheid[32] van onrechtmatig verkregen bewijs te beoordelen in het licht van de artikelen 6 EVRM en 14 IVBPR. Dit laatste betreft onmiskenbaar een verwijzing naar het recht op bewijs.[33] De rechter houdt daarbij rekening met de elementen van de zaak in haar geheel genomen, met inbegrip van de wijze waarop het bewijs werd verkregen en de omstandigheden waarin de onrechtmatigheid werd begaan.

Vervolgens poneerde het Hof letterlijk de strafrechtelijke Antigoonformule, namelijk dat onrechtmatig verkregen bewijs alleen uit de debatten kan worden geweerd in de drie limitatief omschreven gevallen van nietigheid, aantasting van de betrouwbaarheid van het bewijs of gevaar voor het recht op een eerlijk proces. Net als in strafzaken verwerd de wering van onrechtmatig verkregen bewijs dus tot de uitzondering in plaats van de regel.

Tot slot preciseerden de cassatierechters dat de rechter bij zijn voormelde beoordeling onder meer rekening kan houden met een of meer van de 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". Het betreft hier geen zelfstandige criteria (die blijven beperkt tot de drie hogervermelde criteria), maar wel omstandigheden/elementen die de rechter moeten helpen bij zijn beoordeling van de Antigooncriteria, in het bijzonder dan het criterium van het recht op een eerlijk proces.[34]

---

25. F. KONING, "La preuve irrégulière en matière fiscale, ou le Requiem d'Antigone", *JT* 2017, 73; S. GNEDASJ, "Hof van Justitie zet Antigoon buitenspel", *Fisc.Act.* 2016, afl. 3, 1; S. GNEDASJ, "Impact van het arrest WebMindLicenses op de fiscale en strafrechtelijke *Antigoon*-doctrines", *AFT* 2016, 33.
26. Zie o.m. C. VAN DE HEYNING, "Antigoon doorstaat (voorlopig) de mensenrechtentoets", *T.Strafr.* 2017, 117; P. WAETERINCKX en C. VAN DE HEYNING, "Rechten van verdediging tijdens het strafonderzoek en de regeling van de rechtspleging. *Capita Selecta*" in DE CONFERENTIE (ed.), *Mensenrechten in de Praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2016, (219) 232.
27. Zie in het bijzonder Concl. Adv. Gen. KOKOTT bij HvJ 24 oktober 2019, C-469/18 en C-470/18, *IN en JM / Belgische Staat*, ECLI:EU:C:2019:597 (onrechtmatig verkregen bewijs *in fiscalibus*); Ger.EU 8 september 2016, T-54/14, *Goldfish BV e.a. / Commissie*, ECLI:EU:T:2016:455 (onrechtmatig verkregen bewijs in een mededingingszaak). Voor een genuanceerde bespreking en analyse van de impact van het WebMindLicenses arrest op de toepassing van de Belgische Antigoonleer in fiscale (en burgerlijke) zaken, zie D. MOUGENOT, "Antigone au milieu du gué", (127) 165-176, nrs. 31-41; J. VAN DONINCK, "Het lot van onrechtmatig bewijs: een grondslagenonderzoek", (1283) 1287-1289, nr. 8.
28. Zie, voor een onverkorte handhaving van de fiscale *Antigoon*-rechtspraak, Cass. 29 januari 2021, F.17.0016.N, www.juportal.be; Cass. 11 juni 2020, F.19.0022.N, www.juportal.be.
29. Cass. 26 april 2018, *Arr.Cass.* 2018, nr. 270, met gelijkluidende Concl. Adv. Gen. VAN INGELGEM; GwH 22 december 2011, nr. 197/2011, *TBM* 2012, 130, noot A. VALLERY en H. MARCONI; J. VAN DONINCK, "Het lot van onrechtmatig bewijs: een grondslagenonderzoek", (1283) 1289-1290, nr. 9; J. VAN DONINCK, *Het lot van onrechtmatig bewijs*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 92-106, nrs. 51-63.
30. Cass. 9 november 2018, *Arr.Cass.* 2018, nr. 620, met gelijkluidende Concl. Adv. Gen. VAN INGELGEM, *DAOR* 2019, 48, noot K. ANDRIES.
31. Cass. 10 maart 2008, *Arr.Cass.* 2008, nr. 166.
32. Zoals elders terecht opgemerkt, is de term "toelaatbaarheid" enigszins ongelukkig gekozen (nu deze term in het burgerlijk bewijsrecht de vraag betreft of een bewijsmiddel tot bewijs van een betwist feit kan strekken) en had het Hof beter de term "geoorloofdheid" gehanteerd (S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria", *Limb.Rechtsl.* 2019, (287) 290, nr. 8, vn. 15). Over dit terminologisch onderscheid ook B. CATTOIR, *Nieuw burgerlijk bewijsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2020, 65-67; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, *o.c.*, (597) 652, nr. 49.
33. B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, *o.c.*, (597) 673-674, nr. 74; B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte", (35) 44, nr. 16. Hierover uitvoeriger *infra*, randnr. 23.
34. D. MOUGENOT, "Antigone au milieu du gué", (127) 154, nr. 22; B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, *o.c.*, (165) 171, nr. 20.

10. Dit cassatiearrest van 10 maart 2008 heeft doorheen de jaren heel wat vragen opgeroepen.[35]

Een eerste belangrijke vraag is of het Hof van Cassatie met dit arrest zijn Antigoonrechtspraak onverminderd van toepassing heeft verklaard in burgerlijke zaken (in de ruime zin van het woord: dus zowel in burgerlijke, commerciële als sociale zaken). Een minderheid van de rechtspraak past de Antigoonleer niet toe in burgerlijke zaken.[36] Anderen menen uit het openbare orde en "quasi penaal" karakter van de zaak die aan de basis lag van dit arrest te kunnen afleiden dat de Antigoonleer enkel van toepassing zou zijn in burgerlijke zaken die de openbare orde raken.[37] Een meerderheid van de rechtspraak en de rechtsleer is echter, in het bijzonder gelet op de algemene bewoordingen van het cassatiearrest, het standpunt toegedaan dat de Antigoonrechtspraak wel degelijk geldt in alle burgerlijke zaken.[38] Het valt bovendien moeilijk te verantwoorden dat in burgerlijke zaken een strenger regime inzake ongeoorloofd bewijs zou gelden dan in strafzaken.[39]

Een andere betwiste vraag is of de Antigoonrechtspraak enkel van toepassing is op onrechtmatig verkregen bewijs, dan wel of deze ook toepassing vindt bij onrechtmatig bewijs *in se*. Voorstanders van de eerste, strikte visie[40] menen steun te vinden in een letterlijke lezing van het arrest, dat enkel spreekt over "onrechtmatig verkregen bewijs". De voorstanders van de tweede visie daarentegen menen, terecht volgens ons, dat het Hof van Cassatie de toepassing van de Antigoonleer, net als in strafzaken, wellicht niet tot onrechtmatig verkregen bewijs heeft willen beperken (voor zover het Hof dit in wezen doctrinaal onderscheid al zou maken).[41] Het ongeoorloofd bewijs dat het voorwerp van debat uitmaakte in deze zaak, betrof immers onrechtmatig bewijs *in se* (zijnde bewijs dat een schending inhield van het geheim van het opsporingsonderzoek) en geen onrechtmatig verkregen bewijs.[42]

11. Ondanks de uiteenlopende visies over de draagwijdte van het cassatiearrest van 10 maart 2008 zijn alle commentatoren het in elk geval over één zaak eens: de Antigoontoets, zoals geformuleerd in dit arrest, is niet op maat geschreven van burgerlijke zaken.

Vooreerst is er de letterlijke overname door het Hof van Cassatie van de drie criteria uit zijn strafrechtelijke Antigoonrechtspraak. Deze criteria zijn niet bepaald op de leest van het civiel proces geschoeid.[43] Wat het criterium van de nietigheid betreft, bevat het burgerlijk procesrecht amper regels die de voorschriften inzake bewijsverkrijging met nietigheid sanctioneren.[44] Bovendien zijn op heel wat nietigheden de verzachtingsregels van artikelen 861 *et seq.* Ger.W. van toe-

35. Voor een overzicht van de voornaamste vragen, zie N. DELWAIDE, "Antigone en matière civile: les incertitudes persistent", *TBH* 2019, (1140) 1142.

36. Arbh. Brussel 4 augustus 2016, *JTT* 2016, 390; Brussel 24 augustus 2010, *P&B* 2011, 111, noot D. MOUGENOT; Arbh. Luik 15 december 2008, *RRD* 2008, 236, noot D. MOUGENOT. Zie ook de rechtspraak aangehaald bij B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 553, nr. 1024. In dezelfde zin ook C.-E. CLESSE en M. VERWILGHEN, "Les sanctions de la violation de la vie privée" in C.-E. CLESSE, P. NILLES en S. GILSON (eds.), *Technologies, surveillance et vie privée du travailleur*, Limal, Anthemis, 2021, (321) 334, nr. 15.

37. Arbrb. Waals-Brabant (afd. Waver) 9 april 2019, *JT* 2020, 1349, noot K. ROSIER; Arbh. Luik 8 november 2017, *JTT* 2018, 180; Arbh. Luik 6 februari 2015, *JTT* 2015, 298; Arbh. Brussel 7 februari 2013, *JT* 2013, 262, noot D. MOUGENOT, *Soc.Kron.* 2013, 106, noot O. RIJCKAERT; 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, nr. 11; D. MOUGENOT, "Antigone chez le juge de paix" (noot onder Vred. Edingen 27 juni 2017), *T.Vred.* 2018, (577) 578, nr. 2, met verdere verwijzingen naar rechtspraak aldaar. In dezelfde zin ook J. VAN DONINCK, "Het lot van onrechtmatig (verkregen) bewijs: tempt me not …" in S. RUTTEN en B. VANLERBERGHE (eds.), *Het bewijs in het burgerlijk proces*, Brugge, die Keure, 2015, (177) 196, nr. 25; R. BOONE, "Bewijsuitsluiting in civiele zaken: rechter, blijf bij de les" (interview met J. Van Doninck), *Juristenkrant* 2020, afl. 410, 6. Zie ook de twijfel die Adv. Gen. GENICOT uitte over de toepasselijkheid van de *Antigoon*-rechtspraak in de context van arbeidsverhoudingen (Concl. bij Cass. 20 mei 2019, *Pas.* 2019, nr. 299).

38. Zie recent o.a. Rb. Brussel 11 januari 2021, *JT* 2021, 333; Rb. Antwerpen 9 november 2020, *P&B* 2021, 43; Bergen 7 januari 2020, *For.Ass.* 2021, nr. 211, 29, noot S. GILSON en C. MENIER; Arbrb. Henegouwen (afd. Binche) 12 februari 2019, *Ius & Actores* 2020, 729; Arbh. Brussel 8 februari 2019, *JTT* 2019, 321. Zie ook de rechtspraak aangehaald bij B. CATTOIR, *Nieuw burgerlijk bewijsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2020, 68, nr. 101; B. VANLERBERGHE, "Deel V. Het bewijs" in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (1013) 1024, nr. 1393; B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 552, nr. 1024. Voor bevestiging van dit standpunt in de rechtsleer, zie o.a. B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht*, 553, nr. 1025; J. LARUELLE, "Vie privée des (ex-)partenaires affectifs versus droit à la preuve", *TBBR* 2013, (118) 125, nr. 16; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, 68, nr. 51 en 74, nr. 58; B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, "Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour 'Antigoon'", *JT* 2012, (165) 172, nr. 22; J. VAN COMPERNOLLE, "L'incidence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'administration de la preuve dans le procès civil" in G. DE LEVAL (ed.), *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2011, (7) 17, nrs. 9-10; F. KEFER, "Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité de la preuve", *RCJB* 2009, (333) 340, nr. 9; K. WAGNER, "Actualia burgerlijk procesrecht", *P&B* 2009, (153) 166, nr. 44; I. VERHELST en N. THOELEN, "Over privacy, controle en (on)rechtmatig verkregen bewijs", *Or.* 2008, (197) 205.

39. E. DIRIX, "De vruchten van de giftige boom" in *Liber Amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, (263) 270; F. KEFER, *o.c.*, (333) 351-352, nr. 24.

40. Arbh. Luik 8 november 2017, *JTT* 2018, 180; Arbh. Brussel 12 juni 2015, *JTT* 2015, 364.

41. F. BLOCKX, "Antigoon en het beroepsgeheim: nieuwe evolutie maar nog geen antwoord" (noot onder Cass. 18 januari 2018), *D&T* 2018, (92) 93, nr. 5; F. BLOCKX, "Kan informatie verkregen door een schending van het beroepsgeheim worden 'witgewassen' dankzij de *Antigoon*-leer?" (noot onder Gent 7 november 2013), *T.Gez.* 2014-15, (359) 361, nr. 7; F. BLOCKX, *Beroepsgeheim*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 443, nr. 548; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 73, nr. 56; B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, *o.c.*, (165) 173, nr. 28; B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte", (35) 56, nr. 34. Zie ook, zij het genuanceerder, J. VAN DONINCK, *Het lot van onrechtmatig bewijs*, 156, nr. 102.

42. B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, *o.c.*, (597) 681, nr. 84.

43. J. VAN DONINCK, *Het lot van onrechtmatig bewijs*, 153, nr. 101; E. DIRIX, "De vruchten van de giftige boom", (263) 269; J. VAN COMPERNOLLE, *o.c.*, (7) 20, nr. 13.

44. D. MOUGENOT, "Antigone au milieu du gué", (127) 148, nr. 19; B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht*, 562, nr. 1036. Schaarse voorbeelden zijn bepaalde formaliteiten inzake het deskundigenonderzoek (zie bv. art. 978 Ger.W.) en het getuigenverhoor (art. 961 Ger.W.).

passing, wat het aantal effectieve nietigheden in civiele procedures nog verder reduceert. Het is nog maar de vraag of het Hof van Cassatie deze verzachtingsregels ter zijde heeft willen schuiven.[45]

Wat het tweede criterium betreft (aantasting van de betrouwbaarheid van het bewijs), wordt terecht aangestipt dat dit een probleem van bewijswaardering betreft.[46] In burgerlijke zaken beoordeelt de rechter in beginsel[47] vrij welke bewijswaarde hij hecht aan een bepaald bewijs. Indien hij een bewijsmiddel niet geloofwaardig acht, dan zal hij er geen rekening mee houden, ongeacht het (on)geoorloofd karakter van het bewijs in kwestie.[48] Bovendien zijn de situaties waarin de bewijsverkrijging de betrouwbaarheid van het bewijs aantast in de praktijk schaars.[49] Nemen we het voorbeeld van een e-mail die met miskenning van het recht op privacy werd verkregen. Deze onrechtmatige verkrijging tast de betrouwbaarheid van de e-mail als bewijs geenszins aan. De enige gevallen waarin er sprake kan/zal zijn van een aantasting van de betrouwbaarheid van het bewijs, zijn die waarin het bewijs vervalst werd of verkregen werd na dwang, geweld, uitlokking (zoals in de casus onderliggend aan het hier becommentarieerde cassatiearrest) of manipulaties.[50] De rechter die geconfronteerd wordt met zulk bewijs, zal geen of verminderde bewijswaarde toekennen aan dat bewijs.[51] Daarvoor heeft hij de Antigoontoets niet nodig.

Ook het derde geval waarin de rechter onrechtmatig verkregen bewijs uit de debatten mag weren (gevaar voor het recht op een eerlijk proces), ligt niet voor de hand in burgerlijke zaken. Zodra het ongeoorloofd bewijs het voorwerp van tegenspraak heeft uitgemaakt, is het namelijk allesbehalve evident om nog van een miskenning van het recht op een eerlijk proces te gewagen.[52]

12. Problematischer dan de overname van de drie strafrechtelijke Antigooncriteria zijn de hierboven geciteerde omstandigheden waarmee de rechter volgens het Hof van Cassatie rekening kan houden in het kader van zijn beoordeling van de Antigooncriteria (*supra*, randnr. 9). De meeste van deze omstandigheden zijn immers weinig tot niet pertinent in burgerlijke procedures die doorgaans een horizontale relatie betreffen (tussen twee of meer private partijen) waarin, anders dan in strafzaken, de overheid niet tussenkomt (*cf.* 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").[53] Bovendien stelt het Hof in zijn eerste overweging dat de rechter rekening houdt met "de elementen van de zaak in haar geheel genomen". De vraag rijst welke de toegevoegde waarde dan nog is van de gespecifieerde omstandigheden.[54] Dit geldt des te meer nu het Hof overweegt dat de rechter rekening "kan" (en dus niet moet) houden met de gespecifieerde omstandigheden.

In de rechtsleer wordt daarom gepleit voor een adequatere, civielrechtelijke invulling van de door het Hof van Cassatie gespecifieerde omstandigheden.[55] Anderen gaan een stap verder en pleiten voor een "herijking" van het leerstuk van onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken[56] met nieuwe criteria en/of omstandigheden ter assistentie van de rechter bij zijn belangenafweging.[57] Een dergelijke belangenafweging (correcter eigenlijk: een rechtenafweging) zou in essentie een afweging moeten behelzen van het recht op

45. B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, *o.c.*, (165) 170-171, nrs. 17-18; B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte", (35) 50-51, nrs. 23-24.
46. B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, o.c., (165) 169, nr. 12; B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte", (35) 47, nr. 18; B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht*, 563, nr. 1037; F. KEFER, *o.c.*, 344, nr. 14.
47. Uitzonderingen zijn de bewijsmiddelen waaraan de wetgever een wettelijke bewijswaarde toekent (zie art. 8.1, 15° BW).
48. D. MOUGENOT, "Le point sur la jurisprudence Antigone en matière civile", *JT* 2017, (69) 70, nr. 7; J. VAN COMPERNOLLE, "L'incidence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'administration de la preuve dans le procès civil", (7) 18, nr. 10.
49. S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria", *Limb.Rechtsl.* 2019, (287) 293-294, nr. 12; B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, *o.c.*, (165) 168, nr. 12; J. VAN COMPERNOLLE, *o.c.*, (7) 17-18, nr. 10.
50. B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht*, 563, nr. 1037.
51. In dezelfde zin B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte", (35) 46-47, nr. 18 en de verdere verwijzingen aldaar.
52. D. MOUGENOT, "Antigone chez le juge de paix" (noot onder Vred. Edingen 27 juni 2017), *T.Vred.* 2018, (577) 580, nr. 5; B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht*, 564, nr. 1039; S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, *o.c.*, (287) 293, nr. 11, met verdere verwijzingen naar rechtspraak; Y. VAN DER SYPE, "Antigoon gesust: het privédetectiveverslag als bewijs in (on)rechte", *Or.* 2015, (212) 224. Mougenot nuanceert in dit verband, met verwijzing naar rechtspraak van het EHRM en het Hof van Cassatie in strafzaken, dat het enkele feit dat de partij tegen wie het ongeoorloofd bewijs wordt aangewend dit bewijs heeft kunnen betwisten, onvoldoende is. Vereist zou zijn dat die partij het ongeoorloofd bewijs op "nuttige wijze" heeft kunnen tegenspreken (D. MOUGENOT, "Antigone au milieu du gué", (127) 150-151, nr. 21; D. MOUGENOT, "Le point sur la jurisprudence Antigone en matière civile", *JT* 2017, (69) 70-71, nr. 8).
53. N. DELWAIDE, *o.c.*, (1140) 1144; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, *o.c.*, (597) 677, nr. 78; B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, *o.c.*, (165) 171, nrs. 20-21.
54. B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, *o.c.*, (597) 677, nr. 78.
55. D. MOUGENOT, "Le point sur la jurisprudence Antigone en matière civile", *JT* 2017, (69) 71, nr. 9; D. MOUGENOT, "Antigone au milieu du gué", (127) 153-157, nrs. 22-25.
56. E. DIRIX, "De vruchten van de giftige boom" in *Liber Amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, (263) 272.
57. Zie recent S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria", *Limb.Rechtsl.* 2019, (287) 293. Deze auteurs schuiven enkele alternatieve omstandigheden naar voor om te beoordelen of onrechtmatig (verkregen) bewijs in burgerlijke zaken moet worden geweerd. Zoals hierna zal blijken, weerhield het Hof van Cassatie een aantal daarvan in het becommentarieerde arrest van 14 juni 2021. Hetzelfde geldt voor bepaalde van de omstandigheden die DIRIX aanhaalt in "De vruchten van de giftige boom" in *Liber Amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, (263) 272.

bewijs van de partij die het ongeoorloofd bewijs aanwendt enerzijds, en het geschonden (grond)recht van de wederpartij anderzijds (hierover ook *infra*, randnr. 23).[58]

13. Gezien de hierboven geschetste controverse in rechtspraak en rechtsleer over de problematiek van ongeoorloofd bewijs in burgerlijke zaken, kon verwacht worden dat de wetgever de recente hervorming van het burgerlijk bewijsrecht zou aangrijpen om ter zake knopen door te hakken. Dit is ijdele hoop gebleken. Het nieuwe Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek[59] bevat geen regeling over onrechtmatig (verkregen) bewijs. In de parlementaire voorbereiding en bij diegenen die meegewerkt hebben aan deze hervorming is te lezen dat de wetgever zich wilde beperken tot een hervorming van de regels uit het burgerlijk bewijsrecht, en dat de regels uit het gerechtelijk recht die thuishoren in het Gerechtelijk Wetboek (zoals de regels m.b.t. de taak van de rechter en de bewijsvoering) om die reden niet opgenomen zijn in Boek 8.[60] Anderen menen in de afwezigheid van een wettelijke regeling een bewuste keuze te zien die ingegeven zou zijn door een gebrek aan consensus of duidelijkheid over de Antigoonleer in burgerlijke zaken.[61]

Wat er ook van zij, het leerstuk van ongeoorloofd bewijs in burgerlijke zaken bleef hiermee overgelaten aan verdere verduidelijking in de cassatierechtspraak.

4. CASSATIEARREST 14 JUNI 2021

14. Het bestreden arrest van het hof van beroep te Gent van 17 januari 2020 bood het Hof van Cassatie een uitgelezen opportuniteit om zich nogmaals over deze materie te buigen. Zoals gezegd, voerde de eiseres in cassatie (verkoper van de auto) aan dat de appelrechter de geluidsopname niet zonder meer uit de debatten had mogen weren. De appelrechter vermocht hiertoe volgens de eiseres slechts te besluiten indien uit de toepassing van de Antigoontoets zou blijken dat de bewijsverkrijging van de geluidsopname de betrouwbaarheid ervan had aangetast of hierdoor het recht op een eerlijk proces in gevaar was gebracht. Of dit het geval was, moest beoordeeld worden na het doorvoeren van een belangenafweging die rekening hield met de wijze waarop het bewijs werd verkregen en de omstandigheden waarin de onrechtmatigheid werd begaan. De eiseres grondde haar cassatiemiddel hiermee onmiskenbaar op het cassatiearrest van 10 maart 2008.

De Nederlandstalige afdeling van de 3de kamer van het Hof van Cassatie (d.i. dezelfde kamer als deze van het arrest van 10 maart 2008[62]) volgde de eiseres en vernietigde het bestreden arrest.

15. De eerste overweging van het arrest luidt als volgt: "Behoudens wanneer de wet uitdrukkelijk anders bepaalt, kan het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken slechts worden geweerd indien de bewijsverkrijging de betrouwbaarheid van het bewijs aantast of indien hierdoor het recht op een eerlijk proces in gevaar wordt gebracht."

Uit deze overweging kunnen meteen enkele belangrijke lessen worden getrokken.

Voor zover er nog twijfel bestond over de toepassing van Antigoon in burgerlijke zaken, neemt het Hof deze hier in ondubbelzinnige bewoordingen weg ("het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken kan slechts worden geweerd indien (…)"). De Antigoonleer is dus onverminderd van toepassing in burgerlijke zaken, ongeacht of de zaak een "quasi penaal" karakter heeft, dan wel of het materie betreft die de openbare orde raakt. Het voorliggend arrest werd trouwens gewezen in een burgerlijke zaak *pur sang* (geschil voor een burgerlijke rechter tussen private partijen over een onderhandse koopovereenkomst).

58. B. VANLERBERGHE, "Deel V. Het bewijs" in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (1013) 1024, nr. 1393; B. VANLERBERGHE, "Actuele problemen inzake het bewijs in het sociaal recht" in A. VAN REGENMORTEL en J. ROZIE (eds.), *Sociaal procesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2018, (111) 134, nr. 25; J. VAN COMPERNOLLE, "L'incidence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'administration de la preuve dans le procès civil", (7) 22-24, nrs. 15-17. In die zin ook D. MOUGENOT, "Le point sur la jurisprudence Antigone en matière civile", *JT* 2017, (69) 71, nr. 12; D. MOUGENOT, "Antigone au milieu du gué", (127) 157, nr. 25. In die zin reeds Vz. Orb. Henegouwen (afd. Charleroi) 26 april 2017, *TBH* 2019, (1116) 1129, nr. 56; Gent 9 februari 2017, *RW* 2020-21, 300; Gent 27 oktober 2016, *RW* 2020-21, 22.

59. In werking getreden op 1 november 2020.

60. Wetsontwerp houdende invoeging van Boek 8 "Bewijs" in het nieuw Burgerlijk Wetboek (*Parl.St.* Kamer 2018-19, Doc. 54-3349/005, 31); I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het nieuwe bewijsrecht" in S. STIJNS (ed.), *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, (117) 118, nr. 3.

61. F. MOURLON BEERNAERT, *La preuve*, Luik, Kluwer, 2020, 42, nr. 49; R. BOONE, "Bewijsuitsluiting in civiele zaken: rechter, blijf bij de les" (interview met J. Van Doninck), *Juristenkrant* 2020, afl. 410, (6) 7; B. VANLERBERGHE, *Het nieuwe bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 2, nr. 2.

62. Merk ook op dat het arrest geveld werd door een kamer met slechts drie raadsheren. Dit lijkt erop te wijzen dat dit voor het Hof een zaak betrof "waarvan de beslissing voor de hand lag" (zie art. 1105*bis* Ger.W.; zie ook justitie.belgium.be/nl/rechterlijke_orde/hoven_en_rechtbanken/hof_van_cassatie/informatie_over_het_hof/organisatie/organisatie_-_algemeen) (laatst geconsulteerd op 16 augustus 2021). Evenmin nam de advocaat-generaal een geschreven conclusie. Of dit effectief een voor de hand liggende zaak betrof, valt te betwijfelen, gezien de controverse omtrent het cassatiearrest van 10 maart 2008.

Een tweede les is dat het vertrekpunt nog steeds is dat onrechtmatig verkregen bewijs niet uit het debat mag worden geweerd, "behoudens wanneer de wet anders bepaalt". De gevallen waarin de wet de wering uit het debat van ongeoorloofd bewijs verplicht, zijn echter bijzonder schaars. Een toepassingsgeval betreft vertrouwelijke documenten en mededelingen uit een bemiddeling in burgerlijke of commerciële zaken. Indien een partij dergelijke vertrouwelijke stukken aanwendt, moet de rechter deze ambtshalve uit het debat weren (art. 1728, § 4 *in fine* Ger.W.).

Voor het overige is de wering uit het debat van onrechtmatig verkregen bewijs facultatief, d.w.z. slechts mogelijk in twee limitatief omschreven gevallen, namelijk indien de rechter van oordeel is dat de bewijsverkrijging de betrouwbaarheid van het bewijs aantast of indien hierdoor het recht op een eerlijk proces in gevaar wordt gebracht. Deze criteria vonden we ook al terug in het arrest van 10 maart 2008. Anders dan toen, is van "het geval van miskenning van een op straffe van nietigheid voorgeschreven vorm" nu geen sprake meer. Het lijkt er dus op dat het Hof niet doof is gebleven voor de kritiek dat de op straffe van nietigheid voorgeschreven bewijsregels in het burgerlijk procesrecht quasi onbestaande zijn, en mogelijk ook voor de kritiek dat het nietigheidscriterium op gespannen voet staat met de verzachtingsregels uit het Gerechtelijk Wetboek (*supra*, randnr. 11).

16. Minstens zo belangrijk is de tweede overweging van het arrest. Deze heeft betrekking op de omstandigheden die de rechter moeten helpen bij zijn beoordeling of de bewijsverkrijging de betrouwbaarheid van het bewijs aantast of het recht op een eerlijk proces in het gevaar brengt. Het weze herinnerd dat deze omstandigheden, zoals geformuleerd in het cassatiearrest van 10 maart 2008, het voorwerp uitmaakten van pertinente kritiek (*supra*, randnr. 12). De cassatierechters hebben eveneens oren naar deze kritiek.

De tweede overweging luidt als volgt: "De rechter dient hierbij rekening te houden met al de omstandigheden van de zaak, waaronder[63] de wijze waarop het bewijs werd verkregen, de omstandigheden waarin de onrechtmatigheid werd begaan, de ernst van de onrechtmatigheid en de mate waarin hierdoor het recht van de wederpartij werd geschonden, de bewijsnood van de partij die de onrechtmatigheid beging en de houding van de wederpartij."

Het Hof verlaat hier de op penale leest geschoeide omstandigheden uit het arrest van 2008. Het weerhoudt enkel de eerder generieke omstandigheden uit het arrest van 2008, zijnde de wijze waarop het bewijs werd verkregen en de omstandigheden waarin de onrechtmatigheid werd begaan (bv., in de casus onderliggend aan het voorliggend cassatiearrest, het feit dat de opname heimelijk was gemaakt en op een ogenblik waarop partijen reeds in geschil waren).[64] Voor het overige schuift het Hof drie nieuwe omstandigheden naar voor, waarbij vooral de laatste twee (bewijsnood en houding van de wederpartij) in het oog springen (hierover *infra*, randnrs. 18-19).

17. De eerste nieuwe omstandigheid betreft de "ernst van de onrechtmatigheid en de mate waarin hierdoor het recht van de wederpartij werd geschonden". Wanneer bij de bewijsgaring het recht van de wederpartij ernstig geschonden werd (bv. het bewijs werd gestolen of verkregen via een grove inbreuk op de privacy van de wederpartij), dan zou dit de rechter er dus toe kunnen doen besluiten om het bewuste bewijs uit de debatten te weren. Wanneer er daarentegen slechts een eerder geringe onrechtmatigheid werd begaan, kan de rechter het onrechtmatig verkregen bewijs in de debatten houden.

Dit is op het eerste gezicht geen onredelijke benadering. Niettemin rijst de vraag in welke mate een ernstige onrechtmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs of het recht op een eerlijk proces meer in het gevaar brengt dan een minder ernstige onrechtmatigheid. Nemen we opnieuw het voorbeeld van een e-mail die verkregen werd met miskenning van het recht op privacy. Is de inhoud van deze e-mail minder betrouwbaar omdat de e-mail verkregen werd door een ernstige dan door een lichte schending van de privacy? Het antwoord hierop is allicht "neen". Ook wat het gevaar voor een eerlijk proces betreft, kan de vraag gesteld worden: is dit recht werkelijk meer in het gevaar indien een procespartij een e-mail via een ernstige schending van de privacy heeft verkregen dan via een lichte schending? Het antwoord lijkt ons in heel wat gevallen eveneens "neen" te zijn, voor zover uiteraard het betrokken bewijs aan de tegenspraak kan worden onderworpen. Indien de ernst van de onrechtmatigheid en de impact hiervan op het recht van de wederpartij in aanmerking genomen moeten worden, dan doet men dat o.i. beter in het kader van een afweging tussen het geschonden (grond)recht van de wederpartij en het recht op bewijs van de partij die het ongeoorloofd bewijs aanwendt (hierover uitvoeriger *infra*, randnr. 23).

18. Een andere nieuwe, en zonder meer interessante, omstandigheid die het Hof van Cassatie aanhaalt in het geannoteerde arrest, is die van de "bewijsnood van de partij die de onrechtmatigheid beging". Dit is de eerste keer dat de notie "bewijsnood" opduikt in de cassatierechtspraak.[65]

63. Deze bewoording doet vermoeden dat de opgesomde omstandigheden niet exhaustief opgevat moeten worden. Dit is trouwens ook het geval voor de *Antigoon*-leer in strafzaken (J. MEESE, "Onrechtmatig verkregen bewijs in strafzaken" in J. ROZIE, S. RUTTEN en B. VANLERBERGHE (eds.), *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (61) 77, nr. 19).

64. Deze twee omstandigheden kwamen ook al aan bod in het cassatiearrest van 10 maart 2008, zij het in de eerste overweging van dat arrest waarin het Hof het algemene principe poneerde dat het aan de rechter toekomt om de toelaatbaarheid (lees: geoorloofdheid) van onrechtmatig verkregen bewijs te beoordelen, rekening houdende met alle elementen van de zaak, "inbegrepen de wijze waarop het bewijs verkregen werd en de omstandigheden waarin die onrechtmatigheid werd begaan". Deze twee omstandigheden kwamen in 2008 dus niet voor in de lijst met gespecifieerde omstandigheden.

65. VANDENBUSSCHE had in zijn doctoraal proefschrift nog vastgesteld dat het concept bewijsnood tot dan toe niet te bespeuren was in de cassatierechtspraak (W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 204, nr. 241).

Bewijsnood viseert de situatie "waarin de informatie en/of het bewijs waarover een partij beschikt, onvoldoende is om de overtuiging van de rechter te vormen".[66]

Bepaalde rechtsleer had eerder al verdedigd dat bewijsnood een omstandigheid zou moeten zijn waarmee de rechter rekening kan houden bij de beoordeling van het al dan niet weren van onrechtmatig verkregen bewijs.[67] Verkeert de partij die het onrechtmatig verkregen bewijs aanwendt in bewijsnood, dan kan de rechter sneller besluiten om het kwestieuze bewijs in de debatten te houden. Beschikt die partij daarentegen nog over andere (geoorloofde) mogelijkheden om het bewijs te leveren (bv. het vorderen van onderzoeksmaatregelen), dan zou een wering van het onrechtmatig verkregen bewijs sneller tot de mogelijkheden behoren.[68] In die zin ook overwoog het hof van beroep te Gent in het bestreden arrest dat de verkoper van de wagen zijn vordering ook op een andere rechtmatige wijze kon bewijzen.[69] Indien het te bewijzen feit tot de oplossing van het geschil leidt, dan zou het recht op bewijs volgens sommigen eveneens zwaarder doorwegen en het ongeoorloofd bewijs dus niet (snel) uit de debatten kunnen worden geweerd.[70]

19. Tot slot vermeldt het Hof van Cassatie ook de omstandigheid van de "houding van de wederpartij", zijnde dus de partij tegen wie het onrechtmatig verkregen bewijs wordt aangewend. Het Hof verduidelijkt niet wat hieronder precies begrepen moet worden. De rechtsleer die deze omstandigheid eerder vermeldde, verwijst hier voornamelijk naar de situatie waarin de wederpartij verzaakt aan haar bewijsmedewerkingsplicht, bijvoorbeeld door bewijsmateriaal achter te houden.[71] Het algemeen rechtsbeginsel van de verplichte en loyale medewerking van partijen aan de bewijsvoering[72], thans verankerd in artikel 8.4, derde lid BW, houdt inderdaad de verplichting in voor een procespartij om de bewijsgaring voor haar tegenpartij mogelijk te maken. In bepaalde omstandigheden kan dit beginsel, dat niet beperkt is tot situaties van bewijsnood[73], ook de verplichting behelzen om aan de tegenpartij informatie te verstrekken waarover men zelf beschikt.[74] Indien een partij tekortschiet aan haar bewijsmedewerkingsplicht, dan kan de rechter het onrechtmatig verkregen bewijs dat door de tegenpartij wordt aangewend, dus in de debatten houden.

Bepaalde rechtspraak en rechtsleer, veelal in de context van arbeidsverhoudingen, vult deze omstandigheid ruimer in. Meer bepaald zou het gedrag van de wederpartij in aanmerking kunnen worden genomen, in die zin dat indien de bewijsplichtige partij (bv. de werkgever) een vermoeden had van ernstig foutief, frauduleus of crimineel gedrag van de wederpartij (bv. de werknemer), het ongeoorloofd bewijs van die ernstige fout, fraude of criminele feiten (bv. bewijs verkregen middels een inbreuk op de privacy van de werknemer, hetgeen overigens geen absoluut recht is) sneller door de vingers zou kunnen worden gezien.[75] Deze visie leunt nauw aan bij een van de gespecifieerde omstandigheden uit het cassatiearrest van 10 maart 2008, namelijk dat "de ernst van het misdrijf (lees, in een civielrechtelijke context, veeleer: de fout of de verweten tekortkoming[76]) veruit de begane onrechtmatigheid (bij de bewijsgaring) overstijgt". Deze omstandigheid werd evenwel niet overgenomen door het Hof in zijn arrest van 14 juni 2021. Of rechters deze omstandigheid onder de huidige Antigoonleer nog in aanmerking kunnen nemen, is dus mogelijk voer voor discussie. Gelet op de o.i. niet-exhaustieve lijst van omstandigheden waarmee de rechter bij zijn beoordeling van de Antigooncriteria rekening kan houden (*supra*, randnr. 16, vn. 63), lijkt ons het antwoord affirmatief.

66. W. VANDENBUSSCHE, *o.c.*, 206, nr. 243.
67. E. DIRIX, "De vruchten van de giftige boom" in *Liber Amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, (263) 271-272; S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, "Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria", *Limb.Rechtsl.* 2019, (287) 303-304, nr. 26.
68. S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, *o.c.*, (287) 303, nr. 26. Zie ook (telkens i.v.m. een heimelijk gemaakte opname van een telefoongesprek) Gent 16 februari 2010, *TGR-TWVR* 2010, 258; Gent 6 september 2006, *DAOR* 2007, 326, noot B. ALLEMEERSCH.
69. Het is evenwel niet duidelijk welke andere wijze het hof precies voor ogen had.
70. S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, *o.c.*, (287) 304, nr. 26. Over het recht op bewijs, zie *infra*, randnr. 23.
71. E. DIRIX, *o.c.*, (263) 272; S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, *o.c.*, (287) 299, nr. 21.
72. Cass. 7 juni 2019, *Arr.Cass.* 2019, nr. 357, *RCJB* 2021, noot W. VANDENBUSSCHE, *P&B* 2020, 187, noot W. VANDENBUSSCHE en N. DE LATHAUWER; Cass. 14 november 2013, *Arr.Cass.* 2013, nr. 604.
73. B. VANLERBERGHE, "Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht" in J. ROZIE, S. RUTTEN en B. VANLERBERGHE (eds.), *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (27) 30, nr. 5 en 35, nr. 12.
74. B. VANLERBERGHE, *Het nieuwe burgerlijke bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 10-11, nr. 13. Zie ook Cass. 7 juni 2019, *Arr.Cass.* 2019, nr. 357, *RCJB* 2021, 249, noot W. VANDENBUSSCHE, *P&B* 2020, 187, noot W. VANDENBUSSCHE en N. DE LATHAUWER.
75. Arbh. Antwerpen 2 september 2008, *DAOR* 2010, 336, noot A. VAN BEVER; Arbrb. Gent 1 september 2008, *Computerr.* 2009, 215, noot D. DE BOT; Arbrb. Gent 17 oktober 2005, *Computerr.* 2006, 110, noot B. OOMS en P. VAN EECKE; Arbrb. Brussel 6 september 2001, *JTT* 2002, 52; S. DECLERCQ en M. SCHOUTEDEN, *o.c.*, (287) 299, nr. 20. Hierover ook F. KEFER, "Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité de la preuve", *RCJB* 2009, (333) 350-351, nr. 23, met verdere verwijzingen aldaar.
76. Hoewel civielrechtelijke procedures zeker niet altijd aansprakelijkheidsvragen betreffen (men denke bv. aan een vordering tot erkenning van vaderschap). Over deze gebrekkige/ontoereikende terminologie in het cassatiearrest van 10 maart 2008, zie o.a. D. MOUGENOT, "Antigone au milieu du gué. Le point sur l'utilisation des preuves recueillies irrégulièrement en matière civile", (127) 156-157, nr. 25.

5. EVALUATIE

20. Het arrest van 10 maart 2008, waarin het Hof van Cassatie voor het eerst de Antigoonleer toepaste in een niet-penale zaak, vormde de voedingsbodem voor een aanhoudende controverse in de rechtspraak en de rechtsleer over het lot van ongeoorloofd bewijs in burgerlijke zaken. Een van de voornaamste twistpunten was of de Antigoonleer voortaan gold in alle burgerlijke zaken. Het voorliggend cassatiearrest van 14 juni 2021 schenkt daarover klare wijn: de Antigoonleer, die de wering van onrechtmatig verkregen bewijs facultatief maakt en aan voorwaarden onderwerpt, is onverkort van toepassing in burgerlijke zaken. Dit is een welgekomen verduidelijking die de rechtszekerheid alleen maar ten goede kan komen.

Eveneens toe te juichen is dat Cassatie zijn drie Antigooncriteria in burgerlijke zaken heeft herleid tot twee criteria. Het nietigheidscriterium is, om de hierboven aangehaalde redenen, terecht verdwenen (*supra*, randnr. 11). Dit neemt niet weg dat ook de twee resterende criteria (betrouwbaarheid van het bewijs en recht op een eerlijk proces) vatbaar zijn en blijven voor kritiek (*supra*, randnr. 11). Dit geldt met name voor het criterium van de betrouwbaarheid van het bewijs, dat in wezen een aspect van bewijswaardering betreft dat losstaat van de vraag naar de geoorloofdheid van het bewijs en de gevolgen van een dergelijke ongeoorloofdheid.

Tot slot heeft het Hof ook de omstandigheden herzien die de rechter moeten helpen bij de beoordeling van de Antigooncriteria. Waar het in 2008 nog letterlijk de omstandigheden uit zijn strafrechtelijke Antigoonrechtspraak overnam, laat het Hof deze omstandigheden thans terecht achterwege en vervangt het deze door omstandigheden die duidelijk meer aansluiten bij de aard van het burgerlijk proces. Het Hof poneert in dit verband een aantal interessante nieuwe omstandigheden, waaronder de bewijsnood van de partij die het onrechtmatig verkregen bewijs aanwendt.

Het voorliggend arrest mag dan ook gerust als de nieuwe standaard inzake ongeoorloofd bewijs in burgerlijke zaken worden aanzien. Toch houdt men best nog een slag om de arm, aangezien het arrest gewezen werd door "slechts" drie raadsheren en het bovendien niet de eerste keer zou zijn dat de Franstalige afdeling van het Hof van Cassatie er een andere visie op nahoudt.

21. Tegelijk laat dit arrest ook een aantal vragen onbeantwoord. Daarbij denken we met name aan de vraag of de Antigoonleer ook geldt voor onrechtmatig bewijs *in se*. Sommigen zullen op basis van een letterlijke lezing van dit arrest (waarin, net als in 2008, enkel gewag wordt gemaakt van "onrechtmatig verkregen bewijs") mogelijk opnieuw – ten onrechte evenwel volgens ons (*supra*, randnr. 10) – trachten te argumenteren dat de nieuwe Antigoontoets in burgerlijke zaken beperkt is tot onrechtmatig verkregen bewijs en niet geldt voor onrechtmatig bewijs *in se*. Bovendien betrof het bewijs in kwestie (de heimelijk gemaakte geluidsopname), anders dan het bewijs uit het arrest van 2008, dit keer wel onrechtmatig verkregen bewijs. Onrechtmatig bewijs *in se* zou in deze visie dan verplicht tot bewijsuitsluiting moeten leiden.

Het antwoord op deze vraag is niet louter van theoretisch belang, maar is onder meer pertinent voor wat het gebruik van bewijs dat gedekt is door het beroepsgeheim betreft. Dit wordt gezien als een typevoorbeeld van onrechtmatig bewijs *in se*.[77] Indien men aanneemt dat de Antigoonleer ook geldt voor onrechtmatig bewijs *in se*, dan betekent dit dat er gevallen kunnen zijn waarin de rechter oordeelt dat bewijs dat in strijd met het beroepsgeheim werd vergaard, toch in rechte mag worden gebruikt. Dit laatste ligt, zeker voor wat het beroepsgeheim in de relatie advocaat-cliënt betreft, moeilijk.[78] In strafzaken heeft het Hof van Cassatie de Antigoontoets (art. 32 V.T.Sv.) reeds van toepassing verklaard op bewijs dat een schending inhoudt van het beroepsgeheim.[79]

22. Wanneer we het bredere plaatje bekijken, kunnen we stellen dat het cassatiearrest van 14 juni 2021 een belangrijke, maar al bij al voorzichtige stap vooruit is voor het leerstuk van ongeoorloofd bewijs in burgerlijke zaken. Het

77. D. MOUGENOT, "Le point sur la jurisprudence Antigone en matière civile", *JT* 2017, 69, nr. 1; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht (2000-2013)", *TPR* 2015, (597) 655, nr. 54; B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, *o.c.*, (41) 41-43, nrs. 4-9.

78. Hierover o.m. F. BLOCKX, "Antigoon en het beroepsgeheim: nieuwe evolutie maar nog geen antwoord" (noot onder Cass. 18 januari 2018), *D&T* 2018, (92) 94, nr. 7; F. BLOCKX, "Kan informatie verkregen door een schending van het beroepsgeheim worden 'witgewassen' dankzij de Antigoonleer?" (noot onder Gent 7 november 2013), *T.Gez.* 2014-15, (359) 362, nr. 7. DIRIX bv. lijkt, inzake het leerstuk van ongeoorloofd bewijs in burgerlijke zaken, een uitzondering te maken voor bewijsgaring die plaatsvond met miskenning van het beroepsgeheim, wat zou moeten leiden tot bewijsuitsluiting (E. DIRIX, "De vruchten van de giftige boom", (263) 272). Zie daarentegen de rechtspraak van het hof van beroep te Gent waarin het hof de *Antigoon*-leer in burgerlijke zaken toepast op bewijs dat een schending behelst van het medisch beroepsgeheim: Gent 18 maart 2010, *T.Gez.* 2010-11, 398, noot S. DEFLOOR; Gent 7 november 2013, *T.Gez.* 2014-15, 359, noot F. BLOCKX.

79. Cass. 29 mei 2018, *Arr.Cass.* 2018, nr. 340 (het betrof in deze zaak het medisch beroepsgeheim). Zie ook KI Antwerpen 25 juni 2020, *NC* 2021, 59 (eveneens m.b.t. het medisch beroepsgeheim; de KI besloot dat bewijsgaring met inbreuk op het beroepsgeheim de betrouwbaarheid van het bewijs niet aantastte en evenmin het recht op een eerlijk proces schaadde, zodat het bewijs niet geweerd werd); R. VERSTRAETEN, "De granaataanslag, het beroepsgeheim en Antigoon" (noot onder KI Antwerpen 25 juni 2020), *NC* 2021, (62) 66 *et seq.*; F. LUGENTZ, "Les effets de l'irrégularité de la preuve dans la procédure pénale. Trois ans de l'application de la loi du 24 octobre 2013", *JT* 2017, (61) 65-66. Dit betekent vanzelfsprekend niet dat een schending van het beroepsgeheim (bv. in de relatie advocaat-cliënt) niet tot bewijsuitsluiting kan leiden, meer bepaald op grond van het *Antigoon*-criterium van het gevaar voor het recht op een eerlijk proces.

arrest vormt zeker geen revolutie. Daarvoor ent het Hof zijn Antigoonleer *in civilibus* nog steeds in te belangrijke mate op de Antigoonleer *in penalibus*. Dit uit zich in het bijzonder op het vlak van de twee hoofdcriteria (betrouwbaarheid van het bewijs en recht op een eerlijk proces) die, zoals hoger beschreven, geen zaligmakende criteria zijn, zeker niet in burgerlijke zaken.

Hetzelfde geldt voor de omstandigheden die de rechter in acht dient te nemen bij de beoordeling van de twee voormelde criteria. Het is zonder meer een stap in de goede richting dat het Hof de penale omstandigheden uit zijn arrest van 10 maart 2008 niet langer handhaaft en een aantal nieuwe omstandigheden in de plaatst stelt die veel meer op maat van het burgerlijk proces zijn geschreven. Anderzijds zijn ook deze omstandigheden geen wonderoplossing voor de beoordeling van het lot van ongeoorloofd bewijs in civiele zaken.

23. Wij sluiten ons dan ook aan bij de strekking in de rechtspraak en rechtsleer die, voor de vraag of ongeoorloofd bewijs in burgerlijke zaken geweerd moet worden, een afweging voorstaat tussen het recht op bewijs van de procespartij die het ongeoorloofd bewijs aanwendt aan de ene kant en het geschonden (grond)recht aan de andere kant (*supra*, randnr. 12).[80]

Het recht op bewijs, dat voortvloeit uit de artikelen 6 EVRM en 14 IVBPR en het algemene rechtsbeginsel van het recht van verdediging, is "het recht van elke procespartij om de bewijselementen over te leggen waarover zij zelf beschikt en om aan de rechter te vragen dat de bewijselementen waarover zij niet beschikt, zouden worden verzameld door de uitvoering van bepaalde onderzoeksmaatregelen, waarover de rechter oordeelt".[81] Het recht op bewijs is geen absoluut recht[82], net zomin overigens als bijvoorbeeld het recht op privacy van de partij tegen wie het ongeoorloofd bewijs wordt aangewend. Dit maakt dat de rechter het recht op bewijs kan afwegen tegen de concurrerende (grond)rechten, zoals het recht op bescherming van de privacy.

Een dergelijke afweging moet de rechter toelaten om, wanneer hij geconfronteerd wordt met ongeoorloofd bewijs, op gepaste wijze te beslissen over de al dan niet wering van het ongeoorloofd bewijs. Daarbij kan de rechter desgevallend een of meer van de omstandigheden uit het cassatiearrest van 14 juni 2021 (bv. de bewijsnood of de houding van de wederpartij) mee in rekening nemen ter ondersteuning van zijn rechtenafweging. De essentie van zijn afweging dient evenwel te bestaan uit het recht op bewijs versus het geschonden (grond)recht.

Wij zijn er ons van bewust dat ook een dergelijke afweging, net zoals dat overigens vandaag het geval is met de bestaande Antigoonleer, onvermijdelijk tot casuïstiek zal leiden. Dit hoeft evenwel niet problematisch te zijn. De beslissingen van de diverse hoven en rechtbanken die in het verleden reeds een dergelijke afweging toepasten, vormen o.i. het beste bewijs dat er wel degelijk een gepast antwoord kan worden geboden op de vraag naar het lot van ongeoorloofd bewijs, met respect voor de concurrerende rechten van de procespartijen.

---

80. Gent 9 februari 2017, *RW* 2020-21, 300; Gent 27 oktober 2016, *RW* 2020-21, 22; Vz. Orb. Henegouwen (afd. Charleroi) 26 april 2017, *TBH* 2019, 1116, noot N. DELWAIDE; B. VANLERBERGHE, "Deel V. Het bewijs" in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (1013) 1024, nr. 1393; B. VANLERBERGHE, "Actuele problemen inzake het bewijs in het sociaal recht" in A. VAN REGENMORTEL en J. ROZIE (eds.), *Sociaal procesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2018, (111) 134, nr. 25; J. VAN COMPERNOLLE, "L'incidence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'administration de la preuve dans le procès civil" in G. DE LEVAL (ed.), *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2011, (7) 22-24, nrs. 15-17. Dit is ook de benadering waarvoor het Franse recht kiest. Zie Cass. (Fr.) (1re civ.) 5 april 2012, nr. 11-14.177, www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000025662234; Cass. (Fr.) (1re civ.) 31 oktober 2012, nr. 11-17.476, www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000026572784; G. Lardeux, "Le droit à la preuve: tentative de systématisation", *RTD Civ.* 2017, 1-26.

81. Cass. 11 september 2020, *RABG* 2020, 1554 (met een quasi letterlijke overname van de definitie bij B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 410, nr. 100). Voor bevestiging van het recht op bewijs als onderdeel van art. 6 EVRM, zie EHRM 13 mei 2008, nr. 65097/01, *N.N. en T.A. / België*, www.hudoc.echr.coe.int; EHRM 10 oktober 2006, nr. 7508/02, *L.L. t. Frankrijk*, www.hudoc.echr.coe.int.

82. Cass. 11 september 2020, *RABG* 2020, 1554; EHRM 13 mei 2008, nr. 65097/01, *N.N. en T.A. / België*, § 43.