

Burgerlijk recht

Zakenrecht – Vernietiging van de verkoop van een onroerend goed met terugwerkende kracht – Gevolgen voor de hypothecaire schuldeiser te goeder trouw

Arrest van 22 januari 2021 ([C.20.0143.N](#)) met conclusie van eerste advocaat-generaal R. Mortier

Deze zaak betreft de bescherming van een hypothecaire schuldeiser die na vestiging van zijn hypotheek wordt geconfronteerd met de nietigverklaring van de koopovereenkomst op grond waarvan de schuldenaar het eigendomsrecht op een onroerend goed heeft verkregen.

De feitenconstellatie van de zaak is als volgt.

In 1989 kochten partijen A enerzijds en B en C anderzijds elk voor de helft een onroerend goed aan. In 2007 droegen A en B tegen betaling hun aandeel in het onroerend goed over aan C. Vervolgens stond D in 2007 aan C een kredietopening toe voor de aankoop van een ander onroerend goed, naar aanleiding waarvan een hypotheek in tweede rang op het eerste onroerend goed in het voordeel van D werd gevestigd (op het goed rustte immers reeds een hypotheek in eerste rang). Deze hypotheek werd kort nadien overgeschreven in de registers van de hypotheekbewaarder.

In 2009 werd E aangesteld als bewindvoerder over het vermogen van A. E stelt daarop in 2010 tegen B en C, evenals tegen de tussengekomen notaris, een vordering in voor de rechtbank van eerste aanleg te Brussel, strekkende tot nietigverklaring van de overeenkomst van 2007.

De rechtbank van eerste aanleg verklaarde de overeenkomst nietig wegens afwezigheid van geldige toestemming van A.

C en de tussenkomen notaris tekenden tegen dit vonnis hoger beroep aan, naar aanleiding waarvan D voor het eerst in de procedure tussenkwam. D vorderde dat, zo tot nietigverklaring zou worden besloten, deze nietigheid slechts *ex nunc* zou worden uitgesproken, zodat D zich ten opzichte van A en E op zijn hypothecaire inschrijving zou kunnen beroepen. Het hof van beroep te Brussel bevestigde het vonnis van de eerste rechter en wees de vordering van D af als ongegrond.

Bij arrest van 28 september 2017 vernietigde het Hof dit arrest, zij het enkel in zoverre het had geoordeeld over de vordering van D ertoe strekkend de overeenkomst slechts *ex nunc* nietig te verklaren.

De appelrechter op verwijzing wees de vordering van D, ertoe strekkend de overeenkomst slechts *ex nunc* nietig te verklaren, opnieuw af als ongegrond. De appelrechter overwoog dat de nietigverklaring van een overeenkomst *ex tunc* terugwerkt tot op de datum van het sluiten van de overeenkomst en de hypotheek die ten voordele van D op een later tijdstip werd gevestigd, ingevolge die nietigverklaring is verdwenen, aangezien het eigendomsrecht van C wordt geacht nooit te hebben bestaan. Hij oordeelde verder dat het gegeven dat het eigendomsrecht van C op het ogenblik van de hypotheekvestiging onaangevochten was, zodat D normalerwijze erop kon vertrouwen dat hij een stabiele zekerheid had gevestigd, hieraan geen afbreuk doet. Aldus weigerde de appelrechter toepassing te maken van de vertrouwensleer.

In cassatie voert D hiertegen aan dat, hoewel een nietigverklaring *ex tunc* werkt, deze, anders dan de appelrechter voorhoudt, geen afbreuk kan doen aan de hypothecaire rechten van de hypotheekhouder te goeder trouw, die op het moment van vestiging van de hypotheek rechtmatig erop mocht vertrouwen dat het bezwaarde goed deel uitmaakte van het vermogen van zijn schuldenaar, omdat hij op dat moment geen kennis had noch diende te hebben van de nietigheid waarmee de koopovereenkomst was behept.

In zijn arrest van 22 januari 2021 vernietigt het Hof – op gelijklopende conclusie van de eerste advocaat-generaal – dit arrest. Het Hof oordeelt dat, indien de titel van diegene die de hypotheek heeft verleend met terugwerkende kracht tenietgaat, ook de hypotheek teniet gaat, *onder het voorbehoud van de bescherming van derden die te goeder trouw en onder bezwarende titel beperkte zakelijke rechten hebben verkregen, zodat het tenietgaan van de titel aldus geen afbreuk doet aan de hypothecaire rechten van de derde die zijn rechten verkreeg van diegene wiens titel was overgeschreven en die het gewettigd vertrouwen mocht hebben met de ware gerechtigde te hebben gehandeld.*

De nietigverklaring van een overeenkomst heeft verregaande rechtsgevolgen, niet alleen voor de contractspartijen, maar ook voor derden met concurrerende rechten: een letterlijke lezing van artikel 74 Hypotheekwet – krachtens hetwelk zij die op een onroerend goed een recht hebben dat is opgeschort door een voorwaarde, of in bepaalde gevallen kan worden ontbonden, of vatbaar is voor vernietiging, slechts een hypotheek toestaan die aan dezelfde voorwaarden of aan dezelfde vernietiging is onderworpen – leidt ertoe dat de hypotheek die op een onroerend goed werd gevestigd, vervalt indien de koop naderhand wordt vernietigd. Kortom, de hypothecaire schuldeiser

moet de nadelige gevolgen van die vernietiging ondergaan. Artikel 74 Hypotheekwet lijkt aldus uitdrukking te geven aan de *nemo plus iuris*-regel¹ en aan de zgn. negatieve werking van de hypothecaire registers: de hypothecaire registers garanderen enkel dat een overeenkomst die niet gepubliceerd is – terwijl zij dat wel had moeten zijn – niet tegenstelbaar is of niet bestaat; over wat wel gepubliceerd is, worden echter geen waarborgen gegeven met betrekking tot de rechtsgeldigheid ervan².

Gezaghebbende rechtsleer verzet zich tegen een dergelijke negatieve benadering van de Belgische hypothecaire registers voor wat voorliggende feitenconstellatie betreft. In geval een hypotheeksteller slechts over een voorwaardelijk eigendomsrecht beschikt omdat hij het goed onder opschortende of ontbindende voorwaarde heeft verworven, is het evident dat de hypotheek op grond van artikel 74 Hypotheekwet aan dezelfde voorwaarde is onderworpen, vermits de hypothecaire schuldeiser dan normalerwijze op de hoogte zal zijn van het risico waaronder hij de hypotheek heeft toegestaan. De situatie waarin op het ogenblik van het vestigen van de hypotheek het eigendomsrecht van de hypotheeksteller volkomen geldig is, maar dit recht achteraf *ex tunc* nietig wordt verklaard, is een geheel andere situatie, aangezien in een dergelijk geval het rechtmatig vertrouwen van de hypothecaire schuldeiser die op het moment van vestiging van de hypotheek niet van de grond tot nietigverklaring op de hoogte was, noch daarvan op de hoogte diende te zijn, wordt aangetast³.

Niettegenstaande de Franse wetgeving een gelijkaardige bepaling als artikel 74 Hypotheekwet kent, honoreert het Hof van Cassatie van Frankrijk in dergelijk geval het rechtmatig vertrouwen van hypothecaire schuldeisers in de hypothecaire registers wel, op grond van de theorie van schijneigendom, die een belangrijke matiging op de negatieve werking van de hypothecaire registers vormt: *“Les tiers de bonne foi qui agissent de l’erreur commune ne tiennent leur droit ni du propriétaire apparent, ni du propriétaire véritable; ils sont investis par l’effet de la loi. La nullité du titre du propriétaire apparent, serait-elle d’ordre public, s’agissant d’une donation déguisée au profit d’un enfant adultérin, est sans influence sur la validité des aliénations ou constitutions d’hypothèques par lui consenties, dès lors que la cause de la nullité est démeurée et devait nécessairement être ignorée de tous.”*⁴

Met zijn arrest komt het Hof aan dit pleidooi tegemoet: de regel van artikel 74 Hypotheekwet (en de daarin tot uitdrukking gebrachte regel van de negatieve werking van de Belgische hypothecaire registers) doet geen afbreuk aan de rechten van derden die te goeder trouw en onder bezwarende titel beperkte zakelijke rechten hebben verkregen. Het tenietgaan van de titel van overdracht van de hypotheeksteller, wanneer die titel in de hypothecaire registers is overgeschreven, doet geen afbreuk aan de rechten van de hypothecaire schuldeiser die het gewettigd vertrouwen mocht hebben met de ware eigenaar te hebben gecontracteerd.

[\(ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210122.1N.29\)](#)

Lening – Zakelijk karakter – Onderscheid met kredietovereenkomst

Arrest van 11 maart 2021 ([C.18.0552.F](#)) met conclusie van advocaat-generaal Th. Werquin

De bank Belfius (hierna “de bank”) heeft aan een naamloze vennootschap (hierna “de nv”) een investeringskrediet toegekend van 610.000 euro.

De nv wenste dat krediet vervroegd af te lossen. De bank heeft dit aanvaard mits betaling van een vergoeding van meer dan 97.000 euro, terwijl de nv meende dat de vergoeding begrensd moest worden tot zes maanden interest, overeenkomstig artikel 1907bis oud Burgerlijk Wetboek. Dat artikel bepaalt dat bij gehele of gedeeltelijke terugbetaling van een lening op interest, van de schuldenaar in geen geval, buiten het terugbetaalde kapitaal en de

¹ B. VERHEIJE, “Recente ontwikkelingen inzake onroerende publiciteit” in V. SAGAERT (ed.), *Themis vastgoedrecht*, Brugge, die Keure, La Chartre, 2020, 174-176; V. SAGAERT, “Het rechtmatig vertrouwen van de schuldeisers in de hypothecaire registers” in *Liber amicorum A. Cuypers*, Brussel, Larcier, 2009, 220.

² V. SAGAERT, “De negatieve werking van hypotheekregisters: een aanklacht” in A. DE BOECK, V. SAGAERT en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Publiciteit in het zakenrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 180; V. SAGAERT, “Het rechtmatig vertrouwen van de schuldeisers in de hypothecaire registers” in *Liber amicorum A. Cuypers*, Brussel, Larcier, 2009, 220; A. WYLLEMAN, *Goederenrecht*, Gent, Gandaius, 2017, 159. Zie ook in een eerste commentaar bij het arrest van het Hof: B. VERHEYE, “De (beperkte) theorie van onroerende schijneigendom naar Belgisch recht”, *RW* 2020-21, 1336.

³ V. SAGAERT, “De negatieve werking van hypotheekregisters: een aanklacht” in A. DE BOECK, V. SAGAERT en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Publiciteit in het zakenrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 180; A.M. STRANART en C. ALTER, “Quel est le sort de l’hypothèque consentie par un acquéreur dont le droit est ultérieurement annulé” in *Liber amicorum Lucien Simont*, Brussel, Bruylant, 2002, 493-510.

⁴ Cass.civ. (fr.) 12 januari 1988, nr. 86-186-12.218.

vervallen interest, een vergoeding voor wederbelegging kan worden gevorderd, groter dan zes maanden interest, berekend over de terugbetaalde som en naar de in de overeenkomst bepaalde rentevoet.

Aangezien de twee partijen het niet eens waren over de kwalificatie van de overeenkomst – de bank meende dat het om een kredietopening ging, waarop de beperking van artikel 1907*bis* oud Burgerlijk Wetboek niet van toepassing is – werd het geschil voor de rechtbank gebracht.

Luidens het bestreden arrest van het hof van beroep te Brussel van 25 januari 2018, is de vrijheid van geldopname een doorslaggevend criterium om de lening te onderscheiden van de kredietopening: “*in het kader van de kredietopening beschikt de kredietnemer over een volledige gebruiksvrijheid met betrekking tot het bedrag van het krediet, [dat] hij al dan niet kan opnemen*”, terwijl “*een dergelijke vrijheid bij een lening onbestaande is*”. Het hof van beroep heeft beslist dat de litigieuze overeenkomst als een leningsovereenkomst moest worden beschouwd. Het hof van beroep overweegt daartoe dat “*de vrijheid van geldopname in de litigieuze overeenkomst onbestaande was*”, vermits “*de in de overeenkomst bepaalde mogelijkheid om het overeengekomen bedrag over een periode van negen maanden op te nemen al van bij de ondertekening van de overeenkomst louter theoretisch was*”, aangezien de geldsommen bestemd waren voor de aankoop van alle aandelen van een vennootschap, ter beschikking werden gesteld na overlegging van de overeenkomst van aandelenoverdracht en “*werden uitbetaald door overhandiging van een cheque op naam van de overdrager*” zodat “*uit de bepalingen van de overeenkomst de wil van de partijen blijkt om het volledige bedrag van het krediet aan de kredietnemer te overhandigen*”, en dat die “*gemeenschappelijke wil van de partijen [...] om het overeengekomen bedrag geheel en snel aan te wenden [...] wordt bevestigd door de uitvoering van de overeenkomst*”.

Het becommentarieerde arrest verwerpt het cassatieberoep van de bank tegen dit arrest. Na te hebben herinnerd aan de definitie van de verbruiklening in de zin van artikel 1892 oud Burgerlijk Wetboek, verduidelijkt het Hof dat het zakelijk karakter van de leningsovereenkomst niet verhindert dat de partijen zich vooraf, via een wederkerige belofte, ertoe verbinden de zaak te leveren en te aanvaarden, waarbij die belofte, door de afgifte van de zaak, resulteert in een lening. De lening onderscheidt zich daarentegen wel van de kredietopening waarbij de kredietgever zich ertoe verbindt aan de kredietnemer geldsommen of een persoonlijk krediet ter beschikking te stellen, terwijl de kredietnemer het recht, maar niet de verplichting heeft die geldsommen op te nemen of op dat krediet een beroep te doen.

Het Hof beslist dat uit de vermeldingen van het bestreden arrest (zoals hierboven hernomen) blijkt dat “*in de ogen van het hof van beroep, de vennootschap verplicht was de haar ter beschikking gestelde geldsommen op te nemen*” zodat het arrest, “*zonder schending van voormeld artikel 1892, heeft kunnen beslissen dat ‘de litigieuze overeenkomst bijgevolg moet worden uitgelegd als een leningsovereenkomst’*” en dat het arrest aan de overeenkomst de gevolgen toekent die deze, in de uitlegging die het arrest eraan geeft, wettig tussen de partijen teweegbrengt. Het Hof verwerpt ten slotte de grief die schending aanvoert van artikel 1907*bis* oud Burgerlijk Wetboek aangezien die geheel is afgeleid uit de vergeefs aangevoerde schending van voormeld artikel 1892.

Het Hof beslecht in dit arrest een materie waarover veel controverse bestaat. De kwalificatie van een financieringsoperatie als een lening dan wel als een kredietopening, en daaraan gekoppeld de toepassing van voormeld artikel 1907*bis*, heeft al veel inkt doen vloeien.

Traditioneel wordt naar Belgisch recht de lening nog steeds uitgelegd als een zakelijke overeenkomst, ondanks de steeds talrijker wordende kritieken in rechtsleer⁵. Volgens het meerderheidsstandpunt in de rechtsleer⁶, wordt de lening noodzakelijkerwijze voorafgegaan door een leningsbelofte, nl. een wilsovereenstemming over de voorwaarden van die lening. Zolang er geen afgifte van de zaak heeft plaatsgehad, is er sprake van een consensuele wederkerige leningsovereenkomst en door de afgifte van de zaak zal het leningscontract daarvoor in de plaats komen.

In een arrest van het Hof van Cassatie van 27 april 2020, waarnaar het becommentarieerde arrest verwijst, werd de kredietopening daarentegen gedefinieerd als een consensuele en wederkerige overeenkomst waarbij de kredietgever aan de kredietnemer tijdelijk en tot beloop van een bepaald bedrag hetzij geld hetzij

⁵ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, Brussel, Bruylant, nr. 455 e.v.; L. SIMONT en P. A. FORIERS, “Examen de jurisprudence – Les contrats spéciaux”, *RCJB* 2001, 474, nr. 241; B. DU LAING, *(Geld)lening en krediet(opening)*, die Keure, 2005, 31 e.v. (voorzitter van de consensuele kwalificatie van de lening).

⁶ P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 1, Brussel, Larcier, nr. 67; F. GLANSDORFF en E. VAN DEN HAUTE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. III, vol. 4, Brussel, Larcier, nr. 200; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, Brussel, Bruylant, nr. 117.

kredietwaardigheid ter beschikking stelt. De kredietnemer kan van het krediet gebruik maken door een of meerdere geldopnemingen; de kredietnemer is niet verplicht om van het krediet gebruik te maken⁷.

In een arrest van 18 juni 2020⁸, herinnert het Hof bovendien eraan dat een geldopneming krachtens een kredietopening geen geldlening doet ontstaan in de zin van de artikelen 1892 en 1905 oud Burgerlijk Wetboek. Het Hof bevestigt aldus dat de kredietopening, in de hierboven verduidelijkte betekenis, niet kan worden beschouwd als een leningsbelofte gevolgd door een lening die tot stand komt wanneer het geld wordt ontvangen door de kredietnemer. Het is krachtens de oorspronkelijke overeenkomst en niet krachtens een nieuwe overeenkomst dat de kredietnemer de geldsommen krijgt en verplicht is om ze terug te betalen⁹.

De toepassing van artikel 1907bis oud Burgerlijk Wetboek op een krediet veronderstelt dat wordt nagegaan of de overeenkomst tussen de partijen een lening is, dan wel een kredietopening.

Een groot deel van de rechtsleer en een meerderheid van de rechtspraak is van oordeel dat enkel het criterium van de vrijheid van geldopname en van gebruik van het krediet van aard is om de kredietopening te onderscheiden van de lening op interest¹⁰.

Dit arrest treedt in duidelijke bewoordingen deze zienswijze bij en wijst bovendien het zakelijk karakter van de lening als onderscheidingscriterium af.

Het Hof heeft deze zienswijze in een arrest van 14 juni 2021 (C.21.0025.N)¹¹ bevestigd.

[\(ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210311.1F.8\)](#)

Gevolgen van een schending van een bepaling van het EVRM of van zijn protocollen – Verplichting voor een verdragsluitende Staat om zich aan het arrest te houden – Rol van het nationaal recht – Toekenning van een billijke genoegdoening – Bijkomende vergoeding gegrond op het interne recht – Herstelplicht

Arrest van 1 oktober 2021 ([C.20.0414.F](#)) met conclusie van advocaat-generaal Th. Werquin

Een Duitstalige Belgische burger werd geïnterneerd in de inrichting tot bescherming van de maatschappij te Paifve, gelegen in het Franse taalgebied van België. Aangezien het personeel van de instelling het Duits niet beheerste, bleek die instelling niet in staat hem de verzorging te verstrekken die zijn toestand vereiste. Hij heeft daarom herhaaldelijk om zijn invrijheidsstelling verzocht en voerde daartoe met name aan dat het gebrek aan verzorging in zijn moedertaal zijn opsluiting onwettig maakte. Die verzoeken werden verworpen. In het kader daarvan werd voor het Hof tweemaal cassatieberoep ingesteld tegen beslissingen van de hoge commissie tot bescherming van de maatschappij¹².

Op 3 maart 2011 heeft hij bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens een verzoekschrift ingediend waarin hij de schending van de artikelen 3 en 5 EVRM door de Belgische Staat aanvoerde. De verzoeker voerde aan dat het niet-verstrekken van verzorging in zijn taal, waardoor hij geïnterneerd bleef zonder vooruitzicht op genezing en dus op het verlaten van de inrichting, niet enkel een onmenselijke en vernederende behandeling uitmaakte (schending van artikel 3), maar zijn opsluiting bovendien onwettig maakte (schending van artikel 5).

In een eerste arrest van 18 juli 2017 beslist een kamer van de tweede afdeling van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat er schending is geweest van artikel 3 EVRM, maar niet van artikel 5.1. Ze kent aan de verzoeker een billijke genoegdoening toe die heel wat lager is dan het gevorderde bedrag, nl. een morele schadevergoeding van 5.000 euro, te vermeerderen met de interesten.

De zaak werd verwezen naar de Grote Kamer die bij arrest van 31 januari 2019 uitspraak heeft gedaan. Dit arrest beslist dat er tussen begin 2004 en augustus 2017 schending was van de artikelen 3 en 5 EVRM. Het arrest beslist ook dat de Belgische Staat een morele schadevergoeding van 32.500 euro moet betalen aan de eiser, vermeerderd met alle bedragen die als belasting verschuldigd zouden zijn, alsook met de interesten te rekenen van het

⁷ Cass. 27 april 2020 (C.19.0609.N), ongepubl.

⁸ Cass. 18 juni 2020 (C.19.0140.N), ongepubl.

⁹ Conclusies (eensluidend) van advocaat-generaal Th. Werquin die het becommentarieerde arrest voorafgaan, gepubliceerd op <https://juportal.be>.

¹⁰ Zie o.a. CHR. BIQUET-MATHIEU, "Jurisprudence contrastée pour les indemnités de funding loss", *RDC* 2019, 267 e.v.; P. DE VOS, "Die loze funding loss" in *Actuele problemen van financieel, vennootschaps en fiscaal recht*, Intersentia 2017, 65 e.v.; Luik 3 oktober 2018, *JLMB* 2019, 171; Bergen 29 januari 2018, *RDC* 2019, 255; Bergen 25 april 2016, *DAOR*, 2016, 3; Brussel 13 mei 2016, *DAOR*, 2016, 13. Zie ook de conclusies van advocaat-generaal Th. Werquin die het arrest voorafgaan.

¹¹ ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210614.3N.9.

¹² Cass. 8 september 2010, *AC* 2010, nr. 504; Cass. 25 juni 2014 (P.14.0899.F), ongepubl.

verstrijken van de betalingstermijn die op 3 maanden is vastgesteld. Het arrest verwerpt de vordering tot billijke genoegdoening voor het overige.

Gelijklopend met de neerlegging van zijn verzoekschrift voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, heeft de eiser verschillende rechtsvorderingen ingesteld voor de Belgische rechtbanken. Zo maakte hij bij de Franstalige rechtbank van eerste aanleg te Brussel een aansprakelijkheidsvordering aanhangig, waarin hij de Belgische Staat een foutieve gedraging verweet en de vergoeding van de door die fout veroorzaakte schade vorderde. De eiser vorderde de betaling van een provisionele schadevergoeding van 803.600 euro, te vermeerderen met de interesten, en op straffe van een dwangsom.

Na zijn veroordeling in eerste aanleg heeft de Belgische Staat hoger beroep ingesteld. Tussen het ogenblik waarop het hoger beroep werd ingesteld en dat waarop de zaak in staat van wijzen was, heeft de Grote Kamer het voormelde arrest van 31 januari 2019 uitgesproken. Het debat tussen de partijen ging dan ook over het gezag van gewijsde van dat arrest en de weerslag ervan op de vordering die bij het hof van beroep aanhangig was gemaakt.

Het bestreden arrest sluit zich aan bij de stelling van de Belgische Staat die zich op het gezag van gewijsde tussen de partijen van het arrest van 31 januari 2019 beriep en de door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vastgestelde schendingen van de artikelen 3 en 5 EVRM wel erkende, maar aanvoerde dat dit Hof op definitieve wijze uitspraak had gedaan over de schade van de eiser, zodat hij geen bijkomende schadevergoeding meer kon verkrijgen voor de Belgische rechtbanken. Het bestreden arrest dat vaststelt dat de eiser zich ook op andere fouten dan de schending van de voormelde verdragsbepalingen beriep, oordeelt dat die fouten geen andere schade hebben veroorzaakt dan de schade voortvloeiend uit de schending van die verdragsbepalingen en dat die fouten dus waren hersteld door de toekenning van een billijke genoegdoening door de Grote Kamer van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Het arrest vernietigt derhalve de beslissing van de eerste rechter die aan de eiser een schadevergoeding van 75.000 euro had toegekend.

In het middel werd de vraag gesteld of, zoals het bestreden arrest heeft beslist, het gezag van gewijsde van het arrest op grond waarvan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens een billijke genoegdoening toekent, overeenkomstig artikel 41 EVRM, belet dat de verzoeker voor de nationale rechter de vergoeding vordert van de schade die hij heeft geleden ten gevolge van de schending van het verdrag.

Met het becommentarieerde arrest vernietigt het Hof het bestreden arrest. Het Hof beslist immers dat:

“indien [het Europees Hof voor de Rechten van de Mens], overeenkomstig artikel 41, een schending van een bepaling van het Verdrag of van zijn protocollen vaststelt en indien het nationale recht slechts gedeeltelijk rechtsherstel toelaat, het Hof de benadeelde, indien nodig, een billijke genoegdoening kan toekennen [...]. Een arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat een schending van het Verdrag of van zijn protocollen vaststelt, verplicht de Staat die hiervoor terechtstaat de schending te doen ophouden en de gevolgen ervan ongedaan te maken zodat de vorige toestand zo goed mogelijk wordt hersteld, [en], indien het nationale recht geen of slechts gedeeltelijk rechtsherstel toelaat, kan het Hof de benadeelde, indien nodig, de hem passend lijkende genoegdoening toekennen. De verplichting voor een verdragsluitende Staat om zich aan een arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens te houden waarin het een schending van het Verdrag of van zijn protocollen vaststelt, valt niet samen met de verplichtingen die het nationale recht hem in voorkomend geval oplegt.

De omstandigheid dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens een arrest heeft gewezen waarin het een schending van een bepaling van het Verdrag of van zijn protocollen vaststelt en aan de benadeelde de in artikel 41 EVRM bepaalde billijke genoegdoening toekent, belet de nationale autoriteiten van de verdragsluitende Staat niet om aan die partij een bijkomende vergoeding toe te kennen die niet steunt op de artikelen 41 en 46 EVRM maar op internrechtelijke bepalingen, zoals de artikelen 1382 en 1383 Oud Burgerlijk Wetboek, die het volledig herstel opleggen van de schade die de Staat door zijn schuld aan anderen heeft toegebracht.”

Vóór dit arrest stemde de rechtsleer in met de enige beslissing die in België over deze kwestie werd gewezen, met name een arrest van het hof van beroep te Brussel van 6 september 1999. Volgens de rechtsleer had het gezag van gewijsde van de arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aldus tot gevolg dat de exceptie van

gewijsde, wanneer ze door een van de partijen van het geding werd opgeworpen, belette dat de vordering opnieuw werd ingesteld¹³; ongeacht de grondslag van de vordering¹⁴.

In zijn – gelijklopende – conclusie voorafgaand aan het becommentarieerde arrest, neemt advocaat-generaal Th. Werquin afstand van deze overwegingen en gaat hij over tot een exegetische van het mechanisme van de billijke genoegdoening voorzien in artikel 41 EVRM, zoals uitgelegd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Uit zijn analyse blijkt dat :

“De procedure die ertoe strekt een billijke genoegdoening te vorderen ter vergoeding van een schade die voortvloeit uit de schending van een bepaling van het Verdrag door een Staat, staat los van die welke in het interne recht van een Staat is voorzien om de verzoeker de mogelijkheid te bieden het volledige herstel van de geleden schade te verkrijgen, op grond van artikel 1382 [oud] Burgerlijk Wetboek, en die, op basis van een zeer (en al te) subjectieve beoordeling van de aard van die schade, een vorm van “gedeeltelijke” vergoeding toekent; de billijke genoegdoening toegekend door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens belet dan ook niet dat er voor de nationale rechter een procedure wordt ingeleid om het volledige herstel van de schade te verkrijgen, op grond van artikel 1382 [oud] Burgerlijk Wetboek, wegens de schending van een Verdragsbepaling door een Staat; [...] uit het onderscheiden voorwerp en de onderscheiden toepassingsvoorwaarden van, enerzijds, een vordering tot het verkrijgen van een billijke genoegdoening en, anderzijds, een vordering tot vergoeding van de werkelijk geleden schade op grond van artikel 1382 [oud] Burgerlijk Wetboek, volgt dat de beslissing van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens tot toekenning van een billijke genoegdoening geen gezag van gewijsde heeft ten aanzien van de nationale rechter bij wie een vordering tot vergoeding van de voornoemde schade aanhangig wordt gemaakt; het EVRM verbiedt overigens geenszins de toekenning door de organen van de Staat van bijkomende vergoedingen, bovenop diegene die door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens werden toegekend als billijke genoegdoening; het is onjuist te beweren dat het Hof, dat oordeelt op grond van artikel 41 EVRM, de kwestie van het herstel van de schade die voortvloeit uit de schending van een bepaling van het Verdrag of van zijn protocollen definitief beslecht; het gezag van gewijsde van de beslissing die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft gewezen inzake de billijke genoegdoening, kan aan een dergelijke vordering immers niet rechtsgeldig worden tegengeworpen aangezien, enerzijds, het Europees Hof voor de Rechten van de Mens uitspraak doet op grond van artikel 41 EVRM en daarenboven oordeelt naar billijkheid, doorgaans zonder zijn beslissing te motiveren, terwijl anderzijds, de Belgische rechter uitspraak doet over de volledige herstel van de schade, op grond van artikel 1382 Burgerlijk Wetboek, en na een naar behoren met redenen omklede argumentatie”¹⁵.

Het becommentarieerde arrest volgt die redenering en stemt hiermee in.

[\(ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20211001.1F.4\)](#)

Onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken – Antigoontoets – Rechten van verdediging (art. 6 EVRM) – Beëindiging onderhoudsuitkering na echtscheiding – Uitkeringsgerechtigde leeft samen met een ander persoon als waren zij gehuwd

Arrest van 16 december 2021 ([C.18.0314.N](#)) met conclusie van eerste advocaat-generaal R. Mortier

In deze zaak heeft het Hof stelling ingenomen omtrent de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken.

Lange tijd heerste er veel wantrouwen ten aanzien van onrechtmatig (verkregen) bewijs. In zowel strafzaken als burgerlijke zaken werd onrechtmatig (verkregen) bewijs categoriek afgewezen en werden deze bewijsstukken ambtshalve uit het debat geweerd.

¹³ R. ERGEC en P.-F. DOCQUIR, “De l’ autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l’ homme statuant sur la satisfaction équitable”, noot onder Brussel, 6 september 1999, *JT* 2000, 852, nr. 11; R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l’ homme*, Coll. R.P.D.B., Brussel, Bruylant, 2014, 1108, nr. 1088; F. KUTY, “La satisfaction équitable et l’ autorité de chose jugée des arrêts de la Cour européenne des droits de l’ homme”, noot onder Brussel, 6 september 1999, *JLMB* 2000, 1574, nr. 17.

¹⁴ F. KUTY, “La satisfaction équitable et l’ autorité de chose jugée des arrêts de la Cour européenne des droits de l’ homme”, noot onder Brussel, 6 september 1999, *JLMB* 2000, 1574, nr. 17.

¹⁵ Conclusie van advocaat-generaal Th. Werquin bij arrest C.20.0414.F van 1 oktober 2021, beschikbaar op [Juportal.be](#)

In strafzaken kwam hierin een kentering door het zogenaamde *Antigoon*arrest van 14 oktober 2003¹⁶. Aldus waren de drie grote ‘Antigooncriteria’ geboren in een *strafrechtelijke context*: een bewijselement dat op onrechtmatige wijze werd verkregen, werd slechts in aanmerking genomen indien er 1) geen schending is van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvoorwaarden; 2) geen aantasting is van de betrouwbaarheid van het bewijs en 3) geen gebruik wordt gemaakt van het bewijs in strijd met het recht op een eerlijk proces¹⁷. De Antigoontoets werd verder nog in de cassatierechtspraak verfijnd¹⁸. De drie Antigooncriteria bleven steeds behouden, maar mettertijd werden ook nog extra sub-criteria verduidelijkt waarmee de feitenrechter rekening kan houden in zijn beoordeling: hetzij dat de overheid die met de opsporing, het onderzoek en de vervolging van misdrijven is belast, al dan niet de onrechtmatigheid opzettelijk heeft begaan, hetzij dat de ernst van het misdrijf veruit de begane onrechtmatigheid overstijgt, hetzij dat het onrechtmatig verkregen bewijs alleen een materieel element van het bestaan van het misdrijf betreft¹⁹. Verder leek de rechter in de eerste toets *verplicht* het bewijsstuk te moeten weren indien één van de Antigooncriteria was geschonden; doch de latere toets lijkt veeleer uit te gaan van een *optie*²⁰ indien het de criteria “aantasten van de betrouwbaarheid” of “het in het gedrang brengen van het recht op een eerlijk proces” betreft.

Later werd diezelfde rechtspraak ook in de context van het *marktrecht*²¹ en het *fiscaal recht*²² toegepast. De Antigoontoets werd daarbij zo aangepast om rekening te houden met de context waarin deze beslissingen werden gewezen. Zo wordt in fiscaalrechtelijke zaken onder meer specifiek verwezen naar ‘de beginselen van behoorlijk bestuur’ en ‘een behoorlijk handelende overheid’.

In *burgerlijke zaken* heerste er langere tijd onduidelijkheid. Een cassatiearrest van 11 juni 1998 herhaalde nog de oude regel: een partij mag in een burgerlijk geding de bewijzen gebruiken die zij *regelmatig* heeft verkregen, behalve als wettelijke bepalingen of algemene beginselen dit verhinderen²³. Maar wat met onrechtmatig verkregen bewijs? Een cassatiearrest van 10 maart 2008 in sociale zaken leek aansluiting te zoeken bij de strafrechtelijke

¹⁶ Cass. 14 oktober 2003, AC 2003, 1862.

¹⁷ Zie ook voor deze drie criteria bv. Cass. 2 maart 2005, AC 2005, 513 (“*Chocolatier Manon*”; officiële Nederlandstalige vertaling: “*Overwegende dat, aangezien het aangeklaagde verzuim niet bij wet met nietigheid wordt bestraft, het aan de rechter staat om de gevolgen te beoordelen op de ontvankelijkheid van de bewijsmiddelen die tijdens het debat worden aangevoerd, van de onregelmatige wijze waarop deze werden verkregen; Dat de rechter, wanneer de onregelmatigheid die werd begaan het recht op een eerlijk proces niet in het gedrang brengt, de betrouwbaarheid van het bewijs niet aantast en geen vormvereiste miskent dat op straffe van nietigheid is voorgeschreven, met name de omstandigheid in overweging kan nemen dat de onwettigheid die werd begaan niet in verhouding staat tot de ernst van het misdrijf dat door die onregelmatigheid kon worden vastgesteld, of dat die onregelmatigheid geen weerslag heeft op het recht of de vrijheid die door de miskende norm worden beschermd [...]*”) (onderlijning toegevoegd); Cass. 23 maart 2004, AC 2004, 518; Cass. 12 oktober 2005, AC 2005, 1903.

¹⁸ Zie Cass. 4 december 2007, AC 2007, 2388. Zie erg gelijkaardig Cass. 5 juni 2012, AC 2012, 1547. Vgl. (minder volledig) Cass. 8 februari 2011 (P.10.0979.N), ongepubl.

¹⁹ Zie voor deze opsomming Cass. 4 december 2007, AC 2007, 2388.

²⁰ Zie de overweging: “*ma^q alleen worden geweerd wanneer de bewijsverkrijging is aangetast door een gebrek waardoor de betrouwbaarheid ervan wegvalt of waardoor het recht op een eerlijk proces in gevaar wordt gebracht.*” (onderlijning toegevoegd).

²¹ Zie in het kader van de mededingingsrecht Cass. 26 april 2018, AC 2018, 948; GwH 22 december 2011, AR 5137, nr. 197/2011. Zie in het kader van de FSMA (onderzoek in het kader van het opleggen van een administratieve boete of geldsom) Cass. 9 november 2018, AC 2018, 2200.

²² Zie Cass. 22 mei 2015, AC 2015, 63 (*idem* Cass. 18 januari 2018); Cass. 4 november 2016, AC 2016, 2213 (*idem* Cass. 18 januari 2018); Cass. 18 januari 2018, AC 2018, 129. Zie voor een nuancering in fiscale zaken (bewijs kan enkel worden aangewend in een administratieve btw-procedure indien de door het Unierecht gewaarborgde rechten niet zijn geschonden; het bewijs(middel) moet bij wet zijn toegestaan en de rechten van verdediging moeten worden geëerbiedigd): HvJ 17 december 2016, C-419/14, *WebMindLicences Kft*, [ECLI:EU:C:2015:832](#). Zie over deze evoluties in het fiscaal recht bv. G. VAEL en Y.L. ZHENG, “Nouvel arrêt de la Cour de Cassation en matière d’utilisation de preuves obtenues de manière irrégulière: confirmation de la jurisprudence Antigone ou rendez-vous manqué?”, *Fisc. Act.* 2018, nr. 18/22-01; P. RENIER en L. CASSIMON, “Antigoon vs. beroepsgeheim: beschermt Cassatie onze grondrechten?”, *Fisc. Act.* 2018, nr. 18/05-01.

²³ Cass. 11 juni 1998, AC 1998, 675.

Antigoonleer²⁴. Deze rechtspraak werd in de rechtsleer evenwel gemengd onthaald²⁵. Een eerste strekking is ervan overtuigd dat het Hof van Cassatie, zonder enig voorbehoud, de Antigoonleer door het arrest van 10 maart 2008 nu ook van toepassing acht in burgerlijke zaken (en dus ook tussen burgers onderling)²⁶. Een tweede strekking is meer terughoudend en wijst op de specifieke omstandigheden waarin het cassatiearrest van 10 maart 2008 is geweest. Volgens hen ging het hier over een ‘administratiefrechtelijke sanctie’ en over de relatie overheid-particulier, waardoor de transponering van de Antigoonrechtspraak gelimiteerd is tot deze gevallen²⁷. Hierdoor zou deze leer niet kunnen worden uitgebreid naar gedingen tussen particulieren onderling, of zou dit minstens nog niet door het Hof van Cassatie zijn uitgemaakt.

In het hier besproken arrest ging het over een koppel dat uit de echt was gescheiden en waarbij de eiseres aanvankelijk een onderhoudsuitkering werd toegekend van 1.000 euro per maand voor de duur van het huwelijk. Nadat de eiseres een lat-relatie startte met een nieuwe partner, trachtte de verweerder de toegekende onderhoudsuitkering te doen beëindigen krachtens artikel 301, § 10, oud Burgerlijk Wetboek, op de grond dat de eiseres met een nieuwe partner samenleefde. De vordering van de verweerder werd in eerste aanleg ongegrond verklaard bij gebrek aan bewijs van een daadwerkelijke en betekenisvolle verbetering van de economische situatie van de uitkeringsgerechtigde. In hoger beroep werd de vordering van de verweerder toch gegrond verklaard – waarbij werd aangenomen dat er voldoende bewijs was dat de eiseres samenleefde met iemand als waren zij gehuwd in de zin van artikel 301, § 10, derde lid, oud BW – waardoor de verweerder niet langer aan de eiseres een uitkering tot levensonderhoud was verschuldigd.

Tegen dit laatste arrest komt de eiseres op met twee middelen.

²⁴ Cass. 10 maart 2008, AC 2003, 678 (“Behoudens wanneer de wet uitdrukkelijk anders bepaalt, staat het de rechter de toelaatbaarheid van een onrechtmatig verkregen bewijs, te beoordelen in het licht van de artikelen 6 EVRM en 14 IVBPR, rekening houdende met de elementen van de zaak in haar geheel genomen, inbegrepen de wijze waarop het bewijs verkregen werd en de omstandigheden waarin die onrechtmatigheid werd begaan. Een dergelijk bewijs, behoudens het geval van miskennis van een op straffe van nietigheid voorgeschreven vorm, mag alleen worden geweerd wanneer de bewijsverkrijging is aangetast door een gebrek waardoor de betrouwbaarheid ervan wegvalt of waardoor het recht op een eerlijk proces in gevaar wordt gebracht. De rechter kan bij deze afweging, onder meer, rekening houden met één of meer van volgende omstandigheden: het zuiver formeel karakter van de onregelmatigheid; de weerslag op het recht of de vrijheid die door de overschreden norm zijn beschermd; de omstandigheid dat de overheid die met de opsporing, het onderzoek en de vervolging van misdrijven is belast, al dan niet de onrechtmatigheid opzettelijk heeft begaan; de omstandigheid dat de ernst van de inbreuk veruit de begane onrechtmatigheid overstijgt; het feit dat het onrechtmatig verkregen bewijs alleen een materieel element van het bestaan van de inbreuk betreft; het feit dat de onregelmatigheid die aan de vaststelling van de inbreuk voorafging of daarmee gepaard ging, volstrekt onevenredig is met de ernst van die inbreuk.” (onderlijning toegevoegd).

²⁵ Zie voor een overzicht, zonder stelling in te nemen: E. MAES, “Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken in België en Duitsland”, *RW* 2014-15, 686-687. Wijzen eerder op onzekerheid na deze cassatiearresten: B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Overzicht van rechtspraak bewijsrecht”, *TPR* 2015, 677; B. CATTOIR, “Bewijs in burgerlijke zaken” in P. TAELEMAN (ed.), *Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Mechelen, Kluwer, 2016, 499.

²⁶ Zie bv. B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte”, in *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, die Keure, 2010, 52-53; B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, “Licéité de la preuve en matière civile: un clone pour “Antigoon””, *JT* 2012, 165-174; E. DIRIX, “De vruchten van de giftige boom” in *Liber Amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, 263 e.v.; F. KÉFER, “Antigone et Manon s’invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité de la preuve” (noot onder Cass. 10 maart 2008), *RCJB* 2009, 340-341, nr. 9; I. VERHELST en N. TOELEN, “Over privacy, controle en (on)rechtmatig verkregen bewijs”, *Or.* 2008, 205; K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 168-169. Lijkt dit ook af te leiden uit het cassatiearrest (doch is hier erg kritisch over) R. DE BAERDEMAEKER, “Admissibilité d’une preuve illicitement recueillie: quand la fin justifie les moyens”, *JLMB* 2009, 586. Zie ook conclusie van Adv.-Gen. A. Van Ingelgem, onder Cass. 9 november 2018, AC 2018, 2200. Zie ook reeds conclusie van Adv.-Gen. A. Van Ingelgem onder Cass. 26 april 2018, AC 2018, 950; conclusie van Adv.-Gen. A. Van Ingelgem, onder Cass. 26 april 2018 (C.15.0524.N), ongepubl.

²⁷ D. MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 246; J. VAN DONINCK, “Het lot van onrechtmatig (verkregen) bewijs: *tempt me not*” in *Het bewijs in het burgerlijk proces*, Brugge, die Keure, 2015, 195-196; J. VAN DONINCK, *Het lot van onrechtmatig bewijs*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 145-148.

In haar eerste cassatiemiddel verwijt de eiseres de appelrechter niet te hebben beslist dat bewijsstuk 29 van de verweerder uit het debat geweerd diende te worden, in weerwil van de beslissing van de eerste rechter. Stuk 29 betrof een uittreksel uit het rijksregister met historiek van woonst van de nieuwe partner van de eiseres. Volgens de eiseres zou dit stuk in strijd met het doel van de aan de advocaat verleende machtiging tot toegang van het rijksregister zijn verkregen en aldus onrechtmatig verkregen bewijs uitmaken. De eiseres stelt hieromtrent dat advocaten enkel informatie uit het rijksregister mogen gebruiken voor de noodwendigheden van de procedure, namelijk voor het aanspannen, voeren en beëindigen van een rechtszaak die hem wordt toevertrouwd of om handelingen te vervullen die voorafgaan aan een geschillenprocedure. Aangezien in dit geval het rijksregister door de advocaat van de verweerder werd geraadpleegd om opzoeken te verrichten betreffende een persoon die geen partij is in de zaak (nl. de nieuwe partner van de eiseres), zou deze opzoeking, die als bewijs in rechte werd aangewend, een onrechtmatig verkregen bewijs uitmaken. Volgens de eiseres vereist het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging (art. 6 EVRM) dat onrechtmatig verkregen bewijs in geschillen van zuiver privaatrechtelijke aard steeds uit het debat moet worden geweerd. Door niet te onderzoeken of het desbetreffende bewijs daadwerkelijk onrechtmatig werd verkregen en door het verzoek tot wering louter te verwerpen op grond van de overweging dat hoe dan ook de betrouwbaarheid van het stuk niet is aangetast en de tegenspraak en het recht op een eerlijk proces niet in het gedrang zijn gebracht, schendt de appelrechter, volgens de eiseres, onder meer artikel 6 EVRM en het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging.

Het Hof wijst het cassatiemiddel van de eiseres af en bevestigt de beslissing van de appelrechters. Het Hof overweegt eerst dat, behoudens wanneer de wet uitdrukkelijk anders bepaalt, het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken slechts kan worden geweerd indien de bewijsverkrijging de betrouwbaarheid van het bewijs aantast of indien hierdoor het recht op een eerlijk proces in gevaar wordt gebracht. Het oordeelt verder dat de rechter hierbij rekening dient te houden met al de omstandigheden van de zaak, waaronder de wijze waarop het bewijs werd verkregen, de ernst van de onrechtmatigheid en de mate waarin hierdoor het recht van de wederpartij werd miskend, de bewijsnood van de partij die de onrechtmatigheid beging en de houding van de wederpartij. Daaruit volgt, volgens het Hof, dat het middel dat ervan uitgaat dat uit het algemene rechtsbeginsel van het recht van verdediging, zoals onder meer neergelegd in artikel 6 EVRM, voortvloeit dat onrechtmatig verkregen bewijs in geschillen van zuiver privaatrechtelijke aard steeds uit het debat moet worden geweerd, faalt naar recht²⁸.

Het Hof sluit zich aldus met dit arrest – op eensluidende conclusie van eerste advocaat-generaal Mortier – aan bij de bovengenoemde eerste strekking, die de Antigoonleer eveneens van toepassing acht in burgerlijke zaken. De toegepaste ‘Antigooncriteria’ houden daarbij met de eigenheid van het burgerlijk recht rekening.

Enkel de criteria van de aantasting van de betrouwbaarheid van de bewijsverkrijging en van het in het gevaar brengen van het recht op een eerlijk proces worden overgenomen. De burgerrechtelijke toets neemt aldus het criterium ‘dat onrechtmatig (verkregen) bewijs niet toelaatbaar is indien sprake van een *op straffe van nietigheid* voorgeschreven vormvereiste’ niet over van de strafrechtelijke toets. De rechtsleer opperde reeds dat dit laatste criterium moeilijk transposeerbaar is in het burgerlijke (proces-)recht dat een verregaande verzachting op de nietigheidsleer kent²⁹. Verder moet worden opgemerkt, dat – net zoals bij de strafrechtelijke toets – de burgerrechtelijke toets uitgaat een loutere *optie*³⁰ (en dus geen verplichting) tot wering van het bewijs bij de beoordeling van de criteria “aantasten van de betrouwbaarheid” en “het in het gedrang brengen van het recht op een eerlijk proces”. Ten slotte wordt de burgerrechtelijke toets – net als de strafrechtelijke toets – verder verfijnd met een aantal specifieke sub-criteria, aangepast aan het burgerlijk recht. De rechter kan bij zijn afweging namelijk rekening houden met: de wijze waarop het bewijs werd verkregen, de ernst van de onrechtmatigheid en de mate

²⁸ Zie ook (m.b.t. burgerlijk bewijs): EHRM 18 maart 1997, nr. 21497/93, *Mantovanelli v. France*, ro. 33-34. Zie ook in strafzaken Cass. 16 november 2004, AC 2004, 1835.

²⁹ B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte” in *Themis Gerechtig Recht*, Brugge, die Keure, 2010, 50; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Overzicht van rechtspraak bewijsrecht”, *TPR* 2015, 676.

³⁰ Zie de overweging: “kan het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken slechts worden geweerd indien de bewijsverkrijging de betrouwbaarheid van het bewijs aantast of indien hierdoor het recht op een eerlijk proces in gevaar wordt gebracht.” (onderlijning toegevoegd).

waarin hierdoor het recht van de wederpartij werd miskend, de bewijsnood³¹ van de partij die de onrechtmatigheid beging en de houding³² van de wederpartij.

Overigens velde het Hof – op conclusie van advocaat generaal Vanderlinden – een half jaar vóór het onderhavige arrest bij wege van een arrest van 14 juni 2021 reeds een identieke uitspraak omtrent de Antigoontoets in burgerlijke zaken³³. Deze zaak ging over de verkoop van een BMW waarbij tussen de partijen betwisting rees over de verkoopprijs. De eiseres stelde dat de op de bestelbon vermelde prijs van 43.500 euro berustte op een vergissing en de afgesproken prijs 53.500 euro was. Ze staaft deze bewering met een opname van een telefoongesprek met de verweerder. De appelrechter weerde deze geluidsopname als op onrechtmatige wijze verkregen, louter omdat deze opname heimelijk gebeurde en het erop leek – gelet op het gerezen geschil – dat de opname was uitgelokt om tegen de verweerders te gebruiken en dat de vordering ook op een andere rechtmatige wijze kon worden bewezen. Het Hof vernietigde deze beslissing van de appelrechter met verwijzing naar de – op exact dezelfde manier geformuleerde – Antigoontoets die ook later in het becommentarieerde arrest van 16 december 2021 voorop zou worden gesteld.

Het tweede cassatiemiddel betreft de interpretatie van artikel 301, § 10, derde lid, oud Burgerlijk Wetboek omtrent de beëindiging van de onderhoudsverplichting wanneer de uitkeringsgerechtigde samenleeft met een andere persoon als waren zij gehuwd. Volgens het Hof volstaat het voor de beëindiging van deze onderhoudsverplichting dat de rechter vaststelt dat de uitkeringsgerechtigde samenleeft met een andere persoon als waren zij gehuwd en moet daarnaast niet zijn aangetoond dat deze samenleving daadwerkelijk de economische situatie van de uitkeringsgerechtigde heeft verbeterd³⁴.

³¹ Zie ook over dit aspect S. DE CLERCQ en M. SCHOUTEDEN, “Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepast wervingscriteria” (noot onder Antwerpen 17 januari 2019), *Limb.Rechtsl.* 2019, 287; E. DIRIX, “De vruchten van de giftige boom” in *Liber Amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, 271-272. Acht dit element van fundamenteel belang om toch het bewijs toe te laten J. VAN DONINCK, *Het lot van onrechtmatig bewijs*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 213.

³² E. DIRIX, “De vruchten van de giftige boom” in *Liber Amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, 271 (“de houding voor een tijdens de procedure met betrekking tot de morele mededelings- en waarheidsplichten”).

³³ Cass. 14 juni 2021 (C.20.0418.N), ongepubl.

³⁴ Zie ook in deze zin S. BECKERS, “De beëindiging van de onderhoudsuitkering na EOO bij nieuwe feitelijke samenwoning van de onderhoudsgerechtigde ex-echtgenoot” (noot onder Antwerpen 3 mei 2016), *T. Fam.* 2017, nr. 11; I. MARTENS, *Onderhoudsuitkering tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen, Intersentia, 2014, nrs. 595, 596 en 607. Zie ook Antwerpen 3 mei 2016, *T. Fam.* 2017, 274, noot S. BECKERS. Lijkt ook in deze zin te redeneren: S. EGGERMONT, *Twee relaties*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 147. Wijst louter op de beoordelingsbevoegdheid om na te gaan of er *in concreto* sprake is van financiële solidariteit tussen de partners (en niet naar een verbetering van de uitkeringsgerechtigde): E. ALOFS, “Art. 301 BW” in *Artikelsgewijze commentaar personen- en familierecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, nr. 59. Zie ook de parlementaire voorbereidingen die niet naar deze bijkomende voorwaarde verwijzen: Amendement 123 (dat het uiteindelijke haalde) van mevrouw Marghem: Amendementen Wetsontwerpen betreffende de hervorming van de echtscheiding, *Parl. St. Kamer*, 2006-07, nr. Doc 51 2341/012, p. 2-3. Ook in de artikelsgewijze bespreking van de amendementen wordt enkel benadrukt dat er moet worden gekeken of er een zekere vorm van solidariteit tussen de nieuwe partners ontstaat (en niet dat daadwerkelijk de economische situatie van de uitkeringsgerechtigde hierdoor moet verbeteren): Verslag namens de Commissie voor de justitie uitgebracht door mevrouw Valérie Deom en de heer Servais Verherstraeten van 9 februari 2007, *Parl. St. Kamer*, 2006-07, nr. Doc 51 2341/018, p. 41-43. Zie evenwel *contra* (de meerderheidsstrekking, doch zonder verdere onderbouwing): S. BROUWERS, “Overzicht van rechtspraak familierecht (2007-2011)”, *TPR* 2012, (1507) 1981, nr. 880; A. DUELZ *et al.*, *Le droit du divorce*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2009, 295, nr. 415; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2020, 485, nr. 498-3; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 570, nr. 1926; C. VAN ROY, “De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting” in *De beëindiging van de tweerelatie*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 203, nr. 361; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, 861, nr. 1946. Lijkt ook rekening te houden met een verbetering van de financiële situatie: A.-C. VAN GYSEL, *Précis de droit des personnes et de la famille*, Limal, Anthemis, 2013, 242. Zie impliciet door ook *in fine* te verwijzen naar de verbetering van de financiële situatie (in het kader van een EOT, doch er wordt toch een toetsing doorgevoerd aan de hand van artikel 301, § 10, derde lid, (O)BW in het kader van hun overeenkomst inzake de onderhoudsuitkering): Antwerpen, 29 mei 2018, *RABG* 2018, 1210. Zie hierover *zonder standpunt* in te nemen: H. CASMAN, “Nieuw echtscheidingsrecht toelichting voor de notariële praktijk”,

[\(ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20211216.1N.8\)](#)

Not.Fisc.M. 2007, 285; J. DU MONGH, “De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting” in *Onderhoudsgelden voor kinderen en tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 208, nr. 377; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Morstel, Intersentia, 2019, nr. 606; K. VERSTRAETE, “Hervorming echtscheidingsrecht”, *NjW* 2007, 642.