

## HET LOT VAN ONRECHTMATIG BEWIJS



Justitiepaleis, Poelaertplein, detail  
Foto: Leo Van den hole

# Het lot van onrechtmatig bewijs

Jachin VAN DONINCK



INTERSENTIA

Antwerpen – Gent – Cambridge

Het lot van onrechtmatig bewijs  
Jachin Van Doninck

© 2020 Lefebvre Sarrut Belgium NV  
Hoogstraat 139/6 – 1000 Brussel

ISBN 978-94-000-1284-4  
D/2020/7849/185  
NUR 822  
Gedrukt in de Europese Unie



Verantwoordelijke uitgever: Paul-Etienne Pimont, Lefebvre Sarrut Belgium NV  
Lay-out: Crius Group, Hulshout  
Omslagontwerp: Danny Juchtmans / [www.dsigngraphics.be](http://www.dsigngraphics.be)  
Coverafbeelding: Mattia Preti (Il Cavalier Calabrese), Pilatus die zijn handen wast – The Metropolitan Museum of Art, New York  
*“Pilatus zei tegen Hem: Wat is waarheid? En nadat hij dat gezegd had, ging hij opnieuw naar buiten naar de Joden, en zei tegen hen: Ik vind geen schuld in Hem.”*  
Johannes, 18:38.

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.

Ondanks alle aan de samenstelling van de tekst bestede zorg, kunnen noch de auteurs noch de uitgever aansprakelijkheid aanvaarden voor eventuele schade die zou kunnen voortvloeien uit enige fout die in deze uitgave zou kunnen voorkomen.

Dit boek is eveneens digitaal beschikbaar op [www.stradalex.com](http://www.stradalex.com) en [www.jurisquare.be](http://www.jurisquare.be).

*Eenvoud is het kenmerk van het onware*  
(Jacob Israel DE HAAN)



## WOORD VOORAF

Het boek dat u in handen houdt, is het baanbrekende doctoraal proefschrift *Het lot van onrechtmatig (verkrege)n bewijs. Een grondslagenonderzoek*, waarmee Jachin Van Doninck op 11 maart 2020 de graad van doctor in de rechten (gezaamenlijk doctoraat UGent-VUB) behaalde.

Centraal in zijn onderzoek stond de vraag of de in strafzaken geldende relativering van de bewijsuitsluitingsregel bij onrechtmatige bewijsverkrijging – op basis van de zgn. Antigoon-toets (vewijzend naar het *Antigoon*-arrest van 14 oktober 2003) – een stramien heeft opgeleverd dat de rechter ook zinvol kan aanwenden bij het beslechten van gelijkaardige vragen in andere rechtsgebieden, zoals het fiscaal recht, het mededingingsrecht en natuurlijk het civiel bewijsrecht.

Dr. Van Doninck nam als uitgangspunt een aantal arresten van het Hof van Cassatie in die rechtsgebieden (Cass. 22 mei 2015 – fiscaal recht; Cass. 26 april 2018 – mededingingsrecht en Cass. 10 maart 2008 gewezen in een zaak van uitsluiting van werkloosheidsuitkeringen).

Hij werpt de pertinente vraag op of de gangbare opvatting, afgeleid uit die cassatierechtspraak, dat de Antigoon-rechtspraak ook in civiele zaken zonder meer kan worden toegepast, wel de toets van de kritiek doorstaat.

Het beantwoorden ervan was een grote uitdaging. Jachin verdient voor de uitwerking van zijn visie over het ‘lot van onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken’ alle lof. Hij waagt zich daarmee aan een bijzonder weerbarstig leerstuk waarover de meningen erg verdeeld zijn en dat processualisten – waaronder ook de ontwerpers van het nieuwe bewijsrecht (Boek 8 BW) – liever vermijden.

Het werk voert ons mee naar de oorsprong van de relativering van de bewijsuitsluitingsregel in strafzaken o.a. aan de hand van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie en van het Grondwettelijk Hof. Vervolgens komen een intern-rechtsvergelijkend onderzoek van de bewijsuitsluiting in verticale rechtsverhoudingen en een grondig rechtsvergelijkend onderzoek (Nederlands, Frans en Duits recht) van de bewijsuitsluiting in horizontale rechtsverhoudingen aan bod.

Het is een belangrijke verdienste van dr. Van Doninck om de stelling te verdedigen dat de taak van de rechter bij de beantwoording van de bewijsuitsluitingsvraag bestaat uit het toepassen van het materieel recht, aangevuld met de regels van het burgerlijk procesrecht.

Zo komt hij, na een schitterende en rijke analyse van dit tot nog toe onopgeloste vraagstuk, tot zijn innoverend algemeen besluit waarin hij een ‘bewijs-hanteringsstandaard’ in civiele zaken formuleert. Die houdt zowel rekening met

de burger als met het algemeen belang. Als houvast voor de rechter reikt hij het criterium van het ‘procedureel rechtmatig alternatief’ aan.

Wij hopen oprecht dat Jachins voorstel leidt tot een even innoverende als beter gefundeerde rechtspraak over het lot van onrechtmatig bewijs in civiele zaken. Dit zou alvast een verdiende tweede bekroning uitmaken van zijn uitstekende proefschrift.

Het was voor ons, als promotoren, een waar genoeg iemand als Jachin te mogen begeleiden bij zijn grote wetenschappelijke expeditie. Hij kon niet bogen op financiering uit één van de onderzoeksfondsen en was evenmin voltijds assistent, zodat hij – in vergelijking met zijn *peers* – zijn doctoraatstraject liep met een behoorlijke handicap. Bovendien combineerde hij die opdracht met werken in de advocatuur. Maar daarover klagen deed hij nooit.

We leerden Jachin beter kennen als een ernstig man, maar zeker niet gespeend van een bijzonder fijn gevoel voor humor. Iemand met een onderzoekende ingesteldheid, vanuit de wil te leren en te begrijpen, zonder ooit opdringerig te worden of blijk te geven van ongezonde nieuwsgierigheid. Bedachtzaam ook, nooit overijld, altijd bezonnen, welberaden en genuanceerd, zeker wanneer hij het woord neemt of zijn visie neerschrijft.

Naarmate het onderzoek vorderde, ontpopte Jachin zich tot een overtuigd anglofiel. Over de jaren heen zagen we die aangename karaktertrek steeds sterker in zijn persoon en zijn handelen tot uiting komen. Zijn kledij, zijn manier van bewegen, de geboortekaartjes van zijn kinderen maar ook zijn idioom raakte ervan doordrongen. De schrijfstijl van zijn proefschrift ademt het uit. Geniet ervan, zoals wij deden, bij het lezen van dit boek.

Bruno MAES  
Piet TAE LMAN



# DANKWOORD

Wie had kunnen denken dat ik mijn doctoraat zou wijden aan een onderwerp waarover ik zo'n twintig jaar geleden als laatstejaarsstudent rechten al mijn mening moest vormen?

Een debatoefening over cameratoezicht en diefstal in het vak argumentatie-leer van prof. De Corte bleek de opmaat voor een blijvende interesse. Ik wijdde aan het onrechtmatig bewijs mijn eerste stukje in het *Rechtskundig Weekblad*, ik kreeg van het Vlaams Pleitgenootschap en haar voorzitter Leo Van den hole de mogelijkheid om er een openingsrede aan te wijden en op een cruciaal moment kwam van Benoît Allemeersch de wenk om er iets meer mee te doen.

Aan de koffietafel bij prof. Taelman in Overmere ontstond daarop het plan voor dit doctoraat.

De vele personen vermelden die aan dit doctoraat verdienste hebben, is eigenlijk onbegonnen werk.

Mijn ouders, voor het arbeidsethos en taalgevoel dat ze me bijbrachten.

Mijn patron Ludovic De Gryse, die toonde hoe het evenwicht te bewaren tussen de wetenschappelijke beoefening van het recht en de noden van de rechtspraktijk.

Mijn schoonvader Jean Vanden Broeck, die de bibliotheek ontwierp en vervaardigde waarin mijn intellectueel raamwerk onderdak vond. H  l  ne, voor de zachte zorgen die ze met niet aflatende energie waarnam.

De leden van de begeleidingscommissie en de examenjury, die me de bevestiging boden dat dit alles geen werk in het ijle was geweest.

Elisabeth Alofs, die als een ware sherpa de weg naar een gezamenlijk doctoraat hielp uitzetten.

Mijn VUB-promotor Bruno Maes, die met vele cassatiezaken de voedingsbodem bood voor de inzichten in dit doctoraat ontwikkelde.

De collega's van Arcas Law, die de meerwaarde van wetenschappelijk werk inzien en mij de ruimte hebben geboden om dit proefschrift vorm te geven.

Aan mijn Gentse promotor Piet Taelman wil ik in het bijzonder mijn dank betuigen. Professor, u zorgde er door uw kennis en creativiteit voor dat dit doctoraat in de luwte kon rijpen. Aan deadlines had u geen boodschap: *“Het komt er gewoon op aan je verantwoordelijkheid te nemen, Jachin”*.

Ik schreef dit doctoraat zo goed als volledig thuis. Doorheen de glazen deur van het bureau sloeg ik Sofie, Nathan en Manon gade en zij mij.

Die deur kan nu weer wat vaker open.

Jachin VAN DONINCK  
Relegem, 11 maart 2020\*

---

\* Deze tekst vormt de schriftelijke neerslag van het proefschrift waarmee ik op 11 maart 2020 aan de Universiteit Gent en de Vrije Universiteit Brussel het gezamenlijk doctoraat in de rechten behaalde. Van de uitgave van dit werk maakte ik gebruik om de tekst indien nuttig en/of wenselijk te actualiseren tot 30 juni 2020.

# INHOUD

<i>Woord vooraf</i> .....	vii
<i>Dankwoord</i> .....	ix

<b>Inleiding</b> .....	1
------------------------	---

## DEEL I.

BEWIJSUITSLUITING IN VERTICALE RECHTSVERHOUDINGEN: OVERHEID VS. BURGER .....	11
---	----

### Hoofdstuk I.

<b>De bron: het lot van onrechtmatig (verkregen) bewijs in strafzaken</b> .....	15
---	----

I. Van legaliteit .....	15
II. Via relativering .....	17
III. Naar een ommekeer .....	18
A. Nietigheid .....	20
1. En ook alleen nietigheid .....	20
2. Of toch meer dan alleen nietigheid? .....	23
B. Betrouwbaarheid .....	25
1. Bijzondere regels van bewijsverkrijging .....	25
2. Wettelijke bewijswaarde of niet .....	28
C. Eerlijk proces .....	30
1. De oorsprong van het criterium .....	30
2. Eerlijk proces à la belge .....	37
IV. Van een regel van drie naar case by case .....	44
V. Judges as legislators? .....	46
VI. Quod rest .....	49

### Hoofdstuk II.

<b>Uitlopers en verschijningsvormen van Antigoon</b> .....	55
--	----

I. Het lot van onrechtmatig (verkregen) bewijs in fiscale zaken .....	55
A. Inleiding .....	55
B. Sluipende rechtsvorming .....	57
C. De ommekeer .....	65

D.	De ommekeer verklaard . . . . .	67
1.	Fiscaal-punitief . . . . .	68
2.	Zuivere belastinggeschillen . . . . .	70
E.	Ondanks Cassatie toch weer twijfel . . . . .	77
1.	Het Hof van Justitie als spelbreker? . . . . .	77
2.	(Poging tot een) verzoenende interpretatie . . . . .	80
F.	Balans . . . . .	84
II.	Een species inzake het lot van onrechtmatig bewijs: marktregulering . . . . .	92
A.	Inleiding . . . . .	92
B.	Het Grondwettelijk Hof spreekt mee . . . . .	93
C.	Desavouering van Antigoon door het Grondwettelijk Hof? . . . . .	96
D.	Het Grondwettelijk Hof herneemt . . . . .	101
E.	De hoven en rechtbanken passen (getrouw) toe . . . . .	104
III.	Checks and balances: de noodzakelijke rol van preventieve rechts- bescherming . . . . .	106
A.	Preventieve rechtsbescherming in strafzaken: de onderzoeksge- rechten . . . . .	107
B.	Preventieve rechtsbescherming in fiscale zaken: het pretaxatie- geschil . . . . .	112

### Hoofdstuk III.

	Het algemeen belang als vliegwiel . . . . .	117
--	---	-----

I.	Het algemeen belang in het nationaal civiel proces . . . . .	121
II.	Het algemeen belang in het internationaal civiel proces . . . . .	127

### Tussenbesluit deel I.

	Het algemeen belang is een demarcatielijn . . . . .	137
--	---	-----

### DEEL II.

	BEWIJSUITSLUITING IN HORIZONTALE RECHTS- VERHOUDINGEN: HET LOT VAN ONRECHTMATIG (VERKREGEN) BEWIJS IN CIVIELE ZAKEN . . . . .	141
--	---	-----

### Hoofdstuk I.

	<i>Quieta non movere</i> – van een ommekeer gesproken . . . . .	145
--	---	-----

### Hoofdstuk II.

	Onrechtmatig bewijs is een zaak van materieel recht . . . . .	151
--	---	-----

I.	Wat Antigoon wel en niet doet . . . . .	151
II.	(Onrechtmatig verkregen) bewijs in het internationaal privaatrecht . . . . .	158
III.	Het belang van de kwalificatievraag . . . . .	164

A.	Normintensiteit . . . . .	164
B.	Normdoel . . . . .	166
1.	Normintensiteit en normdoel naar Duits recht . . . . .	172
2.	Normdoel, geen relatieve onrechtmatigheid . . . . .	175
IV.	Op normschending volgt rechtsherstel . . . . .	176
A.	De <i>fraus</i> -leer . . . . .	177
B.	Het verbod van eigenrichting . . . . .	180
C.	Loyaal bewijs in Frankrijk . . . . .	181

### Hoofdstuk III.

	<b>Het proces . . . . .</b>	<b>187</b>
I.	Recht op bewijs . . . . .	187
A.	Oorsprong en contouren van het recht op bewijs . . . . .	187
B.	Het bewijsbeslag . . . . .	194
1.	Bewijsbeslag in Nederland . . . . .	194
2.	Bewijsbeslag in België . . . . .	201
II.	Waarheidsvinding . . . . .	205
A.	De waarheid in het civiele proces- en bewijsrecht . . . . .	206
B.	De waarheid voor de deelnemers aan het proces . . . . .	212
1.	De partijen en hun waarheid . . . . .	212
2.	Omgang van de advocaat met de waarheid . . . . .	215
3.	De waarheid voor de rechter . . . . .	219
(i)	De rechter motiveert . . . . .	224
(ii)	De rechter beslist . . . . .	229
III.	Belangenafweging . . . . .	231
A.	Belangenafweging naar Nederlandse snit . . . . .	231
B.	De afweging als kwalificatievraag . . . . .	238
C.	Afweging <i>a posteriori</i> . . . . .	243

### Hoofdstuk IV.

	<b>The end is the beginning . . . . .</b>	<b>251</b>
I.	Recapitulatie . . . . .	251
II.	Het principe: de taak van de rechter . . . . .	253
A.	Taakvervulling met medewerking van de partijen . . . . .	260
B.	Taakvervulling en bewijsrisico . . . . .	265
C.	Taakvervulling en proceseconomie . . . . .	267
III.	De methode: de bewijstechniek . . . . .	271
A.	Overlegging van bewijsmateriaal . . . . .	272
B.	Bewijsonzekerheid door ontkenning . . . . .	280
IV.	Het principe en de methode toegepast op de bewijsuitsluiting . . . . .	285
A.	De prozessuale Verwendungsbezugnis van Dilcher . . . . .	286

B. Het procedureel rechtmatig alternatief . . . . .	290
1. Het hypothetisch rechtmatig alternatief . . . . .	292
2. Het hypothetisch rechtmatig alternatief als procedureel rechtmatig alternatief . . . . .	295
<b>Tussenbesluit deel II.</b>	
<b>Vervlechting van materieel en procesrecht . . . . .</b>	<b>305</b>
<b>Algemeen besluit . . . . .</b>	<b>311</b>
<i>Bibliografie . . . . .</i>	<i>317</i>
<i>Trefwoordenregister . . . . .</i>	<i>381</i>