

# Hoofdstuk 4

## De inpassing van nieuwe bewijstechnieken in het burgerlijk bewijsstelsel

door JOHAN VANDENDRIESSCHE

### *Structuur*

Afdeling 1. Inleiding

Afdeling 2. Nieuwe bewijstechnieken

§ 1. Fotokopies, afschriften verkregen door scanning, microfilms of telefax

§ 2. Telegram en telex

§ 3. Beeld- en/of geluidsopnames

§ 4. Telefoongesprekken (en opnames daarvan)

§ 5. Computer en internet

I. Elektronische berichten (waaronder e-mail)

II. Electronic Data Interchange (EDI)

§ 6. Elektronische betalingsverrichtingen

I. Verrichtingen via bankautomaten

II. Verrichtingen via betaalterminals

III. Verrichtingen via thuisbankieren (tebankieren en internetbankieren)

IV. Verrichting aan de hand van een oplaadbare betaalkaart

Afdeling 3. Bewijsovereenkomsten



## AFDELING 1. INLEIDING

door JOHAN VANDENDRIESSCHE

Sinds de invoering van het Burgerlijk Wetboek heeft de maatschappij een verregaande technologische ontwikkeling gekend. Tal van nieuwe technieken werden ontwikkeld, met evenveel perspectieven op bewijsvlak: fotokopieën, faxberichten, telexen, bandopname (beeld en geluid), computers en internet, ...

Het burgerlijk bewijsstelsel is een gereguleerd bewijsstelsel, dat een strikte hiërarchie tussen de bewijsmiddelen instelt. De inpassing van deze nieuwe technieken is dan ook eerder een onderzoek naar de kwalificatie van deze technieken en de beoordeling van hun toelaatbaarheid, bewijskracht en -waarde. De kwalificatie van de nieuwe bewijstechnieken leidt dikwijls tot het besluit dat zij enkel als feitelijk vermoeden, soms als begin van bewijs van geschrift kunnen worden aangewend.

De voornaamste plaats in het bewijsstelsel is voorbehouden aan de (authentieke of onderhandse) akte. Artikel 1341 B.W. vereist het bewijs door een authentieke of een onderhandse akte voor rechtshandelingen waarvan de waarde 375 EUR overstijgt. Aan de nieuwe bewijstechnieken komt omwille van het beginsel van de voorrang van het geschreven bewijs hoofdzakelijk een bijrol toe. Het gereguleerde bewijsstelsel begrenst op die manier de mogelijkheid om nieuwe bewijstechnieken aan te wenden als bewijsmiddel voor rechtshandelingen en bemoeilijkt de inpassing van de nieuwe bewijstechnieken in het burgerlijk bewijsstelsel. Dit neemt vanzelfsprekend niet weg dat de nieuwe bewijstechnieken een aanzienlijke rol spelen in het bewijs van rechtsfeiten, waarvoor artikel 1341 B.W. niet geldt.

## AFDELING 2. NIEUWE BEWIJSTECHNIEKEN

door JOHAN VANDENDRIESSCHE

### *§ 1. Fotokopies, afschriften verkregen door scanning, microfilms of telefax<sup>1</sup>*

Voor deze bewijstechnieken wordt verwezen naar randnummer 5478 en 5479.

---

1. Zie ook: M. FLAMMEE en M. TANGHE, 'Bewijsrecht: beknopte status quaestionis', in X., *Tendensen in het bedrijfsrecht. Vennootschappen – Nieuwe technologieën – Bankrecht – Mededinging*, Brussel, Bruylant/Kluwer, 1992, 210-212; L. CORNELIS en L. SIMONT, 'Bewijsrecht en technologische evolutie: enkele overwegingen', in P. DE VROEDE (ed.), *Technologie en recht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1987, 152-155; D. MOUGENOT, o.c., 248-261.

§ 2. *Telegram en telex*

Het telegram is een kopie van een niet-ondertekend document (afkomstig van een persoon waarvan de identiteit niet werd geverifieerd) gerealiseerd door een operator.<sup>1</sup> Het telegram kan nooit een onderhandse akte uitmaken, aangezien het niet ondertekend wordt. Het telegram zal allicht enkel als feitelijk vermoeden aangewend kunnen worden. BALLON meent dat de waarde van een telegram als vermoeden versterkt wordt doordat de inhoud van de boodschap door een onafhankelijke persoon wordt geverifieerd (t.t.z. het wordt door de tussenkomst van een operator verzonden).<sup>2</sup>

Dit standpunt is nochtans voor kritiek vatbaar. In de mate waarin de operator zich beperkt tot het overnemen van de tekst zonder de identiteit van de verzender te verifiëren, wordt de toegevoegde waarde inzake betrouwbaarheid herleid tot het minimum.

In de hypothese dat de ontvanger het oorspronkelijke document kan bemachtigen en de identiteit van de verzender met zekerheid kan vaststellen, zou het telegram eventueel als begin van bewijs door geschrift kunnen gelden.<sup>3</sup>

De telex is een technologie die de verzending van niet-ondertekende tekstberichten mogelijk maakt. De ontvanger van het telexbericht ontvangt in principe het originele document, maar het is niet ondertekend. Omdat bij een telexbericht de herkomst van het bericht niet met zekerheid kan worden vastgesteld, kan het bericht in principe niet beschouwd worden als een begin van bewijs door geschrift. Indien de identiteit van de afzender omwille van begeleidende omstandigheden wel met zekerheid kan worden vastgesteld, kan het bericht eventueel gelden als begin van bewijs door geschrift.<sup>4</sup> Zoniet zal het louter als een feitelijk vermoeden gelden.<sup>5</sup>

Beide technieken hebben thans in grote mate het veld moeten ruimen voor andere communicatietechnieken, zoals faxberichten en elektronische post. Voor bepaalde activiteiten of in bepaalde sectoren blijft het gebruik van deze technieken nochtans ingeburgerd.

§ 3. *Beeld- en/of geluidsopnames*

Er bestaan verschillende technieken om beeld- en/of geluid vast te leggen, zoals filmopnames, fotografie en geluidsopnames. De opnames kunnen analog of digitaal gerealiseerd worden op een veelvoud van onderscheiden dragers. Deze technieken hebben allen gemeen dat ze in principe bepaalde feiten waarheidsgetrouw vastleggen. Beeld- en/of geluidsopnames kunnen als feite-

---

1. D. MOUGENOT, *o.c.*, 247.

2. G.L. BALLON, 'Het bewijs en de moderne technieken', *D.A.O.R.* 1990, 74.

3. M. FLAMMÉE en M. TANGHE, *l.c.*, 208; D. MOUGENOT, *o.c.*, 247.

4. M. ANTOINE, J.F. BRAKELAND en M. ELOY, *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information. Aspects techniques et juridiques du transfert et de la conservation des documents*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 99.

5. D. MOUGENOT, *o.c.*, 247; L. CORNELIS en L. SIMONT, *l.c.*, 155.

lijk vermoeden aangewend worden.<sup>1</sup> De toelaatbaarheidsvereiste voor beelden/of geluidsoptnames is dezelfde als deze voor feitelijke vermoedens.

De toepassing van deze technologieën is nochtans niet zonder problemen. Veelal worden de opnames zonder medeweten of toestemming van de betrokkenen gerealiseerd. In dat geval kan de toelaatbaarheid van de opname in het gedrang komen wegens inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkenen<sup>2</sup>, of nog omdat de opname blijkt geeft van uitlokking.<sup>3</sup>

De bewijswaarde van de opnames wordt bovendien soeverein door de rechter beoordeeld, zonder dat de rechter echter eraan een interpretatie mag verstreken die er onverenigbaar mee is. De rechter kan eveneens beslissen een opname elke bewijswaarde te ontzeggen omwille van vermoede kunstgrepen.<sup>4</sup> Volgens MOUGENOT staan de rechters nog dikwijls terughoudend tegenover het gebruik van opnames als bewijsmiddel.<sup>5</sup>

#### § 4. Telefoongesprekken (en opnames daarvan)

Een telefoongesprek kan op zich moeilijk als bewijsmiddel aangewend worden. De aard van de technologie maakt immers dat er in principe geen sporen blijven bestaan van de inhoud van het gesprek (*verba volant*).<sup>6</sup> Hoogstens kan een spoor blijven bestaan van het feit dat er een bepaalde communicatie heeft plaatsgevonden tussen bepaalde telefoonnummers, zonder dat daarom noodzakelijkerwijze de identiteit van de gebruikers kan achterhaald worden. Het kan immers niet uitgesloten worden dat andere personen toegang hadden tot een bepaald toestel. Hetzelfde geldt voor meer moderne technologieën inzake telefonie zoals de semafoon, de mobilfoon en de GSM.<sup>7</sup>

Heel anders wordt het wanneer het telefoongesprek plaatsvindt in de aanwezigheid van andere personen of indien het telefoongesprek opgenomen

1. L. CORNELIS en L. SIMONT, *l.c.*, 142, 151 en 155 (en de aldaar geciteerde (cassatie-)rechtspraak in verband met de opname van spraak).

Een extensieve interpretatie van het begrip 'geschrift' zou ertoe kunnen leiden dat een opname op een drager zou beschouwd kunnen worden als een begin van bewijs door geschrift (zie terzake M. FLAMMEE en M. TANGHE, *l.c.*, 206 en D. MOUGENOT, *o.c.*, 294). ANTOINE, BRAKELAND en ELOY menen eveneens dat deze bewijstechnieken op grond van een extensieve interpretatie van het begrip geschrift in aanmerking kunnen komen als begin van bewijs door geschrift (M. ANTOINE, J.F. BRAKELAND en M. ELOY, *o.c.*, 101-102).

2. D. MOUGENOT, *o.c.*, 293; J. RUTSAERT, 'Le système jurisprudentiel du droit au respect de la vie privée', *J.T.* 1973, 489-497; L. CORNELIS en L. SIMONT, *l.c.*, 159-166; M. FLAMMEE en M. TANGHE, *l.c.*, 214; B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, 'Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht', *R.W.* 2002-03, 41-60; BOULART, 'De opname van eigen telefoongesprekken: met of zonder toestemming van de betrokkenen?', *R.W.* 2002-03, 1601-1613.

Inzake strafvordering: Cass. 5 november 2004, C.03.0438.N/1, raadpleegbaar op <http://www.cass.be>; Luik 27 juni 2003, *R.D.T.I.* 2004, 103-108, noot M. LONCKE, waarin verwezen wordt naar Cass. 27 februari 2001, nr. P.99.0706.N, raadpleegbaar op <http://www.cass.be> en Corr. Brussel 14 januari 2002, *A&M* 2002, afl. 2, 197; R. DE CORTE, 'De achterkant van de privacy', *N.J.W.* 2003, 798-810.

3. M. FLAMMEE en M. TANGHE, *l.c.*, 207.

4. G.L. BALLON, *l.c.*, 14, aangehaald in D. MOUGENOT, *o.c.*, 293. L. CORNELIS en L. SIMONT menen dat de loutere mogelijkheid van kunstgrepen niet voldoende is om elke bewijswaarde aan een stemopname te ontzeggen (L. CORNELIS en L. SIMONT, *l.c.*, 151).

5. D. MOUGENOT, *o.c.*, 295.

6. M. ANTOINE, J.F. BRAKELAND en M. ELOY, *o.c.*, 100.

7. M. FLAMMEE en M. TANGHE, *l.c.*, 205-206; D. MOUGENOT, *o.c.*, 293.

wordt. De aanwezigheid van andere personen bij een telefoongesprek verschaft de mogelijkheid getuigenbewijs in te roepen. De opname van het telefoongesprek verschuift de bewijsproblematiek naar een andere techniek, met name de (geluids)opname.<sup>1</sup>

### § 5. *Computer en internet*

De veelvuldige toepassing van computers en internet heeft aanleiding gegeven tot talrijke nieuwe manieren om informatie te verspreiden en rechtshandelingen te stellen.

#### I. ELEKTRONISCHE BERICHTEN (WAARONDER E-MAIL)

De kwalificatie van een elektronisch bericht als bewijsmiddel hangt af van de ondertekening ervan. Indien een elektronisch bericht voorzien is van een elektronische handtekening, die voldoet aan de vereisten van artikel 1322 B.W., dan zal het een onderhandse akte uitmaken.

Indien een elektronisch bericht daarentegen niet voorzien is van een elektronische handtekening, dan moet het bericht beschouwd worden als een niet-ondertekend geschrift. In dat geval kan een elektronisch bericht eventueel een begin van bewijs door geschrift uitmaken.<sup>2</sup>

Deze redenering is niet enkel van toepassing op e-mail, maar ook op andere vormen van elektronische berichten zoals SMS en *instant messaging*-berichten. Deze berichten laten immers een inhoudelijk spoor na op de apparatuur van de ontvanger.

#### II. ELECTRONIC DATA INTERCHANGE (EDI)

EDI is een uitwisseling van gestructureerde berichten volgens overeengekomen standaarden en langs elektronische weg tussen computersystemen van handelspartners waarbij de menselijke tussenkomst wordt beperkt.<sup>3</sup> Een eenvoudig voorbeeld hiervan is een geautomatiseerd systeem waarbij een bestelling wordt geplaatst door een computer bij een andere computer indien de inventaris van een bepaald product onder een bepaalde waarde zakt.

---

1. M. FLAMME en M. TANGHE, *l.c.*, 205 ; D. MOUGENOT, *o.c.*, 294.

2. D. MOUGENOT, *o.c.*, 311. De kwalificatie van een e-mail als een geschrift veronderstelt wel dat dit begrip extensief wordt geïnterpreteerd. Volgens een restrictieve benadering wordt de e-mail gekwalificeerd als een feitelijk vermoeden.

M. FLAMMEE en M. TANGHE komen tot hetzelfde besluit inzake elektronische berichten verzonden via het DCS-netwerk (M. FLAMMEE en M. TANGHE, *l.c.*, 209).

*Contra*: L. CORNELIS en P. GOETHALS, 'Contractuele aspecten van e-commerce, in X., *Het ondernemingsrecht in beweging. De elektronische handel*, Brussel, Bruylant, 1999, 32.

3. B. DE SCHUTTER, M. DESPONTIN, L. VANRYCKEGHEM, P. BLONTROCK, P. JACOBS en W. SABLON, *Electronic Data Interchange*, Brussel, VUBPress, 1998, 37.

Het probleem waarmee EDI op bewijsrechtelijk vlak wordt geconfronteerd is allicht niet zo prangend omwille van het handelsrechtelijke karakter van de transacties. EDI is immers per definitie een transactiesysteem tussen handelaars, waardoor de bewijsvoering vrij is. Bovendien kadert EDI steeds binnen een contractueel kader, waardoor conventionele bewijsregelingen tot de mogelijkheid behoren.<sup>1</sup>

## § 6. Elektronische betalingsverrichtingen<sup>2</sup>

Er bestaan verschillende verschijningsvormen van elektronische betalingsverrichtingen. Achtereenvolgens worden besproken: verrichtingen via bankautomaten, verrichtingen via betaalterminals, verrichtingen via thuisbankieren (tele-bankieren en internet-bankieren) en verrichtingen via een oplaadbare kaart.

Deze financiële verrichtingen hebben allemaal gemeen dat ze kaderen binnen een contractuele relatie (tussen de bank en de klant)<sup>3</sup>, hetgeen de mogelijkheid verschaft conventioneel af te wijken van de regels van het burgerlijk bewijsstelsel. In de praktijk is een grote rol weggelegd voor dergelijke bewijsovereenkomsten.

### I. VERRICHTINGEN VIA BANKAUTOMATEN

Talrijke financiële transacties kunnen thans verricht worden via bankautomaten. Geldopnames en overschrijvingen zijn de meest courante transacties.

Een geldopname door een klant zal geregistreerd worden in de journaalrol ("elektronisch logboek") van de bankautomaat. De journaalrol is een elektronisch document waarin de verrichtingen van de bankautomaat wordt bijgehouden (zonder echter melding te maken van de geheime PIN-code van de kaart waarmee de verrichting gebeurt).<sup>4</sup> De journaalrol kan ongetwijfeld als een feitelijk vermoeden gelden.<sup>5</sup>

Het is heel wat minder evident om het logboek te beschouwen als een onderhandse akte. Vooreerst omdat het in de huidige stand van rechtspraak en rechtsleer niet duidelijk is of de journaalrol een geschrift uitmaakt, hoewel dit volgens de extensieve interpretatie van het begrip geschrift mogelijk zou zijn. Vervolgens omdat het gebruik van een bankkaart met een geheime PIN-code

1. *Ibidem*, 389-391.

2. Een aantal rechtsgeleerden pleiten ervoor toepassing te maken van de regel inzake de onmogelijkheid een geschrift op te stellen (D. MOUGENOT, *o.c.*, 135-136, met verwijzingen naar rechtsleer). *Contra* (in de mate waarin de bewijsmiddelen inzake elektronisch betalingsverkeer als een geschrift worden beschouwd): R. STEENNOT, *Elektronisch betalingsverkeer*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 543.

3. M. FLAMMEE en M. TANGHE, *l.c.*, 215-216; D. MOUGENOT, *o.c.*, 297.

4. D. MOUGENOT, *o.c.*, 301, met verwijzing naar M. FONTAINE, *La preuve*, Colloquium U.C.L., 1987.

5. *Ibidem*, 302; B. DE SCHUTTER, M. DESPONTIN, L. VANRYCKEGHEM, P. BLONTROCK, P. JACOBS en W. SABLON, *o.c.*, 374 en 377-378, maar dan meer algemeen over elektronische registraties en afdrucken daarvan.

weliswaar een elektronische handtekening is, doch wellicht niet voldoet aan de vereisten van artikel 1322 B.W.<sup>1</sup>

In de mate waarin het logboek als een geschrift kan worden beschouwd, meent MOUGENOT dat het enkel als begin van bewijs door geschrift kan ingeroepen worden door de bank tegen de klant, omdat het logboek van deze laatste uitgaat.<sup>2</sup> Toch meent MOUGENOT dat de waarde van de journalrol als begin van bewijs erg beperkt is, omdat nog steeds aanvullende getuigenissen of vermoeden nodig zijn.<sup>3</sup>

De klant beschikt ook over de mogelijkheid om zich een ticket te laten bezorgen van de transactie. FLAMMEE en TANGHE menen dat een dergelijk afschrift hoogstens als feitelijk vermoeden kan ingeroepen worden omwille van de mogelijkheid tot vervalsing.<sup>4</sup>

### II. VERRICHTINGEN VIA BETAALTERMINALS

Een verrichting via een betaalterminal is vergelijkbaar met een verrichting via een bankautomaat, met dien verstande dat er een derde partij bij betrokken is: de handelaar die door middel van de verrichting betaling bekomt.

In de relatie tussen de klant en de bank verschilt de bewijskwesitie niet van de bewijskwesitie inzake het gebruik van een bankautomaat. Ten aanzien van de handelaar stelt zich echter het probleem dat enkel de bank, die immers de opdracht tot betaling kreeg van de klant, het bewijs van betaling zal kunnen leveren.<sup>5</sup> Ter zake zal een belangrijke rol weggelegd zijn voor bewijsovereenkomsten.

### III. VERRICHTINGEN VIA THUISBANKIEREN (TELEBANKIEREN EN INTERNETBANKIEREN)

Verrichtingen via thuisbankieren, hetzij door tele-bankieren, hetzij door internet-bankieren, verschillen wel technisch van verrichtingen via bankautomaten<sup>6</sup>, maar juridisch worden zij op dezelfde manier beoordeeld. Het gaat immers om verrichtingen die in een elektronisch logboek worden opgeslagen.

Wat internetbankieren betreft, dient wel gewezen te worden op het belang van de elektronische handtekening. Indien de klant gebruik maakt van een elektronische handtekening, kan dit tot gevolg hebben dat er sprake is van een onderhandse akte.<sup>7</sup>

---

1. In deze zin R. STEENNOT, *o.c.*, 559.

2. *Idem*, met verwijzing naar M. FONTAINE, *o.c.*, 33.

FLAMMEE en TANGHE laten dit in het midden en verwijzen naar uiteenlopende standpunten (M. FLAMMEE en M. TANGHE, *l.c.*, 219-220).

3. D. MOUGENOT, *o.c.*, 301. Zie ook R. STEENNOT, *o.c.*, 542, met talrijke verwijzingen naar rechtsleer.

4. M. FLAMMEE en M. TANGHE, *l.c.*, 221. Zie ook R. STEENNOT, *o.c.*, 542, die ernaar verwijst.

5. D. MOUGENOT, *o.c.*, 304.

6. M. FLAMMEE en M. TANGHE, *l.c.*, 216.

7. R. STEENNOT, *o.c.*, 562.



### § IV. Verrichting aan de hand van een oplaadbare betaalkaart

Een oplaadbare kaart staat de houder ervan toe een bepaald bedrag op een kaart te plaatsen (“opladen”) en daarmee bij deelnemende handelaars te betalen. De bewijsproblematiek inzake het gebruik van een oplaadbare kaart is vergelijkbaar met de problematiek van het gebruik van de bankautomaten, doordat de verrichtingen zullen geregistreerd worden op de journaalrol van de betreffende automaten.<sup>1</sup>

## AFDELING 3. BEWIJSOVEREENKOMSTEN

door JOHAN VANDENDRIESSCHE

Personen kunnen er steeds voor kiezen om van het gemeen bewijsrecht af te wijken door het afsluiten van een bewijsovereenkomst. Een dergelijke overeenkomst is in principe geldig, aangezien het bewijsrecht niet van openbare orde, noch van dwingend recht is.<sup>2</sup>

De mogelijkheid om bepaalde nieuwe bewijstechnieken een bepaalde bewijskracht of bewijswaarde te verlenen in het kader van een overeenkomst biedt dikwijls een oplossing om een grote rechtszekerheid aan het gebruik van deze techniek toe te kennen.

Wat consumenten betreft, moet echter rekening worden gehouden met de beperkingen die worden opgelegd door de Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument.<sup>3</sup> Artikel 32, 18° van voornoemde wet verbiedt de beperking van de bewijsmiddelen die de consument kan aanwenden.<sup>4</sup>

1. D. MOUGENOT, *o.c.*, 304-305.

2. L. CORNELIS en L. SIMONT, *l.c.*, 157; M. ANTOINE, J.F. BRAKELAND en M. ELOY, *o.c.*, 109; R. STEENNOT, *o.c.*, 537-540.

3. Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, *B.S.* 29 augustus 1991.

4. R. STEENNOT, ‘Art. 32, 18° Handelspraktijkenwet 1991’, in X., *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, losbladig.  
Art. 32, 19° verbiedt het beding dat, in geval van betwisting, de consument doet afzien van elk middel tot verhaal tegen de verkoper.