

Recente ontwikkelingen met betrekking tot het bewijs in burgerlijke zaken

Kris Wagner

Advocaat

I. Doelstellingen van het bewijs: waarheidsvinding met eerbiediging van het recht

1. Het bewijs in burgerlijke zaken is gericht op waarheidsvinding met eerbiediging van het recht. Het begrip "burgerlijke zaken" wordt hier gebruikt in ruime zin (dus met inbegrip van handelszaken), en ter uitsluiting van "strafzaken". Alles wat te maken heeft met het strafrecht blijft buiten beeld, ten eerste omdat het bewijs in strafzaken een onderwerp is dat zelf het voorwerp zou kunnen uitmaken van een afzonderlijke studiecycclus, en ten tweede omdat het bewijs in strafzaken onderworpen is aan een afzonderlijke reglementering en aan een eigen logica¹. De strafrechter die uitspraak doet over burgerlijke belangen, past wel de burgerlijke bewijsregels toe².

¹ Zie onder meer over het bewijs in strafzaken: S. BERNEMAN, "Over (al dan niet) nietige doch niet-temin betrouwbare bewijzen", (noot onder K.I. Antwerpen 19 februari 2007), *RABG* 2007, 826; R. DECLERCQ, *La preuve en matière pénale*, Brussel, Swinnen, 1988; A. DE NAUW, "Les règles d'exclusion relatives à la preuve en procédure pénale belge", *R.D.P.* 1990, 722; B. DE SMET, "Stromingen in het stelsel van nietigheden. Nieuwe criteria voor de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs", *T. Strafr.* 2005, 248; M. DE SWAEF, conclusie voor Cass. 14 oktober 2003, *R. W.* 2003-04, 814 en *T. Strafr.* 2004, 129; D. DE WOLF, "Nieuwe wending in de rechtspraak betreffende de sanctie bij onrechtmatig verkregen bewijs", *R. W.* 2003-04, 1235; D. HOLSTERS, "Bewijsmiddelen in strafzaken", in *Commentaar strafrecht en strafvordering*, Antwerpen, Kluwer, 1995, losbl.; L. HUYBRECHTS, "Het gebruik in het strafproces van een ander strafdossier of van bepaalde stukken", in *Om deze redenen. Liber amicorum A. Vandeplas*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 288; F. SCHUERMANS, "De nieuwe cassatierechtspraak inzake de sanctionering van het onrechtmatig verkregen bewijs: doorbraak of bres?", *RABG* 2004, 337; Ph. TRAEST, *Het bewijs in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 1992; Ph. TRAEST, "De rol van de particulier in het bewijsrecht in strafzaken", in *Liber amicorum Jean du Jardin*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 68; Ph. TRAEST, "Onrechtmatig doch bruikbaar bewijs: het Hof van Cassatie zet de bakens uit", (noot onder Cass. 14 oktober 2003), *T. Strafr.* 2004, 129; F. VERBRUGGEN, "Vindt het Spook van Antigoon rust? Franstalig 'schoonmoedersarrest' als slotluik van de nieuwe cassatierechtspraak over de uitsluiting van onrechtmatig bewijs?", (noot onder Cass. 12 oktober 2005), *T. Strafr.* 2006, 25; R. VERSTRAETEN en S. DE DECKER, "Antigoon sluit de achterpoort, maar opent een raam", (noot onder Cass. 16 november 2004), *T. Strafr.* 2005, 285.

² Corr. Dinant 2 december 1976, *R.R.D.* 1977, 131; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Brussel, Larcier, 1991, 5, voetnoot 2.

Het begrip "Bewijs in burgerlijke zaken" zoals hier gebruikt, is synoniem van "het gemeen bewijsrecht". Dit vindt toepassing in alle materies, inclusief het fiscaal recht³ en het administratief recht⁴, in zoverre er geen bijzondere wetsbepalingen van afwijken⁵.

2. De werkelijkheid (de realiteit) is datgene wat bestaat. De waarheid is de overeenstemming tussen een opvatting en de werkelijkheid.

De juridische realiteit (en ook de juridische waarheid), is heel vaak een *geconstrueerde* werkelijkheid (*c.q.* waarheid).⁶ Vele fenomenen uit het recht bestaan echt, maar zijn niet tastbaar. Zo bijvoorbeeld de wilsovereenstemming tussen twee partijen: de jurist gaat ervan uit dat die werkelijk kan bestaan, zelfs al is een wilsovereenstemming niet tastbaar. Ook een fout is iets waarvan de jurist aanneemt dat het echt bestaat, maar toch gaat het om een abstract begrip, een concept, geen fysische realiteit.

Het bewijs van een gegeven (het te bewijzen element, meestal een rechtsfeit) betekent voor de jurist dat een opvatting daarover als voldoende waarschijnlijk mag gelden om haar te laten gelden als de (juridische) waarheid, zodat het "bewezen" element geacht wordt overeen te stemmen met de werkelijkheid. De juridische waarheid is niet altijd dezelfde als de absolute (of "objectieve") waarheid. Immers, met een bewering waarvan het bewijs niet wordt geleverd, kan in rechte geen rekening worden gehouden: *Non esse et non probari idem est* (niet bestaan en niet bewezen worden is hetzelfde).

Het bewijsrecht is erop gericht om de besluitvorming van de rechter zo vaak mogelijk en in zo goed mogelijke omstandigheden te laten steunen op *c.q.* uitmonden in de juridische waarheid, d.w.z. dat de opvattingen van de rechter over de feiten zo goed mogelijk overeenstemmen met de realiteit.

In het recht is nauwelijks ruimte voor absolute waarheid, in de zin van onveranderlijke wetmatigheden zoals er in de natuurwetenschappen een aantal bestaan (een steen die men op de planeet Aarde laat vallen in de lucht, bij normale atmosferische luchtdruk, zal nooit naar boven vallen, ook al voert men dat experiment miljarden malen uit). Wanneer een onderzoek naar het vaderschap uitwijst dat een bepaalde man de vader is van het kind, is dat niet de absolute waarheid. Immers: DNA-onderzoek gaat steeds uit van een bepaalde graad van waarschijnlijkheid

³ Zie: Th. AFSCHRIFT, *Traité de la preuve en droit fiscal*, Brussel, Larcier, 2004.

⁴ Zie: F. DEBAEDTS, "Beschouwingen omtrent het bewijs in geschillen van bestuur", in X. (ed.), *Recht in beweging. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. Ridder R. Victor*, Antwerpen, Kluwer, 1973, 127.

⁵ N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Brussel, Larcier, 1991, 5.

⁶ Zie ook: J.-C. LEYS, "Vérité et vérité judiciaire", in X. (ed.), *Liber amicorum Jean-Pierre de Bandt*, Brussel, Bruylant, 2004, 185.

om van "het
het fiscaal
sbepalingen

l is de over-

1 geconstru-
estaan echt,
en twee par-
en wilsover-
eemt dat het
geen fysische

atsfeit) bete-
hijkelijk mag
t "bewezen"
de juridische
eid. Immers,
te geen reke-
taan en niet

o vaak moge-
uitmonden in
de feiten zo

van onveran-
antal bestaan
ormale atmo-
t experiment
wijst dat een
heid. Immers:
schijnlijkheid

n X. (ed.), *Recht*
wer, 1973, 127.

Pierre de Bandt,

(bv. er is een kans van 1 op drie miljard dat een andere man de vader is). Voor de jurist mag echter zo'n graad van waarschijnlijkheid volstaan om te besluiten dat de man in kwestie de vader is.

Opdat het *bewijs* van een bewering geleverd wordt, mag de jurist genoegen nemen met een voldoende hoog geachte graad van waarschijnlijkheid.

De juridische waarheid (en kennis daarvan) is een vrij pragmatisch begrip, dat door de Amerikaanse filosoof R. Rorty goed wordt weergegeven (ook al beperkt Rorty zich niet tot de juridische waarheid): "'knowledge' is, like 'truth', simply a compliment paid to the beliefs which we think so well justified that, for the moment, further justification is not needed"⁷.

Een bijzondere uitdaging voor de rechter in dit verband, is dat hij geroepen wordt uitspraak te doen over gebeurtenissen waar hij vrijwel nooit zelf bij aanwezig was. De rechter die bv. het overspel bewezen acht, is in beginsel niet aanwezig terwijl het overspel zich voltrekt. Ook de gerechtsdeurwaarder die het overspel vaststelt, stelt omzeggens nooit het overspel vast, maar wel gegevens die het waarschijnlijk maken dat overspel zich heeft afgespeeld (bv. twee mensen bevinden zich in nachtkledij in een huis, door manuele bevoeling stelt de gerechtsdeurwaarder vast dat slechts één bed warm aanvoelt). Op zich levert dat geen absoluut bewijs van overspel of een overspelige relatie, want het is ook mogelijk dat een man met de wagen rondrijdt en zonder benzine valt en toevallig aanbelt aan een willekeurig gekozen woning, waarna de vrouw die daar woont de man binnenlaat voor de nacht omdat het koud en donker is, waarna ze hem uit menslievendheid onderdak aanbiedt in de enige slaapkamer die het huis telt: de rechter die geconfronteerd wordt met een dergelijke verklaring, weet nooit met *absolute* zekerheid of dat misschien toch niet de waarheid zou kunnen zijn.

De rechter krijgt m.a.w. bepaalde fragmenten van informatie, bepaalde bouwstenen, waarmee hij zich een overtuiging vormt m.b.t. datgene wat zich in werkelijkheid heeft afgespeeld – m.a.w. de juridische waarheid is meestal een constructie gesteund op fragmentarische informatie, die samenhangt op basis van gevolgtrekkingen en veronderstellingen.

Hoe waarschijnlijk iets moet zijn vooraleer de rechter het als bewezen mag achten, valt niet in cijfers te vatten. In het Amerikaanse recht spreekt men van de "beyond reasonable doubt"-drempel in het strafrecht en de "preponderance of the evidence"-drempel in burgerlijke zaken (waarbij de verschillen tussen die drempels soms aanleiding kunnen geven tot uiteenlopende resultaten): de facto is de situatie in ons bewijsrecht niet fundamenteel anders. De innerlijke overtuiging van de rech-

⁷ R. RORTY, *Objectivity, relativism, and truth*, Cambridge, University Press, 1991, 24.

ter wordt gevormd aan de hand van het geheel van de elementen van het dossier, aangevuld met feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels. Cijfermatige elementen (statistiek, kansberekening) zijn slechts zelden aan de orde in burgerlijke procedures (en als dergelijke technieken al aan bod komen, is het meestal in verslagen van gerechtsdeskundigen).

Wie het bewijs in rechte van iets wil leveren, moet dan ook geen wetenschappelijke maar slechts gerechtelijke zekerheid beogen, d.i. een hoge graad van waarschijnlijkheid, in overeenstemming met de normale gang van zaken, zodat de rechter niet ernstig meer aan het tegendeel moet denken, ook al is dit theoretisch nog mogelijk⁸.

3. Het volgende voorbeeld (waarvan elementen ontleend werden aan een verslag van een gerechtsdeskundige, nl. de mathematische elementen), is illustratief voor het verschil tussen de absolute waarheid en de juridische waarheid. De kans om met een teerling een 6 te gooien, is 1 op 6 ($= 0,1667$). De kans om 2 keer na elkaar een 6 te gooien, is $1/6 \times 1/6$, of anders gezegd, $(1/6)^2$. Dit is $0,1667 \times 0,1667 = 0,0278$. De kans dat men 100 maal na elkaar een 6 gooit is $(1/6)$ tot de honderdste macht $= 0, \dots 77$ nullen $\dots 15$. Die kans is dus niet gelijk aan 0. Er is een (kleine) kans dat u erin slaagt om 100 keer na elkaar een 6 te gooien.

Als men de zaken puur mathematisch bekijkt, is de volgende uitspraak juist: "het is niet zeer waarschijnlijk dat u 100 keer na elkaar een 6 gooit met een teerling". Ook juist is echter: "het is niet onmogelijk dat u 100 keer na elkaar een 6 gooit" (immers: als men dit biljoenen of triljarden malen doet, gaat het misschien eens lukken). Ook juist is dus: u gaat misschien ooit $100 \times$ na elkaar een 6 gooien.

Hoe de rechter tot zijn innerlijke overtuiging komt, is echter niet in kansberekening te vatten. Vandaar dat bewijs in rechte vaak gesteund is op overwegingen als: de stelling van partij x is niet geloofwaardig, of, het komt als uiterst onwaarschijnlijk voor dat, of, het kan niet worden aangenomen dat, etc.

Het bovenstaande impliceert ook dat indien een gerechtsdeskundige zijn conclusie baseert op een door hem becijferde waarschijnlijkheid, dit niet verhindert dat men zijn conclusie toch aanwendt als bewijselement. Anders gezegd, u gaat *waarschijnlijk* nooit $100 \times$ na elkaar een 6 gooien, maar dat betekent niet dat een rechtbank, die moet zoeken naar de *juridische waarheid*, zou moeten besluiten: het is onzeker en bijgevolg niet bewezen dat u nooit $100 \times$ na elkaar een 6 zal gooien. De rechtbank mag juridisch geheel correct besluiten: u zal nooit $100 \times$ na elkaar een 6 gooien, ook al zegt de mathematicus misschien voorzigtiger: u zal waarschijnlijk

⁸ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, in *Beginnselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1969, nr. 117, p. 361.

nooit $100 \times$ na elkaar een 6 gooien (d.i.: u zal misschien ooit wel $100 \times$ na elkaar een 6 gooien). Twee uitspraken die *prima facie* tegenstrijdig zijn, zijn dit m.a.w. niet altijd, met name als wordt uitgegaan van een ander waarheidsbegrip. In ontelbare uitspraken van de jurist die zegt, het is zeker dat, of het is bewezen dat, is eigenlijk stilzwijgend begrepen: ... naar genoegen van recht. Als de mathematicus volhoudt dat het hem misschien ooit wel gaat lukken, mag de jurist hem bijgevolg tot de orde roepen en zeggen: het gaat u met zekerheid nooit lukken.

4. Een typisch kenmerk van de juridische waarheid tegenover de absolute waarheid, is dat de juridische waarheid niet zelden geconstrueerd wordt aan de hand van elementen die op zich niets bewijzen. Wel is het denkbaar dat een reeks toevalligheden samen wordt beschouwd en als geheel toch wordt geacht een bewijs op te leveren.

Een voorbeeld maakt het voorgaande duidelijk, ook al is het misschien een voorbeeld uit de strafrechtelijke sfeer. A wordt aangereden door B en het voertuig van A is beschadigd. B pleegt vluchtmisdrijf. A verklaart aan de verbalisanten: ik ben aangereden door een witte auto van het merk x, type y, en met nummerplaat beginnend met de drie letters abc. Ik heb gezien dat de spiegel van de auto van B werd afgerukt en dat B met zijn hoofd tegen zijn voorruit gebotst heeft. Stel dat de verbalisanten vervolgens twee weken later een eigenaar van zo'n voertuig traceren, van hetzelfde type en hetzelfde merk, met een nummerplaat met dezelfde drie letters. Stel dat er in het land nog tien andere voertuigen zijn die aan zulke beschrijving voldoen. Bij één persoon stelt men echter vast dat het voertuig inmiddels in het blauw werd gespoten, waaronder witte lak wordt aangetroffen, en de betrokkene heeft een buil op het voorhoofd. Verder is één spiegel oud en lijkt de andere vernieuwd. Op zich bewijzen al deze elementen niets. Het is theoretisch mogelijk dat B met de zaak niets te maken heeft. Toch kan men in een dergelijk geval, op grond van een reeks toevalligheden die op zich (afzonderlijk genomen) niets bewijzen, toch besluiten dat het naar genoegen van recht vaststaat dat B de schade heeft veroorzaakt.

5. Het bewijsrecht is het geheel van regels die bepalen hoe de partijen de rechter mogen trachten te overtuigen van de overeenstemming tussen hun weergave van de feiten enerzijds en de realiteit anderzijds, en welke middelen de rechter ter beschikking staan om de overeenstemming na te gaan tussen de feiten zoals weergegeven door de partijen enerzijds en de realiteit anderzijds.

Zorgen dat de waarheid aan het licht komt, is m.a.w. de ultieme doelstelling van het bewijs(recht).

6. Kenmerkend voor het bewijsrecht is dat dit in sommige gevallen een *doel op zich* is. Paradoxaal genoeg is dat geen kenmerk van het procesrecht in het algemeen, waarvan het bewijsrecht (toch in grote mate) deel van uitmaakt. Procesrecht is geen doel op zich maar heeft een dienende functie, nl. bewerkstelligen dat de rechtzoekende binnen een redelijke termijn en tegen aanvaardbare kost een rechtvaardige uitspraak verkrijgt van een onafhankelijke en onpartijdige rechter⁹. Wanneer een procedureregeling miskend is, moet dat niet noodzakelijk aanleiding geven tot een resultaat dat erop neerkomt dat de proceshandeling nietig is of dat de vordering onontvankelijk is: vooraleer in het procesrecht een sanctie mag worden opgelegd, moet voldaan zijn aan een hele reeks randvoorwaarden.

In het bewijsrecht daarentegen, geldt dat in sommige gevallen de miskennis van de regels van het bewijsrecht op zich een reden is om een bewijselement uit het debat te weren, ook al heeft dit tot gevolg dat een uitspraak wordt gewezen waarvan eenieder weet dat zij niet beantwoordt aan de (absolute) waarheid. Het bewijsrecht bevindt zich in een spanningsveld tussen een zoektocht naar waarheid en naar recht.

Zo zijn er gevallen waarin de waarheid aan het licht komt op onrechtmatige wijze: in die gevallen kan er aanleiding zijn om met die waarheid geen rekening te houden. Aldus is het mogelijk dat iemand met het mes op de keel of met een pistool tegen het hoofd, een perfect waarachtige verklaring aflegt die een geheel nieuw licht op de zaak werpt: in een ontwikkeld rechtsstelsel, is er voor dergelijke verklaringen geen plaats. Soms is er m.a.w. een discrepantie tussen de juridische waarheid en de absolute waarheid, omwille van een schending van bepaalde rechtsregels.

Zo bijvoorbeeld had een man ooit een levensverzekering afgesloten met verzwijging van het feit dat hij reeds ernstige medische problemen had ondervonden. Na zijn overlijden kwam de verzekeringsmaatschappij in het bezit van een aantal medische getuigschriften die aantoonde dat de man de maatschappij onjuist had geïnformeerd. De maatschappij confronteerde de weduwe daarmee en zij bekende dat hij inderdaad reeds tweemaal een operatie had ondergaan vooraleer de verzekering af te sluiten. Toch vorderde zij uitbetaling van de verzekeringsvergoeding. Geoordeeld werd dat het gebruik van de getuigschriften een schending van het medisch beroepsgeheim opleverde, en dat zonder die getuigschriften de bekentenissen nooit zouden zijn afgelegd. De appelrechter – daarin gevolgd door het Hof van Cassatie – beschouwde de bekentenissen als ongeoorloofd, zodat dit bewijselement uit het debat werd geweerd¹⁰.

⁹ K. WAGNER, *Sancties in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2007, 21.

¹⁰ Cass. 18 april 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 1102.

doel op zich
et algemeen,
recht is geen
de rechtzoe-
echtvaardige
Wanneer een
even tot een
de vordering
en opgelegd,

kenning van
ment uit het
wezen waar-
Het bewijs-
waarheid en

natige wijze:
ning te hou-
een pistool
heel nieuw
lijke verkla-
lische waar-
valde rechts-

net verzwij-
vonden. Na
een aantal
onjuist had
zij bekende
er de verze-
vergoeding.
ling van het
bekentenis-
het Hof van
wijselement

De waarde die gehecht wordt aan de doelstelling van de waarheidsvinding tegenover respect voor andere normen of waarden, m.a.w. de afweging die men in dat verband maakt, is een evolutief gegeven. Of de balans vandaag nog in dezelfde richting zou doorhellen als in de aangehaalde rechtspraak, wordt hierna onderzocht (zie randnrs. 37 e.v.). Mijn rechtsgevoel wordt zwaarder geschokt – althans in het hierboven vermelde geval – door het bedrog (of minstens het aan bedrog grenzende stilzwijgen) dan door de schending van het medisch beroepsgeheim. In welke richting de balans vandaag ook zou overhellen, het arrest blijft alleszins een illustratie opleveren van het spanningsveld tussen *recht* en *waarheid*. Anders gezegd: rechtmatigheid valt niet altijd samen met waarachtigheid (ook al kan men van mening verschillen over de concrete gevolgen die in het aangehaalde voorbeeld moeten worden verbonden aan een schending van het medisch beroepsgeheim).

Het gegeven dat eerbiediging van het recht, naast waarheidsvinding, de fundamentele doelstelling is van het bewijsrecht, impliceert echter niet dat de minste of geringste miskennis van enige rechtsregel, meteen tot gevolg zou hebben dat een bewijsmiddel als onrechtmatig mag worden bestempeld. De doelstelling van de waarheidsvinding primeert in beginsel op de doelstelling van “eerbiediging van het recht”. Dat laatste is trouwens maar een doelstelling van het bewijsrecht omdat, in afwezigheid van die tweede doelstelling, de eerste doelstelling zelf reeds onder druk komt te staan. Immers, wanneer geen enkele rem staat op het streven naar waarheidsvinding, dan doemen spookbeelden op van godsoordelen of martelpraktijken. Wanneer het streven naar waarheidsvinding verabsoluteerd wordt (de waarheid en niets dan de waarheid, ten koste van alles), dan dreigt men te eindigen met iets dat alles is behalve de waarheid. E. Jakhian gebruikt de enigszins paradoxale uitdrukking van de “tirannie van de waarheid”, waarin dezelfde waarschuwing vervat ligt tegen verabsolutering van het streven naar waarheidsvinding¹¹.

Dat uitgangspunt kan trouwens een houvast bieden bij de beoordeling van situaties waarin de waarheid op gespannen voet staat met rechtmatigheid. Wanneer de onrechtmatigheid van die aard is dat, mocht zij getolereerd worden, de juistheid van de waarheidsvinding onder druk komt te staan, dan moet de onrechtmatigheid zwaarder doorwegen dan de eventuele onwaarheid.

Een voorbeeld illustreert dit: in sommige gevallen mag een gerechtsdeurwaarder vaststellingen doen zonder zijn hoedanigheid kenbaar te maken. Stel dat een fabrikant van een generisch geneesmiddel verbod wordt opgelegd om zijn product nog

¹¹ E. JAKHIAN, “Loyauté, confidentialité et secret”, in X. (ed.), *Liber amicorum Jean-Pierre de Bandt*, Brussel, Bruylant, 2004, 164.

verder te verkopen, met een bevel tot terugname uit de apotheek. De gerechtsdeurwaarder mag zich in zulke uitzonderlijke omstandigheden (immers: zijn hoedanigheid bekendmaken zou tot gevolg kunnen hebben dat wat hij nog kan vaststellen, de werkelijkheid niet getrouw weergeeft) voordoen als een patiënt en aan de apotheker vragen: kan u mij een pakje X verkopen? Als de apotheker vervolgens zegt dat hij X niet meer mag verkopen, is het goed mogelijk dat de voorraad zich nog in de apotheek bevindt, bv. omdat het redelijkerwijze nog niet mogelijk was om de voorraad ook fysiek te komen weghalen en het product toch niet meer binnen handbereik van de bezoekers van de apotheek ligt. In zo'n geval zou het niet toelaatbaar zijn dat de gerechtsdeurwaarder aandringt (bv. zeggen dat X bij hem beter werkt dan het product van de octrooihouder, of aandringen omdat hij zich enkel het generisch product kan veroorloven etc.) – als de gerechtsdeurwaarder aandringt of zich in enig opzicht anders gedraagt dan de gemiddelde klant of patiënt, is sprake van ongeoorloofde *uitlokking*, d.w.z. gedrag dat niet alleen wordt vastgesteld, maar dat niet had worden begaan zonder de abnormale handelingen van de uitlokker. De waarheid in dit voorbeeld is dat gedragingen gesteld worden die wellicht, in de gegeven omstandigheden, aanleiding kunnen geven tot verbeurte van een dwangsom. Op grond van de vereisten van de rechtmatigheid, mag nochtans met die waarheid geen rekening worden gehouden. Immers, het is evenzeer waar dat, zonder de onrechtmatigheid, de waarheid (die werd uitgelokt) wellicht nooit had bestaan.

Soms zal er aanleiding bestaan tot een belangenafweging of zelfs een afweging tussen twee onrechtmatigheden. Stel dat een bouwvakker van een stelling valt en beweert dermate helse pijnen te ondervinden in de ruggengraat sedert het ongeval, dat hij alleen nog maar in een rolstoel kan zitten en niet langer dan 1 minuut aan een stuk kan rechtstaan (of dat hij bv. alleen nog maar met krukken kan rondwandelen). Wat als nu een privédetective in opdracht van een verzekeringsmaatschappij in een boom klimt of op een dak kruipt en met een telelens beelden maakt van de bouwvakker, die iedere zaterdagmiddag de ganse middag met zijn kinderen in zijn tuin (niet zichtbaar vanop de openbare weg) voetbalt? Dergelijk gedrag van een privédetective kan ongetwijfeld beschouwd worden als onrechtmatig (schending van de privacy; het gaat bovendien om strafbaar gedrag dat verboden is door de detectivewet¹²), maar het is ook mogelijk dat het gedrag van de bouwvakker (naar bewering geheel arbeidsongeschikt) dat eveneens is (met name als de man in kwestie werkelijk fit is en elke werkdag in het zwart werkt op bouwerven, maar men geen bewijs kan vergaren daarover, omdat men niet weet waar die bouwwer-

¹² W. VAN LAETHEM, "Mogelijkheden en beperkingen bij het afluisteren en bespieden door privé-detectives", in J. MULKERS (ed.), *Privé-detectives – Ontwikkelingen inzake private opsporing*, Antwerpen, Maklu, 2002, 104.

echtsdeur-
hoedanig-
vaststellen,
an de apo-
volgens zegt
d zich nog
was om de
eer binnen
et niet toe-
hem beter
zich enkel
arder aan-
of patiënt,
wordt vast-
elingen van
worden die
: verbeurte
mag noch-
is evenzeer
ct) wellicht

veging tus-
ing valt en
et ongeval,
ninuut aan
1 rondwan-
naatschap-
maakt van
n kinderen
gedrag van
atig (schen-
den is door
ouwvakker
s de man in
erven, maar
: bouwwer-

en door privé-
beporing, Ant-

ven zijn). Zulke kwesties zijn erg delicaat, want het is ook mogelijk – maar welis-
waar onwaarschijnlijk – dat de bouwvakker wèl nog kan voetballen maar geen
enkele last kan dragen, zodat hij toch werkelijk arbeidsongeschikt is (en hij het
verhaal van de krukken enkel heeft opgedist om zich een vals bewijsmiddel te ver-
garen voor een feit dat wel een realiteit is...).

Als vaststaat dat een flagrant geval van fraude voorligt, waarbij de fraude enkel
kan worden bewezen aan de hand van beelden die gemaakt zijn met onrechtmatige
indringing in de persoonlijke levenssfeer, blijft nog maar één zekerheid overeind:
er is sprake van verschillende onrechtmatige gedragingen en van een realiteit die
slechts geacht kan worden de juridische waarheid te zijn, wanneer minstens één
onrechtmatigheid getolereerd wordt (meer hierover onder randnrs 37 e.v.).

Waarheidsvinding met eerbiediging van het recht is bijgevolg de centrale doelstel-
ling van het bewijsrecht én tegelijk de moeilijkste evenwichtsoefening ervan.

II. Analyse van enkele bewijsrechtelijke begrippen

A. Bewijs

7. Het bewijs is datgene wat een stelling (zo) waarschijnlijk (mogelijk) maakt. Het
bewijs is, anders gezegd, datgene wat de rechter dient te overtuigen van de over-
eenstemming tussen een bepaalde stelling en de werkelijkheid (d.i. de waarachtig-
heid van een stelling).

B. Bewijslast

8. De bewijslast beantwoordt de vraag wie het bewijs moet leveren. Het uitgangs-
punt hier is: wie iets beweert, moet bewijzen dat zijn bewering gegrond is¹³. Artikel
1315 B.W. raakt nochtans de openbare orde niet¹⁴. Partijen kunnen derhalve
m.b.t. de bewijslast een overeenkomst sluiten die afwijkt van de klassieke uitgangs-

¹³ Art. 1315 B.W.; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwer-
pen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1969, nr. 117, p. 359. Zie ook: J. KIRKPATRICK, "Es-
sai sur les règles régissant la charge de la preuve en droit belge", in *Liber Amicorum Lucien Simont*,
Brussel, Bruylant, 2002, 105.

¹⁴ Cass. 31 oktober 1997, *Arr. Cass.* 1997, nr. 440; Cass. 17 mei 2002, *Arr. Cass.* 2002, nr. 303. Dit
geldt trouwens niet alleen voor art. 1315 B.W.: de regels m.b.t. het bewijs, zijn in beginsel niet van
openbare orde, noch van dwingend recht (D. MOUGENOT, "La preuve", in *Rép. not.*, Brussel,
Bruylant, 2002, 69). Zie voor enkele uitzonderingen: *idem*, 70.

punten (nl. *Actori incumbit probatio* en *Reus excipiendo fit actor*¹⁵).

Er zijn wel uitzonderingen. Zo bv. mag in een levensverzekeringsovereenkomst niet de bewijslast worden gelegd op de begunstigde van de verzekering, dat de verzekerde geen zelfmoord heeft gepleegd. De wet legt de bewijslast in dit verband op dwingende wijze aan de zijde van de verzekeraar¹⁶.

C. Bewijsrisico

9. Het bewijsrisico beantwoordt de vraag welke partij enig nadeel (of minstens enige verzwakking van haar rechtspositie) ondervindt indien een bewijs niet kan worden geleverd. Als de rechter na toepassing van de bewijslastregels er niet in slaagt gerechtelijke zekerheid te verkrijgen omtrent een van de verdedigde stellingen, dan moet hij het geding beslissen ten nadele van de partij die overeenkomstig artikel 1315 B.W. het risico draagt van het bewijs of beter van het ontbreken van het bewijs¹⁷.

Het Hof van Cassatie oordeelde dat de onzekerheid of de twijfel die blijven bestaan na de bewijsvoering, in aanmerking moeten worden genomen tegen degene die de bewijslast draagt krachtens artikel 1315 B.W. en artikel 870 Ger. W.¹⁸.

D. Bewijsmiddel

10. Datgene waarmee men het bewijs van iets wil leveren, is een bewijsmiddel.

¹⁵ Zie voor een toepassing: Cass. 6 maart 2006, www.cass.be. De partij die een dringende reden tot onmiddellijk ontslag inroept, dient overeenkomstig art. 35, lid 8 van de Arbeidsovereenkomstenwet het bewijs hiervan te leveren – die regel wijkt niet af van de gemeenrechtelijke bewijslastverdeling vervat in art. 1315 B.W. en art. 870 Ger. W. Zodra de partij die de dringende reden inroept, het bewijs levert van feiten die kunnen worden beschouwd als een ernstige tekortkoming van de andere partij die elke professionele samenwerking tussen de partijen onmiddellijk en definitief onmogelijk maakt, draagt de andere partij de bewijslast van de door haar aangevoerde feiten, wanneer zij feiten aanvoert die als een exceptie in de zin van art. 1315 B.W. kunnen worden beschouwd (bv. eiser voert ongerechtvaardigde afwezigheid aan; verweerder betwist afwezigheid niet maar stelt dat hij vakantie had genomen met toestemming van de werkgever – het arrest dat vereist dat de werkgever aantoonde dat de werknemer eenzijdig en zonder voorafgaand overleg en akkoord van de werkgever de vakantieregeling had bepaald en dat de werknemer niet gerechtigd was in de betrokken periode vakantie te nemen, keert de bewijslast om en schendt art. 1315 B.W. en art. 870 Ger. W.). Zie ook Cass. 27 februari 2003, www.cass.be.

¹⁶ Art. 101 *juncto* art. 3 Wet Landverzekeringsovereenkomst; R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht. Deel III. Verbintenissen, Bewijsleer, Gebruikelijke contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 388.

¹⁷ B. CLAESSENS, "Totstandkoming en bewijs van overeenkomsten: algemene beginselen en contractuele modalisering", in X. (ed.), *Privaatrecht in de reële en virtuele wereld*, Antwerpen, Kluwer, 2002, 34; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1969, nr. 117, p. 362.

¹⁸ Cass. 20 maart 2006, www.cass.be.

E. Bewijswaarde

11. De bewijswaarde ("la valeur probante") is de overtuigingskracht die een bewijsmiddel uitoefent op de rechter. Het gaat m.a.w. om de geloofwaardigheid van een bewijsmiddel, d.w.z. de mate waarin de rechter zijn overtuiging door een bepaald bewijsmiddel laat leiden.

F. Bewijswaardering

12. De bewijswaardering is het onderzoek van de bewijswaarde van de bewijsmiddelen, m.a.w. de toekenning van een bepaalde mate van overtuigingskracht aan een bewijsmiddel.

Het onderzoek van de bewijswaarde van een bewijsmiddel, veronderstelt dat het bewijsmiddel toelaatbaar is. De bewijswaardering is m.a.w. in dat opzicht vergelijkbaar met het onderzoek van de gegrondheid van een vordering in rechte (als vaststaat dat het bewijsmiddel niet toelaatbaar is, moet de rechter de bewijswaarde ervan niet meer onderzoeken, net zoals de rechter de gegrondheid van een ontoelaatbare vordering niet hoeft te onderzoeken).

G. Bewijskracht

13. De bewijskracht ("la force probante") is een begrip dat aanduidt in welke mate de rechter de bewijswaarde van een bewijsmiddel mag of moet waarderen.

Met betrekking tot akten (zie over dat begrip randnrs. 25-26) onderscheidt men drie soorten van bewijskracht. De *externe bewijskracht* betreft de vraag of de voorliggende akte wel degelijk een akte is¹⁹. Een authentieke akte heeft externe bewijskracht, tot bewijs van het tegendeel, zodra zij er als een authentieke akte uitziet, d.w.z. indien zij aan de in artikel 1317 B.W. gestelde vereisten voldoet (in de wettelijke vorm verleden voor een ter plaatse van opstelling en tevens *ratione materiae* bevoegd openbaar ambtenaar)²⁰. Een onderhandse akte daarentegen, mist externe bewijskracht zolang zij niet erkend is door degene tegen wie men de akte inroept (art. 1322 B.W.).

De *formele bewijskracht* betreft de vraag of wat in de akte te lezen staat, wel degelijk door de ondertekenaar werd verklaard. Op dit stuk is de bewijskracht van de authentieke en de erkende onderhandse akte principieel gelijk: beide soorten van

¹⁹ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, in *Beginnselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1969, nr. 118, p. 366.

²⁰ W. VAN GERVEN, *idem*.

akten bewijzen, tot bewijs van het tegendeel, dat de ondertekenaar verklaard heeft wat boven zijn handtekening staat (is het waar *dat* er is verklaard?)²¹.

De *materiële bewijskracht* beantwoordt de vraag of wat verklaard is, ook waar is (is het waar *wat* er is verklaard?).

Volgens vaste cassatierechtspraak, miskent de rechter die aan een akte een uitlegging geeft die niet verenigbaar is met de bewoordingen ervan, de bewijskracht ervan²².

H. Bewijsvoering

14. De bewijsvoering betreft het procedé waarbij het bewijs van een bepaald element geleverd wordt (of niet geleverd wordt).

I. Bewijsgaring

15. De bewijsgaring is het bekomen van bewijsmiddelen.

J. Vrij bewijs

16. Vrij bewijs betekent dat partijen mogen te werk gaan op de wijze die hen beliebt om het bewijs te leveren van wat zij beweren. Dit begrip wordt gebruikt in tegenstelling tot het begrip gereguleerd bewijs. Bij een stelsel van vrij bewijs, is er geen wettelijk vastgelegde taakverdeling tussen de partijen en wordt de toelaatbaarheid en de bewijskracht van bewijsmiddelen niet wettelijk vastgesteld.

In strafzaken geldt een vrije bewijsregeling (zie art. 342 Sv.).

Ook het bewijs in handelszaken is vrij (art. 25 W. Kh.). Op dat beginsel bestaan enkele uitzonderingen: de wet vereist een geschrift voor het bewijs van het bestaan van een verzekeringscontract, van een vennootschap, van verbintenissen op basis van een wisselbrief. Men kan derhalve ook het uitgangspunt hanteren dat in han-

²¹ W. VAN GERVEN, *idem*.

²² Zie voor een toepassing: Cass. 11 september 2006, www.cass.be (het betrof een brief). Men spreekt in dit verband over de problematiek van de "bewijskracht van akten". Het arrest van 11 september 2006 illustreert dat die rechtspraak ook toepassing vindt op stukken die niet vallen onder de definitie van een akte (waarvan een onderdeel is: opgemaakt om als bewijs te dienen, zie randnr. 25), ofwel hooguit vallen onder een ruime definitie van een akte (nl. ieder geschrift met een handtekening).

delszaken het bewijs niet vrij is, doch gereglementeerd maar op minder rigoureuze wijze dan in het burgerlijk recht *sensu stricto*.²³

K. Gereglementeerd bewijs

17. Gereglementeerd bewijs betekent dat de bewijsregeling beheerst wordt door in de wet vervatte regels, die bepalen op welke wijze het bewijs geleverd dient te worden. Dit begrip wordt gebruikt in tegenstelling tot het begrip vrij bewijs.

In burgerlijke zaken is sprake van een gereglementeerd bewijs (de wet legt vast op wie de bewijslast rust e.d.m.).

Een uitzondering geldt voor wat betreft handelszaken, waar het bewijs vrij is (art. 25 W. Kh.), of minstens gereglementeerd doch op minder rigoureuze wijze dan in burgerlijke zaken *sensu stricto*.

In een stelsel van gereglementeerd bewijs is de tussenkomst van de rechter in de bewijslevering wettelijk bepaald, evenals de taakverdeling tussen de partijen inzake bewijs en de toelaatbaarheid en de bewijskracht van de bewijsmiddelen.

Nochtans blijft ook in een stelsel van gereglementeerd bewijs de rechter steeds op zijn persoonlijke opvatting aangewezen voor wat betreft de feitelijke beoordeling van het door partijen aangebrachte bewijs²⁴.

L. Geoorloofd bewijs

18. Geoorloofd bewijs is een bewijs dat zowel rechtmatig is, als rechtmatig verkregen werd. Of het bewijs toelaatbaar is, is een andere vraag, nu toelaatbaarheid en geoorloofdheid niet hetzelfde betekenen. De toelaatbaarheid van bewijsmiddelen betreft de vraag of krachtens de wet een bepaald bewijsmiddel op nuttige wijze kan worden aangewend om het bewijs te leveren. Zo bv. vereist de wet dat een arbitrageovereenkomst schriftelijk bewezen wordt. Een partij kan dus niet een getuige oproepen die komt bevestigen dat partijen overeengekomen waren om eventuele geschillen m.b.t. de uitvoering van de overeenkomst, te laten beslechten door arbiters. Zo'n getuigenbewijs zou ontoelaatbaar zijn, hoewel het niet als ongeoorloofd (d.i. onrechtmatig of onrechtmatig verkregen) moet worden gekwalificeerd.

²³ B. CLAESSENS, "Totstandkoming en bewijs van overeenkomsten: algemene beginselen en contractuele modalisering", in X. (ed.), *Privaatrecht in de reële en virtuele wereld*, Antwerpen, Kluwer, 2002, 32; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1969, nr. 116, p. 357.

²⁴ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1969, nr. 117, p. 360.

M. Onrechtmatig bewijsmiddel

19. Onrechtmatig bewijsmiddel is een synoniem van ongeoorloofd bewijsmiddel. Men onderscheidt het onrechtmatig bewijsmiddel in se tegenover het onrechtmatig verkregen bewijsmiddel.

De meest courante gronden van onrechtmatigheid van een bewijsmiddel, zijn miskenning van vertrouwelijkheid (bv. het beroepsgeheim of een discretieplicht), valsheid, en strijdigheid met de openbare orde en goede zeden.

N. Onrechtmatig verkregen bewijsmiddel

20. Het onrechtmatig verkregen bewijsmiddel is niet *an sich* onrechtmatig, doch werd op onrechtmatige wijze verkregen (bv. middels het plegen van een misdrijf, of met miskenning van een wettelijke bepaling, of met miskenning van een zorgvuldigheidsverplichting, bv. middels list of bedrog).

O. Wettelijke waarheid

21. *Res iudicata pro veritate habetur* (een rechterlijke uitspraak wordt geacht de waarheid te zijn). De wettelijke waarheid is niet noodzakelijk de absolute waarheid. De wettelijke waarheid is een mening over bepaalde gebeurtenissen die voor waar geacht wordt, omdat ervan wordt uitgegaan dat we geen betere toegang hebben tot de waarheid.

P. Waarheidsplicht

22. De partijen in een burgerlijk proces hebben weliswaar de verplichting om op loyale wijze mee te werken aan de bewijsvoering (meer hierover onder randnrs. 29 e.v.), maar hieruit afleiden dat de partijen de verplichting hebben om steeds de waarheid en de volledige waarheid te onthullen, is een gevolgtrekking waarvoor in het Belgisch positief recht geen wettelijke basis bestaat.

23. De waarheidsplicht van de advocaat is geen verplichting voor de advocaat om te allen tijde de waarheid te spreken. De waarheid spreken, gaat er immers van uit dat de advocaat de (absolute) waarheid kent, wat vaak niet het geval is.

De waarheidsplicht van de advocaat houdt in dat de advocaat geen stelling voor waar mag verkondigen, waarvan hij pertinent weet dat ze onwaar is. De advocaat mag de rechtbank niet welbewust misleiden.

Q. Negatief bewijs

24. Een negatief bewijs is het bewijs dat iets niet gebeurd is, of dat iets niet het geval is. Een negatief bewijs leveren is in principe onmogelijk en mag derhalve van niemand verwacht worden (*Nemo ad impossibile tenetur potest* – niemand kan tot het onmogelijke gehouden worden). Nochtans is eigenlijk slechts een *rechtstreeks* negatief bewijs onmogelijk. Een persoon kan bijvoorbeeld niet (rechtstreeks) bewijzen dat hij nooit een Nobelprijs gewonnen heeft. Hij zou wel een lijst kunnen voorleggen van alle Nobelprijswinnaars, waar zijn naam niet in vermeld is. Als hij elementen kan aandragen die de geloofwaardigheid en de volledigheid van die lijst aantonen, draagt dit wel bij tot de stelling dat het onwaarschijnlijk is dat hij ooit een Nobelprijs gewonnen heeft.

Of al dan niet sprake is van een negatief bewijs, kan gevolgen hebben voor de bewijslastverdeling. De regels m.b.t. de bewijslast zijn immers niet absoluut, nu de partijen in een burgerlijk geschil op loyale wijze moeten bijdragen tot de bewijsvoering. Men kan dus bv. niet van de tegenpartij verwachten dat zij bewijst dat zij iets niet wist. In zo'n geval, zal veeleer besloten moeten worden dat dan maar moet worden bewezen – desnoods door de partij op wie initieel geen bewijslast rustte – dat de betrokkene het wel wist.

R. Titel en akte

25. Het Burgerlijk Wetboek vermeldt in verschillende artikelen het begrip "titels" (zie bv. art. 1334 en 1335 B.W. i.v.m. "afschriften van titels"). Een titel is een geschrift (zie over het begrip "geschrift" de randnrs. 55 e.v.) waarin een originele handtekening (zie over het begrip handtekening randnr. 58) vervat is.

Titels kunnen onderhands of authentiek zijn. Zodra in een geschrift geen handtekening vervat ligt, is het geen titel meer²⁵.

26. De begrippen "titel" en "akte" worden in de praktijk door elkaar gebruikt. Men mag beide als synoniem beschouwen²⁶.

Opdat een geschrift zou kunnen gelden als een "akte", zou men op grond van artikel 1347 B.W. kunnen aannemen dat geen handtekening vereist is. Dat zou echter een gevaarlijke gevolgtrekking kunnen zijn. Artikel 1347 B.W. bepaalt dat de bewijsregels in de voorgaande artikelen uitzondering lijden wanneer er een begin

²⁵ H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, nr. 832.

²⁶ Ook DE CORTE beschouwt "akte" en "titel" als synoniemen (R. DE CORTE, *Overzicht van het burgerlijk recht*, Gent, Mys & Breesch, 2001, 295).

van bewijs van geschrift aanwezig is. Het tweede lid van dat artikel, geeft de volgende definitie: "Men noemt begin van bewijs door geschrift elke geschreven akte die uitgegaan is van degene tegen wie de vordering wordt ingesteld, of van de persoon door hem vertegenwoordigd, en waardoor het beweerde feit waarschijnlijk wordt gemaakt". De wetgever heeft het begrip "akte" in die bepaling gebruikt in de betekenis van "geschrift", met de bedoeling om gebruik van de term "geschrift" te vermijden in de definitie van "begin van bewijs door geschrift".

Het begin van bewijs door geschrift is een restcategorie waar alle geschriften (zie randnrs. 55 e.v. voor een analyse van het begrip "geschrift") onder vallen die geen titels of akten zijn. Opdat iets zou kunnen gelden als "begin van bewijs door geschrift" is geen handtekening vereist.

Een akte daarentegen, niettegenstaande gebruik van dat woord in artikel 1347 B.W. als synoniem van geschrift, moet wel degelijk ondertekend zijn. Een akte zonder handtekening is geen akte maar kan hooguit gelden als een geschrift. Een kopie van een akte is ook geen akte maar wel een kopie. Een kopie van een akte met een originele handtekening op de kopie, is geen kopie maar wel een akte.

De akte *sensu stricto* is een ondertekend geschrift, opgemaakt om tot bewijs te dienen, ter beschikking gesteld van hem ten gerieve van wie het stuk is opgemaakt²⁷. De akte *sensu lato* is een ondertekend geschrift²⁸.

III. Algemene kenmerken van het bewijsrecht

27. Het strafproces wordt gekenmerkt door een inquisitoriaal karakter, waarbij de rechter en het Openbaar Ministerie actief op zoek gaan naar de waarheid²⁹.

Het burgerlijk proces daarentegen, wordt gekenmerkt door zijn accusatoir karakter. De procespartijen bepalen de grenzen van het geding, waar de geadieerde rechter niet of slechts in zeer beperkte mate mag aan tornen: *Ne eat iudex ultra petita*

²⁷ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, in *Beginnelen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1969, nr. 118, p. 366; B. CLAESSENS, "Totstandkoming en bewijs van overeenkomsten: algemene beginselen en contractuele modalisering", in X. (ed.), *Privaatrecht in de reële en virtuele wereld*, Antwerpen, Kluwer, 2002, 35.

²⁸ R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht. Deel III. Verbintenissen, Bewijsleer, Gebruikelijke contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 400. De auteurs vermelden dat de handtekening het enige essentiële vereiste is voor een onderhandse akte (met verwijzing naar Cass. 13 november 1930, *Pas.* 1930, I, 356).

²⁹ J. VAN DEN HEUVEL en J. DU MONGH, "De waarheidsplicht van de advocaat. Bedenkingen bij art. 444, lid 1, Ger. W.", in X. (ed.), *Liber amicorum Jean-Pierre de Bandt*, Brussel, Bruylant, 2004, 239.

geeft de vol-
schreven akte
van de per-
aarschijnlijk
gebruikt in
"geschrift"

schriften (zie
llen die geen
bewijs door

artikel 1347
jn. Een akte
eschrift. Een
van een akte
en akte.

tot bewijs te
stuk is opge-

ht

r, waarbij de
heid²⁹.

satoir karak-
dieerde rech-
c *ultra petita*

pen, Standaard
ng en bewijs van
ri vaatrecht in de

*Bewijsleer, Ge-
lat de handteke-
ar Cass. 13 no-*

enkingen bij art.
Bruylant, 2004.

partium (het is de rechter niet toegestaan meer toe te kennen dan hetgeen door de partijen wordt gevorderd)³⁰.

Nochtans moet het zuiver accusatoir karakter van het bewijs in burgerlijke zaken enigszins worden gerelativeerd. De rechter beschikt immers over een aantal mogelijkheden om ambtshalve op te treden. Aldus bepaalt artikel 871 Ger. W. dat de rechter aan iedere gedingvoerende partij kan bevelen het bewijsmateriaal dat zij bezit, over te leggen.

Op grond van artikel 877 Ger. W., kan de rechter die goede gronden heeft om aan te nemen dat een partij of een derde een relevant stuk onder zich houdt, bevelen dat het stuk wordt voorgelegd. De rechter kan ook ambtshalve een getuigenverhoor bevelen (art. 916 Ger. W.).

Het is bijgevolg juister te spreken van het overwegend accusatoir karakter van het bewijs in burgerlijke zaken.

28. In wat volgt wordt ingegaan op de vraag of het bewijsrecht behoort tot het materieel recht dan wel tot het procesrecht.

Nogal wat bewijsregels liggen vervat in het Burgerlijk Wetboek (met name in de art. 1315 e.v., onder het hoofdstuk "Bewijs van de verbintenissen en bewijs van de betaling"). Andere bewijsregels liggen neergelegd in het Gerechtelijk Wetboek. Bonnier wijst erop dat de wetgever, bij het opstellen van de *Code civil*, het werk van Pothier blindelings heeft overgenomen. Deze laatste had zich gebogen over de verbintenissen en op het einde van zijn werk had hij er een hoofdstuk aan toegevoegd over hoe verbintenissen worden vastgesteld³¹.

De natuurlijke habitat van het bewijsrecht zou nochtans het Gerechtelijk Wetboek moeten zijn, nu het bewijzen van aanspraken deel uitmaakt van de wijze waarop men aanspraken in rechte uitoefent (d.i. procesrecht). Bonnier vermeldt weliswaar, bij wijze van uitzondering, dat het bewijs van de afstamming zeer nauw verband houdt met het materieel recht, maar op dat stuk heeft de ontwikkeling van de technologie en de medische wetenschap een loskoppeling mogelijk gemaakt tussen de (materieelrechtelijke) regels m.b.t. het huwelijk enerzijds en de vraag naar de afstamming anderzijds. Het Burgerlijk Wetboek bevat inderdaad nog bepalingen op grond waarvan een persoon het bewijs niet zou mogen leveren van het feit dat zijn vader eigenlijk ook de vader van zijn moeder is (zie art. 325 B.W.), wat een verstrengeling impliceert van materieel recht en bewijsrecht.

³⁰ J. VAN DEN HEUVEL en J. DU MONGH, *a.w.*, 239.

³¹ E. BONNIER, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, Parijs, Librairie Plon, 1888, 4.

Als men echter abstractie maakt van enkele uitzonderlijke gevallen – met name inzake afstamming – van verstrengeling tussen materieel recht en bewijsrecht, moet samen met Bonnier worden vastgesteld dat de opname van een aantal bewijsregels in het Burgerlijk Wetboek, nauwelijks een argument vormt om dat deel van het bewijsrecht te kwalificeren als materieel recht.

In zoverre bewijsregels rechtsregels zijn die betrekking hebben op de wijze waarop men de rechter mag overtuigen van zijn gelijk, ligt eigenlijk procesrecht voor. Zie immers de definitie van procesrecht door Pothier: “[la procédure est] la forme dans laquelle on doit intenter les demandes en justice, y défendre, intervenir, instruire, juger, se pourvoir contre les jugements et les exécuter”³².

W.D.H. Asser haalt een fundamentele regel uit de rechtspraak aan: het gaat er niet om of je gelijk hebt maar of je gelijk krijgt³³. Als men, enigszins vereenvoudigend, het materieel recht onderbrengt bij het “gelijk hebben”, dan blijkt meteen dat het bewijsrecht alles te maken heeft met het “gelijk krijgen” (en dus met het procesrecht), omdat het bewijsrecht enkel een hulpmiddel is, nl. het geheel van regels dat betrekking heeft op hoe men de rechter van de gegrondheid van zijn aanspraken kan overtuigen. De gegrondheid van de aanspraken zelf (gesteund op een regel van materieel recht) blijft bij de bewijsproblematiek buiten beeld.

IV. Taak van de partijen (en hun raadslieden) m.b.t. het bewijs

29. In wat volgt wordt kort ingegaan op welke feiten men al dan niet moet bewijzen en op de uitgangspunten m.b.t. het bewijs van rechtsregels. Vervolgens wordt ingegaan op de houding van partijen tegenover elkaar en tegenover de rechtbank m.b.t. het bewijs (een houding die kan worden gevat onder de noemer van de “loyauteitsverplichting”). Men spreekt soms ook van een verplichting voor de partijen tot “fair play”³⁴. In het burgerlijk proces mogen partijen elkaar niet om de tuin leiden of verrassen. Beweringen moeten voldoende precies zijn om een tegenbewijs mogelijk te maken. Ook een verweer moet voldoende precies zijn om een weerlegging mogelijk te maken³⁵.

³² POTHIER, *Traité de procédure civile*, Parijs, Buchet, 1848, nr. 1, aangehaald door K. WÄGNER, *Sanc-ties in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2007, 21.

³³ W. ASSER, “Ten afscheid”, in Y. SCHUURMANS (red.), *Bewijzen en beslissen*, Deventer, Kluwer, 2006, 49.

³⁴ R. DE CORTE, *Overzicht van het burgerlijk recht*, Gent, Mys & Breesch, 2001, 293.

³⁵ DE CORTE geeft als voorbeeld van een verweer dat hieraan niet beantwoordt: “Ik betwist alles wat de eiser beweert” (*idem*).

30. De partij op wie de bewijslast rust, dient het bewijs te leveren van de feiten waarop haar vordering gesteund is.

Feiten van algemene bekendheid moeten niet bewezen worden. Het gaat om feiten die een normaal ontwikkeld persoon geacht wordt te kennen³⁶. Het kan daarnaast ook gaan om feiten die men zonder noemenswaardig onderzoek uit voor eenieder roegankelijke bronnen te weten kan komen (het Hooverplein te Leuven ligt tussen het Ladeuzeplein en de Tienestraat).

De loutere omstandigheid dat bepaalde informatie op het internet kan worden gevonden, maakt daarvan nog geen feit van algemene bekendheid. Zowel de vindbaarheid, betrouwbaarheid als bestendigheid van informatie op het internet, zijn uiterst variabel.

Niet-betwiste feiten moeten niet bewezen worden.

Ervaringsregels moet men niet bewijzen (zoals bv. dat men op een fiets niet een sneltrein kan inhalen)³⁷.

Het komt voor dat de bewijslast m.b.t. een bepaald feit rust op een bepaalde partij, maar dat zij nauwelijks iets moet doen om dat feit aan te tonen, bv. omdat de tegenpartij het uitdrukkelijk erkent. Bewijs leveren, impliceert dus niet steeds enig initiatief vanwege de partij op wie de bewijslast rust.

31. Het adagium "*ius novit curia*" (de rechtbank kent het recht), soms ook geciteerd als "*iura novit curia*", is ietwat misleidend. Wat Edouard Bonnier over deze aangelegenheid schrijft, is nog steeds actueel: "Le fameux avertissement, qui a trop souvent interrompu les plaidoiries autrefois et de nos jours: *Avocat, passez au fait; la Cour sait le droit*, fait peu d'honneur aux lumières des magistrats qui se sont permis pareille interpellation. Il est du devoir de l'avocat de plaider le droit, comme le fait, sinon pour enseigner la loi aux juges, du moins pour rechercher l'application, souvent fort délicate, des principes généraux de la législation à l'espèce qui leur est soumise"³⁸.

Wel juist is dat het louter materiële bestaan van een rechtsregel van intern recht, voor de rechtbank (natuurlijk) niet moet worden bewezen. Wanneer bv. een betwisting bestaat over de vraag of een oude dan wel een nieuwe wet toepassing

³⁶ Bv.: een baby urenlang laten slapen in een volledig afgesloten auto die op een zeer warme dag in de volle zon staat, kan fataal zijn. Dit illustreert dat een "feit van algemene bekendheid" soms zeer nauw aansluit bij de categorie van "ervaringsregels", die ook niet bewezen moeten worden.

³⁷ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1969, nr. 117, p. 360.

³⁸ E. BONNIER, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, Parijs, Librairie Plon, 1888, 3.

moet vinden op een geschil, dan zal het aan de partijen wel toekomen om de rechter te overtuigen van hun stelling. Het leveren van een bewijs en het voeren van een argumentatie, komen hier erg dicht in elkanders buurt.

32. Op iedere procespartij rust de plicht op eerlijke wijze bij te dragen tot de bewijsvoering³⁹.

Luidens artikel 871 Ger. W. kan de rechter aan iedere gedingvoerende partij bevelen het bewijsmateriaal dat zij bezit, over te leggen. Deze bepaling geeft uiting aan de bedoeling van de opstellers van het Gerechtelijk Wetboek om in ons procesrecht het beginsel in te voeren van de medewerkingsplicht van partijen bij de bewijsvoering⁴⁰.

De rechter kan uit een ongerechtvaardigd gebrek aan medewerking vanwege een procespartij de gevolgtrekking maken die hij passend acht⁴¹. Wanneer de rechter vaststelt dat een partij liegt over een bepaald punt, mag hij daarmee ook rekening houden bij de appreciatie van de geloofwaardigheid van het standpunt van die partij m.b.t. andere twistpunten.

Het achterhouden van een beslissend stuk is trouwens een van de gronden voor een herroeping van het gewijsde op verzoek van de tegenpartij (art. 1133 Ger. W.).

33. In burgerlijke zaken bestaat er geen verbod van zelfincriminatie. Het adagium *Nemo tenetur edere contra se* (niemand kan gedwongen worden tegen zichzelf te getuigen), maakt geen deel uit van ons burgerlijk procesrecht⁴². Een aantal regels uit het Gerechtelijk Wetboek illustreren dit ondubbelzinnig (zie art. 871, 877 en 1253 *quinquies* Ger. W.).

34. In wat volgt wordt ingegaan op enkele aspecten van de taak van de advocaat m.b.t. het bewijs. Men spreekt soms over de waarheidsplicht van de advocaat. Die term is wat ongelukkig, omdat men bezwaarlijk van de advocaat kan verwachten dat hij te allen tijde slechts de (absolute) waarheid verkondigt. Immers, de advocaat was er meestal ook niet bij op het ogenblik dat de feiten zich voltrokken hebben. De advocaat heeft meestal, net zoals de rechter, geen toegang tot de absolute waar-

³⁹ Vz. Kh. Brussel 23 februari 2005, RK 188/2004, p. 21, *onuitg.*

⁴⁰ Ch. VAN REEPINGHEN, *Verslag over de gerechtelijke hervorming*, nr. 60, *Parl. St.* Senaat 1963-64, 212 en 357.

⁴¹ J. VAN DEN HEUVEL en J. DU MONGH, "De waarheidsplicht van de advocaat. Bedenkingen bij art. 444, lid 1, Ger. W.", in X. (ed.), *Liber amicorum Jean-Pierre de Bandt*, Brussel, Bruylant, 2004, 241.

⁴² A. KOHL, *Procès civil et sincérité*, Luik, Faculté de droit, 1971, 15; P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, t. IV, *Les preuves*, Brussel, Bruylant, 1980, 27; X., "Loyale medewerking aan een deskundig onderzoek kan worden bevolen onder verbeurte van een dwangsom", (noot onder Beslagr. Brussel 18 januari 2000), *A.J.T.* 1999-2000, 654.

heid. De advocaat heeft slechts toegang tot een partijdige waarheid, d.i. de versie zoals zijn cliënt ze hem aanbrengt.

Wel is het zo dat de advocaat voor de rechtbank geen standpunt mag verdedigen waarvan de advocaat zelf weet dat het pertinent onwaar is. Stel dat A een som moet betalen aan B. A betaalt in contanten en de partijen maken een handgeschreven ontvangstbewijs in één exemplaar op. Per vergissing is het niet de betaler maar wel de betaalde die naar huis vertrekt met het ontvangstbewijs, zodat A niet meer kan bewijzen dat hij betaald heeft. B dagvaardt A in betaling.

Als B de waarheid vertelt aan zijn advocaat, nl. dat hij eigenlijk een vergetelheid of een bewijsprobleem tracht uit te buiten om aldus een tweede keer betaald te worden, of hem zelfs het ontvangstbewijs toont, zal de advocaat zich moeten terugtrekken. Hij heeft immers gezworen geen zaak te verdedigen die hij naar eer en geweten niet gelooft rechtvaardig te zijn (art. 429 Ger. W.).

Als B liegt tegenover zijn advocaat en volhoudt dat hij nooit betaald werd, mag de advocaat voor de rechtbank pleiten: mijn cliënt werd nooit betaald. De advocaat hoeft zich dan zelfs niet te verschuilen achter een formule als: mijn cliënt houdt vol nooit betaald te zijn. De advocaat weet in deze hypothese niet dat B wel reeds betaald werd. Wat de advocaat voor de rechtbank verdedigt, nl. B is niet betaald, stemt per hypothese niet overeen met de waarheid, maar toch handelt de advocaat niet in strijd met de op hem rustende waarheidsplicht.

Precies om deze paradox te vermijden, is het duidelijker om te spreken van de loyauteitsverplichting van de advocaat. De advocaat mag voor de rechtbank geen standpunt verdedigen waarvan hij pertinent weet dat het onwaar is.

35. De taak van de advocaat bevindt zich in een spanningsveld tussen enerzijds zijn loyauteitsverplichting ten aanzien van de rechtbank en anderzijds zijn taak om het standpunt van zijn cliënt zo correct mogelijk te verwoorden met het oog op het bereiken van een voor de cliënt zo gunstig mogelijk resultaat⁴³.

Wanneer gezegd wordt dat op de advocaat een waarheidsplicht rust, is dat niet onjuist, maar dan wordt er wel van uitgegaan dat de advocaat toegang heeft tot de (absolute) waarheid, hetgeen zeer vaak niet het geval is.

De eerste taak van de advocaat is dus het standpunt van zijn cliënt zo goed mogelijk te verwoorden teneinde de rechtbank daarvan te overtuigen. Precies om ten aanzien van de rechtbank zijn geloofwaardigheid te behouden, is het voor de advo-

⁴³ J. VAN DEN HEUVEL en J. DU MONGH, "De waarheidsplicht van de advocaat. Bedenkingen bij art. 444, lid 1, Ger. W.", in X. (ed.), *Liber amicorum Jean-Pierre de Bandt*, Brussel, Bruylant, 2004, 233.

caat verboden om standpunten in te nemen waarvan hij zelf pertinent weet dat ze onwaar zijn.

Voor wat betreft juridische aangelegenheden, schept dat zelden problemen. Immers, wanneer de advocaat een standpunt verkondigt waarvoor geen steun te vinden valt in de rechtspraak, valt een ommekeer in de rechtspraak nooit uit te sluiten. Voor wat de feiten betreft, mag de advocaat inderdaad geen standpunten innemen waarvan hij pertinent weet dat ze onwaar zijn (als hij erover twijfelt of het waar is of niet, mag hij het wel verdedigen, want het is niet de taak van de advocaat om te beslissen welke weergave van de feiten de meest geloofwaardige is). De advocaat moet derhalve in de zoektocht naar de waarheid niet verder gaan dan zijn cliënt. Een advocaat heeft trouwens niet het recht om in naam van zijn cliënt een bekentenis te doen indien hij daartoe geen uitdrukkelijke lastgeving heeft⁴⁴.

De term waarheidsplicht is daarom, zoals reeds gezegd, wat ongelukkig omdat de advocaat niet als eerste missie heeft om de waarheid te achterhalen. Men zou de term kunnen omkeren en kunnen spreken van een "leugenverbod", maar ook hier ligt een term voor die wat ongelukkig is. De advocaat mag weliswaar niet een standpunt verkondigen waarvan hij pertinent weet dat het onjuist is (dit zou een leugen zijn), maar wanneer de advocaat een standpunt verkondigt waarvan zijn cliënt hem zegt dat dit het juiste is, is het perfect mogelijk dat dit niet beantwoordt aan de absolute waarheid. Als de advocaat dat niet weet (of hij twijfelt), gaat hij zich allesbehalve te buiten aan enige leugen, maar verdedigt hij slechts een partijdige waarheid.

Het begrip "loyauteitsverplichting" vat bijgevolg het beste de taak van de advocaat samen tegenover de rechtbank en tegenover zijn tegenstrever op het stuk van zijn omgang met feiten, waarheid en bewijs.

36. De omschrijving van de advocaat als "medewerker van het gerecht" is, omwille van het voorgaande, voor kritiek vatbaar⁴⁵.

De eerste taak van de advocaat is immers niet de rechtbank bij te staan in de zoektocht naar de waarheid, maar wel om het standpunt van zijn cliënt zo goed mogelijk te vertolken teneinde de rechtbank te overtuigen van de juistheid daarvan.

In zoverre de advocaat ertoe bijdraagt dat het standpunt van de cliënt op een gestructureerde, overzichtelijke en rechtens relevante wijze wordt voorgebracht, en in zoverre de advocaat een juridische argumentatie ontwikkelt die de rechtbank zal

⁴⁴ Cass. 15 juni 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 1315; G. VAN DIEVOET, *Het beroep van advocaat*, Leuven, Acco, 1987, 51.

⁴⁵ Zie voor een bekritisering van die uitdrukking: C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, I, Brussel, Larcier, 1974, 687; P. LAMBERT, *Règles et usages de la profession d'avocat du Barreau de Bruxelles*, Brussel, Bruylant, 1994, 267; J. VAN DEN HEUVEL en J. DU MONGH, *a.w.*, 242.

helpen bij haar oordeelsvorming, draagt de advocaat wel bij tot het goede procesverloop en in die zin – doch slechts in die zin – kan hij worden beschouwd als een medewerker van het gerecht.

V. Enkele aspecten van geoorloofdheid van bewijsmiddelen

37. Een bewijsmiddel dat geoorloofd is, is zowel rechtmatig in se als rechtmatig verkregen. Zoals hoger reeds vermeld, is dit een eigenschap van een bewijsmiddel die moet worden onderscheiden van zijn toelaatbaarheid: bv. een arbitrageovereenkomst kan men enkel aantonen aan de hand van een geschrift. Wie aanbiedt het bestaan van een arbitrageovereenkomst te bewijzen met getuigen, biedt geen ongeoorloofd doch wel een ontoelaatbaar (onontvankelijk) bewijsmiddel aan.

Binnen het beknopte bestek van deze bijdrage, kan uiteraard niet worden ingegaan op de volledige problematiek van de geoorloofdheid van bewijsmiddelen. In wat volgt worden slechts enkele actuele onderwerpen uitgekozen.

38. De meest courante gronden van onrechtmatigheid van een bewijsmiddel, zijn de miskenning van de vertrouwelijkheid (bv. schending van het beroepsgeheim), valsheid, en strijdigheid met de openbare orde en de goede zeden⁴⁶. In wat volgt wordt ingegaan op bewijsrechtelijke aspecten van vertrouwelijkheid van briefwisseling tussen advocaten. Daarna wordt onderzocht wat met ongeoorloofd bewijs al dan niet kan of moet worden gedaan.

39. De vertrouwelijkheid van briefwisseling tussen advocaten, behoort tot kernwaarden van het beroep.

Vertrouwelijke briefwisseling mag niet in rechte worden aangewend. Mag vertrouwelijke briefwisseling tussen advocaten worden meegedeeld aan de cliënt?

Een werkwijze die in de praktijk wel eens gehanteerd wordt, is dat men de inhoud van de brief fotokopieert, met verwijdering van het briefhoofd en de handtekening. De achterliggende idee is dat niets dan nog bewijst dat de tekst afkomstig is van de tegenstrever.

Dit gebruik staat tegenwoordig wat onder druk, als gevolg van het toenemend gebruik van e-mail en scanners – een e-mailtje forwarden vergt slechts enkele muisklikken, en een briefhoofd en handtekening verwijderen vraagt wat meer werk dan de brief eenvoudigweg integraal in te scannen (voor zover men de brief al niet in de vorm van een elektronisch bestand ontvangen heeft).

⁴⁶ Een voorbeeld van die laatste categorie: verklaringen van kinderen of kleinkinderen (W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Acco, Leuven, 2006, 657-658; zie art. 931 Ger. W.).

Voor wie vertrouwelijkheid begrijpt als: de brief mag niet in rechte worden aangewend, is hier eigenlijk geen probleem. Voor wie vertrouwelijkheid daarentegen begrijpt als: deze brief moet tussen ons blijven, is dit wel problematisch.

Berichten uitgewisseld tussen advocaten, worden niet uitgewisseld voor hun intellectueel genoeg, maar hebben relevantie voor een zaak. De inhoud van die berichten mag dus besproken worden met cliënten. Om daarbij efficiënt te werk te gaan, mag de inhoud van die berichten ook gedeeld worden met cliënten, tenzij dit in de bijzondere omstandigheden van de zaak onkies zou zijn.

Briefhoofd en handtekeningen verwijderen (of op een andere manier slechts een selectie of weergave van de tekst meedelen) verdient aanbeveling, maar nalaten zulks te doen is niet laakbaar.

40. Over de grondslag van de vertrouwelijkheid van briefwisseling tussen advocaten, is niet iedereen het eens. Sommigen beschouwen dit als een autonome regel, anderen koppelen dit aan het beroepsgeheim⁴⁷. Samen met Edouard Jakhian moet worden vastgesteld dat de vertrouwelijkheid gericht is op de bescherming van het private belang van de cliënt – de vertrouwelijkheid van briefwisseling tussen advocaten, is erop gericht om vrijelijk van gedachten te kunnen wisselen over een minnelijke oplossing van het geschil, zonder bevreesd te moeten zijn dat elementen in die brieven vervat, later tegen de cliënt kunnen worden gebruikt. De regels m.b.t. de vertrouwelijkheid van de briefwisseling, worden disciplinair gehandhaafd, in tegenstelling tot de handhaving van het beroepsgeheim, dat zowel strafrechtelijk als disciplinair wordt gehandhaafd. Het beroepsgeheim beschermt niet enkel private belangen, maar draagt er ook toe bij dat eenieder erop mag vertrouwen dat wat hij aan zijn advocaat toevertrouwt, niet openbaar zal worden gemaakt. Het beroepsgeheim raakt bijgevolg de openbare orde, in tegenstelling tot de vertrouwelijkheid van briefwisseling tussen advocaten⁴⁸. De vertrouwelijkheid van briefwisseling tussen advocaten, is bijgevolg niet gesteund op het beroepsgeheim. Zij is, in tegenstelling tot het beroepsgeheim, niet in de wet geregeld doch in regels van deontologie. Ook het Grondwettelijk briefgeheim (art. 29) of artikel 460 van het Strafwetboek vormen niet de grondslag voor de vertrouwelijkheid van de briefwisseling tussen advocaten – degene voor wie de brief bestemd is, kan onmogelijk het briefgeheim schenden.

41. De vertrouwelijkheid van briefwisseling tussen advocaten, is geen instrument om onwaarheden toe te dekken. De advocaat die bepaalde feiten erkent in vertrou-

⁴⁷ E. JAKHIAN, "Loyauté, confidentialité et secret", in X. (ed.), *Liber amicorum Jean-Pierre de Baudt*, Brussel, Bruylant, 2004, 163-164.

⁴⁸ E. JAKHIAN, *a.w.*, 164-165.

welijke briefwisseling, kan later voor de rechtbank diezelfde feiten bezwaarlijk ont-
kennen.

42. Wanneer een advocaat een bepaald stuk per vergissing bezorgt aan zijn tegen-
strever en hij hem vervolgens meldt dat het een vergissing was, dan mag laatstge-
noemde dit stuk niet in rechte aanwenden en dan mag het stuk ook niet worden
meegedeeld aan de cliënt⁴⁹. Wanneer eerstgenoemde advocaat vervolgens van zijn
cliënt instructie krijgt om een standpunt te handhaven dat onverenigbaar is met het
betrokken stavingsstuk, dan mag degene die per vergissing kennis kreeg van dat
stuk, er bij de stafhouder wel op aandringen dat de advocaat die het stuk per ver-
gissing had meegedeeld – en dus zelf ook kennis heeft van het stuk – zijn standpunt
zou aanpassen derwijze dat de loyauteit van het debat gerespecteerd wordt of dat
hij zich zou terugtrekken⁵⁰.

JAKHIAN betreurt dat in deze hypothese voor de cliënt de weg naar het bedrog of de
misleiding niet wordt afgesloten. Immers, de advocaat die kennis had van het stuk
dat bewijst dat het standpunt van de cliënt strijdig is met de waarheid, dient zich
terug te trekken, en als zijn opvolger geen kennis krijgt van het stavingsstuk, kan de
cliënt vervolgens trachten zijn nieuwe raadsman in het ongewisse te laten en hem
een onjuist standpunt voor de rechtbank laten verdedigen – waarvan deze nieuwe
raadsman uiteraard niet weet dat het onjuist is. Een mogelijke oplossing voor dit
probleem (het kan inderdaad niet geduld worden dat een cliënt zijn advocaat
gebruikt als een instrument om bedrog te plegen), kan erin bestaan om ervan uit te
gaan dat de advocaat die pertinent weet dat zijn cliënt de intentie heeft om de recht-
bank te misleiden of te bedriegen, de verplichting heeft om zijn opvolger in te lichten
over de problematiek. De leden van de balie hebben immers niet alleen een verplich-
ting tot loyauteit tegenover elkaar, maar ook tegenover de rechterlijke macht.

43. Wanneer een bewijsmiddel ongeoorloofd is (omdat het onrechtmatig is, of
onrechtmatig verkregen), mag de rechter er in geen enkel opzicht rekening mee
houden, althans zo wordt in bepaalde rechtsleer verdedigd⁵¹. Het stuk dient der-
halve, in de strenge opvatting van sommige auteurs, uit het debat te worden
geweerd, zonder dat de rechter zich ertoe kan beperken om slechts de bewijs-
waarde van het stuk te herleiden.

Voor bewijs dat onrechtmatig in se is, geldt dit uitgangspunt in principe altijd.
Voor onrechtmatig verkregen bewijs, geldt dit uitgangspunt in zoverre degene die

⁴⁹ E. JAKHIAN, *a.w.*, 169.

⁵⁰ E. JAKHIAN, *a.w.*, 169.

⁵¹ B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofd-
heidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht, R. W. 2002-03, (41), 58.

het bewijs wil leveren, het bewijs zelf onrechtmatig verkregen heeft, d.i. zelf verantwoordelijk is voor de onrechtmatigheid⁵².

Dit strenge uitgangspunt is gesteund op de vrees dat indien ongeoorloofde bewijsmiddelen toch in rechte zouden worden aangewend, het gevaar dreigt dat allerlei onprettige praktijken aangemoedigd zouden worden (bv. bewijsmiddelen verkrijgen door diefstal).

Een streng uitgangspunt geeft geen aanleiding tot twijfel of bedenkingen wanneer de ongeoorloofdheid de waarheidsgetrouwheid van het bewijsmiddel aantast, met als meest sprekende voorbeeld de valsheid. Hetzelfde geldt (in nog sterkere mate⁵³) voor het bewijsmiddel verkregen met dwang (bv. een mes op de keel).

Wat echter met ongeoorloofd bewijs waarvan de waarheidsgetrouwheid niet betwist(baar) is, maar dat van doorslaggevend belang is voor de beslechting van het geschil? Een voorbeeld zou kunnen zijn: iemand beweert na een arbeidsongeval gehandicapt te zijn (rugpijn). Per hypothese betreft het een geval waarbij de betrokkene pijn lijdt die van aard is het hem onmogelijk te maken te werken, zonder dat op scans of radiografieën schade aan de wervelkolom zichtbaar is. Wat als een privédetective met een krachtige telelens in een boom klimt en vaststelt dat de betrokkene in zijn achtertuin eigenhandig een duivenhok metselt (hij graaft eerst een fundering met een spade, verwijdert zware boomstronken uit de grond, tilt zakken cement van 50 kg moeiteloos op een stelling, enz.: allemaal op foto)⁵⁴?

Voor een dergelijk geval biedt het besproken strenge uitgangspunt (ieder ongeoorloofd bewijsmiddel moet worden geweerd uit het debat) geen bevredigende oplossing. De foto's in kwestie zijn ongetwijfeld geen geoorloofde bewijsmiddelen (de detectivewet laat dergelijke praktijken niet toe). Naast de geoorloofdheid van dit bewijsmiddel, blijft uiteraard ook een mogelijkheid bestaan om de bewijswaarde van de foto's te betwisten. Immers: de man zou kunnen volhouden dat hij toch arbeidsongeschikt is en dat hij het duivenhok gemetseld heeft maar daarbij helse pijnen heeft moeten doorstaan en dat hij onder de invloed was van zware pijnstillers. Laten we ervan uitgaan dat de betrokkene heel de voormiddag fluitend op de stelling heeft staan metselen, daarna een partijtje voetbal heeft gespeeld in zijn achtertuin met de kinderen en in de namiddag met zijn sportwagen is gaan racen op

⁵² B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, *l.c.*, 60.

⁵³ Immers: wat als men een vals document opstelt, als gevolg waarvan de wederpartij (waarheidsgetrouwe) bekentenissen aflegt of zelf nieuwe stukken voorlegt die een nieuw en waarheidsgetrouw licht op de zaak werpen? Zie ook verder, randnr. 44, over de leer van de *fruits of the poisonous tree*.

⁵⁴ Zoals vermeld onder randnr. 6, is dergelijk gedrag van de privédetective strafbaar op grond van de detectivewet: zie W. VAN LAETHEM, "Mogelijkheden en beperkingen bij het afluisteren en bespiegelen door privé-detectives", in J. MULKERS (ed.), *Privé-detectives – Ontwikkelingen inzake private opsporing*, Antwerpen, Maklu, 2002, 104.

het circuit van Zolder, zodat het toch al uiterst onwaarschijnlijk wordt dat hij helse pijnen heeft moeten doorstaan tijdens het metselwerk. Dit voorbeeld kan vergezocht lijken, maar er is doelbewust een vervolg aan gebreid. Immers: als de privé-detective een en ander heeft kunnen fotograferen en/of filmen in de achtertuin van de man, is het allicht onwaarschijnlijk dat er werkelijk geen ander bewijsmiddel tegen de man kan worden vergaard behoudens een bewijsmiddel met kennelijke inbreuk op het recht op privacy.

Foto's genomen van de man op een openbare plaats, zijn toelaatbaar als vermoeden (hoewel strikt genomen het recht op afbeelding ook een persoonlijkheidsrecht is: wie geen publieke persoon is, heeft het recht om niet (herkenbaar) zonder zijn toestemming te worden gefotografeerd). Een meer genuanceerde oplossing bestaat erin dat men ervan uitgaat dat zulks geen ongeoorloofd bewijs is, omdat het persoonlijkheidsrecht op afbeelding niet absoluut en onbeperkt is (en met name kan men dat recht niet invoeren om fraude te verdoezelen).

Door het recht op privacy restrictief te interpreteren (of door ervan uit te gaan dat dit recht niet kan worden ingeroepen met de bedoeling om fraude te verdoezelen – *fraus omnia corrumpit*), zou men in zo'n geval ook kunnen ontsnappen aan de kwalificatie van ongeoorloofdheid van het bewijs.

Zoals gezegd gaat het om een heikele problematiek, waarvoor een overdreven dogmatische en strenge benadering geen bevredigende oplossing biedt. Niettemin dient men zich hier wel te hoeden voor een "anything goes". Trachten te ontsnappen aan de kwalificatie van ongeoorloofdheid, in omstandigheden waarin *prima facie* wel sprake kan zijn van een ongeoorloofd bewijs, lijkt enkel mogelijk wanneer sprake is van crimineel of zeer laakbaar gedrag in hoofde van degene tegen wie het bewijs geleverd wordt, wanneer dit bewijs van doorslaggevend belang is voor de beslechting van het geding, én wanneer degene die zich het bewijs verschaft, geen ernstig misdrijf of zware fout begaan heeft noch daartoe opdracht heeft gegeven (bij de appreciatie daarvan, mag rekening worden gehouden met de concrete omstandigheden)⁵⁵. Als

⁵⁵ Waarom "ernstig" misdrijf? Stel dat een ex-echtgenote beweert dat haar ex-man een nefaste invloed heeft op de gemeenschappelijke zoon. Een privédetective legt vervolgens een filmopname voor van de sportwagen van de ex-man, die 250 km/u rijdt op een autosnelweg om 3u 's nachts met de veertienjarige zoon van het koppel aan het stuur en de ex-man op de passagierszetel, waarbij beiden een zelfgerolde sigaret in de mond hebben en beiden bovendien ook een fles Wodka in de hand houden. Het belang van het kind lijkt te vereisen dat de filmopname als bewijs kan worden aangewend (de slechte invloed van de vader is bewezen, o.m. omdat 250 km/u rijden met slechts één hand aan het stuur ten stelligste is af te raden). Het persoonlijkheidsrecht op afbeelding moet in zo'n geval wijken voor het recht van de moeder om het bewijs te leveren van de slechte invloed van de vader. De privédetective die dit gefilmd heeft (laten we aannemen dat er twee detectives in de volgwagen zaten: één om te rijden met beide handen aan het stuur, en één om te filmen), heeft per hypothese zelf ook een misdrijf begaan (een snelheidsovertreding). Dit volstaat niet om te besluiten tot ongeoorloofdheid van de gemaakte filmopname, of minstens niet om te besluiten tot ontoelaatbaarheid van het bewijs.

dergelijke omstandigheden niet cumulatief vervuld zijn, zou het erg gevaarlijk zijn om middels een belangenafweging (belangen van de eiser *versus* die van de verweerder) aan een uiterst restrictieve interpretatie te doen ter vermindering van de kwalificatie van ongeoorloofdheid van een bewijs. Immers, als men niet dergelijke voorwaarden cumulatief vereist, dan staat de deur open voor praktijken als het binnenbreken in woningen door privédetectives om daar af luisterapparatuur te plaatsen.

44. In verband met ongeoorloofd bewijs in burgerlijke zaken, mag de leer van de *fruits of the poisonous tree* niet onvermeld blijven. Een sprekend voorbeeld hiervan (zie ook hierboven, nr. 6) wordt geleverd door het arrest van het Hof van Cassatie van 18 april 1985⁵⁶. Een man sloot een levensverzekering af, met verzwijging van het feit dat hij reeds tweemaal een heelkundige ingreep had ondergaan. Na zijn overlijden confronteert de verzekeringsmaatschappij de weduwe met een aantal medische getuigschriften waaruit bleek dat de man valse verklaringen had afgelegd over zijn gezondheidstoestand. De weduwe bekende daarop dat wijlen haar man inderdaad reeds twee keer was geopereerd alvorens de levensverzekering af te sluiten. Toch vorderde de weduwe de uitbetaling van de verzekeringsvergoeding. De feitenrechter oordeelde dat de getuigschriften waren bekomen met miskenning van het medisch beroepsgeheim en dat de weduwe zonder die getuigschriften nooit de bekentenissen zou hebben afgelegd. Het Hof van Cassatie verwierp de voorziening en overwoog dat ook bekentenissen verkregen aan de hand van op onrechtmatige wijze verkregen bewijselementen, niet in aanmerking mogen worden genomen.

45. De uitspraak vermeld in het vorige randnummer is ongetwijfeld een consequente toepassing van bepaalde principes, maar niettemin resulteert zij in een discrepantie tussen de objectieve waarheid (de man heeft eigenlijk de verzekeringsmaatschappij bedrogen en de weduwe wil de vruchten plukken van zijn bedrog – er was geen enkele reden om te twijfelen aan de waarheidsgetrouwheid van de bekentenissen) en de juridische waarheid.

Een oplossing voor zulke problemen kan erin bestaan om een restrictief antwoord te geven op de vraag: zou het bewijsmiddel (in dit geval de bekentenis) met zekerheid niet bekomen zijn als er geen sprake was geweest van het ongeoorloofd bewijsmiddel (de schending van het medisch beroepsgeheim). Men zou bv. kunnen volhouden dat de bekentenissen vroeg of laat toch zouden zijn afgelegd, omdat de weduwe te kampen had met wroeging en in gewetensnood verkeerde. Ook dat is niet helemaal bevredigend, omdat dit naar alle waarschijnlijkheid in de omstandigheden van de zaak gewoon onjuist was.

⁵⁶ Cass. 18 april 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 1102.

jaarlijk zijn
e verweer-
kwalifica-
voorwaar-
nenbreken

eer van de
ld hiervan
n Cassatie
ijging van
1. Na zijn
en aantal
d afgelegd
haar man
af te slui-
eding. De
nning van
1 nooit de
voorziening
chtmatige
iomen.

en conse-
n een dis-
zekerings-
bedrog –
id van de

antwoord
net zeker-
oorloofd
v. kunnen
omdat de
Dok dat is
mstandig-

Nochtans lijkt dit in zo'n geval een meer bevredigende oplossing dan het resultaat van de beoordeling door het Hof van Cassatie in 1985 (het staat immers niet vast dat de weduwe, niet geconfronteerd met de getuigschriften, géén bekentenis zou hebben afgelegd).

46. De leer waar ik in het bovenstaande voor pleit, omschrijf ik als de leer van de compostering van de vruchten van de giftige boom. Compostering is eigenlijk een verrottingsproces, waarbij uit de verrotting toch iets vruchtbaars kan ontstaan. Vertaald naar juridische terminologie, pleit ik derhalve voor een toepassing van *fraus omnia corrumpit* in de context van een *prima facie* ongeoorloofd bewijs dat echter een waarheid onthult die zonder dat bewijs niet had kunnen worden bewezen, weliswaar met een aantal correcties (zie boven: inbreken in een woning om bewijs te vergaren is in vrijwel alle omstandigheden uit den boze). De bedoeling hiervan is om zoveel mogelijk discrepanties tussen de juridische waarheid en de absolute waarheid te vermijden.

Ook het adagium *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* kan hier relevantie hebben. Wie iemand wil bedriegen of wie de rechtbank wil misleiden, kan geacht worden afstand te doen van de bescherming door een aantal andere rechten (bv. privacy, beroepsgeheim etc.), op voorwaarde dat een geval voorligt zoals hierboven omschreven (m.a.w. datgene wat het bewijsmiddel mogelijkerwijze een ongeoorloofd karakter zou kunnen geven, mag geen ernstig misdrijf of geen zware fout uitmaken en mag niet de waarheidsgetrouwheid van het bewijsmiddel bedreigen – voor bekentenissen onder dwang e.d. is dus volstrekt geen ruimte).

De leer van de compostering van de vruchten van de giftige boom laat de rechter toe om geen acht te slaan op het *prima facie* ongeoorloofd karakter van een bewijsmiddel, wanneer degene tegen wie het bewijs geleverd wordt, een misdrijf heeft gepleegd of laakbaar heeft gehandeld en zulks wil verdoezelen (of onbewezen wil laten), zodat discrepanties tussen de juridische en de absolute waarheid vermeden kunnen worden.

Bij het maken van afwegingen zoals hierboven besproken, dient rekening te worden gehouden met het legaliteitsbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel⁵⁷ en het finaliteitsbeginsel⁵⁸. Zoals besproken, mag het legaliteitsbeginsel soms wijken wanneer dit in de gegeven omstandigheden noodzakelijk is teneinde een bewijsmiddel te vergaren dat van doorslaggevende invloed is en dat niet zonder enige

⁵⁷ M.a.w.: kon het bewijs niet vergaard worden met een minder ingrijpend middel?

⁵⁸ M.a.w.: de bewijsvergaring dient te beantwoorden aan een legitiem doel (zie ook W. VAN LAETHEM, "Mogelijkheden en beperkingen bij het afluisteren en bespieden door privé-detectives", in J. MULKERS (ed.), *Privé-detectives – Ontwikkelingen inzake private opsporing*, Antwerpen, Maklu, 2002, 96).

inbreuk op een wettelijke bepaling kon worden vergaard (cf. het voorbeeld aangehaald in voetnoot van de privédetective die te snel rijdt om een filmopname te maken van de vader die een slechte invloed heeft op zijn veertienjarige zoon die aan het stuur zit van de sportwagen van de vader, met de vader op de passagierszetel).

47. Wat in het bovenstaande verdedigd wordt, is niet verenigbaar met de cassatierechtspraak van 1985, maar de recentere cassatierechtspraak biedt wél voorbeelden van omstandigheden waarin een onrechtmatigheid – of iets wat *prima facie* een onrechtmatigheid zou kunnen lijken – toch getolereerd wordt, of waarbij minstens die onrechtmatigheid niet resulteert in de ontoelaatbaarheid van het bewijs verkregen middels die onrechtmatigheid⁵⁹.

Met name in een arrest van het Hof van Cassatie van 27 februari 2000 oordeelt het Hof op een wijze die beter aansluit bij het hedendaagse rechtsgevoel dan het arrest uit 1985⁶⁰. Het betrof een geval van een werknemer die heimelijk gefilmd werd terwijl hij of zij in de kassa graaide. Het Hof beschouwt het heimelijk filmen van de werknemer wel als een *inmenging* in het privéleven maar niet als een inbreuk op het privéleven. Het ging om een toelaatbare inmenging, zodat het bewijs niet ongeoorloofd was⁶¹.

48. De recente cassatierechtspraak illustreert dat in de afweging tussen waarheidsvinding en rechtmatigheid, de balans tegenwoordig meer overhelst naar het belang van de waarheid⁶². Terecht, want als rechterlijke procedures te vaak aanleiding geven tot een resultaat waarbij de juridische waarheid afwijkt van de absolute waarheid, draagt zulks niet bij tot de geloofwaardigheid van het recht en gerecht.

⁵⁹ Immers, het gegeven dat een onrechtmatig verkregen bewijs toelaatbaar is, verhindert niet dat de auteur van de onrechtmatigheid niettemin de gevolgen daarvan zal moeten dragen.

⁶⁰ Cass. 27 februari 2000, *Vigiles* 2001, afl. 4, 153, noot P. DE HERT, A.J.T. 2000, 949, noot I. VERHELST.

⁶¹ Interessant is nog te melden dat de rechtspraak uit 2000, die m.i. een correcte en genuanceerde oplossing biedt, precies de omgekeerde oplossing biedt in vergelijking met een arrest van het Franse Hof van Cassatie uit 1990 (m.a.w. een periode toen het recht op privacy nog een relatief nieuw concept was dat soms verabsoluteerd werd). Het Franse Hof van Cassatie oordeelde in 1990 over een geval waarin een verkoopster gefilmd werd terwijl zij de werkgever bestal; via een microfoon, was bovendien vastgesteld dat zij zich denigrerend uitliet over haar werkgever. Het Franse Hof oordeelde dat de privacy was geschonden en dat het verkregen bewijs om die reden onrechtmatig was (zie ook: W. VAN LAETHEM, "Mogelijkheden en beperkingen bij het afluisteren en bespieden door privé-detectives", in J. MULKERS (ed.), *Privé-detectives – Ontwikkelingen inzake private opsporing*, Antwerpen, Maklu, 2002, 109).

⁶² Deze tendens past trouwens geheel binnen de systematiek van het Gerechtelijk Wetboek. Zo kan de rechter bevelen dat een derde of een partij een bepaald stuk voorlegt, wanneer dit het bewijs inhoudt van een ter zake dienend feit (art. 877-878 Ger. W.). Ook STORME bevestigt: "Er bestaat in dit land, vnl. sinds de totstandkoming van het Gerechtelijk Wetboek een duidelijke tendens om in het geding voorrang te geven aan de procesrechtelijke waarheidsvinding" (M. STORME, "Over het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen in het privaatrechtelijk procesrecht", in *Liber Amicorum Willy Calewaert*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 85).

eeld aange-
opname te
oon die aan
agierszetel).

de cassatie-
el voorbeel-
na facie een
oij minstens
wijs verkre-

oordeelt het
in het arrest
:filmd werd
: filmen van
: inbreuk op
: is niet onge-

t waarheids-
r het belang
c aanleiding
de absolute
t en gerecht.

dert niet dat de
19, noot I. VER-

1 genuanceerde
: van het Franse
1 relatief nieuw
de in 1990 over
een microfoon,
het Franse Hof
n onrechtmatig
en en bespieden
ake private op-

boek. Zo kan de
t het bewijs in-
: "Er bestaat in
e tendens om in
RME, "Over het
recht", in *Liber*

Een perfide resultaat van de juridisering van de samenleving (en ook van de uitdeining van het strafrecht), is ook dat het steeds makkelijker wordt om bij de bewijsgaring wel een of andere regel te overtreden (een privédetective die met een telelens in een boom klimt om iemand in zijn tuin te fotograferen, handelt onrechtmatig – in de jaren 1980 was zijn gedrag echter niet onrechtmatig of minstens niet strijdig met de detectiewet⁶³ die toen niet bestond).

De huidige cassatierechtspraak verdient bijgevolg bijval. Meer bepaald heeft het Hof van Cassatie in recente rechtspraak geoordeeld dat onrechtmatig (verkregen) bewijs slechts in drie gevallen uit het debat moet worden geweerd: (1) hetzij bij schending van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvoorschriften (zijnde een kwestie die voornamelijk in strafzaken aan de orde zal zijn); (2) hetzij wanneer de onrechtmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast; (3) hetzij wanneer het gebruik van het bewijs strijdt met het recht op een eerlijk proces⁶⁴. Die rechtspraak van het Hof van Cassatie werd weliswaar gewezen in strafzaken, maar samen met W. VAN GERVEN moet worden besloten dat deze rechtspraak ook geldt voor het bewijs in burgerlijke zaken⁶⁵. Er ligt immers geen verantwoording voor om het bewijsrecht in burgerlijke zaken op dit stuk aan een strengere regeling te onderwerpen.

Nu het bewijs in strafzaken in essentie geleverd wordt door het Openbaar Ministerie, meestal op basis van bewijselementen vergaard door politiemensen, lijken de criteria die het Hof van Cassatie vooropstelt m.b.t. toelaatbaarheid van ongeoorloofd bewijs in strafzaken, toereikend (althans indien ervan uit wordt gegaan dat politiemensen niet gaan inbreken in huizen of geen bewijsmateriaal wetens en wilens van dieven – al dan niet handelend "op bestelling" – gaan kopen e.d.m.). Voor wat burgerlijke zaken betreft, lijkt het wel aangewezen nog een bijkomend criterium voorop te stellen, nl. de vereiste dat degene die het bewijsmiddel wenst aan te wenden, dit niet bekomen heeft middels het plegen of laten plegen van een ernstig misdrijf.

⁶³ Die wet ademt trouwens de geest uit van de jaren 1980 en de vroege jaren 1990, toen privacy een recent concept was en men een neiging had tot blinde adoratie van dat concept, zonder erbij stil te staan dat het recht op privacy, zoals ieder recht, ook misbruikt kan worden.

⁶⁴ Cass. 14 oktober 2003, www.cass.be. Meermaals bevestigd, zie o.m. Cass. 23 maart 2004, www.cass.be; Cass. 8 november 2005, www.cass.be; Cass. 21 november 2006, www.cass.be. Zie ook: R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht. Deel III. Verbintenissen, Bewijsleer, Gebruikelijke contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 389-390. Zie verder (vanuit het oogpunt van het strafrecht): M. DE SWAEF, conclusie voor Cass. 14 oktober 2003, R. W. 2003-04, 814 en T. Strafr. 2004, 129; Ph. TRAESE, "Onrechtmatig doch bruikbaar bewijs: het Hof van Cassatie zet de bakens uit", (noot onder Cass. 14 oktober 2003), T. Strafr. 2004, 129; F. VERBRUGGEN, "Vindt het Spook van Antigoon rust? Franstalig 'schoonmoedersarrest' als slotluik van de nieuwe cassatierechtspraak over de uitsluiting van onrechtmatig bewijs?", (noot onder Cass. 12 oktober 2005), T. Strafr. 2006, 25; R. VERSTRAETEN en S. DE DECKER, "Antigoon sluit de achterpoort, maar opent een raam", (noot onder Cass. 16 november 2004), T. Strafr. 2005, 285.

⁶⁵ W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 659.

Wat een "ernstig misdrijf" is, is niet *in abstracto* te definiëren en is trouwens geen absoluut maar wel een relatief begrip, dat moet worden afgewogen tegenover de belangen die op het spel staan. Men dient uit te gaan van het proportionaliteitsbeginsel (m.a.w. de evenredigheidstoets: kon het ook met een minder ingrijpende maatregel?) en het finaliteitsbeginsel (is het bewijsmiddel echt zo belangrijk?). In zeer extreme en uitzonderlijke omstandigheden, meen ik dat inbreken of inklimmen in huizen en het plaatsen van af luisterapparatuur en/of verborgen camera's wél aanleiding kan geven tot bewijs dat in rechte moet worden toegelaten. Indien bv. een moeder vaststelt dat haar kind na een bezoek aan de vader terug thuis komt met sporen van geweld (bv. blauwe plekken kennelijk niet afkomstig van sport of spel), kan er begrip voor worden opgebracht mocht zij haar toevlucht hebben genomen tot zulke extreme maatregelen. Dergelijke praktijken mogen echter niet worden aangemoedigd: indien iemand vermoedt dat zijn of haar kind het slachtoffer is van een misdrijf tijdens een verblijf ten huize van de andere ouder, moet in principe vertrouwd worden op de bevoegde autoriteiten om een en ander vast te stellen. In een geval waarin de waarheid aan het licht komt middels bewijsmateriaal – waarvan de geloofwaardigheid (d.i. betrouwbaarheid) zich boven iedere twijfel verheft, zonder dat het recht op een eerlijk proces bedreigd wordt – dat onrechtmatig is of op onrechtmatige wijze verkregen wordt, mag de nadruk liggen op de waarheid. Recht dat resulteert in onwaarheid, is immers ook onrecht.

Aangaande geschillen in de louter pecuniaire sfeer, zal men vlugger mogen aanvaarden dat het bewijsmiddel niet toelaatbaar is omdat het werd verkregen door een "ernstig" misdrijf (of enige andere "ernstige" onrechtmatigheid) gepleegd door degene die het bewijsmiddel wil aanwenden of in zijn opdracht (gelet op de belangenafweging die men moet maken bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van ongeoorloofd bewijs).

VI. Enkele aspecten van bewijs in handelszaken

49. De ondertekening van een factuur dient in beginsel te worden opgevat als een kwijting, op grond van artikel 1332 B.W. Indien de handelaar van wie de factuur afkomstig is, stelt dat de ondertekening een andere betekenis had, dan draagt hij hiervan de bewijslast⁶⁶.

50. De verkoper die zijn vordering tot betaling grondt op de stilzwijgende aanvaarding van facturen, voortvloeiende uit de afwezigheid van tijdig protest tegen die facturen, moet bewijzen op welke datum de facturen bij de geadresseerde toekwa-

⁶⁶ Antwerpen 7 mei 2007, *P. & B.* 2008, 42.

men⁶⁷. Wanneer die datum wordt betwist, kan er voor de verkoper een bewijsprobleem rijzen.

51. Het bewijs van een handelsovereenkomst (of van het tenietgaan ervan) kan in beginsel worden geleverd met alle middelen van recht, met inbegrip van vermoedens. De vereisten van een vlot handelsverkeer, impliceren dat elke handelaar tegen de inhoud van documenten waarmee hij het niet eens is, protesteert⁶⁸. De verplichting voor de handelaar om te protesteren tegen datgene waarmee hij het niet eens is, geldt uiteraard niet enkel bij ontvangst van documenten (briefwisseling, facturen e.d.), maar ook bij alle andere gebeurtenissen binnen het kader van de overeenkomst (bv. levering van goederen of diensten waarvan de handelaar vindt dat ze niet conform of gebrekkig zijn).

Stilzwijgen kan, in het bijzonder tussen handelaars, gelden als een vermoeden van aanvaarding. Van belang is dat stilzwijgen op zich niets bewijst. Stilzwijgen kan inderdaad gelden als een vermoeden van aanvaarding, maar het gaat slechts om een vermoeden. Dit betekent enkel dat de bewijslast om het tegendeel aan te tonen, op degene ligt die zich in stilzwijgen gehuld heeft. Zijn stilzwijgen ontnemt hem niet het recht om nog stellingen te handhaven in de tegenovergestelde zin.

52. Er bestaat geen rechtsregel "zwijgen is toestemmen". Er bestaat wel een beginsel volgens hetwelk in handelszaken uit het stilzwijgen in bepaalde omstandigheden een instemming kan worden afgeleid. Uit de afwezigheid van een onmiddellijke reactie van een handelaar, kan derhalve niet steeds een akkoord worden afgeleid.

Het stilzwijgen in handelszaken heeft inderdaad mogelijkerwijze bepaalde consequenties, maar dit betreft situaties waarbij partijen op normale wijze met elkaar samenwerken (bv. in het kader van elkaar opvolgende bestellingen), en kan geen vergelijkbare gevolgen hebben wanneer een handelaar een brief stuurt aan een andere handelaar m.b.t. kwesties die buiten de normale bedrijfsvoering vallen en waarover, bijvoorbeeld, kan worden aangenomen dat de bestemming van het bericht juridisch advies wenst in te winnen.

Ook VAN RYN en HEENEN bevestigen dat het stilzwijgen in handelszaken niet altijd wijst op instemming van de bestemming⁶⁹. Het stilzwijgen geldt in handelszaken in beginsel als een instemming, maar het gaat niet om een absolute regel. Handelaars zijn niet verplicht om te antwoorden op alle brieven die zij ontvangen, indien zij daar niet mee instemmen⁷⁰.

⁶⁷ Cass. 6 november 2003, www.cass.be.

⁶⁸ Kh. Brussel 16 augustus 2005, R.W. 2007-08, (1460), 1464.

⁶⁹ J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, III, Brussel, Bruylant, 1981, 20.

⁷⁰ J. VAN RYN en J. HEENEN, *a.w.*, 20.

In bepaalde omstandigheden kan het stilzwijgen van een handelaar betekenen dat hij het dermate oneens is met de visie van zijn contractpartij, dat iedere dialoog onmogelijk wordt⁷¹.

53. Kan een tussen handelaars schriftelijk afgesloten overeenkomst stilzwijgend worden gewijzigd? Een voorbeeld van een dergelijke situatie zou kunnen zijn: een raamovereenkomst wordt afgesloten, waarbij A zich ertoe verbindt om minstens 1 ton van een bepaalde grondstof per maand ter beschikking te hebben voor B. Deze laatste verbindt zich ertoe om minstens 0,5 ton per maand te bestellen gedurende een onbepaalde periode (te beëindigen met inachtneming van een opzegtermijn). Stel dat B gedurende 10 jaar vervolgens elke maand 10 ton bestelt. Plots vermindert B de bestellingen tot slechts 0,6 ton per maand. Kan A volhouden dat uit de jarenlange afname van 10 per maand, de minimumafnameverplichting gewijzigd werd? Het antwoord op deze vraag is negatief. De handelwijze van partijen in dit voorbeeld, druist niet in tegen hun geschreven overeenkomst.

Wanneer de handelwijze van partijen wel indruist tegen een geschreven overeenkomst, kan ook daaruit eigenlijk niet worden besloten dat de wijze van uitvoering een bewijs oplevert van een andersluidende overeenkomst. Zoiets wijst veeleer op een afstand of een verzaking (bij een afstand wordt het recht zelf prijsgegeven, bij een verzaking dringt men niet aan op uitoefening van het recht). Partijen kunnen m.a.w. wel verzaken aan (de uitoefening van) bepaalde rechten zoals vervat in een geschreven overeenkomst, maar een nieuwe of andersluidende overeenkomst kan daaruit in beginsel niet worden afgeleid. Anders handelen dan schriftelijk overeengekomen, zal in beginsel hooguit geacht kunnen worden het bewijs op te leveren van een verzaking, nu een afstand van recht slechts kan worden afgeleid uit feiten die voor geen andere interpretatie vatbaar zijn (het gaat om een algemeen rechtsbeginsel waarvan het bestaan door het Hof van Cassatie uitdrukkelijk erkend werd)⁷².

Dit kan belangrijke gevolgen hebben. Stel dat B zich ertoe verbindt om maandelijks 10 ton af te nemen van een bepaalde grondstof bij A. B bestelt vervolgens jarenlang maandelijks slechts 5 à 6 ton. A maakt formuleert hiertegen nooit enig schriftelijk protest. Vervolgens bestelt B maandelijks nog maar 500 kg. Uit het stilzwijgen van de partijen kan in zulke omstandigheden wel een afstand (het recht zelf wordt prijsgegeven) of verzaking (er wordt niet aangedrongen op uitvoering van het recht) worden afgeleid, maar zoals gezegd geen nieuwe overeenkomst. Er kan dus uit de handelwijze van de partijen in dit voorbeeld geen nieuw minimum van bv. 5

⁷¹ Zie ook: D. MOUGENOT, "La preuve", in *Rép. not.*, Brussel, Bruylant, 2002, 288.

⁷² Cass. 23 januari 2006, www.cass.be.

kenen dat
re dialoog

ilzwijgend
n zijn: een
1 minstens
en voor B.
ellen gedu-
1 opzegter-
stelt. Plots
ouden dat
erplichting
ze van par-
:

n overeen-
uitvoering
veeleer op
gegeven, bij
en kunnen
ervat in een
komst kan
jk overeen-
te leveren
d uit feiten
een rechts-
lijk erkend

naandelijks
is jarenlang
schriftelijk
wijgen van
zelf wordt
ng van het
Er kan dus
n van bv. 5

ton worden afgeleid. A heeft afstand gedaan van of verzaakt aan de quota, zodat er géén aanspraak meer kan worden gemaakt op welke quota dan ook.

Wat als de geschreven overeenkomst in een dergelijke situatie een clause bevat in de trant van: uit de handelwijze van de partijen, uit enig stilzwijgen of enige afwezigheid van protest, kan nooit een afstand of verzaking worden afgeleid? Onder het voorbehoud dat partijen hun overeenkomst te goeder trouw moeten uitvoeren (*c.q.* onder het voorbehoud van het verbod van rechtsmisbruik of de toepassing van de leer van de rechtsverwerking), lijkt in een dergelijk geval te moeten worden besloten dat de overeenkomst tussen de partijen gehonoreerd moet worden. Als jarenlang een quotaverplichting niet werd nageleefd, zonder enig protest, lijkt een vordering tot schadevergoeding voor het verleden (*m.a.w.* voor de periode gedurende stilzwijgend werd ingestemd met lagere afnames), bezwaarlijk verenigbaar met een uitvoering te goeder trouw van de overeenkomst. Als een contractpartij plots, ook al is het na jaren, weer aanspraak maakt op uitvoering van een clause die jarenlang niet werd uitgevoerd, doch enkel voor de toekomst, lijkt het stilzwijgen uit het verleden weinig relevantie te hebben. *M.a.w.* dat stilzwijgen kan de overeenkomst niet hebben gewijzigd. De situatie zou niet fundamenteel anders zijn bij ontstentenis van enige clause *i.v.m.* stilzwijgen en wat daaruit wel of niet kan worden afgeleid.

Een clause die bepaalt dat uit stilzwijgen geen afstand of verzaking kan worden afgeleid, heeft vaak slechts een beperkt belang, omdat de overeenkomst, met of zonder een dergelijke clause, alleszins te goeder trouw zal moeten worden uitgevoerd. Als zo'n clause ontbreekt, verandert dit weinig aan de situatie, omdat een afstand of verzaking op zich nog geen wijziging van de overeenkomst bewijst.

54. Naast (onmogelijkheid van) wijziging van een schriftelijke overeenkomst door stilzwijgen, is er ook de problematiek van aanvulling van een schriftelijke overeenkomst door factuurvoorwaarden, gevolgd door stilzwijgen. De Rechtbank van Koophandel te Brussel deed in een vonnis van 16 augustus 2005⁷³ uitspraak over een zaak waar een geschreven overeenkomst tussen de partijen gevolgd werd door facturen van een partij waarin een forumbeding vervat was, waartegen niet werd geprotesteerd. De rechtbank oordeelt naar goed recht dat het uitblijven van een reactie tegen een forumbeding in een factuur, ontvangen nadat de overeenkomst is gesloten, niet kan worden gelijkgesteld met een schriftelijke overeenkomst noch met een schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst⁷⁴.

⁷³ R.W. 2007-08, 1460.

⁷⁴ Zie in dezelfde zin: Kh. Gent 10 maart 1989, *T.G.R.* 1989, 63; Kh. Hasselt 3 februari 1993, *Limb. Rechtsl.* 1993, 234, noot M. HANSEN; E. KRINGS, "Het executieverdrag van 27 september 1968, wijzigingen en recente toepassingen ervan", *T.B.H.* 1980, 364.

Naar Belgisch recht strekt de stilzwijgende aanvaarding van een factuur door een handelaar zich in principe uit tot alle vermeldingen van die factuur, maar dit beginsel moet wijken indien bewezen wordt dat de niet-geprotesteerde factuur verschilt van de daaraan voorafgaande overeenkomst⁷⁵. De handelaar die facturen ontvangt na een overeenkomst te hebben afgesloten, mag er immers op vertrouwen dat de facturen niet afwijken van de voorheen gesloten overeenkomst. Een aanvulling levert in deze context ook een verschil op. Wijzigingen (met inbegrip van aanvullingen) op overeenkomsten, kunnen dus niet worden afgeleid uit enig stilzwijgen doch moeten uitdrukkelijk worden overeengekomen, d.w.z. met een uitdrukkelijke wilsuïting vanwege de beide partijen⁷⁶.

Indien algemene voorwaarden aanvullingen bevatten op een overeenkomst, verdient het dus aanbeveling dat degene van wie de algemene voorwaarden afkomstig zijn, zijn wederpartij uitdrukkelijk wijst op de algemene voorwaarden en op het gegeven dat zij aanvullingen bevatten op de destijds afgesloten overeenkomst. Wanneer vervolgens de bevestiging volgt dat de inhoud van de algemene voorwaarden aanvaard wordt, is er geen bewijsprobleem. Wanneer een dergelijke bevestiging niet volgt, verdient het aanbeveling om de medecontractant nogmaals uitdrukkelijk te wijzen op de algemene voorwaarden, met de vraag om de instemming daarmee te kennen te geven. Wanneer de medecontractant vervolgens nog steeds niet reageert maar de overeenkomst uitvoert, kan uit zijn stilzwijgen wel een instemming worden afgeleid. In dit voorbeeld, wordt er immers van uitgegaan dat er geen sprake is van enige verrassing (d.i. van enige handelwijze strijdig met het gewekte vertrouwen).

VII. Bewijs en technologie

A. Geschrift

55. Traditioneel was een geschrift de weergave van letters op een materiële drager (een stenen tablet, een rol papyrus of perkament, een stuk papier beschreven met een ganzenveer,...). De kenmerken hiervan waren: zolang het geschrift niet gemanipuleerd wordt en zolang het geschrift (of de materiële drager) niet vergaat of beschadigd wordt, blijft het een exacte weergave van wat het was toen het gemaakt werd.

⁷⁵ Kh. Brussel 16 augustus 2005, R. W. 2007-08, (1460), 1463.

⁷⁶ M.E. STORME, "Bewijs- en verbintenissenrechtelijke beschouwingen omtrent het stilzitten van de aangesprokene bij een factuur en bij andere vormen van aanspraakbevestiging", *T.B.H.* 1991, p. 463, nrs. 35-38; A. CARETTE, noot onder Antwerpen 17 september 1991, R. W. 1991-92, 960.

Toen de boekdrukkunst (en later de typemachine) werd uitgevonden, behield het geschrift alle bovenstaande kenmerken.

Bij de uitvinding van de microfilm en later de computer, deed zich een belangrijk verschilpunt voor: de letters vervat op de materiële drager, waren niet meer met het blote oog leesbaar. Er werden wel apparaten vervaardigd die het mogelijk maakten om de informatie om te zetten naar een vorm die voor de mens met het blote oog leesbaar is (in het geval van computers: printers, beeldschermen,...). Bij de microfilm was sprake van een visuele verkleining. De structuur van de letters werd niet omgezet naar een ander formaat. Voor informatieverwerking per computer werden afspraken vastgelegd op grond waarvan een bepaalde opeenvolging van gegevens (bv. een putje in een oppervlak, of geen putje), weergegeven als 1 en 0, een letterteken (of een ander grafisch karakter) voorstellen (waarbij 8 zulke eenheden, bits genaamd, een byte vormen, d.i. als het ware een letter uit het computeralfabet). Principieel is er weinig verschil tussen een tekst in een stenen tablet gehouwen of een tekst op een USB-stick of enige andere informatiedrager, behalve dat de tekens in het tablet gehouwen op zich een letter voorstellen, terwijl de letters in de USB-stick zijn samengesteld uit een opeenvolging van (kleinere) tekens die een 1 of een 0 voorstellen. Het gaat telkens om informatie. De letters in het stenen tablet gehouwen zijn met het blote oog leesbaar, de letters opgeslagen in een elektronische informatiedrager, kunnen met aangepaste toestellen worden omgezet en weergegeven in de vorm van letters leesbaar voor het menselijk oog.

Het menselijk geheugen is niet zo betrouwbaar. Mensen vergeten dingen en verwarren informatie soms met andere informatie. Mensen kunnen ook doelbewust informatie uit hun geheugen verkeerd weergeven. Vandaar de keuze van de opstellers van het Burgerlijk Wetboek – overgenomen uit de ordonnantie van Moulins van 1566⁷⁷ – voor de principiële primauteit van het geschrift (zie art. 1341 B.W.).

Bij gebruik van informatica zijn er een aantal tussenstappen tussen het schrijven van de tekst en de weergave ervan op een blad papier. Soms passeert informatie ook via meerdere computers en komt zij in de handen van verschillende mensen, soms met uiteenlopende belangen. De *betrouwbaarheid* van gegevens die door informatica is verwerkt, is echter een afzonderlijk probleem, dat geen afbreuk doet aan het feit dat alles wat voor het menselijk oog leesbaar is (zonder gebruik van andere hulpmiddelen dan lichtbronnen en brillen), mag gelden als een geschrift. De vraag of de tekst gemakkelijk reproduceerbaar is via een printer, is niet doorslaggevend. Tekst op een computerscherm of zelfs op het scherm van een mobiele telefoon, is op zich wel leesbaar, maar juridisch en praktisch dreigen er aanzienlijke

⁷⁷ D. MOUGENOT, "Le régime probatoire de la photocopie et du téléfax", in E. MONTERO, (red.), *La preuve*, Luik, Commission Université-Palais, 2002, 235.

problemen te ontstaan als men tekst op een computerscherm beschouwt als een geschrift. Beter is het dit te beschouwen als de *weergave* van een geschrift.

Een computer, een USB-stick, een cd- of dvd-schijf of een andere gegevensdrager, zijn geen geschriften. De informatie bewaard op dergelijke dragers, is ook geen geschrift. Het gaat wel om informatie die met gebruik van de nodige software, desgevallend kan worden omgezet naar geschriften. Hierover kan men nochtans twisten: als men leesbaarheid met het blote oog niet als criterium vereist, maar wel leesbaarheid met het blote oog of met gebruik van de aangepaste hulpmiddelen, dan geldt de informatie op dat soort dragers wel nog als geschrift – de definitie van een geschrift staat immers nergens in de wet. Een opeenvolging van enen en nullen die tekst voorstelt, kan men beter niet beschouwen als een geschrift, maar wel als een potentieel geschrift.

De praktische relevantie van dergelijke onderscheidingen (geschrift, weergave van geschrift, potentieel geschrift) is echter beperkt: in de praktijk, althans in burgerlijke zaken, worden zeer zelden computers, USB-sticks of optische schijfjes neergelegd als bewijsmateriaal. Meestal worden afdrukken op papier neergelegd, die wel voldoen aan alle gangbare definities van een “geschrift”.

In het licht van de bovenstaande uitgangspunten, moet dus ook niet betwijfeld worden dat tekst die met een faxapparaat wordt doorgestuurd, tekst blijft (althans zolang de tekst leesbaar blijft – zwarte vlekken zijn geen tekst). Meer over de telefax: zie randnummers 73 e.v.

Ook een fotokopie van een tekst blijft beantwoorden aan de omschrijving van een geschrift. Sommigen menen dat, omwille van de mogelijkheid om veranderingen aan te brengen tijdens het fotokopiëren, een fotokopie niet meer kan gelden als een geschrift – eens iets geschreven was, was het vroeger zeer moeilijk om de originele tekst nog ongemerkt te wijzigen, zodat sommigen onveranderlijkheid (of “onwizigbaarheid”) beschouwen als een zijnskenmerk van het geschrift⁷⁸.

Als men uitgaat van dergelijke interpretaties (die uitgaan van de vraag: wat is het wezenskenmerk van een geschrift?), dreigt men te belanden in een situatie waarin, met name in de huidige context, nog maar weinig stukken die in de praktijk gebruikt worden, kunnen gelden als “geschriften”. Veeleer dan uit te gaan van de vraag naar de zijnskenmerken van een geschrift (wat is een geschrift?), verdient het aanbeveling uit te gaan van een functionele benadering (waartoe dient een geschrift?). Van die benadering, is een geschrift erop gericht om taal uit te drukken door middel van tekens op een materiële drager⁷⁹. Vanuit die benadering – waaruit

⁷⁸ Voor een terechte kritiek op die zienswijze: D. MOUGENOT, *a.w.*, 248.

⁷⁹ D. MOUGENOT, *a.w.*, 248.

men zelfs "leesbaarheid voor de mens met het blote oog" kan weglaten als vereiste – kan een fotokopie ongetwijfeld gelden als een geschrift.

Los van de vraag of men (onmiddellijke) leesbaarheid door de mens moet opnemen of niet in de definitie van een geschrift, staat alleszins vast dat enkel een niet te enge interpretatie van het begrip "geschrift" nog aangepast is aan de context waarin we thans het bewijsrecht moeten toepassen.

56. Wanneer men uitgaat van het bovenstaande, zou de volgende vraag enigszins paradoxaal kunnen klinken: geldt een doorgestuurd Word-bestand als een geschrift? Die vraag lijkt paradoxaal, omdat men zou kunnen zeggen dat het bestand zeer makkelijk kan worden uitgeprint, zodat het weer de vorm aanneemt van een (leesbaar) geschrift (m.a.w. het antwoord lijkt misschien evident).

De moeilijkheid hier beoogd, is de eenvoud waarmee een dergelijk bestand (in de hypothese dat het niet beveiligd werd, bijvoorbeeld met een paswoord) kan worden gewijzigd. "Niet-volatiliteit" (of onveranderlijkheid, stabiliteit) is een belangrijk kenmerk van een geschrift, in tegenstelling tot het gesproken woord. Men zou kunnen zeggen dat een Word-bestand (bijna) even makkelijk kan worden gewijzigd als de mondelinge weergave van het gesproken woord. Kan het dan nog wel gelden als "geschrift"?

Het antwoord luidt dat een uitgeprint Word-bestand wel degelijk beantwoordt aan alle kenmerken van een geschrift, maar met een zeer lage bewijswaarde.

Stel dat twee personen samen zakelijke belangen hebben (ze hebben samen een vastgoedpatrimonium) maar dat de verstandhouding zo slecht is, dat één van beiden erin geslaagd is een vonnis te bekomen waarin de verweerder verbod wordt opgelegd om eiser nog te bedreigen, uit te schelden of om nog negatieve persoonlijke opmerkingen te formuleren, onder verbeurte van een dwangsom van 250 euro per inbreuk. Een dergelijk verbod verdient op zich geen aanbeveling want dit dreigt aanleiding te geven tot oeverloze executiemoeilijkheden (als iemand bv. schrijft: "de verdeling moet gebeuren op basis van 55/45 i.p.v. 50/50 want je hebt je nooit bekommerd om de moeilijkheden bij de verhuringen", dan rijst uiteraard de moeilijkheid of dit een zakelijke toegelaten mededeling is dan wel een verboden negatieve persoonlijke opmerking). Stel dat in een dergelijke situatie de eiser een uitgeprint Word-bestand voorlegt waarin de verweerder op het einde van een brief schrijft: oh ja, terloops, je bent een X, waarbij X onbetwist een scheldwoord is. Bewijst zulks iets? Het antwoord op die vraag is negatief, als de verweerder betwist dat hij dat geschreven heeft.

Mocht evenwel, al dan niet na expertise, die vermelding wel voorkomen in hetzelfde bestand op de computer van de afzender, dan kan er wel van uit worden gegaan dat het bewijs van de inbreuk geleverd is. Als in zo'n geval de verweerder eenvoudigweg betwist dat hij de toevoeging geschreven heeft, dan faalt de eiser in zijn bewijslast. Het uitgeprinte Word-bestand geldt in dat geval niet eens als een begin van bewijs bij geschrift, dat kan worden aangevuld met vermoedens. Immers, zoals besproken onder randnummer 67, moet het geschrift dat geldt als begin van bewijs, afkomstig zijn van degene tegen wie het bewijs moet worden geleverd. Als men een eenvoudige afdruk van een tekstbestand voorlegt, bewijst men niet dat deze tekst afkomstig is van wiens naam in het document vermeld staat. Als het werkelijk gaat om een cruciaal document, kan een gerechtsdeskundige wellicht wel achterhalen of het document inderdaad verstuurd werd door degene van wie beweerd wordt dat hij het verstuurd heeft, hoewel zoiets in de praktijk ook niet altijd te traceren valt. Zolang een document geen handtekening of kopie daarvan of een handgeschreven tekst of een briefhoofd of kopie daarvan bevat, zal het dus erg moeilijk zijn om aan te tonen dat het document afkomstig is van degene tegen wie men een bewijs wil leveren.

57. Bepaalde opmerkingen van auteurs die schreven lang voor de doorbraak van de computer, zijn toch relevant bij de beoordeling van de vraag wat al dan niet kan gelden als een geschrift, met name wat men vroeger heeft geschreven over de aard van geschriften in potlood. Men nam unaniem aan dat wat in potlood geschreven is, toch een geschrift blijft⁸⁰. De gemakkelijke wijzigbaarheid is een element waarmee rekening moet worden gehouden bij de bewijswaardering, maar dit neemt niet weg dat een makkelijk wijzigbaar geschrift, toch een geschrift blijft.

B. Handtekening

58. De handtekening is een eigenhandig geschreven teken dat een persoon gewoonlijk gebruikt om zich te identificeren (en – vaak doch niet altijd – om aan te duiden dat hij een bepaalde tekst heeft gelezen of hem goedkeurt). Opdat een teken kan gelden als handtekening, is niet vereist dat het leesbaar zou zijn⁸¹. Wel vereist is dat de betrokkene het gewoonlijk gebruikt om zijn persoonlijkheid aan derden te doen kennen⁸². Als iemand zich gewoonlijk identificeert door een handtekening te plaatsen in hetzelfde geschrift als de rest van de tekst, zonder versiering of zonder onderstreping, verhindert niets dat een dergelijk teken kan gelden als handtekening.

⁸⁰ H. DE PAGE, *Traité*, III, 777; R. DEKKERS, *Handboek Burgerlijk Recht*, deel II, 656.

⁸¹ R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht. Deel III. Verbintenissen, Bewijsleer, Gebruikelijke contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 400.

⁸² Cass. 7 januari 1955, *Arr. Cass.* 1955, 335; Cass. 2 oktober 1964, *R.W.* 1965-66, 1440.

Binnen het beknopte bestek van deze bijdrage, is geen ruimte voor een analyse van de kenmerken en functies van de handtekening, doch kan slechts verwezen worden naar het standaardwerk van Patrick Van Eecke over dit onderwerp⁸³.

C. Kopie

59. Een "kopie" is een begrip dat als zodanig niet in (de Nederlandstalige versie van) het Burgerlijk Wetboek voorkomt. Dat spreekt van "afschriften" (in het Frans: copies), zie artikelen 1334 B.W. e.v.

Een afschrift was eertijds letterlijk overgeschreven op basis van het origineel⁸⁴.

Het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat afschriften het bewijs opleveren van wat voorkomt in het origineel, maar dat vertoning van het origineel altijd kan worden gevorderd, wanneer het origineel nog bestaat (art. 1334 B.W.). Er bestaat betwisting over de vraag of die bepaling enkel toepassing vindt op authentieke aktes, dan wel ook geldt voor onderhandse aktes⁸⁵. De tekst van artikel 1334 B.W. biedt alvast geen steun voor de opvatting dat die bepaling enkel zou gelden voor authentieke aktes. In de tekst is sprake van titels (over dat begrip, zie hoger, randnr. 25), maar titels kunnen authentiek of onderhands zijn⁸⁶. Samen met Mougenot moet worden opgemerkt dat deze controversie weinig praktisch belang heeft, omdat een kopie op zich genomen alleszins niet bewijskrachtig is. Ongeacht de aard van het stuk mag de partij tegen wie men zich op de kopie beroept, steeds de voorlegging van het origineel vorderen⁸⁷. Dat betekent niet dat kopies nutteloos zijn: zij mogen in rechte worden aangewend en kunnen een bewijs opleveren zolang een gebrek aan overeenstemming met het origineel niet wordt opgeworpen.

60. Vanaf wanneer is een geschrift een origineel en vanaf wanneer wordt het een kopie? Zolang er een materiële en rechtstreekse band bestaat tussen de drager en de hand van de auteur, is het geschrift een origineel. Voorbeelden van originelen zijn dus: een stuk papier dat door iemand met de hand beschreven is, of een uitgeprinte tekst waarop een originele handtekening of paraaf prijkt.

Zodra die materiële band is doorgeknipt, staat men voor een kopie. Voorbeelden zijn het ouderwetse afschrift (alles letterlijk met de hand overgeschreven), de foto-

⁸³ P. VAN EECHE, *De handtekening in het recht. Van pennentrek tot elektronische handtekening*, Gent, Larcier, 2004, 608 p. Zie verder: B. VAN BAEVEGHEM, "De paraaf: 'slip of the pen' of geldige handtekening?", (noot onder Cass. 13 mei 2005), *T.B.B.R.* 2006, 593.

⁸⁴ H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, nr. 832.

⁸⁵ D. MOUGENOT, "Le régime probatoire de la photocopie et du téléfax", in E. MONTERO, (red.), *La preuve*, Luik, Commission Université-Palais, 2002, 237.

⁸⁶ H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, nr. 832.

⁸⁷ D. MOUGENOT, *a.w.*, 237.

kopie, de microfiche die nadien opnieuw leesbaar wordt gemaakt, de fax, de uitgeprinte scan van een document, de uitgeprinte e-mail, het uitgeprinte tekstbestand.

61. Ingevolge het gebruik van de technologie, is het dus perfect denkbaar dat er van een document geen origineel bestaat en nooit bestaan heeft, doch enkel kopies. Wanneer A een e-mail stuurt naar B, en B print de e-mail uit, dan bestaat er geen origineel. Een uitprint die A zelf zou maken van zijn e-mail, zou nog steeds niet kunnen gelden als een origineel, tenzij A op de outprint eigenhandig een paraaf of handtekening zou plaatsen.

Stellen dat het origineel niet bestaat, doch enkel kopies, creëert wel een conceptuele moeilijkheid. Men kan derhalve ook stellen dat er geschriften (of andere documenten) bestaan die geen originelen zijn, maar dat het origineel niet meer bestaat (bv. een gescand papier dat vervolgens vernietigd werd) ofwel niet bestaan heeft in de vorm van een geschrift maar enkel in de vorm van een (elektronisch, optisch of magnetisch) bestand. Dergelijke bestanden kunnen bezwaarlijk vallen onder de omschrijving van een "geschrift" (want niet leesbaar met het blote oog), maar wie niet kan aanvaarden dat er geschriften bestaan waarvan enkel kopieën bestaan maar geen origineel, mag zulke bestanden wel beschouwen als "origineel".

62. Het handgemaakte afschrift is tegenwoordig zo zeldzaam dat we de term "kopie" meestal begrijpen als "fotokopie", d.i. een kopie gemaakt met een fotokopieerapparaat. Deze techniek bestaat al tientallen jaren⁸⁸. Een fotokopie beantwoordt aan het begrip "afschrift" zoals gebruikt in het Burgerlijk Wetboek⁸⁹. Een fotokopie waarop een originele handtekening prijkt, is geen kopie maar een origineel.

De fotokopie sluit het risico van onvrijwillige verschrijvingen uit. Vrijwillige manipulaties van een fotokopie zijn wel mogelijk. Dergelijke manipulaties maken niet altijd een vervalsing uit. Wanneer men bijvoorbeeld handgeschreven commentaar in de marge van een originele brief bij het fotokopiëren verwijdert (bv. door de commentaar te bedekken met een zelfklever of met correctievloeistof), gaat het niet om een vervalsing maar veeleer om een "*restitutio in integrum*" of herstel in de oorspronkelijke staat, althans wanneer de handgeschreven commentaar geen inhoudelijke relevantie heeft. Wanneer het bv. gaat om een brief afkomstig van een tegenpartij, en de cliënt heeft met de hand in de marge geschreven: "eigenlijk heb ik van die som wel betaling ontvangen, maar tegenpartij kan dit niet bewijzen", dan zou het uiteraard wel een valsheid opleveren om een dergelijke vermelding te

⁸⁸ Zie bv.: Cass. 21 februari 1964, *Pas.* 1964, I, 664; D. DE WINTER, "De bewijskracht van fotocopies en in het burgerlijk recht", *Jura Falc.* 1967-68, 12.

⁸⁹ D. MOUGENOT, *a.w.*, 242.

fax, de uitgetekstbestand.

maar dat er van enkel kopies. er staat er geen of steeds niet een paraaf of

en conceptuele ere documenten bestaat (bv. aan heeft in de zin, optisch of alleen onder de ogen), maar wie die bestaan ineel".

we de term et een fotokopie beantwoordet⁸⁹. Een naar een origi-

juwillige manipulaties maken niet commentaar (bv. door de afzender, gaat het niet om herstel in de documenten, geen afkomstig van een 'eigenlijk hebben en bewijzen', vermelding te afwezigheid van fotocopie-

verwijderen bij het fotokopiëren. Een vermelding afkomstig van de raadsman als "hierover toelichting vragen aan cliënt", heeft geen inhoudelijke relevantie. Om de afweging te vermijden tussen wat een vervalsing is en wat een "*restitutio in integrum*" (of "opkuis") inhoudt, verdient het aanbeveling om niet te schrijven op stavingsstukken maar aantekeningen te maken op extra fotokopies van de stukken of commentaar te schrijven op zelfklevers aan de stukken gehecht.

Fotokopies kunnen weliswaar gemanipuleerd worden, maar in de praktijk loopt het daarmee meestal niet zo'n vaart. De wet bevat een aantal mechanismen om dat gevaar te bestrijden. Ten eerste kan de rechter steeds het origineel opvragen (art. 1334-1335 B.W.). Ten tweede is de bewijskracht van een kopie beperkt (zie art. 1335 B.W.). Wanneer er met een fotokopie geknoeid wordt, mag ook worden aangenomen dat de wederpartij dit in de meeste gevallen zal opmerken.

Het risico van een strafrechtelijke veroordeling wegens valsheid in geschrifte, is uiteraard ook een belangrijke rem op vervalsingen.

De nadelen van een fotokopie (het is geen origineel meer; er is een risico van vervalsing) wegen dus in de overgrote meerderheid van de gevallen niet op tegen de voordelen van deze techniek (snel, goedkoop, gemakkelijk, exacte weergave van het origineel, met een kwaliteitsverlies dat tegenwoordig uiterst miniem is).

Om de gevolgen van verlies door de griffie of door de postdiensten van een bundel te beperken, is het in beginsel zelfs af te raden om originele stukken in rechte aan te wenden.

63. Een kopie is geen bewijskrachtig stuk, d.w.z. dat de rechter niet gebonden is door de inhoud van een kopie. Of de rechter al dan niet bewijswaarde toekent aan een kopie, is afhankelijk van de omstandigheden (lijkt er sprake van een manipulatie, betwist iemand overeenstemming tussen het origineel en de kopie,...).

Wanneer het bewijs met vermoedens is toegestaan, kan de kopie alleszins gelden als een vermoeden⁹⁰.

Of een fotokopie kan gelden als een begin van bewijs bij geschrift, wordt onderzocht onder randnummer 69.

64. Bepaalde bijzondere wetten kennen een specifieke bewijswaarde toe aan kopieën. Het betreft met name:

- het Bestuur der Postcheques (wet van 2 mei 1956 op de postcheque, art. 19);

⁹⁰ Cass. 8 mei 1980, *Pas.* 1980, I, 1111, *J.T.* 1980, 577, *R.W.* 1981-82, 252; Luik 16 mei 1997, *J.L.M.B.* 1998, 417, *Rev. prat. soc.* 1998, 107.

- de A.S.L.K. (K.B. nr. 44 van 24 oktober 1967, art. 3);
- de Lotto en de Toto (M.B. van 8 december 1977, art. 8 en M.B. van 29 september 1980, art. 26).

In de periode 1991-1993, wordt de bijzondere regeling uitgebreid tot:

- de openbare kredietinstellingen (wet van 17 juni 1991, art. 196);
- de banken en de privéspaarkassen en de verzekeringsondernemingen (wet van 22 juli 1991 tot erkenning van afschriften als bewijsmiddel voor de banken, particuliere spaarkassen en verzekeringsondernemingen, enig artikel);
- de Belgische en buitenlandse beursvennootschappen en met de beurs gelieerde instellingen (wet van 28 juli 1992, art. 95);
- een aantal publiekrechtelijke instellingen, zoals de Nationale Bank van België, het Herdisconterings- en Waarborginstituut, de Controledienst voor de Verzekeringen, de Interprofessionele Effectendeposito- en Girokas, het Rentenfonds en de Commissie voor het Bank- en Financiewezen (wet van 6 augustus 1993, art. 28);
- een aantal privaatrechtelijke rechtspersonen (BEVEK, BEVAK, BVS), de vennootschappen voor vermogensbeheer en voor beleggingsadvies, en de vennootschappen voor wissel- en depositomakelarij (wet van 6 augustus 1993, art. 28)⁹¹.

65. De regeling van 1956 m.b.t. het Bestuur der postcheques (thans De Post) bepaalde dat fotografische of microfotografische kopieën bewaard door die instelling, dezelfde bewijswaarde hebben als originelen, indien de kopieën gemaakt zijn door die instelling of onder haar controle⁹². In die regeling, was dus sprake van een onweerlegbaar vermoeden van overeenstemming met het origineel.

In de regeling uit de vroege jaren 1990, is geen sprake meer van een onweerlegbaar vermoeden. De regeling werd toen ingevolge de ontwikkeling van de technologie niet meer beperkt tot microfilms en fotokopieën. De regeling werd uitgebreid naar magnetische, elektronische of optische gegevensdragers. De afschriften gemaakt door de instellingen die onder de regeling vallen, worden vermoed overeen te stemmen met het origineel, behoudens het bewijs van het tegendeel.

⁹¹ Zie voor meer bijzonderheden: M. TAEYMANS, "Bewijsrecht in een geautomatiseerde bankomgeving", *Rev. banque* 1994, 223; J. P. BUYLE, "Nouvelles règles en matière de preuve par copie de documents", *J.T.* 1993, 197.

⁹² D. MOUGENOT, "Le régime probatoire de la photocopie et du téléfax", in E. MONTERO, (red.), *La preuve*, Luik, Commission Université-Palais, 2002, 243.

66. Wanneer de overeenstemming tussen fotokopie en origineel niet betwist wordt, mag de rechter aan de fotokopie dezelfde bewijswaarde toekennen als aan het origineel⁹³.

Zo is het bv. denkbaar dat iemand de geldigheid van een testament aanvecht (bv. wegens miskenning van de wettelijke reserve), waarbij het origineel van het testament verloren is en enkel een fotokopie beschikbaar is. Als de overeenstemming tussen origineel en fotokopie niet betwist wordt, mag aan de fotokopie dezelfde bewijswaarde worden toegekend als aan het origineel, zonder dat zulks iets zegt over de geldigheid van het testament⁹⁴.

D. Begin van bewijs bij geschrift

67. Het begin van bewijs bij geschrift, is een wettelijk correctiemechanisme dat wordt toegepast wanneer de wet het bewijs vereist middels (een bepaalde soort van) een geschrift, maar er geen geschrift voorligt dat beantwoordt aan alle wettelijke vereisten.

Artikel 1347 B.W. omschrijft het begin van bewijs bij geschrift als elke geschreven akte die uitgegaan is van degene tegen wie de vordering wordt ingesteld, of van de persoon door hem vertegenwoordigd, en waardoor het beweerde feit waarschijnlijk wordt gemaakt.

Zodra er een begin van bewijs bij geschrift voorligt, is het bewijs met getuigen en vermoedens toegestaan. Het begin van bewijs bij geschrift levert dus op zich geen (voldoende) bewijs op. Het dient te worden aangevuld met andere bewijsmiddelen.

68. Opdat iets zou kunnen gelden als een begin van bewijs bij geschrift, dient het te beantwoorden aan de omschrijving van een geschrift (zie hoger, randnr. 55). Niet vereist is dat het geschrift ondertekend zou zijn.

De wet vereist, opdat een geschrift zou kunnen gelden als begin van bewijs, dat het afkomstig is van de persoon tegen wie het bewijs moet worden geleverd, of van iemand die hem vertegenwoordigt. Het volstaat dat degene tegen wie het bewijs moet worden geleverd, op een of andere manier heeft ingestemd met het geschrift of het erkend of bekrachtigd heeft⁹⁵.

⁹³ Cass. 21 februari 1964, *Pas.* 1964, I, 664; Luik 16 januari 2001, *J.L.M.B.* 2001, 787, noot SACE.

⁹⁴ Luik 16 januari 2001, *J.L.M.B.* 2001, 787, noot SACE.

⁹⁵ Cass. 10 januari 1939, *Pas.* 1939, I, 37; Cass. 6 juni 1975, *Pas.* 1975, I, 960; Cass. 12 februari 1987, *Pas.* 1987, I, 709.

69. Kan een fotokopie gelden als een begin van bewijs bij geschrift? De rechtspraak heeft dit aanvaard⁹⁶. Ook het Franse Hof van Cassatie aanvaardt de kwalificatie van de fotokopie als begin van bewijs bij geschrift, voor zover de fotokopie afkomstig is van degene tegen wie het bewijs moet worden geleverd⁹⁷.

In de rechtsleer worden twee moeilijkheden in dit verband besproken. Ten eerste rijst de vraag van wie de fotokopie afkomstig is (wordt hiermee bedoeld wie de fotokopie gemaakt heeft, of wie het origineel gemaakt heeft?); ten tweede hebben sommige auteurs betwijfeld of een fotokopie wel een geschrift is.

Als men uitgaat van het geschrift als de leesbare weergave van woorden met behulp van lettertekens (zie ook de omschrijving onder randnr. 55), dan valt niet in te zien waarom een fotokopie daar niet zou onder vallen⁹⁸.

De vraag van wie een fotokopie afkomstig is (m.a.w. wie de fotokopie gemaakt heeft), heeft weinig praktisch belang in de gevallen waarin de getrouwheid van de fotokopie (d.i. de correcte weergave van het origineel) niet betwist wordt.

Wanneer de getrouwheid van een fotokopie wel betwist wordt, zal veel afhangen van de concrete omstandigheden. Stel dat A een brief stuurt aan B waarin A foutief gedrag erkent. B wendt in rechte een fotokopie aan. A zegt: de fotokopie is vals, de tekst werd gemanipuleerd. B kan het origineel niet voorleggen, omdat dit verloren is. In zulke omstandigheden, zal de rechter – eventueel zelfs na een deskundige analyse van de beschikbare stukken, bv. door een grafisch deskundige, een computerdeskundige, een grafoloog,...) op basis van alle hem beschikbare bewijselementen moeten oordelen welke stelling hem het meest geloofwaardig voorkomt. De concrete omstandigheden zullen ook bepalen of het bewijs met vermoedens toegelaten is en op wie de bewijslast en het bewijsrisico rust.

70. Geldt de sms als een geschrift? Als men uitgaat van de analyse onder randnummer 55, dan geldt de sms als een geschrift (voor wie een zeer ruime opvatting hanteert) of als een weergave van een geschrift (voor wie de verkieslijke opvatting hanteert). De sms zonder meer beschouwen als iets wat géén geschrift is, gaat uit van een overdreven enge opvatting van een geschrift. Dat zou immers betekenen dat de sms wordt gelijkgesteld met het gesproken woord, wat een te verregaande fictie is.

⁹⁶ Luik 3 maart 1998, *Rev. rég. dr.* 1998, 283.

⁹⁷ Cass. fr. 14 februari 1995, *J.C.P. (éd. gén.)* 1995, II, 22402, noot CHARTIER, *Dall.* 1995, 340, noot PIEDELIEVRE.

⁹⁸ In dezelfde zin: D. MOUGENOT, *a.w.*, 247.

71. De sms is géén geschrift dat beantwoordt aan de vereisten van artikel 2281 B.W. (waarvan de tekst geciteerd wordt onder randnr. 74), hoewel de wettekst op zich genomen wellicht geen volkomen uitsluitel biedt. Immers, de verzending van een sms resulteert aan de zijde van de geadresseerde wel in iets dat hij kan lezen. De wet spreekt echter van "dat resulteert in een schriftelijk stuk aan de zijde van de geadresseerde". De wet bedoelt hiermee eigenlijk: dat resulteert in een vlot printbaar resultaat aan de zijde van de geadresseerde. Dit kan worden afgeleid uit de laatste volzin van lid 1 van artikel 2281: "Hetzelfde geldt wanneer de kennisgeving slechts daarom niet in een schriftelijk stuk resulteert aan de zijde van de geadresseerde omdat deze een andere wijze van ontvangst hanteert".

Met dat laatste wordt het geval beoogd van de e-mail die niet wordt uitgeprint, omdat de bestemming ervoor kiest het bericht niet af te drukken.

In het licht van artikel 2281 B.W., kan de verzender zich in principe nooit beroepen op een sms⁹⁹.

72. De bewijswaarde van de sms, is die van een vermoeden. Zoals besproken wordt onder randnummer 70, kan een sms niet gelden als een begin van bewijs door geschrift, omdat een sms geen geschrift is (wel slechts de weergave van een geschrift). Sommige auteurs beschouwen een sms nochtans wel als een geschrift (wat niet onjuist is als men uitgaat van een zeer ruime definitie van een geschrift)¹⁰⁰.

Sms'jes worden in het zakelijk leven slechts in beperkte mate aangewend, en dan nog meestal als communicatiemiddel tussen leden van eenzelfde organisatie. In het persoonlijk leven daarentegen is de sms een zeer frequent gebruikt communicatiemiddel, zij het niet door iedereen.

De aanwending van de sms als bewijsmiddel, zal daarom vooral aan de orde zijn in geschillen in de persoonlijke sfeer, bijvoorbeeld n.a.v. een contactverbod onder verbeurte van een dwangsom tegen een belager (*stalker*, cf. art. 442bis Sw.), of om het bewijs te leveren van de duurzame ontwrichting van het huwelijk.

Hoe de rechter omgaat met de sms als bewijsmiddel, is afhankelijk van de omstandigheden. Als de verwerende partij niet betwist de sms te hebben verstuurd, is er vanuit bewijsrechtelijk oogpunt al een veel kleiner probleem. De rechter mag in dat geval het bestaan van de sms bewezen achten. Als het bestaan van de sms erkend

⁹⁹ R. DE CORTE, "Een SMS-berichtje is geen kennisgeving", *De Juristenkrant* 30 januari 2001, nr. 22, 6.

¹⁰⁰ C. DE TERWANGNE, J. HERVEG en J.-M. VAN GYSEGHEM, *Le divorce et les technologies de l'information et de la communication. Introduction à la protection des données dans la preuve des causes de divorce*, Brussel, Kluwer, 2005, 92.

of niet betwist wordt, rest enkel nog de vraag of het gaat om een kennisgeving waarop artikel 2281 B.W. toepassing vindt.

Als een kennisgeving mondeling mag gebeuren, mag ze ook per sms gebeuren. Als de kennisgeving daarentegen schriftelijk moet gebeuren, is de kennisgeving onbestaande, zelfs al wordt de ontvangst van de sms niet betwist.

Als artikel 2281 B.W. geen toepassing vindt, bijvoorbeeld omdat het niet gaat om een kennisgeving in de zin van die bepaling maar enkel om een mededeling tussen echtgenoten of een mededeling die relevantie kan hebben om enige andere reden (bijvoorbeeld wegens strijdigheid met een contactverbod), en de verzending van de sms wordt wel betwist, dan zal een deskundig onderzoek onvermijdelijk zijn indien het gaat om een bericht met een mogelijkerwijze doorslaggevende invloed.

Gelet op de kosten van zo'n deskundig onderzoek, is het in bepaalde omstandigheden voor de verweerder trouwens aantrekkelijker om te erkennen dat hij de sms verstuurd heeft dan om zulks te betwisten.

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel legde ooit een contactverbod op in volgende zin: "Legt verweerder verbod op onder verbeurte van een dwangsom van 30.000,- BEF per inbreuk vanaf de betekening van onderhavig vonnis om eisers gezamenlijk of afzonderlijk, nog op enigerlei wijze lastig te vallen, of op onverschillig welke wijze contact op te nemen met enige van eisers of met derden die gewoonlijk verblijven op hetzelfde adres als enige van eisers of met derden die werkgevers, collega's of vrienden van enige van eisers zijn, voor zover in de contacten met die werkgevers, collega's of vrienden van eisers verwezen wordt naar enige van eisers, en dit alles via onverschillig welk middel, door verweerder zelf of bij middel van instructies van verweerder aan derden, met inbegrip van, doch niet beperkt tot brieven, faxen, telefoons, boodschappen op een antwoordapparaat of op een gsm, telegrams, e-mails, postkaartjes, geschenkjes, voorwerpen afgegeven via de post, per drager, in de brievenbus of aan de woning, werkplaats of de aan persoon van enige van eisers, mededelingen via bancaire transacties, bezoekjes, naroeppen, observeren, achtervolgen, of via enig ander middel"¹⁰¹.

Hoewel de afkorting sms in dat dispositief niet vermeld staat, valt een bericht verzonden per sms ongetwijfeld onder zo'n contactverbod. In die zaak had de eiseres op een bepaald moment een kat cadeau gedaan aan de verweerder, omdat deze laatste blijkbaar het beëindigen van de vriendschapsband tussen beiden niet kon verwerken. Verweerder bestookte eiseres met een oeverloze stroom van telefoontjes en (bedreigende, beledigende en onvriendelijke) boodschappen ingesproken op

¹⁰¹ Rb. Brussel 6 december 1999, opgenomen in K. WAGNER, *Casebook 20 jaar dwangsom*, Gent, Mys & Breesch, 2001, nr. 86, p. 201.

een antwoordapparaat. Verweerder heeft ook 1.000 frank overgeschreven op de rekening van eiseres met, blijkens het vonnis, de mededeling "Geen kat nodig van doppers" (eiseres had op dat moment haar werk verloren en had recht op een werkloosheidsuitkering). Stel dat in zo'n geval die mededeling niet was gedaan bij bancaire overschrijving, maar per sms, per hypothese na de betekening van het vonnis. De mededeling had in dat geval ongetwijfeld aanleiding kunnen geven tot verbeurte van de dwangsom, in dat geval ongeveer 750 euro. De sms kon in zo'n geval gelden als vermoeden. Als de verweerder het bericht zou betwisten, zou een deskundig onderzoek mogelijk geweest zijn, maar als een deskundige (desnoods na opvraging van gegevens bij telecomoperatoren) tot de vaststelling zou komen dat het bericht inderdaad afkomstig was van de verweerder, dan zouden de kosten van het deskundig onderzoek ook ten laste vallen van de verweerder.

E. De telefax als bewijsmiddel

73. Hoewel de populariteit van de telefax te lijden heeft onder het succes van elektronische post, blijft de telefax nog altijd een belangrijk instrument in iedere kantooromgeving en bijgevolg ook in het handelsverkeer.

De telefax geldt in het bewijsrecht als een kopie (ook technisch heeft een telefax-apparaat veel weg van een fotokopieerapparaat verbonden met een telefoonlijn). Het gevaar van manipulatie is bij gebruik van de telefax kleiner dan bij het gebruik van het fotokopieerapparaat, maar dit heeft geen praktische gevolgen voor de appreciatie van de bewijswaarde van een telefax, omdat een telefax visueel niet steeds kan worden onderscheiden van een fotokopie.

De telefax wordt vaak gebruikt om contracten te sluiten tussen personen die zich op een afstand van elkaar bevinden (afwezig). Opdat de wilsovereenstemming tussen twee contractpartijen bewezen is, is niet vereist dat hun beider originele handtekeningen zich bevinden op een exemplaar van het contract. De uitwisseling van exemplaren van contracten tussen afwezigen is een oud en als geldig erkend procédé dat dateert van lang voor het bestaan van de telefax¹⁰².

Allerlei mededelingen m.b.t. overeenkomsten kunnen per telefax gebeuren. Niet alleen bij de contractsluiting, maar ook bij de uitvoering en beëindiging van overeenkomsten kan gebruik worden gemaakt van de telefax. De omstandigheid dat de bestemming geen origineel van de handtekening krijgt, doet geen afbreuk aan de geldigheid van de beoogde mededeling (zie art. 2281 B.W., waarover meer onder randnr. 74).

¹⁰² H. DE PAGE, *Traité*, III, nr. 848; Luik 28 oktober 1946, R.C.J.B. 1948, 66.

De meeste faxtoestellen leveren een verzendrapport af. Een verzendrapport dat enkel gegevens bevat als een datum, tijdstip, aantal bladzijden, resultaat van de verzending (bv.: OK), maar zonder (verkleinde of gedeeltelijke) kopie van wat verzonden werd, bewijst op zich niet wat de verzender verstuurd heeft¹⁰³. Een dergelijk rapport maakt het echter wel waarschijnlijk dat de verzender iets verstuurd heeft. Het maakt het in principe ook onwaarschijnlijk dat de verzender iets anders verstuurd heeft dan datgene waarvan hij een origineel of een kopie voorlegt als zijnde het verstuurde.

74. Artikel 2281 B.W., zoals gewijzigd bij wet van 20 oktober 2000, luidt: "Wanneer een kennisgeving schriftelijk dient te gebeuren om door de kennisgever te kunnen worden aangevoerd, wordt ook een kennisgeving per telegram, telex, telefax, elektronische post of enig ander telecommunicatiemiddel dat resulteert in een schriftelijk stuk aan de zijde van de geadresseerde, als een schriftelijke kennisgeving beschouwd. Hetzelfde geldt wanneer de kennisgeving slechts daarom niet in een schriftelijk stuk resulteert aan de zijde van de geadresseerde omdat deze een andere wijze van ontvangst hanteert. / De kennisgeving gaat in bij ontvangst ervan in de vormen genoemd in het eerste lid. / Ontbreekt een handtekening in de zin van artikel 1322, dan kan de geadresseerde de kennisgever zonder onnodig uitstel verzoeken om een origineel ondertekend exemplaar na te zenden. Doet hij dit niet zonder onnodig uitstel, of gaat de kennisgever zonder onnodig uitstel op dit verzoek in, dan kan de geadresseerde het ontbreken van een handtekening niet aanvoeren".

75. De bewijswaarde van de telefax is vergelijkbaar met die van de fotokopie (zie hoger, nr. 69). De telefax geldt dus als vermoeden, en als begin van bewijs bij geschrift als er geen betwisting bestaat over de overeenstemming tussen origineel en de telefax. In dat geval, heeft de telefax dus eenzelfde bewijswaarde als een origineel¹⁰⁴.

Het bewijs van de verzending of van de ontvangst van een document, is het bewijs van een rechtsfeit. Dit kan geleverd worden met alle middelen van recht, met inbegrip van vermoedens. Uit vermeldingen op faxrapporten, mag de rechter derhalve wel een vermoeden afleiden¹⁰⁵.

¹⁰³ D. MOUGENOT, "Le régime probatoire de la photocopie et du téléfax", in E. MONTERO, (red.), *La preuve*, Luik, Commission Université-Palais, 2002, 258.

¹⁰⁴ D. MOUGENOT, *a.w.*, 263.

¹⁰⁵ D. MOUGENOT, *a.w.*, 264.

F. De elektronische handtekening

76. Binnen het beknopte bestek van deze bijdrage is geen ruimte voor een grondige analyse van het fenomeen van de elektronische handtekening. De lezer wordt voor dit onderwerp verwezen naar het standaardwerk van Patrick VAN EECKE¹⁰⁶.

Enkele basisprincipes mogen nochtans niet onvermeld blijven. Men onderscheidt de *gewone elektronische handtekening* en de *veilige elektronische handtekening* (of de *gewone* tegenover de *geavanceerde*). Voorbeelden van de gewone elektronische handtekening zijn: iemand typt zijn naam onder een e-mail¹⁰⁷; een gescande handtekening, of een identificatie op grond van biometrische gegevens. Een veilige (of geavanceerde) elektronische handtekening daarentegen komt tot stand door het gebruik van private en publieke sleutels. De bedoeling van een veilige elektronische handtekening, is dat ze fraudeonvoelig is.

De elektronische handtekening wordt beheerst door meerdere wetten, met name de wet van 20 oktober 2000 tot invoering van het gebruik van telecommunicatiemiddelen en van de elektronische handtekening in de gerechtelijke en de buitengerechtelijke procedure (B.S. 22 december 2000) en de wet van 9 juli 2001 houdende vaststelling van bepaalde regels in verband met het juridisch kader voor elektronische handtekeningen en certificatediensten (B.S. 29 september 2001). Daarnaast moet ook rekening gehouden worden met de Richtlijn 1999/93/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen, PB. L. 13/12 van 19 januari 2000.

Een "elektronische handtekening" is een zeer ruim begrip, ter aanduiding van onverschillig welke vorm van indentificatie van elektronische gegevens¹⁰⁸. Te onderscheiden daarvan is de "digitale handtekening", d.i. een bepaalde soort elektronische handtekening gebaseerd op encryptietechnieken (de gegevens worden m.a.w. versleuteld, wat een bepaalde waarborg toelaat i.v.m. van wie het

¹⁰⁶ P. VAN EECKE, *De handtekening in het recht. Van pennentrek tot elektronische handtekening*, Gent, Larcier, 2004, 608 p. Zie verder: P. CABOOR, "De wet van 20 oktober 2000 tot invoering van het gebruik van telecommunicatiemiddelen en van de elektronische handtekening in de gerechtelijke en de buitengerechtelijke procedure: een eerste verkenning", *A.J.T.* 2000-01, 637; R. DE CORTE, "Elektronische handtekening en identificatie in de virtuele wereld", *P. & B.* 2001, 207; J. DUMORTIER en S. VAN DEN EYNDE, "De juridische erkenning van de elektronische handtekening in België", *Computerrecht* 2001, 185; M.E. STORME, "De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht – Een inkadering van en commentaar bij de nieuwe wetsbepalingen", *R.W.* 2000-01, 1505; V. VANDENABEELE, "De elektronische handtekening: rechten en plichten van de certificatedienstverlener, de certificaathouder en de vertrouwende derde", *T.B.B.R.* 2002, 609.

¹⁰⁷ S. DE BACKER, "Naam onder e-mail plaatsen is elektronisch ondertekenen", *De juristenkrant* 19 november 2003, nr. 78, 4; R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht. Deel III. Verbintenissen, Bewijsleer, Gebruikelijke contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 401.

¹⁰⁸ Cf. de definitie in art. 2.2° van de wet van 9 juli 2001: "Elektronische handtekening: gegevens in elektronische vorm, vastgehecht aan of logisch geassocieerd met andere elektronische gegevens, die worden gebruikt als middel voor authenticatie".

bericht afkomstig is)¹⁰⁹.

Verder is er ook het begrip "geavanceerde elektronische handtekening", zoals gedefinieerd in artikel 8, 2° van de wet van 9 juli 2001. Het gaat om een elektronische handtekening die voldoet aan een aantal voorwaarden om te kunnen gelden als digitale handtekening (nl. op unieke wijze verbonden aan de ondertekenaar, mogelijkheid om ondertekenaar te identificeren, aangemaakt met middelen die de ondertekenaar onder zijn uitsluitende controle kan behouden, op zodanige wijze verbonden aan de gegevens waarop zij betrekking heeft, dat elke latere wijziging van de gegevens kan worden opgespoord). Een geavanceerde elektronische handtekening, wordt gelijkgesteld met een handgeschreven handtekening.

G. Elektronische post

77. Voor wat het bewijsrecht betreft, is het fenomeen van de elektronische post niet echt een op zich staand fenomeen met eigen bewijsregels. Het gaat veeleer om een fenomeen waarop de bewijsregels m.b.t. andere fenomenen moeten worden gecombineerd (in het bijzonder de regels i.v.m. de kopie en de bijzondere regels i.v.m. de elektronische handtekening).

Binnendringen in iemands mailbox is vaak een gedroomd middel om bewijs te vergaren. Op gezette tijdstippen organiseert een eisende partij op eenzijdig verzoekschrift een "fishing expedition" door te vragen dat een deskundige of een sekwester toegang moet krijgen tot een mailbox (meestal onder verbeurte van een dwangsom: verbod om na de betekening van de beschikking de computer nog aan te raken; bevel om de nodige paswoorden op eerste verzoek mede te delen aan de deskundige). Dergelijke eenzijdige verzoekschriften worden occasioneel gegrond verklaard – zij worden soms ook afgewezen (bv. met motiveringen die wijzen op het verbod van een private huiszoeking). Soms wordt ook de link gelegd met de privacy of het beroepsgeheim, indien het een computer betreft van iemand die onderworpen is aan het beroepsgeheim¹¹⁰.

¹⁰⁹ Meer hierover bij: V. VANDENABEELE, "De elektronische handtekening: rechten en plichten van de certificatieinstantie, de certificaathouder en de vertrouwende derde", *T.B.B.R.* 2002, 609.

¹¹⁰ Zie bv.: N. VAN LEUVEN, "Er bestaan grenzen aan het bewijs door middel van e-mail", *Echtscheidingsjournaal* 2003, 130. De auteur becommentarieert een geval waarbij een vrouw op eenzijdig verzoekschrift aanstelling van een sekwester had verzocht die zich toegang zou moeten verschaffen tot de mailbox van de draagbare computer van haar echtgenoot. Deze man had blijkbaar een overspelige relatie met een ander manspersoon. De gevraagde maatregel werd geweigerd: ook tussen echtgenoten geldt een recht op eerbiediging van het privéleven. Bovendien was er ook een liefdespostkaart aan de orde in het debat, zodat de e-mails niet nodig waren om het bewijs te leveren dat de vrouw wenste te leveren. Men zou kunnen opwerpen dat een vaststelling van overspel toch ook een extreem verregaande intrusie in het privéleven is, maar de vaststelling van overspel is een wettelijk geregeld fenomeen. Voor het binnendringen in een mailbox daarentegen, ligt geen wettelijke basis voor – tenzij in het geval men art. 877 Ger. W. als wettelijke basis zou aanvaarden.

Het gaat om een delicate evenwichtsoefening. Niettegenstaande de bewijslastregels, gaat ons Gerechtelijk Wetboek uit van een verplichting voor alle partijen om loyaal mee te werken aan de bewijsvoering. Artikel 877 Ger. W. staat de rechter toe om een partij of een derde te bevelen om een stuk voor te leggen, wanneer er gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens bestaan dat die derde of die partij een stuk onder zich heeft dat het bewijs inhoudt van een ter zake dienend feit.

Hopen dat men in iemands mailbox wel eens iets leuks zou kunnen vinden, voldoet derhalve niet aan de standaard van artikel 877 Ger. W. Nochtans mag er ook naar gestreefd worden om zo weinig mogelijk verschil te laten bestaan tussen de gerechtelijke waarheid en de absolute (of objectieve) waarheid.

Zoals ieder recht, is ook het recht op eerbiediging van het privéleven niet absoluut. Dit recht mag niet misbruikt worden om bv. crimineel of onrechtmatig gedrag te verdoezelen. Binnen het beknopte bestek van het onderzoek ter voorbereiding deze bijdrage, kon op dit punt geen algemene richtsnoer ontdekt worden. Voorzichtigheid is geboden, omdat respect voor de privacy geen dode letter mag worden. Anderzijds moet ook niet geduld worden dat het recht op privacy misbruikt wordt om crimineel of onrechtmatig gedrag te verdoezelen. Of een verregaande intrusie in het privéleven geduld moet worden door toekenning van maatregelen op eenzijdig verzoekschrift zoals binnendringen in een mailbox, is daarom afhankelijk van een belangenafweging. Als een vrouw de duurzame ontwrichting van het huwelijk wil aantonen door aan te tonen dat haar man een relatie heeft met een ander manspersoon (zie het geval aangehaald in voetnoot), is het al makkelijker om zoiets te verwerpen wanneer er toch al een liefdespostkaart wordt voorgelegd die de overspelige relatie aantoont (en ervan uitgaand dat die postkaart niet op onrechtmatige wijze verkregen werd; als ze gewoon in de echtelijke brievenbus valt zonder enveloppe, lijkt er geen bezwaar dat de vrouw er een kopie van neemt).

Als het gaat om computers in een kantooromgeving, is het perfect denkbaar dat de rechter oordeelt dat de intrusie in het privéleven minder verregaand is. Als een expert zijn verslag beperkt tot mails die relevantie hebben voor een zakelijke gelegenheid en geen melding maakt van privémails in de mailbox, lijkt het recht op privacy ook minder zwaar door te wegen.

Opdat een eenzijdig verzoekschrift zoals hierboven beoogd gegrond wordt verklaard, zal de rechter derhalve een delicate evenwichtsoefening dienen te maken, waarbij hij met name de vraag mede in ogenschouw mag nemen of aan de partij tegen wie de maatregel verzocht wordt, laakbaar gedrag verweten wordt en of zulks aannemelijk gemaakt wordt. Als dat niet het geval is, mag de rechter het

verzoekschrift met de nodige argwaan bejegenen – hetgeen in de meerderheid van de gevallen allicht tot een afwijzing zal leiden. Zomaar even bij de burens binnenkijken, in de hoop dat het iets leuks oplevert, is niet de bedoeling van artikel 877 Ger. W.

H. Beeldmateriaal

78. Een eerste reflex bij de beschouwing van beeldmateriaal als bewijsmateriaal, zou kunnen zijn dat beeldmateriaal gemakkelijk te manipuleren is (dit geldt met name bij foto's – bewegende beelden manipuleren is moeilijker).

In de praktijk is het echter vaak zo dat beeldmateriaal als bewijsmateriaal gepaard gaat met andere bewijselementen. Als op een foto werkelijk een cruciaal element te zien is, kan het nuttig zijn dat gegeven ook op andere manieren af te toetsen. Zo bv. kan een foto aanleiding zijn tot een bekentenis.

De rechter zal bij de beoordeling van de bewijswaarde van foto's, ook rekening houden met de vraag hoe waarschijnlijk het is dat men de foto gemanipuleerd heeft. Indien bijvoorbeeld een echtgenote een revindicatieprocedure instelt tegen een schuldeiser van haar echtgenoot, lastens wie uitvoerend beslag werd gelegd, is het denkbaar dat een voorwerp (bijvoorbeeld een piano) in beslag genomen werd waarvan de echtgenote beweert dat het zich reeds lang voor het huwelijk in haar vermogen bevond. Stel dat als bewijs van dat feit, de echtgenote een foto voorlegt waarop de beslagen piano zichtbaar is, bespeeld door eiseres in revindicatie als twaalfjarig meisje. Het zal in een dergelijk geval aan de rechter toekomen om de bewijswaarde van de foto te beoordelen en met name om te beoordelen hoe groot de kans is dat sprake is van een manipulatie. De rechter mag in zo'n geval besluiten dat het onwaarschijnlijk is dat eiseres een foto zou neerleggen van een andere piano of een meisje dat zij nooit was. Als de schuldeiser werkelijk meent dat de foto niets bewijst, staat het hem uiteraard vrij de foto te betichten van valsheid. Indien eiseres wetens en willens een foto zou neerleggen van een andere piano of een ander meisje, zou het ongetwijfeld gaan om een intellectueel vals stuk, ook al is er geen sprake van enige materiële valsheid. De afwezigheid van een inschrijving wegens valsheid, kan m.a.w. voor de rechter een element zijn om te besluiten tot onwaarschijnlijkheid van enige manipulatie en derhalve tot bewijskrachtigheid van de foto. Een foto neerleggen van een andere piano of een ander meisje, zou in zulke omstandigheden een zeer groot risico inhouden. Immers, als het een andere piano zou zijn of een ander meisje, dan zou de kans reëel zijn dat de schuldeiser zulks zou achterhalen, in welk geval hij allicht niet zou aarzelen het stuk van valsheid te betichten.

79. Indien foto's of ander beeldmateriaal in een burgerlijke procedure werkelijk van cruciaal belang zijn, kan een expertise nuttig zijn. Volgens sommige auteurs, verdient het in zulke gevallen aanbeveling om een college van deskundigen aan te stellen, nl. een fotograaf, een grafisch deskundige en een computerspecialist, om na te gaan of de beelden niet gemanipuleerd zouden kunnen zijn¹¹¹.

Het geval (zie vorig randnr.) van de piano bespeeld door een twaalfjarig meisje (zijnde een reëel geval uit de praktijk, in april 2008 in beraad genomen door de Beslagrechter te Brussel), illustreert dat de aanbeveling om een college van drie deskundigen aan te stellen, in sommige civiele disputen niet meer in verhouding zou staan tot de inzet van het geschil.

80. Om na te gaan of een expertise ter analyse van beeldmateriaal nuttig is, zal de rechter uitgaan van verschillende overwegingen, nl. wat is de inzet van het geschil, wat is de relevantie van de foto, wie heeft de foto gemaakt, hoe is de foto in het dossier geraakt, beweert iemand dat de foto gemanipuleerd is, lijkt er een noemenswaardige kans dat de foto gemanipuleerd werd?

Bij de beoordeling van foto's, moet ook rekening gehouden worden met het feit dat foto's in verschillende opzichten een manipulatie kunnen zijn. Wanneer er bv. een geschil aanhangig is tussen een restaurateur van oude auto's en een klant, betreffende de vakkundigheid en grondigheid (of de kostprijs) van de restauratie van een oldtimer, is het denkbaar dat de restaurateur een fotodossier voorlegt, waarin de verschillende etappes van de restauratie gefotografeerd werden. Indien aan het dossier foto's zouden worden toegevoegd van een *ander* restauratieproject, dan zou sprake zijn van een intellectuele manipulatie. De foto's op zich zijn dan niet gemanipuleerd. Deze manipulatie zou dan meteen ook een valsheid inhouden. Ook hier mag de rechter rekening houden met de (on)waarschijnlijkheid dat een dergelijke methode wordt toegepast: een gerechtsdeskundige zou wellicht snel ontdekken dat het voertuig op de foto's, niet hetzelfde is als hetgeen hij aan een expertise moet onderwerpen.

Daarnaast kunnen foto's natuurlijk ook materieel gemanipuleerd worden, wat bij digitale foto's gemakkelijker is dan bij analoge foto's. Een foto materieel manipuleren om hem vervolgens aan te wenden als bewijsmateriaal in een burgerlijke procedure, is echter minder gemakkelijk dan het lijkt. Met name als een college van deskundigen zou worden aangesteld teneinde de echtheid van de foto na te gaan, lijkt het onwaarschijnlijk dat de sporen van de manipulatie verborgen kunnen blijven.

¹¹¹ J. STRAGIER, *Fotografie als bewijsmiddel*, Antwerpen, Maklu, 2004, 73.

Een volgende vorm van manipulatie, kan worden omschreven als "fotografische" manipulatie. STRAGIER geeft daarvan het volgende voorbeeld. Een eigenaar laat zijn gebouw fotograferen met een groothoek (28 mm). Vervolgens laat hij onvergunde verbouwingswerken uitvoeren en laat zijn gebouw opnieuw fotograferen, ditmaal met een normaalobjectief (55 mm). Beide opnames naast elkaar zouden de indruk kunnen wekken dat het om hetzelfde gebouw gaat¹¹². Ook al lijkt hier geen sprake van enige materiële manipulatie, dan nog kan dit wel beantwoorden aan een intellectuele valsheid, met name indien deze techniek wetens en willens werd toegepast teneinde iemand te misleiden.

Ten slotte kunnen foto's ook gemanipuleerd worden zonder dat dit enige valsheid oplevert (bijvoorbeeld: met software een raster toevoegen aan een foto, zodat men afmetingen beter kan beoordelen, of pijlen of cirkels toevoegen om iets aan te duiden, enz.).

81. Als men zich goed bewust is van de gevaren van beeldopnames, met name bij foto's, is er eigenlijk geen reden om beeldmateriaal met grotere argwaan te beschouwen dan andere bewijsmiddelen. Beelden kunnen inderdaad op verschillende wijzen gemanipuleerd worden, maar ook handtekeningen kunnen worden nagemaakt, getuigen kunnen leugens verkondigen, experts kunnen zich vergissen. Dergelijke vaststellingen zijn geen reden om van die bewijsmiddelen geen gebruik meer te maken. Ze zijn wel van belang bij de inschatting van de bewijswaarde van de aangewende bewijsmiddelen.

I. Geluidsopnames

82. Ten slotte nog enkele korte bemerkingen over het gebruik in rechte van geluidsopnames. Bij het opnemen van gesprekken (bv. telefoongesprekken) rijzen verschillende problemen. Een eerste probleem is de manipuleerbaarheid, wat echter geen probleem is dat specifiek is voor geluidsopnames. Ook een traditionele handtekening kan worden nagemaakt, zodat het feit dat bandopnames kunnen worden gemanipuleerd, op zich geen reden is om geluidsopnames niet te aanvaarden als bewijsmiddel.

Ook het gegeven dat geluidsopnames een inbreuk zouden kunnen uitmaken op de privacy, wordt hier niet afzonderlijk besproken (*cf. supra*, randnrs. 43 e.v.).

¹¹² J. STRAGIER, *Fotografie als bewijsmiddel*, Antwerpen, Maklu, 2004, 36.

ografische”
genaar laat
it hij onver-
otograferen,
r zouden de
jkt hier geen
woorden aan
willens werd

nige valsheid
, zodat men
s aan te dui-

net name bij
argwaan te
op verschil-
nen worden
ch vergissen.
geen gebruik
jswaarde van

n rechte van
rekken) rijzen
heid, wat ech-
n traditionele
ames kunnen
et te aanvaar-

tmaken op de
43 e.v.).

Waar men bij geluidsopnames bijzondere aandacht voor moet hebben, is het onderscheid tussen enerzijds de vaststelling van louter materiële feiten¹¹³, en anderzijds de vaststelling van juridische interpretaties, de totstandkoming van overeenkomsten, de achterhaling van de bedoeling van partijen e.d.m. (samen te vatten onder de noemer: rechtsvragen). In principe is liegen en bedriegen en woordbreuk (moreel) laakbaar, maar niettemin mag eenieder ook verwachten dat hij niet in een politiesamenleving leeft en dat hij niet omringd wordt door zeer naïeve individuen. Neem bijvoorbeeld de situatie waarin de verkoper van een huis besprekingen voert met een kandidaat-koper. Partijen komen tot een akkoord, de koper zal het huis aankopen voor de prijs van 100 en partijen zullen de volgende ochtend een afspraak beleggen bij de notaris omdat ze graag het compromis ten kantore van de notaris zouden ondertekenen. De kandidaat-koper heeft omstreeks het einde van het gesprek heimelijk een bandopnemer ingeschakeld en heeft het akkoord op band opgenomen. Een dag later ondertekent de verkoper een compromis met een andere kandidaat die 110 geboden heeft. Kan zo’n bandopname in rechte worden aangewend, bv. om een vordering tot schadevergoeding te ondersteunen? Het antwoord is negatief. Immers, als men mondeling overeenkomt om binnen enkele dagen te ondertekenen, dan is het perfect denkbaar dat er toch nog een bijkomende voorwaarde was, al dan niet uitgesproken, nl. onder voorbehoud dat later geen meerbiedende andere kandidaat zich aanmeldt. Stel dat op band wordt opgenomen een uitspraak als: “ja ik verkoop aan u, ook al biedt er morgen iemand 200”. In dat geval, ook al heeft men dat op band opgenomen, heeft de kandidaat-koper zelf een risico genomen door niet onmiddellijk een compromis te laten ondertekenen (desnoods op een bierkaartje). Bij bandopnames kan men ook nooit zeker weten of de uitspraak misschien humoristisch bedoeld was, of louter als geruststelling, of enkel om iemand ter wille te zijn. In het dagelijks leven is er ook nog zoiets als het recht om vriendelijk te zijn voor anderen. Men kan in een mondeling gesprek ook niet steeds alle nuances of alle voorbehouden formuleren die men in acht zou moeten nemen om de ware (juridische) draagwijdte van een uitspraak te kunnen inschatten. In een samenleving zoals de onze – d.w.z. met een zeer hoge graad van alfabetisering en met een hoge verspreiding van computers en van het gebruik om overeenkomsten op papier te zetten – mag men dus verwachten dat partijen pas echt de bedoeling hadden om zich juridisch te verbinden op het moment dat zij hun overeenkomst op papier gezet hebben. In het Burgerlijk Wetboek wordt bovendien uitgegaan van de primauteit van het geschrift en een bandopname kan volgens de

¹¹³ Een voorbeeld zou kunnen zijn: een vrouw – die een contactverbod onder verbeurte van een dwangsom bekam, en het vonnis werd daags na de uitspraak betekend – neemt een telefoongesprek op band waarin een man (zijnde de verweerder) zegt: “ja schat ik weet dat ik je al sinds twee maanden niet meer mag opbellen en dat ik veroordeeld ben wegens stalking maar ik wou je toch nog even bellen om je te zeggen dat je een kreng bent”. In deze hypothese kan de bandopname wel degelijk in rechte worden aangewend.

heersende leer niet worden beschouwd als een geschrift. Wanneer het bewijs bij geschrift vereist is (art. 1341 B.W.), volstaat een geluidsopname (of bij uitbreiding: een video-opname) bijgevolg niet¹¹⁴.

Beknopte literatuurlijst

AFSCHRIFT, Th., *Traité de la preuve en droit fiscal*, Brussel, Larcier, 2004.

ALLEMEERSCH, B. en SCHOLLEN, P., "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht, R.W. 2002-03, 41.

ALLEMEERSCH, B., "Valsheid en andere leugens in burgerlijk proces en bewijs", *T.P.R.* 2004, 29.

ALLEMEERSCH, B., "Taakverdeling in het burgerlijk proces", Antwerpen, Intersentia, 2007, 325-470.

ALLEMEERSCH, B., LONDERS, P. en SROKA, S. (eds.), *Bewijsrecht*, Referatenbundel samengesteld door Vlaams Pleitgenootschap – Balie van Brussel, Gent, Larcier, 2007.

BONNIER, E., *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, Parijs, Librairie Plon, 1888.

CAPRASSE, O. en BENOIT-MOURY, A., "La validité et la force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve", in VERHEYDEN-JEANMART, N. (ed.), *Droit de la preuve*, Luik, Formation permanente commission université-palais, vol. XIX, 1997, 107.

CLAESSENS, B., "Totstandkoming en bewijs van overeenkomsten: algemene beginselen en contractuele modalisering", in X. (ed.), *Privaatrecht in de reële en virtuele wereld*, XXVIIste postuniversitaire cyclus Willy Delva, Antwerpen, Kluwer, 2002, 1.

COUNYE, D., "De totstandkoming en het bewijs van de overeenkomst in een virtuele omgeving: overeenkomsten op afstand en de elektronische handtekening", in X. (ed.), *Privaatrecht in de reële en virtuele wereld*, XXVIIste postuniversitaire cyclus Willy Delva, Antwerpen, Kluwer, 2002, 43.

DE CLIPPELE, F., "De elektronische betaling beschermd tegen de inzage door de fiscus?", *R.W.* 2002-03, 7.

DE CORTE, R., "Elektronische handtekening & identificatie in de virtuele wereld", in X. (ed.), *Privaatrecht in de reële en virtuele wereld*, XXVIIste postuniversitaire cyclus Willy Delva, Antwerpen, Kluwer, 2002, 465.

¹¹⁴ Zie in dezelfde zin: D. MOUGENOT, "La preuve", in *Rép. not.*, Brussel, Bruylant, 2002, 295.

t bewijs bij
uitbreiding:

04.

aken. Over
02-03, 41.

en bewijs",

n, Intersen-

atenbundel
Gent, Lar-

et en droit

re des clau-
T, N. (ed.),
université-

nene begin-
de reële en
Antwerpen,

n een virtu-
dtekening",
postuniver-

ge door de

le wereld",
postuniver-

02, 295.

DEKKERS, R. en VERBEKE, A., *Handboek burgerlijk recht, Deel III, Verbintenissen, Bewijsleer, Gebruikelijke contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 377-453.

DE LOCHT, P. en THOMAS, P., "Justice électronique et vie privée", in X. (ed.), *Imperat lex. Liber amicorum Pierre Marchal*, Brussel, Larcier, 2003, 293.

DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, nrs. 705-1071.

DE RODE, H., "La charge de la preuve en matière d'assurance. L'arrêt de la Cour de Cassation du 5 janvier 1995 et ses conséquences", in VERHEYDEN-JEANMART, N. (ed.), *Droit de la preuve*, Luik, Formation permanente commission université-palais, vol. XIX, 1997, 5.

DE TERWANGNE, C., HERVEG, J. en VAN GYSEGHEM, J.-M., *Le divorce et les technologies de l'information et de la communication. Introduction à la protection des données dans la preuve des causes de divorce*, Brussel, Kluwer, 2005.

DE WILDE D'ESTMAEL, E., "La preuve des dons manuels, indirects et déguisés et incidence en droit fiscal", in VERHEYDEN-JEANMART, N. (ed.), *Droit de la preuve*, Luik, Formation permanente commission université-palais, vol. XIX, 1997, 167.

DIEUX, X., "La preuve en droit commercial belge", *T.B.H.* 1996, 84.

FETTWEIS, A., *Manuel de procédure civile*, Luik, Faculté de droit, 1987, nrs. 468-554.

GOFFIN, L., "De l'obligation de sincérité de l'avocat", *J.T.* 1989, 265.

HIDMA, T. en RUTGERS, G., *Bewijs*, in PITLO (ed.), *Het Nederlands burgerlijk recht*, Deel 7, Deventer, Kluwer, 2004.

JAKHIAN, E., "Loyauté, confidentialité et secret", in X. (ed.), *Liber amicorum Jean-Pierre de Bandt*, Brussel, Bruylant, 2004, 163.

KOHL, A., *Procès civil et sincérité*, Luik, Faculté de droit, 1971.

KOHL, A., "L'obligation de bonne foi en matière d'allégations et de réception des preuves dans le procès civil", in X. (ed.), *La bonne foi*, Luik, Jeune Barreau de Liège, 1990, 411.

LEYS, J.-C., "Vérité et vérité judiciaire", in X. (ed.), *Liber amicorum Jean-Pierre de Bandt*, Brussel, Bruylant, 2004, 181.

MAES, B., "Bewijskracht en bewijswaarde. Kanttekeningen bij de rechtspraak van het Hof van Cassatie", *P. & B.* 1995, 141.

MOUGENOT, D., "Droit de la preuve et technologies nouvelles: synthèse et perspectives", in VERHEYDEN-JEANMART, N. (ed.), *Droit de la preuve*, Luik, Formation permanente commission université-palais, vol. XIX, 1997, 45.

MOUGENOT, D., "La preuve", in *Rép. not.*, Brussel, Bruylant, 2002.

- MOUGENOT, D., "Le régime probatoire de la photocopie et du téléfax", in E. MONTERO (red.), *La preuve*, Luik, Commission Université-Palais, 2002, 229.
- MOUGENOT, D., "Le charme discret des 'petites' mesures d'instruction", *P. & B.* 2007, 239.
- SCHUURMANS, Y. (red.), *Bewijzen en beslissen*, Deventer, Kluwer, 2006.
- SIMONT, L., "La Cour de Cassation et la loi étrangère. Quelques réflexions", in X. (ed.), *Imperat lex. Liber amicorum Pierre Marchal*, Brussel, Larcier, 2003, 189.
- STORME, M., "Over het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen in het privaatrechtelijk procesrecht", in *Liber Amicorum Willy Calewaert*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 79.
- STORME, M.E., "De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaatrechtelijk proces- en bewijsrecht", *T.P.R.* 1990, 2.
- STORME, M.E., "Déontologie professionnelle et conduite loyale du procès", in M. STORME (ed.), *Rôle et organisation de magistrats et avocats dans les sociétés contemporaines*, Antwerpen, Kluwer, 1992, 116.
- VAN CAENEGEM, J., "Beroepsgeheim voor de bedrijfsjurist", in X. (ed.), *Liber amicorum commission droit et vie des affaires (40ème anniversaire – 1957-1997)*, Brussel, Bruylant, 1998, 27.
- VAN DEN HEUVEL, J. en DU MONGH, J., "De waarheidsplicht van de advocaat. Bedenkingen bij artikel 444, lid 1 Ger. W.", in X. (ed.), *Liber amicorum Jean-Pierre de Bandt*, Brussel, Bruylant, 2004, 232.
- VAN EECHE, P., *De handtekening in het recht. Van pennentrek tot elektronische handtekening*, Gent, Larcier, 2004.
- VAN RYN, J. en HEENEN, J., *Principes de droit commercial*, t. III, Brussel, Bruylant, 1981, 47-79.
- VEEGENS, D. en WIERSMA, K., *Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1973.
- VERHEYDEN-JEANMART, N., *Droit de la preuve*, Brussel, Larcier, 1991.
- VERHEYDEN-JEANMART, N. en DURANT, I., "La preuve de la bonne foi au regard de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire et l'application de l'article 1328 du Code Civil", in VERHEYDEN-JEANMART, N. (ed.), *Droit de la preuve*, Luik, Formation permanente commission université-palais, vol. XIX, 1997, 139.



Actualia gerechtelijk recht



larcier

PRIVALIS
ING 

Actualia Gerechtelijk Recht

Vlaamse Conferentie van de Balie te Gent

Editor:

DAVID SERRUS

Samenstelling Vlaamse Conferentie van de Balie te Gent:

Voorzitter:

David Serrus

Past-voorzitter:

Filip Mertens

Ondervoorzitter:

Geert Dewispelaere

Penningmeester:

Wim Vanbiervliet

Secretaris:

Ilse De Knijf

Bestuursleden:

Isabelle Defloor

Jan De Winter

Amelie Lecluyse

Ruth Mortier

Francis De Decker

Stephane Vereecken

Lenny Van Tricht



larcier

© De Boeck & Larcier n.v., Brussel, 2008
Larcier Gent
Coupure Rechts 298 – 9000 Gent

Verantwoordelijke uitgever: Georges Hoyos, Afgevaardigd bestuurder Groep De Boeck

Vormgeving: proxess.be

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

ISBN: 978-2-8044-3210-2

Depot: 2008/0031/291