

HET BEWIJS IN ARBEIDSZAKEN (*) ⁽¹⁾

Wilfried RAUWS,

*Hoogleraar arbeidsrecht Vrije Universiteit Brussel en
plaatsvervangend rechter arbeidsrechtbank Antwerpen*

(*) Tekst afgesloten op 1 september 2013.

(1) "Il ne faut jamais fermer les yeux à la réalité sous prétexte de faire du droit"
(H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967,
934).

INHOUD

1. Algemeen deel	238
1.1. Definitie van het bewijs	238
1.2. Bewijs en internationaal privaatrecht	238
1.3. Bewijs in strafzaken en in civiele zaken	239
1.4. Autonomie van het bewijsrecht in arbeidszaken?	243
1.5. Verhouding ten opzichte van de bewijsregeling in het handelsrecht	246
1.6. Onrechtmatig verkregen bewijs in arbeidszaken	248
1.7. Bewijsovereenkomsten en bewijslastovereenkomsten	251
2. De bewijslast	252
2.1. De basisregels	252
2.2. De arbeidsrelatie en de zgn. "kwalificatiearresten"	254
2.3. Kwalificatie en de Arbeidsrelatiewet	255
2.4. Enige toepassingen van de bewijslastregels in het arbeidsrecht	256
2.4.1. Arbeidsongeschiktheid	256
2.4.2. Loonbetaling	256
2.4.3. Beëindiging van de arbeidsovereenkomst	257
2.4.4. Concurrentiebeding	262
2.5. Het voorwerp van het bewijs	262
2.6. Verschuiving van de bewijslast	265
3. Bewijsmiddelen	268
3.1. De vermoedens	269
3.1.1. Algemeen kader: begrip en soorten vermoedens	269
3.1.2. Wettelijke vermoedens in het arbeidsovereenkomstenrecht	274
3.1.2.1. Weerlegbare vermoedens van het bestaan van een arbeidsovereenkomst	274
3.1.2.2. De Arbeidsrelatiewet	275
3.1.2.3. De draagwijdte van het wettelijk vermoeden omtrent de commerciële tussenpersoon: de handelsvertegenwoordiger	276
3.1.2.4. Het wettelijk vermoeden inzake de betaalde sportbeoefenaars	281
3.1.2.5. Wettelijke vermoedens inzake het bestaan van een arbeidsovereenkomst en de RSZ	285
3.1.2.6. Wettelijke vermoedens in het collectief arbeidsrecht	285
3.1.2.7. De technische bedrijfseenheid	286
3.1.3. Feitelijke vermoedens	288
3.1.4. Gezag van gewijsde	291
3.2. Het geschrift	292
3.2.1. Het geschrift en zijn centrale plaats in het bewijsrecht	292
3.2.2. Geschrift en Arbeidsrelatiewet	302
3.2.3. De grenzen van artikel 1341 BW	306
3.2.3.1. Gelding ten aanzien van derden	307
3.2.3.2. Begin van bewijs door een geschrift	309

3.2.3.3.	Uitzondering in geval van bedrog of 'arglist'	309
3.2.3.4.	Vrije bewijsvoering in handelszaken	310
3.2.3.5.	De bekentenis onder de vorm van de vaste uitvoering van een overeenkomst	311
3.2.3.6.	Simulatie	312
3.2.3.7.	Herkwalificatie door de Raad van State	315
3.3.	Sociaalrechtelijke documenten	316
3.3.1.	Bindende kracht van de detacheringsverklaring	316
3.3.2.	De kwitantie	319
3.3.3.	Prestatiebladen	319
3.3.4.	Tachograafschijven	320
3.4.	De bekentenis	321
3.4.1.	Omschrijving	321
3.4.2.	De bewijswaarde van de bekentenis	322
3.4.3.	<i>L'aveu en action</i>	323
4.	De gerechtelijke onderzoeksmaatregelen	324
4.1.	Getuigenbewijs	325
4.1.1.	Het klassieke getuigenverhoor	325
4.1.2.	Schriftelijke getuigenverklaringen	329
4.2.	Overlegging van bewijsmateriaal en van stukken	330
4.3.	Schriftonderzoek en valsheidsprocedure	332
4.4.	Vaststellingen door de gerechtsdeurwaarder	333
5.	De arbeidsauditeur en het bewijs	334
5.1.	Bestuurlijke inlichtingen verkregen door het arbeidsauditoraat	335
5.2.	De burgerlijke vordering van het arbeidsauditoraat wegens een misdrijf	336
6.	Besluit	338

Deze bijdrage beoogt een overzicht te geven van de problematiek van de bewijsvoering in het arbeidsrecht, met uitzondering van belangrijke kwesties zoals het bewijs in het discriminatierecht en het onrechtmatig verkregen bewijs. Achtereenvolgens komen aan bod: een algemeen deel, de bewijslast, de bewijsmiddelen, de gerechtelijke onderzoeksmaatregelen, het optreden van de arbeidsauditeur en een kort besluit.

Het algemeen deel besteedt aandacht aan de EG-bewijsverordening nr. 1206/2001 en aan het vraagstuk van de verhouding tussen het bewijs in het arbeidsrecht en het bewijs in strafzaken en in handelszaken.

Het deel over de bewijslast staat onder andere in het teken van de zogenaamde kwalificatierresten van het Hof van Cassatie en de Arbeidsrelatiewet.

In het uitgebreide hoofdstuk van de bewijsmiddelen staat de auteur stil bij de wettelijke en de feitelijke vermoedens, het gezag van gewijsde, het geschrift, de beperkingen van de primauteit van het geschrift, de detachingsverklaring, de prestatiebladen, de kwitantie, de tachograafschijven en de bekentenis.

Het hoofdstuk van gerechtelijke onderzoeksmaatregelen behandelt het getuigenbewijs, de overlegging van stukken, het schriftonderzoek en de valsheidsprocedure, naast de vaststellingen door de gerechtsdeurwaarder.

In het volgende hoofdstuk komen de bestuurlijke inlichtingen van het arbeidsauditoraat en de burgerlijke vordering van de arbeidsauditeur ex delicto aan de beurt.

Het besluit is toegespitst op de autonomie van het arbeidsrechtelijke bewijsrecht.

Cette contribution vise à donner un aperçu global de la preuve en droit du travail, à l'exception de grandes questions telles que la preuve en droit de la discrimination et la preuve obtenue illégalement. Sont exposés successivement : une section générale, la charge de la preuve, les moyens de preuve, les mesures d'investigation judiciaire, l'action de l'auditorat de travail et une brève conclusion.

La section générale examine le règlement de l'Union européenne n° 1206/2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale et la relation entre la preuve en droit du travail et la preuve en droit pénal et commercial.

La section sur la charge de la preuve comprend une analyse des arrêts de la Cour de cassation dits de 'qualification' et de la loi sur les relations de travail.

Dans l'importante section concernant les moyens de la preuve, l'auteur étudie : les présomptions légales et les présomptions de l'homme, la chose jugée, la preuve littérale, les limites de la primauté de l'écriture, la déclaration de détachement, les feuilles de prestation, la quittance, le tachygraphe et l'aveu.

Le chapitre relatif aux mesures d'investigation judiciaire se penche sur la preuve par l'audition de témoins, la production de documents, la production d'attestations, la vérification d'écriture, la demande en faux civil et les constatations des huissiers de justice.

Dans le chapitre suivant sont traités les renseignements administratifs requis par l'auditorat du travail et l'action civile d'office ex delicto intentée par l'auditeur du travail.

La conclusion souligne l'autonomie du droit de la preuve en droit du travail.

De bewijsvoering in het arbeidsrecht is een belangrijke aangelegenheid. Zonder het nodige bewijs geen tastbaar recht ⁽¹⁾. Als de belanghebbende werknemer bijvoorbeeld de nodige (rechts)feiten niet kan bewijzen, stelt de brede wettelijke bescherming ten voordele van de werknemer niets voor ⁽²⁾.

Deze bijdrage beoogt een overzicht te geven van de problematiek van de bewijsvoering in het arbeidsrecht. Het onderzoek zal zich onder meer toespitsen op een stellingname ten aanzien van de betwiste rechtskwesties en de eventuele wenselijkheid van een autonoom bewijsrecht in arbeidsrechtelijke aangelegenheden.

Een aantal beginselen van het bewijsrecht, bv. de processuele goede trouw ⁽³⁾ en de autonomie van de procespartijen of beschikkingsbeginsel ⁽⁴⁾, moet hier buiten beschouwing worden gelaten. Hier kan nuttig worden opgemerkt dat het civiele proces in beginsel accusatoir van aard is. Het bewijsrecht moet voldoen aan de grondbeginselen van het burgerlijk procesrecht zoals die te vinden zijn in artikel 6 EVRM, en o.m. het recht op gelijke kansen inzake bewijs ⁽⁵⁾. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens besliste wel dat artikel 6 EVRM op zichzelf niet de toelaatbaarheid van het bewijs regelt en dat deze aangelegenheid door het interne recht moet worden geregeld ⁽⁶⁾. Opgemerkt kan wel worden dat, in de mate dat de rechter ambtshalve bewijsmiddelen kan verzamelen, het beschikkingsbeginsel wordt afgezwakt ⁽⁷⁾. De problematiek van het bewijs in het discriminatierecht komt elders aan bod en wordt in beginsel buiten beeld gelaten. Andere thema's, zoals het onrechtmatig verkregen bewijs, wat hecht verbonden is met de bescherming van de grondrechten zoals de privacy, worden enkel kort samengevat. De bewijsvoering in de sociale zekerheid wordt uit de aard van het onderwerp buiten het blikveld gelaten, behalve incidenteel indien het bewijs nauw verbonden is met de onderwerping aan het toepasselijke socialezekerheidsstelsel vanwege de nauwe samenhang met het arbeidsrecht.

Achtereenvolgens komen aan bod: een algemeen deel, de bewijslast, de bewijsmiddelen, de onderzoeksmaatregelen, het optreden van de arbeidsauditeur en een kort besluit.

-
- (1) *"Idem est non esse et non probari"*; H. DE PAGE, *Traité*, III, nr. 705; S. GILSON, K. ROSIER en E. DERMINE, «La preuve en droit du travail» in F. KUTY en D. MOUGENOT, *La preuve. Questions spéciales*, Luik, Anthemis, 2008, 180.
 - (2) J. CARBONNIER, *Flexible droit, textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, Parijs, LGDJ, 1998, 28: «L'exigence de preuve rejette hors du droit tout ce qui ne peut être prouvé.»
 - (3) Zie M. STORME, "De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaats proces-bewijsrecht", *TPR* 1990, 482-527. *Infra*, II.1.
 - (4) A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Faculté de droit de Liège, 1985, 9-12; *infra* 2.1.
 - (5) H. THOE SCHWARTZENBERG, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraak*, Antwerpen, Maklu, 2008, 11; zie ook ASSER-VRANKEN, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen Deel*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1995, 41-42.
 - (6) EHRM 1 juli 1988, *Schenk v. Zwitserland*: « Si la Convention garantit en son article 6 le droit à un procès équitable, elle ne réglemente pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telle, matière qui dès lors relève au premier chef du droit interne » (ov. 46); EHRM 11 juli 2006, *Jalloh v. Duitsland*; EHRM 15 december 2009, *Kalender v. Turkije*; conclusie eerste adv.-gen. PETIT bij Cass.fr. (assemblée plénière), 7 januari 2011, nr. 587, www.courdecassation.fr/jurisprudence
 - (7) Zie M. STORME, "De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaats proces-bewijsrecht", *TPR* 1990, 492.

1. ALGEMEEN DEEL

1.1. DEFINITIE VAN HET BEWIJS

“Bewijzen is aantonen wat wordt beweerd”⁽⁸⁾, “c’est fonder une prétention en établissant le fait qui y donne naissance et les conséquences juridiques qui en découlent eu égard au système de droit en vigueur”⁽⁹⁾. In *De Valks Juridisch Woordenboek* treft men nog een nauwkeuriger omschrijving aan van ‘bewijs’: “het aannemelijk maken van het bestaan en desgevallend de inhoud van bepaalde feiten of handelingen op de wijze bepaald door de wet”⁽¹⁰⁾.

Het bewijs is de gerechtelijke waarheid doen vaststellen, en niet noodzakelijk de absoluut objectieve waarheid, van een betwist feit of rechtshandeling⁽¹¹⁾. Bij de vaststelling van deze waarheid geldt er een aantal rechtsregels en principes, zoals het respecteren van bepaalde grondrechten, het beroepsgeheim, de rechtszekerheid en het rechtsbeginsel van de tegenspraak⁽¹²⁾.

1.2. BEWIJS EN INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT

Door de toenemende internationalisering van de arbeidsrelaties zullen ook de bewijsvraagstukken internationaler worden. Bij internationale arbeidsrelaties bepaalt in beginsel de *lex fori* de bewijsvoering, d.w.z. het aanwenden van de bewijsmiddelen en hun bewijskracht⁽¹³⁾. Daaronder valt bv. de regeling van het getuigenverhoor. Ook de algemene regeling van de bewijslast wordt bepaald door de *lex fori*⁽¹⁴⁾. Bijzondere

(8) B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, 31.

(9) C. PERELMAN, “La spécificité de la preuve juridique”, *JT* 1959, 662.

(10) E. DIRIX, B. TILLEMANN en P. VAN ORSHOVEN (eds.), *De Valks Juridisch Woordenboek*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 59, v° Bewijs, met verwijzing naar de art. 1315, 1341-1348 BW, artt. 870-1016bis Ger.W., art. 154, 176, 189, 211 Sv. Zie ook J. VINCENT en S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Parijs, Dalloz, 1999, nr. 994: «La preuve est la démonstration de la vérité d’un fait qui est affirmée dans une instance par l’une des parties et qui est niée par l’autre.»; zie ook A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Faculté de droit de Liège, 1985: La preuve est la démonstration de la vérité d’un fait ou d’un acte juridique qui est affirmée par l’une des parties et niée par l’autre; idem: J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, P. THIRIAR, *Handboek Gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, nr. 1305. Anders M. STORME, “De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaatrecht- en bewijsrecht”, *TPR* 1990, 490-491: het bewijs heeft betrekking op de vordering en de feiten vormen slechts het tussentijdse voorwerp van het bewijs.

(11) R. DEKKERS, E. DIRIX, A. VERBEKE, H. CASMAN en A. WYLLEMAN, *Handboek Burgerlijk Recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, nr. 669; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, nr. 1304; G. DE LEVAL, “Les techniques d’approche de la vérité judiciaire en matière civile” in G. DE LEVAL (ed.), *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, Luik, Anthemis, 2011, 26-27; R. DECLERCQ, *Het bewijs in strafzaken*, in *Prolegomena*, Brussel, Swinnen, 1980, 11.

(12) J. GHESTIN en G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction générale*, Parijs, LGDJ, 1994, nr. 656.

(13) J. ERAUW en H. STORME, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XVII, *Internationaal privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 188.

(14) J. ERAUW en H. STORME, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XVII, *Internationaal privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 188.

vermoedens en de weerlegging ervan worden dan weer geregeld volgens het recht dat ten gronde de rechtsverhouding normeert⁽¹⁵⁾.

Op 1 januari 2004 is de Bewijsverordening nr. 1206/2001 van 28 mei 2001 betreffende samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van de bewijsvoering in burgerlijke en in handelszaken in werking getreden⁽¹⁶⁾. Deze verordening is, zoals het EEX-Verdrag, en de inmiddels op 1 maart 2002 in werking getreden EEX-Verordening nr. 44/2001 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, ongetwijfeld ook van toepassing op geschillen over individuele arbeidsovereenkomsten⁽¹⁷⁾. Deze verordening heeft tot nu toe nauwelijks tot rechtspraak van de arbeidsgerechten geleid⁽¹⁸⁾.

Nochtans is deze verordening met name van belang inzake het getuigenbewijs of een deskundigenonderzoek in een andere lidstaat van de Europese Unie. Deze verordening 1206/2001 laat via twee systemen toe getuigenbewijs in het buitenland te verkrijgen⁽¹⁹⁾. Vooreerst kan het gerecht van een EU-lidstaat het bevoegde gerecht van een andere lidstaat verzoeken een handeling tot het verkrijgen van bewijs te verrichten. Dit is de optie van de zogenaamde rogatoire commissie. Ten tweede bestaat er onder voorwaarden de mogelijkheid dat het gerecht van een lidstaat een andere lidstaat verzoekt een handeling tot het verkrijgen van bewijs rechtstreeks te mogen verrichten in een andere lidstaat⁽²⁰⁾. Het aangezochte gerecht voert het verzoek in principe uit overeenkomstig zijn nationale recht. Het bijzondere is dat het aangezochte gerecht in beginsel niet mag weigeren om de gevraagde handelingen te stellen, behalve in geval van bepaalde weigeringsgronden bepaald in de verordening⁽²¹⁾.

1.3. BEWIJS IN STRAFZAKEN EN IN CIVIELE ZAKEN

Het strafprocesrecht wordt gekenmerkt door het beginsel van de vrije bewijslevering of bewijslevering⁽²²⁾. Het Belgisch systeem behelst in principe geen formeel stelsel van bewijsleer waardoor een wettelijk stelsel van bewijsmiddelen aan de rechter

(15) J. ERAUW en H. STORME, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XVII, *Internationaal privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 188.

(16) M. NEUT en L. DEMEYERE, "De grensoverschrijdende bewijsverkrijging binnen de Europese Unie: brengt de Verordening nr. 1206/2001 de verhoopte versoepeling teweeg?", *RW* 2004-05, 361, met een grondige bespreking van de nieuwe verordening.

(17) M. NEUT en L. DEMEYERE, "De grensoverschrijdende bewijsverkrijging binnen de Europese Unie: brengt de Verordening nr. 1206/2001 de verhoopte versoepeling teweeg?", *RW* 2004-05, 373; M. PERTEGAS SENDER, "EEX-Verordening" in *Commentaar Gerechtelijk recht*, Mechelen, Kluwer, 2003, randnr. 12; M. PERTEGAS SENDER, "EEX-Verordening" in *Commentaar Gerechtelijk recht*, Mechelen, Kluwer, 2003, Inleiding, randnr. 12; P. WAUTELET, "Europees Executieverdrag" in *Commentaar Gerechtelijk recht*, Mechelen, Kluwer, 1999, artikel 1, randnr. 6.

(18) Vgl. Cass. 27 mei 2011, *Arr. Cass.* 2011, nr. 360

(19) Art. 1 Verordening nr. 1206/2001; J. ERAUW en H. STORME, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XVII, *Internationaal privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 190-191.

(20) Art. 17 Verordening nr. 1206/2001.

(21) Art. 14 Verordening nr. 1206/2001; M. NEUT en L. DEMEYERE, "De grensoverschrijdende bewijsverkrijging binnen de Europese Unie: brengt de Verordening nr. 1206/2001 de verhoopte versoepeling teweeg?", *RW* 2004-05, 371.

(22) Cass. 12 december 2006, *RW* 2006-07, 1566 met conclusie proc. gen. DE SWAEF.

wordt opgedrongen. In beginsel gelden alle bewijsmiddelen⁽²³⁾. De wetgever heeft regelmatig de bewijswaarde van processen-verbaal geregeld⁽²⁴⁾. Op het principe van de vrije bewijsvoering bestaan er uitzonderingen.

Vooreerst zijn er de rechtsgevolgen verbonden aan onrechtmatig verkregen bewijsen⁽²⁵⁾. In het beroemde 'Antigoon-arrest' van 2003 heeft het Hof van Cassatie enkele criteria verbonden aan de uitsluitingsregel uit het strafprocesrecht dat onrechtmatig verkregen bewijs uit de debatten moet worden geweerd⁽²⁶⁾. De strafrechter mag rekening houden met het onregelmatig verkregen bewijsmateriaal als de vormfout geen invloed heeft op de kwaliteit van het bewijs of het recht op een eerlijk proces. De voorwaarde van het recht op een eerlijk proces, waarbij de rechter het proces in zijn geheel moet beoordelen, werd verrijkt o.m. in het cassatiearrest van 24 maart 2004⁽²⁷⁾. Rechter die twijfelen aan het eerlijk karakter van het strafproces moeten rekening houden met een aantal *subcriteria*, namelijk: 1° het al dan niet opzettelijk karakter van de vormfout, 2° de ernst van het misdrijf en 3° het feit dat de onregelmatigheid invloed heeft op de schuldvraag.

Recent besliste het Hof van Cassatie in een gemengde zaak betreffende het gemeenschappelijke misdrijf van mensenhandel⁽²⁸⁾ en illegale tewerkstelling van vreemdelingen dat voor de huiszoeking in hotelkamers een mandaat van de onderzoeksrechter vereist is en dat het visitatiebevel van de politierechter nodig voor de vaststelling van sociaalrechtelijke misdrijven in bewoonde lokalen overeenkomstig de toenmalige

(23) R. VERSTRAETEN, *Handboek van Strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 1994, nr. 1204; C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 769; G. CLOSSET-MARCHAL, "Examen de jurisprudence (2000 à 2010). Droit judiciaire privé. Les mesures d'instruction", *RCJB* 2011, 95; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III (verder verkort *Traité III*), Brussel, Bruylant, 1942, nr. 708; D. HOLSTERS, "Bewijsmiddelen in strafzaken" in *Commentaar Strafrecht & Strafvordering*, Antwerpen, Kluwer, 1995, nr. 2; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, P. THIRIAR, *Handboek Gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, nr. 1314. Illustratief: art. 342 W. Sv.

(24) Zie algemeen: D. HOLSTERS, "De bewijswaarde van het proces-verbaal betreffende de vaststelling van misdrijven", *RW* 1980-81, 1353-1394 en 1433-1458; zie specifiek art. 66 en 67 Sociaal Strafwetboek; H. VANDERLINDEN, "De opsporing en vervolging van de sociaalrechtelijke inbreuken van het Sociaal Strafwetboek" in J. PEETERS, *Het Sociaal Strafwetboek gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 44-45.

(25) B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, nrs. 6 en 51 e.v.

(26) Cass. 14 oktober 2003, *Pas.* 2003, I, 1607, met conclusie adv.-gen. DE SWAEF, *RCJB* 2004, 405, noot F. KUTY.

(27) Cass. 23 maart 2004, *Arr. Cass.* 2004, 518, *Pas.* 2004, 500, *RABG* 2004, 1061, noot F. SCHUERMANS, *Rev. dr.pén.* 2005, 661, noot C. DE VALKENEEER; F. SCHUERMANS, "De nieuwe cassatierechtspraak inzake de sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs: doorbraak of bres?", *RABG* 2004, 337-357; Cass. 2 maart 2005, *RABG* 2005, 1161, met conclusie adv.-gen. D. VANDERMEERSCH en noot S. BERNEMAN (zaak Chocolatier Manon); Cass. 21 november 2006, *Soc. Kron.* 2008, 379; D. DE WOLF, "Nieuwe wending in de rechtspraak betreffende de sanctie bij onrechtmatig verkregen bewijs", *RW* 2003-04, 1235-1239; S. BERNEMAN, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal: een inleiding tot het Antigoon-arrest van 14 oktober 2003", *T. Strafr.* 2004, 2-39; B. DE SMET, "Stromingen in het stelsel van nietigheden. Nieuwe criteria voor de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal", *T. Strafr.* 2005, 248-261; H. BOSLY en D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, die Keure, 2005, 1291-1295; F. DERUYCK, "Wat krom is, wordt recht. Over de bruikbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs" in *Strafrecht en strafprocesrecht 2005-06*, Mechelen, Kluwer, 2006, 201-232.

(28) Art. 433quinquies e.v. Strafwetboek.

Arbeidsinspectiewet niet volstond⁽²⁹⁾. Sedert de inwerkingtreding van het Sociaal Strafwetboek moet de machtiging tot de visitatie van bewoonde ruimten worden verleend door de onderzoeksrechter⁽³⁰⁾. Het cassatiemiddel betrof niet de onwettigheid van een huiszoeking zonder rechterlijk mandaat maar wel de onwettigheid van de huiszoeking toegelaten door een onbevoegde rechter. Het Hof van Cassatie besliste dat in dat geval de vaststellingen van het onderzoek verkregen door overtreding van een substantiële vormvereiste die betrekking heeft op de organisatie van hoven en rechtbanken nietig zijn en de Antigoonmaatstaf niet geldt.

Een tweede uitzondering is vervat in de regel in artikel 16 Voorafgaande Titel Sv. Wanneer het misdrijf verband houdt met de uitvoering van de overeenkomst waarvan het bestaan ontkend of de interpretatie wordt betwist, moet de strafrechter de regels van het burgerlijk recht toepassen. In de gevallen bedoeld in artikel 16 Voorafgaande Titel Sv. zijn bv. de artikelen 1348 en 1353 BW toepasselijk. De burgerlijke bewijsregeling is strikter dan die in het strafrecht. De doelstelling van dit artikel is een waarborg voor de beklaagde te bieden door te vermijden dat de benadeelde via de weg van de strafrechter de civielrechtelijke bewijsregels zou omzeilen⁽³¹⁾. Deze regel is van openbare orde⁽³²⁾. Ook andere wetten kunnen desgevallend expliciet afwijken van de vrije bewijsvoering in het strafrecht.

De toepasselijkheid van de strafrechtelijke bewijsvoering is afhankelijk van het voorwerp van het bewijs, en niet van het gerecht waar de vordering aanhangig is gemaakt⁽³³⁾. Dit betekent onder meer dat, in zoverre de per definitie voor de arbeidsrechtbank ingestelde burgerlijke vordering uitsluitend steunt op het bestaan van een misdrijf, de bewijsregels van de strafvordering principiële toepassing vinden⁽³⁴⁾. Dit betekent ook dat, indien de werknemer zich op een misdrijf beroept omwille van verjaringsredenen en een beroep doet op de burgerlijke vordering tot schadevergoeding uit een misdrijf, hij moet bewijzen dat de werkgever schuld heeft aan het misdrijf⁽³⁵⁾, en/of dat een door de verwerende werkgever aangevoerde rechtvaardigingsgrond niet bestaat, voor zover aan de aangevoerde rechtvaardigingsgrond enig geloof kan worden gehecht⁽³⁶⁾. Hetzelfde geldt analoog indien de werkgever zich op een misdrijf

(29) Cass. 24 april 2013, P.12.1919-F; vgl. F. SCHUERMANS, "Cassatie beperkt Antigoontoets", *Juristenkrant* 2013, afl. 269, 1-2.

(30) Art. 24 Sociaal Strafwetboek. Zie H. VANDERLINDEN, "De opsporing en vervolging van de sociaalrechtelijke inbreuken van het Sociaal Strafwetboek" in J. PEETERS, *Het Sociaal Strafwetboek gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 44-45.

(31) Cass. 21 november 1989, *Pas.* 1990, I, nr. 184; R.H. noot onder Cass. 12 februari 1940, *Pas.* 1940, I, 46; D. HOLSTERS, "Bewijsvoering in strafzaken" in *Commentaar Strafrecht & Strafvordering*, Antwerpen, Kluwer, 1995, nr. 2B; R. VERSTRAETEN, *Handboek van Strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 1994, nr. 78; H. DE PAGE, *Traité*, III, Brussel, Bruylant, 1942, nr. 708.

(32) Cass. 30 december 1901, *Pas.* 1902, I, 97; H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken: arbeidsrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 87.

(33) D. HOLSTERS, "Bewijsvoering in strafzaken" in *Commentaar Strafrecht & Strafvordering*, Antwerpen, Kluwer, 1995, nr. 2B; R. VERSTRAETEN, *Handboek van Strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 1994, nr. 1185.

(34) Cass. 12 september 2009, *Arr.Cass.* 2009, nr. 458.

(35) Arbh. Brussel 14 oktober 2010, AR nr. 2010/AB/1025, onuitg.

(36) Cass. 30 september 1993, *Arr.Cass.* 1993, nr. 389; Cass. 7 maart 2005, *RW* 2005-2006, 785, noot S. MOSSELMANS, Arbh. Brussel 14 oktober 2010, AR nr. 2010/AB/1025, onuitg.; D. MOUGENOT, "La preuve en matière civile. Chronique de jurisprudence 2002-2010", *JT* 2011, 597; W. RAUWS, "Sociaalrechtelijke misdrijven en hun strafbaarstelling" in *Sociaal Strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 1998, 73.

beroept om te kunnen terugvallen op de verjaringstermijn van de burgerlijke verdeling tot schadevergoeding ex artikel 26 Voorafgaande Titel Sv⁽³⁷⁾.

In een recent arrest werd de rechtvaardigingsgrond waarop de werkgever zich beriep, door het arbeidsgerecht aanvaard. De werkgever maakt de rechtvaardigingsgrond van dwaling aannemelijk, zodat de financieel directeur/bediende de bewijslast heeft i.v.m. het moreel bestanddeel van de misdrijven verbonden aan de niet-indexering van zijn loon, wanneer hij binnen de organisatie instond voor de financiële verwerking van de loonmassa/kost, tussenkam m.b.t. de toepassing van de collectieve arbeidsovereenkomsten gesloten in het Paritair Comité nr. 218, aan de bedrijfsrevisor en aan het moederbedrijf bevestigde dat er na het opstellen van de jaarrekening, waarin de loonkost verwerkt was, geen potentiële claims te verwachten waren, waardoor er geen aanleg van een provisie nodig was⁽³⁸⁾.

Een en ander houdt ook in dat de bepalingen van artikel 870 van het Ger.W. en artikel 1315 van het BW niet toepasselijk zijn. De bewijslast berust exclusief bij de partij die het bewijs van een misdrijf inroept. De partij, tegen wie het bestaan van het misdrijf ingeroepen wordt, kan niet verplicht worden mee te werken aan de bewijsvoering en er kan haar niet opgelegd worden stukken voor te leggen die moeten toelaten na te gaan of al dan niet een misdrijf begaan werd⁽³⁹⁾. En de werknemer, die een beroep doet op het misdrijf, dient voor het arbeidsgerecht alle constitutieve elementen van het misdrijf aan te tonen⁽⁴⁰⁾.

Het bewijsrecht in civiele zaken, in tegenstelling tot penale zaken, is in beginsel gekaderd in een wettelijk geregeld en hiërarchisch ingedeeld bewijsstelsel. De wet bepaalt wie het bewijs moet leveren, dit is de bewijslast. Voorts regelt de wet de toelaatbaarheid, hoe het bewijs moet worden geleverd (bewijsmiddelen), welke de gevolgen zijn van het bewijs (bewijswaarde) en wat de hiërarchie is tussen de verschillende bewijsmiddelen⁽⁴¹⁾. Dit principe is evenwel niet van openbare orde. Partijen kunnen van de wettelijke regels afwijken door een uitdrukkelijke overeenkomst voor het ontstaan van een geding of, uitdrukkelijk of stilzwijgend tijdens het geding. Zo is artikel 1341 BW inzake het primaat van het schriftelijk bewijs en de toelaatbaarheid van bewijs door

(37) Arbh. Brussel, 6 mei 2011, 2010/AB/00631, onuitg.

(38) Arbh. Brussel, 14 oktober 2010, AR nr. 2010/AB/1025, onuitg.

(39) Cass. 12 september 2009, *Arr. Cass.* 2009, nr. 458; Arbh. Brussel 4 juni 2010, AR nr. 2008/AB/051541, onuitg.

(40) Arbh. Brussel 17 december 2010, AR nr. 2009/AB052744, onuitg.

In casu verweet de werknemer de werkgever zich schuldig te hebben gemaakt aan het misdrijf een auto te besturen zonder dat de bestuurder een geldig rijbewijs heeft. Het Arbeidshof oordeelde dat, in zoverre artikel 43 van het KB van 23 maart 1998 betreffende het rijbewijs een regeling voor een beroepsmatig rijverbod inhoudt, artikel 30 van de Wegverkeerswet de werkgever niet strafbaar stelt en hij dus niet de dader kan zijn van een zodanige inbreuk, zodat bij gebreke aan constitutief element van het misdrijf de verjaringstermijn van art. 26 V.T. W. Sv. t.a.v. de werkgever niet kan ingeroepen worden.

(41) Cass. 11 december 1969, *Pas.* 1970, 333 inzake een cassatie van een beslissing van de werkrechtshof in beroep; H. DE PAGE, *Traité*, III, Brussel, Bruylant, 1942, nr. 708; G. CLOSSET-MARCHAL, "Examen de jurisprudence (2000 à 2010). Droit judiciaire privé. Les mesures d'instruction", *RCJB* 2011, 95; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, nr. 6.

getuigen niet alleen niet van openbare orde, maar evenmin van dwingend recht⁽⁴²⁾. De schending ervan kan niet voor het eerst in cassatie worden ingeroepen⁽⁴³⁾.

1.4. AUTONOMIE VAN HET BEWIJSRECHT IN ARBEIDSZAKEN?

De wetgever heeft ervoor gekozen om in beginsel geen autonoom procesrecht of bewijsrecht voor arbeidsrechtelijke aangelegenheden uit te werken. Ook arbeidsrechtelijke procedures voor de arbeidsgerechten worden, zoals andere procedures in niet-penale zaken, gekenmerkt door het beginsel van de partijautonomie en de daarbij aansluitende lijdelijkheid van de rechter⁽⁴⁴⁾⁽⁴⁵⁾. De procesregels zijn als uitgangspunt dezelfde als in het burgerlijk procesrecht, ook wat betreft het bewijsrecht⁽⁴⁶⁾. Daarmee onderscheidt België zich niet van de ons omringende landen⁽⁴⁷⁾. Ook daar ontbreekt een gestructureerd autonoom bewijsrecht voor arbeidszaken.

Uiteraard zijn er enkele bijzondere regels met betrekking tot procedures voor de arbeidsgerechten. Gedacht kan worden aan de verruimde mogelijkheden om de sociale

(42) Cass. 27 juni 1963, *RW* 1963-64, 1601. De zaak betrof een schriftelijk overeen te komen huur (landpacht) waar een partij ten gronde had geconcludeerd over de getuigenverhoren zonder de ontoelaatbaarheid van het getuigenverhoor in te roepen. Hieruit kon de rechter afleiden dat de partij die dergelijke conclusie heeft neergelegd afstand heeft gedaan van het recht zich te beroepen op artikel 1341 en 1715 BW.

(43) Cass. 11 maart 2002, *RW* 2002-03, 1219.

(44) Zie H. LENAERTS, *Sociaal procesrecht*, Gent, Story-Scientia, 1968, nr. 61.

(45) In tegenstelling tot een geschil tussen werkgever en werknemer, wat in wezen een burgerlijk geding is, betreft het socialezekerheidsgeschil een publiekrechtelijk geding over de toekenning van een zuiver wettelijk voordeel waarmee een openbare dienst is belast. Dit heeft gevolgen voor het beschikkingsbeginsel of de autonomie van de procespartijen. Zo beschikt een particulier in beginsel over zijn rechten. Maar dit is anders voor het socialezekerheidsbestuur dat niet over zijn rechten beschikt, maar ermee belast is aan de gerechtigden de voordelen toe te kennen die de wet hun verleent. Dit impliceert dat de arbeidsrechtbank de vordering van de sociaal verzekerde niet mag inwilligen wanneer deze niet aan de wettelijke voorwaarden voldoet, zelfs al blijft het bestuur in gebreke (Cass. 18 juni 1984, *RW* 1984-85, 1022 e.v., met conclusie O.M.). De arbeidsrechtbank mag niet ambtshalve administratieve sancties verminderen: de sociaal verzekerde dient de omvang ervan te betwisten (Cass. 15 mei 1995, *RW* 1995-96, 581, met noot). Het beschikkingsbeginsel impliceert dat de rechter de administratieve sanctie van de sociaal verzekerde niet mag verzwaren (J. PUT, *Administratieve sancties in het sociale zekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 1998, nr. 555). Maar het Handvest van de sociaal verzekerde biedt het bestuur de mogelijkheid vergissingen te neutraliseren door een nieuwe beslissing te nemen (art. 17; bij verwijtbaarheid van de instelling van de sociale zekerheid enkel uitwerking in de toekomst). Een verzwaring van de toestand van de sociaal verzekerde kan niet bij wege van tegenvordering. Het bestuur is door zijn eigen beslissing gebonden en het beroep is voorbehouden aan de sociaal verzekerde (O. DE LEYE, "Het beroep tegen een administratieve rechtshandeling en de lijdelijkheid van de rechter", *RW* 1974-75, 2646 en 2647).

(46) Het is dan ook niet verwonderlijk dat traditioneel in handboeken over sociaal procesrecht weinig aandacht wordt besteed aan het bewijsrecht: bv. H. LENAERTS, *Sociaal procesrecht*, Gent, Story-Scientia, 1968; J. PETIT, *Arbeidsgerechten en sociaal procesrecht*, APR, Gent, Story-Scientia, 1980.

(47) Nederland: H. BAKELS, W. BOUWENS, M. HOUWERZIJL en W. ROOZENDAAL, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer, Kluwer, 2011, 193; Duitsland: M. LÖWISCH, *Arbeitsrecht*, Keulen, Werner Verlag, 2007, 379. Ook in Frankrijk bevat de Code du travail praktisch geen eigen bepalingen omtrent het bewijs. Derhalve wordt de arbeidsrelatie, wat het bewijs betreft, beheerst door de bepalingen van de Code civil en de Nouveau Code de procédure civile: art. 1315 à 1369 C. civ. en art. 132 à 322 NCPC: G. LYON CAEN en J. PÉLISSIER, *Droit du travail*, Parijs, Dalloz, 1988, 637.

procedure in te leiden bij verzoekschrift⁽⁴⁸⁾. Uit de rechtspleging voor de werkrechtshouders werd de verplichte verzoening voor geschillen betreffende de arbeidsovereenkomsten behouden⁽⁴⁹⁾.

Ook wat het bewijsrecht betreft in arbeidszaken, is er een aantal specifieke regelingen te signaleren. Vooreerst heeft de wetgever meermaals gebruikgemaakt van de figuur van de wettelijke vermoedens⁽⁵⁰⁾. Deze zullen hierna worden toegelicht.

Meermaals gebiedt de wetgever het opmaken van een geschrift. Zo moeten onder meer schriftelijk worden opgemaakt: de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of voor een welbepaald werk⁽⁵¹⁾, de deeltijdse arbeidsovereenkomst⁽⁵²⁾, de vervangingsovereenkomst⁽⁵³⁾, de arbeidsovereenkomst voor huisarbeiders⁽⁵⁴⁾, de arbeidsovereenkomst voor studenten⁽⁵⁵⁾, de arbeidsovereenkomst voor tijdelijke arbeid en uitzendarbeid⁽⁵⁶⁾ en de arbeidsovereenkomst voor telewerk⁽⁵⁷⁾. De wet vereist ook dat bepaalde bedingen van de overeenkomst schriftelijk worden vastgelegd: het proefbeding⁽⁵⁸⁾, het scholingsbeding⁽⁵⁹⁾, het concurrentiebeding en het delcrederebeding voor handelsvertegenwoordigers. Deze laatste twee bedingen moeten niet per se bij de indienstreding worden neergeschreven⁽⁶⁰⁾. De wettelijke verplichting van het geschrift is bedoeld als een bescherming van de werknemer als zwakkere partij, waarbij het geschrift uiteraard ook een belangrijke bewijsfunctie heeft⁽⁶¹⁾. De werkgever moet de werknemer die meer dan een maand naar het buitenland gaat schriftelijk informatie verstrekken op een aantal punten⁽⁶²⁾.

Verder bevat de Arbeidsovereenkomstenwet een bijzondere bewijsregel inzake het bestaan van een arbeidsovereenkomst door getuigen wanneer geen geschrift werd opgemaakt. Op de betekenis van het geschrift wordt nog teruggekomen.

(48) Art. 704, § 1 en 704, § 2 Ger.W.

(49) Art. 734 Ger.W.

(50) *Infra* art. 3*quater* Arbeidsovereenkomstenwet (WAO) inzake apothekers; art. 4 WAO inzake de handelsvertegenwoordigers; art. 5*bis* inzake het onweerlegbare vermoeden in geval van bijkomende arbeidsprestaties indien men reeds met de opdrachtgever voor gelijkaardige prestaties verbonden is door een arbeidsovereenkomst (zie Arbrb. Tongeren 11 mei 2004, *RABG* 2005, 112); art. 121 WAO inzake studenten; art. 3 Wet Betaalde Sportbeoefenaars van 24 februari 1978; art. 337/1 en 337/2 van de Arbeidsrelatiewet van 27 december 2006, als gewijzigd bij wet van 25 augustus 2012 inzake een weerlegbaar vermoeden van werknemerschap in de sectoren bouw, bewakingsdiensten, goederen- en personenvervoer en schoonmaak.

(51) Art. 9 Arbeidsovereenkomstenwet.

(52) Art. 11*bis* Arbeidsovereenkomstenwet.

(53) Art. 11*ter* Arbeidsovereenkomstenwet.

(54) Art. 119.4 Arbeidsovereenkomstenwet.

(55) Art. 123 Arbeidsovereenkomstenwet.

(56) Art. 4 en 8 Uitzendarbeidwet van 24 juli 1987.

(57) Art. 4 cao nr. 85 gesloten in de NAR van 9 november 2005.

(58) Art. 48, 67 en 127 Arbeidsovereenkomstenwet; vgl. echter art. 109 Arbeidsovereenkomstenwet voor de dienstboden.

(59) Art. 22*bis* Arbeidsovereenkomstenwet.

(60) Art. 65, 86, 104 en 107 Arbeidsovereenkomstenwet.

(61) M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, Luik, Faculté de droit, 1982, nrs. 262-264.

(62) Art. 20*bis* Arbeidsovereenkomstenwet.

Andere bijzonderheden hebben betrekking op de verdeling van de bewijslast. Het uitgangspunt is hier wederom dat voor de bewijslast in het arbeidsrecht, en meer specifiek voor het arbeidsovereenkomstenrecht, de algemene regelen van het burgerlijk bewijsprocesrecht van toepassing zijn⁽⁶³⁾ ⁽⁶⁴⁾. In een aantal gevallen is de wetgever evenwel afgeweken van deze civielrechtelijke procesregels door de bewijslast te verschuiven. Deze gevallen zullen hierna nog worden besproken.

Op de ontstentenis van een afzonderlijke bewijsregeling in het arbeidsrecht zijn er in het verleden kritische opmerkingen geformuleerd. Aangevoerd werd dat voor de arbeidsgerechten de werknemer als eiser meestal de bewijslast draagt, terwijl de werkgever een bevoorrechte toegang heeft tot de bewijzen inzake de arbeidsrelatie⁽⁶⁵⁾.

Men kan zich afvragen, zoals H. Lenaerts heeft gedaan, of de toepassing van de burgerlijke rechtspleging, als voorzien in het Gerechtelijk Wetboek, de rechtzoekenden niet meer gaat afschrikken om hun geschil aan de arbeidsgerechten voor te leggen dan vroeger het geval was, ten tijde van de procedures voor de administratieve rechtscolleges⁽⁶⁶⁾. Om te beginnen weze opgemerkt dat de wetgever bij de invoering van het Gerechtelijk Wetboek ernaar gestreefd heeft de procedures niet ingewikkelder te maken dan procedures ten tijde van voor het Gerechtelijk Wetboek⁽⁶⁷⁾. De eenvoudige, meer inquisitoriale procedures waren voor het in vigeur treden van het Gerechtelijk Wetboek vooral te vinden in socialezekerheidsgeschillen waarvoor administratieve commissies, zijnde administratieve rechtscolleges, bevoegd zijn. Een vereenvoudigend aspect van de procedure voor de arbeidsgerechten is de tussenkomst van het arbeidsauditoraat, dat van de bevoegde openbare instellingen de nodige bestuurlijke inlichtingen kan vorderen⁽⁶⁸⁾. De wetgever heeft hierbij kennelijk vooral de socialezekerheidsgeschillen op het oog gehad. Om de drempel van de rechtspleging in sociale zaken laag te houden, werd de procesvertegenwoordiging voor de arbeidsgerechten versoepeld doordat partijen voor de arbeidsgerechten ook kunnen worden vertegenwoordigd door hun echtgenoot, een familielid met een schriftelijke volmacht, die speciaal door de rechter wordt toegelaten, of door een vakbondsafgevaardigde⁽⁶⁹⁾. De proceskosten werden deels laag gehouden doordat in socialezekerheidsgeschillen de openbare instelling in beginsel de rechtsplegingsvergoeding dient te dragen⁽⁷⁰⁾. In socialezekerheidsgeschillen zijn de rechtsplegingsvergoedin-

(63) 'Actori incumbit probatio': art. 1315 BW en art. 870 Ger.W.

(64) C. BOSSE, "Bewijslastverdeling in het Belgisch arbeidsrecht", *RW* 2000-01, 610; H. BUYSENS, o.c., 48; K. VAN DEN LANGENBERGH en J. HERMAN, "Ontslagbescherming en schorsing van de arbeidsovereenkomst" in M. RIGAUX en W. RAUWS, *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 538.

(65) A. JEAMMAUD, J. PELISSIER en A. SUPIOT, *Droit du travail*, Parijs, Dalloz, 2000, nr. 1092.

(66) H. LENAERTS, *Sociaal procesrecht*, Gent, Story-Scientia, 1968, nr. 62.

(67) Verslag Senaat, *Parl.St.* Senaat 1964-65, nr. 170, 114; vgl. H. LENAERTS, *Sociaal procesrecht*, Gent, Story-Scientia, 1968, nr. 62.

(68) *Infra* art. 138ter Ger.W.; Verslag Senaat, *Parl.St.* Senaat 1964-65, nr. 170, 45.

(69) Zie art. 728, § 1 en § 3 Ger.W. Uit de tekst blijkt dat in bepaalde gevallen de vertegenwoordiging mogelijk is door de afgevaardigde van een representatieve organisatie voor zelfstandigen of door een afgevaardigde van een organisatie die de belangen van de aanvragers van sociale bijstand bij het OCMW behartigt.

(70) Art. 1017 Ger.W.; zie GwH nr. 18/2010 van 25 februari 2010, *RW* 2010-11, 449.

gen bepaald op een verlaagd tarief⁽⁷¹⁾. Verder zijn alle beslissingen van de arbeidsge- rechten vrij van registratie-, zegel- en griffierechten⁽⁷²⁾.

1.5. VERHOUDING TEN OPZICHTE VAN DE BEWIJSREGELING IN HET HANDELSRECHT

In het handelsrecht wordt het stelsel van de gereguleerde en hiërarchische be- wijsvoering verzwakt tot een stelsel van vrije bewijsvoering⁽⁷³⁾. Het handelsrecht is een bijzonder recht ingesteld ten behoeve van de handel en vanuit de vereisten van het zakenleven. De veelvuldigheid van handelsverrichtingen, de eisen van flexibiliteit, het belang van de goede trouw, maar ook het winstgevend doel verantwoorden de noodzaak van niet-formalistische bewijsregels voor handelsverbintenissen⁽⁷⁴⁾. Het getuigenbewijs en het bewijs door vermoedens⁽⁷⁵⁾ wordt in het handelsrecht op een minder rigide wijze toegelaten⁽⁷⁶⁾. Deze bewijsmiddelen staan in beginsel op gelij- ke voet met het schriftelijke bewijs, wat het bewijs *par excellence* is in het burgerlijk recht^{(77) (78)}. Artikel 25 W.Kh. wordt door de rechtspraak en de rechtsleer op extensieve wijze uitgelegd in deze zin dat het getuigenbewijs en het bewijs door vermoedens toegelaten zijn tegen en boven de inhoud van een geschrift⁽⁷⁹⁾.

Terloops kunnen twee rechtsvergelijkende kanttekeningen worden gemaakt. Ook in het Franse handelsrecht bestaat een analoog systeem van vrije bewijsvoering in handelszaken⁽⁸⁰⁾. In Nederland bestond vroeger een afzonderlijk systeem van vrij be- wijsrecht voor commerciële transacties, waarbij in de lijn van het Franse recht werd afgeweken van de strengere regels van het bewijs in het burgerlijk recht, met een centrale rol voor het bewijs door middel van een geschrift⁽⁸¹⁾. Maar Nederland had ten tijde van de republiek een lange traditie opgebouwd van eenheid van het recht, in die

(71) Art. 1022 Ger.W.; KB 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek en tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van de artikelen 1 tot 13 van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van de advocaat.

(72) H. LENAERTS, *Sociaal procesrecht*, Gent, Story-Scientia, 1968, nr. 64; zie art. 162, 34° tot 40°, Wetboek inzake de registratierechten; art. 279, 1, 279, 2 en 280 Registratiewetboek in verband met het rol-, opstel- en expeditierecht; art. 59, 48° tot en met 51 bis Wetboek der zegelrechten.

(73) G. BALLON, "Bewijsrecht in handelszaken" in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XIII, deel 1 *Ondernemingsrecht*, vol. A, Mechelen, Kluwer, 2011, 513-514.

(74) H. COUSY, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XIII, Vol. I *Ondernemingsrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1989, nr. 137; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, nr. 11.

(75) H. COUSY, *Beginselen van Belgisch privaatrecht* XIII, Vol. I *Ondernemingsrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1989, nr. 137.

(76) H. DE PAGE, *Traité élémentaire*, III, nr. 708 D; art. 25 W.Kh.

(77) H. DE PAGE, *Traité élémentaire*, III, nr. 708 D; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial III*, Brussel, Bruylant, 1981, nrs. 49 en 55; H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken: arbeidsrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1999, 5.

(78) Voor een nuancering van het onderscheid inzake het bewijs in handelszaken en in het burgerlijk recht: zie reeds L. FREDERICQ, *Handboek van Belgisch handelsrecht*, I, Brussel, Bruylant, 1962, nr. 104.

(79) Cass. 29 mei 1964, *Pas.* 1964, I, 1022; H. DE PAGE, *Traité*, III, nr. 708 D; T. DELAHAYE, «La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée en droit belge» in B. TILLEMANN, *Droits de contrats: France-Belgique* 2, Brussel, De Boeck, 2006, 224.

(80) Art. L110-3 Code de commerce: "A l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi."; voorheen art. 109 Code de commerce.

(81) T. ASSER, *Schets van het Nederlandse handelsrecht*, Haarlem, Bohn, 1885, 20-22.

zin dat het handelsrecht zich niet onderscheidde van het overige burgerlijk recht. Het bijzondere bewijsrecht in handelszaken werd dan ook in 1934 opgeheven⁽⁸²⁾.

Gezaghebbende auteurs hebben de autonome bewijsregeling in het handelsrecht genuanceerd en bekritiseerd. Volgens Fredericq heeft de rechtspraak de strengheid van de burgerlijke bewijsregels aanzienlijk verzacht, o.m. door het bewijs via vermoedens, en plaatsen de handelsrechters het getuigenbewijs in een ongunstig daglicht⁽⁸³⁾. De traditionele verantwoording voor een autonoom en vrij bewijsrecht in handelszaken is deels achterhaald. Men kan vaststellen dat handelaars er in de praktijk zullen voor zorgen dat er voor hun handelsverrichtingen bewijsstukken worden opgemaakt⁽⁸⁴⁾. Ook handelaars hebben vaak nood aan een beschermend formalisme⁽⁸⁵⁾.

Artikel 25 W.Kh. laat voor handelsverbintenissen het getuigenbewijs toe “telkens wanneer de rechtbank oordeelt het te moeten toestaan, behoudens de uitzonderingen bepaald voor bijzondere gevallen”. Het begrip ‘handelsverbintenissen’ moet ruim worden geïnterpreteerd. Dit zijn enerzijds de verbintenissen ontstaan uit daden van koophandel ongeacht de hoedanigheid van de partijen en anderzijds in de regel verbintenissen aangegaan door zij die handelaar zijn⁽⁸⁶⁾. De artikelen 2 en 3 W.Kh. geven de daden van koophandel weer. Krachtens artikel 2 W.Kh. worden alle verbintenissen van kooplieden geacht daden van koophandel te zijn, tenzij bewezen is dat ze een oorzaak hebben die vreemd is aan de koophandel⁽⁸⁷⁾.

Naast de handelsverbintenissen en de burgerlijke verbintenissen bestaan er gemengde handelingen. Een contract kan commercieel zijn in hoofde van de ene partij, maar burgerlijk in hoofde van de andere partij. Tussen handelaars geldt het vrij bewijsrecht. De regels van het burgerlijk recht zijn van toepassing wanneer een handelaar bewijs moet leveren tegen een niet-handelaar⁽⁸⁸⁾. Omgekeerd zal de niet-handelaar met alle middelen van recht het bewijs tegen de handelaar kunnen aanbrengen⁽⁸⁹⁾. Aldus werd terecht geoordeeld dat, wanneer de werkgever een handelaar is, de werknemer de antidatering van het geschrift dat het proefbeding vastlegt, kan bewijzen⁽⁹⁰⁾.

(82) E. MEIJERS, *Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek. Toelichting*, I, Den Haag, Staatsdrukkerij, 1954, 9-10.

(83) L. FREDERICQ, *Handboek van Belgisch handelsrecht*, I, Brussel, Bruylant, 1962, nr. 104; zie ook H. COUSY, *Beginselen van Belgisch privaatrecht* XIII, Vol. I *Ondernemingsrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1989, nr. 137.

(84) H. COUSY, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XIII, Vol. I *Ondernemingsrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1989, nr. 137.

(85) H. COUSY, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XIII, Vol. I *Ondernemingsrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1989, nr. 137.

(86) Art. 2 W.Kh.; Cass. 6 november 2008, *Pas.* 2008, I, 11, 2483 en www.ipr.be, “Krachtens artikel 25, 1e lid van het Wetboek van Koophandel geldt de vrijheid van bewijs voor alle handelsverbintenissen, ongeacht of een van de partijen geen of niet langer koopman is.”

(87) Cass. 21 januari 1988, *RW* 1988-89, 119 Antwerpen 16 september 2008, *NJW* 2009, 593; L. FREDERICQ, *Handboek van Belgisch handelsrecht*, I, Brussel, Bruylant, 1962, nr. 39 en 40; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, nr. 11.

(88) Cass. 18 januari 1990, *RW* 1989-90, 1432; G. BALLON, “Bewijsrecht in handelszaken” in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XIII, deel 1 *Ondernemingsrecht*, vol. A, Mechelen, Kluwer, 2011, 522.

(89) Antwerpen 16 november 2009, *NJW* 2010, 545, noot C. LEBON, “Bewijs van het bestaan van contractuele verbintenissen en van de bevrijding ervan”; G. BALLON, “Bewijsrecht in handelszaken” in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XIII, deel 1 *Ondernemingsrecht*, vol. A, Mechelen, Kluwer, 2011, 522; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, nr. 13.

(90) Arbh. Luik 2 mei 1996, *JTT* 1997, 108.

Voorgaande regels zijn ook steeds van toepassing in arbeidsgeschillen voor zover de werkgever koopman is. Met andere woorden, voor zover de werkgever een handelaar is, kan de werknemer voor wat betreft het bewijs van de verbintenissen van de werkgever steeds terugvallen op de vrije bewijsvoering uit het handelsrecht⁽⁹¹⁾. Het heeft daarbij geen belang of de werkgever een natuurlijke persoon dan wel een rechtspersoon is.

Er bestaat een principieel verschil tussen de bewijsregeling ex art. 25 W.Kh. en de specifieke bewijsregel van art. 12 Arbeidsovereenkomstenwet, vermits de rechter in het raam van art. 25 onaantastbaar oordeelt over de toelaatbaarheid van het getuigenbewijs, terwijl hij bij de toepassing van art. 12 Arbeidsovereenkomstenwet, in beginsel, verplicht is het getuigenbewijs toe te laten⁽⁹²⁾.

Het enigszins merkwaardige effect van de geschetste beginselen inzake de bewijsvoering in het handelsrecht brengt met zich mee dat werknemers uit de non-profitsector in een slechtere bewijspositie verkeren dan de werknemers in dienst van een handelaar.

1.6. ONRECHTMATIG VERKREGEN BEWIJS IN ARBEIDSZAKEN

Dit opstel leent er zich niet toe grondig in te gaan op de omstreden kwestie van het onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken, die nauw verband houdt met het vraagstuk van de bescherming van de grondrechten^{(93) (94)}. Hier wordt enkel een voor-

(91) H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken: arbeidsrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1999, 5.

(92) Cass. 18 mei 1981, *RW* 1981-82, 2164; H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken: arbeidsrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1999, 5.

(93) Voor Nederland: G. DE GROOT, "Waarheidsvinding in het civiele (proces)recht" in *Waarheid en waarheidsvinding in het recht, Handelingen van de Nederlandse Juristenvereniging 2012-1*, Deventer, Kluwer, 2012, 65-66: "(...) in de civiele procedure geldt niet als algemene regel dat op onrechtmatig verkregen bewijs geen acht mag worden geslagen. (...) Hier wordt de waarheidsvinding dus in beginsel zwaarwegender geacht dan het belang van de partij dat onrechtmatig (en mogelijk oneerlijk) verkregen bewijs buiten beschouwing wordt gelaten"; P. STEIN en A. RUEB, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer, Kluwer, 2000, 99: "Bovendien betekent de onrechtmatigheid van de verkrijging niet zonder meer dat het middel niet meer als bewijs gebezigd mag worden"; K. VAN DER KRAATS, "Onrechtmatig verkregen bewijs in het arbeidsrecht", *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2012/97.

(94) Voor Frankrijk: L. CADJET, J. NORMAND en S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, Parijs, PUF, 2010, nr. 263; zie vooral de uitstekende studie over "La preuve. Admissibilité des modes de preuve" in *Rapport 2012* van de Cour de cassation, www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel; Cass.fr. (assemblée plénière) 7 januari 2011, nr. 587, met een uitvoerig verslag raadsheer M. BARGUE en conclusie eerste adv.-gen. PETIT, www.courdecassation.fr/jurisprudence: "Attendu que, sauf disposition expresse contraire du Code de commerce, les règles du Code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence ; que l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve". Het beeld van het lot van het onrechtmatig verkregen bewijs in Frankrijk is enigszins diffuus. Op grond van artikel 9 van de Code de procédure civile en de artt. 6 of 8 van het EVRM wordt onrechtmatig verkregen bewijs vaak ontoelaatbaar verklaard, bv. het controleren van werknemers met videobeelden zonder overleg met de ondernemingsraad: Cass. fr. (soc.) 7 juni 2006, *Bull.* 2006, V, nr. 206). Maar hierop zijn er dan weer uitzonderingen: Cass. fr. (soc.) 19 januari 2010, pourvoi n° 08-45.092: bewakingsbeelden in een lokaal waar niet gewerkt wordt maar ter bewaking van goederen

zichtige stellingname naar voren geschoven die op dit ogenblik, in het licht van de cassatierechtspraak⁽⁹⁵⁾, m.i. de juiste is, onder voorbehoud en in de wetenschap dat anderen er anders over denken⁽⁹⁶⁾.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens oordeelde dat artikel 6 EVRM niet met zich meebrengt dat onrechtmatig verkregen bewijs principieel ontoelaatbaar is⁽⁹⁷⁾.

Het principearrest⁽⁹⁸⁾ van het Hof van Cassatie van 10 maart 2008, weliswaar gewezen in een werkloosheidszaak, is in algemene bewoordingen opgesteld⁽⁹⁹⁾. Inzake de

«si l'employeur ne peut mettre en œuvre dans l'entreprise un procédé de contrôle de l'activité des salariés qui n'a pas été porté préalablement à leur connaissance, il peut librement mettre en place un dispositif de surveillance d'une partie des locaux dans laquelle les salariés ne travaillent pas». Inzake computergebruik gaat het Franse Hof van Cassatie ervan uit dat de bestanden erop professioneel van aard zijn, zodat de werkgever er toegang toe heeft, tenzij de werknemer een bestand met zijn naam als 'persoonlijk' heeft gemarkeerd: Cass. fr. (soc.) 18 oktober 2006, *Bull.* 2006, V, nr. 308; Cass. fr. (soc.) 15 december 2009, *Bull.* 2009, V, nr. 284. In bepaalde gevallen werden de vaststellingen door een privédetective tijdens de arbeidstijd van de werknemer geacht rechtmatig verworven bewijs te zijn, op voorwaarde dat de werknemer op voorhand van het onderzoek was ingelicht: Cass. fr. (soc.) 4 februari 1998, *Bull.* 1998, V, nr. 64.

- (95) *Supra* 1.2, o.m. inzake de 'Antigoonrechtspraak'; zie vooral de uitstekende bijdrage van F. KÉFER, "L'admissibilité de la preuve en droit civil et en droit pénal", in dit nummer.
- (96) Bv. Arbh. Brussel 7 februari 2013, *JTT* 2013, 262-270; Kh. Tongeren 22 juni 2010, *RW* 2011-12, 1728: weren van onrechtmatig verkregen e-mailberichten via een deskundige aangesteld in het kader van een beslag inzake namaak; P. DE HERT en R. SAELENS, "Filmen maar! Versoepeling van de camerawet door het Hof van Cassatie", noot onder Cass. 5 oktober 2010, *RW* 2011-12, 1341 en 1342 (camerabeelden op de openbare weg); R. SAELENS, "Kan de Wet Verwerking Persoonsgegevens de Antigoonleer buitenspel zetten?", noot onder Gent 16 juni 2011, *RW* 2012-13, 1221: inzake controle door de werkgever van de e-mail van de werknemer op het werk.
- (97) EHRM 1 juli 1988, *Schenk v. Zwitserland*: « La Cour ne saurait donc exclure par principe et *in abstracto* l'admissibilité d'une preuve recueillie de manière illégale, du genre de celle dont il s'agit »; conclusie eerste adv.-gen. PETIT bij Cass.fr. (assemblée plénière) 7 januari 2011, nr. 587, www.courdecassation.fr/jurisprudence.
- (98) G. CLOSSET-MARCHAL, "Examens de jurisprudence (2000 à 2010). Droit judiciaire privé. Les mesures d'instruction", *RCJB* 2011, 95; I. VERHELST en N. THOELEN, "Over privacy, controle en (on)rechtmatig verkregen bewijs", *Or.* 2008, 205; B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, «Licéité de la preuve en matière civile: un clone pour 'Antigoon'», *JT* 2012, 172; J. VAN COMPERNOLLE, «L'incidence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'administration de la preuve dans le procès civil», G. DE LEVAL (ed.), *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, Luik, Anthemis, 2011, 17.
- (99) Cass. 10 maart 2008, *Arr.Cass.* 2008, nr. 166, *Pas.* 2008, nr. 166, *JLMB* 2009, 580, noot R. DE BAERDEMAEKER, *NJW* 2010, 195, noot K. VAN KILDONCK, *RCJB* 2009, 325, noot F. KÉFER "Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité de la preuve", *RCJB* 2009, 325, *Soc.Kron.* 2008, 538, noot: "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 miskenning van een op straffe van nietigheid voorgeschreven vorm, mag alleen worden geweerd wanneer de bewijsverrijking 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

bewijsvoering betreft het hier geen penale zaak en m.i. is het arrest dan ook niet beperkend te interpreteren als zijnde louter toepasselijk in de sociale zekerheid⁽¹⁰⁰⁾ ⁽¹⁰¹⁾. Sommigen hebben gemeend dat het Hof van Cassatie zou zijn teruggekomen op zijn eerdere stellingname met zijn arrest van 10 november 2008⁽¹⁰²⁾ ⁽¹⁰³⁾. Het Hof van Cassatie besliste dat een partij die een brief, die niet voor haar bestemd was, in rechte wil voorleggen, bij betwisting dient te bewijzen dat zij die brief op regelmatige wijze heeft gekregen. Het arrest van het Hof van Cassatie spreekt zich niet uit over de versoepeling van het principe van de legaliteit van het bewijs, noch over de Antigoonrechtspraak in civiele zaken, maar wel over de bewijslast, en dit in antwoord op het cassatiemiddel waarin de werknemer als eiser in cassatie de appelrechter verweet te hebben beslist dat hem de bewijslast werd opgelegd te bewijzen dat hij de betwiste brief regelmatig in zijn bezit heeft gekregen, gelet op het vermoeden van goede trouw in artikel 2268 BW. Het is derhalve niet correct te stellen dat het Hof van Cassatie de Antigoon-rechtspraak zou hebben verlaten in civiele zaken⁽¹⁰⁴⁾.

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”.

Zie ook de trefwoorden in de publicaties van het Hof van Cassatie.

- (100) R. DE BAERDEMAEKER, “Admissibilité d’une preuve illicitement recueillie quand la fin justifie les moyens”, *JLMB* 2009, 585; F. KÉFER, «La légalité de la preuve confrontée au droit à la vie privée du salarié» in G. DE LEVAL (ed.), *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, Luik, Anthemis, 2011, 217-218; *contra* Arbh. Brussel 5 november 2009, *JTT* 201, 139; H. BUYSENS, “Ontslag om dringende reden” in M. RIGAUX en W. RAUWS, *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 8, Antwerpen, Intersentia, 2010, 222-227; K. CRAUWELS, “Onrechtmatig bewijs ... of wat er van overblijft? De invloed van de Antigoonrechtspraak op het onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken” in *Recente ontwikkelingen in het arbeids-, economisch, straf- en familierecht. Huldeboek voor Mr. Jos Van Goethem*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 179-180; D. MOUGENOT, «Détective privé et vie privée: un couple difficile à accorder», *JT* 2010, 298; D. MOUGENOT, «Antigone face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles», *DAOR* 2011, 245.
- (101) Vgl. *Verslag van het Hof van Cassatie 2008*, Brussel, 119-120.
- (102) Cass. 10 november 2008, *JTT* 2009, 18, *JLMB* 2009, 347. De samenvatting op www.juridat.be en in de *Arr.Cass.* van het arrest luidt ten eerste: Het middel dat in burgerlijke zaken voor het eerst voor het Hof wordt aangevoerd, is nieuw en derhalve niet ontvankelijk, wanneer de eiser tot cassatie hierin betoogt dat hij, in de zin van art. 2268, BW, brieven te goeder trouw in zijn bezit had. En het tweede onderdeel van de samenvatting ziet eruit als volgt: Wanneer een partij een brief die niet voor haar bestemd was, in rechte wil voorleggen, moet zij, bij betwisting, aantonen dat zij die brief op regelmatige wijze heeft verkregen (zie A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2de uitg., Luik, Faculté de droit, 1987, 355; R. MOUGENOT, *Droit des obligations, La preuve*, 2de uitg., Brussel, Larcier, 1997, nr. 178, 179; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Brussel, Larcier, 1991, nr. 631, 292; P. VAN OMMESLAGHE, “Examen de jurisprudence (1968-1973) - Les obligations”, *RCJB* 1975, nr. 130, 724).
- (103) K. CRAUWELS, “Onrechtmatig bewijs ... of wat er van overblijft? De invloed van de Antigoonrechtspraak op het onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken” in *Recente ontwikkelingen in het arbeids-, economisch, straf- en familierecht. Huldeboek voor Mr. Jos Van Goethem*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 180-181; K. VAN KILDONCK, “Onrechtmatig verkregen bewijs op het werk”, *NJW* 2010, 182.
- (104) B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, nr. 59; F. KÉFER, «La légalité de la preuve confrontée au droit à la vie privée du salarié» in G. DE LEVAL (ed.), *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, Luik, Anthemis, 2011, 220-221; B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, «Licéité de la preuve en matière civile: un clone pour ‘Antigoon’», *JT* 2012, 174; J. VAN COMPERNOLLE, «L’incidence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme sur l’administration de la preuve dans le procès civil» in G. DE LEVAL (ed.), *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, Luik, Anthemis, 2011, 17, voetnoot 36.

De genuanceerde leer van het Hof van Cassatie inzake het weren van onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken ⁽¹⁰⁵⁾ heeft zich doorgezet in de arbeidsrecht-spraak ⁽¹⁰⁶⁾, zij het niet eensgezind ⁽¹⁰⁷⁾.

1.7. BEWIJSOVEREENKOMSTEN EN BEWIJSLASTOVEREENKOMSTEN

Zoals reeds aangehaald zijn de regels inzake de bewijslast en de bewijsmiddelen niet van openbare orde, noch van dwingend recht ⁽¹⁰⁸⁾. Partijen zijn dan ook in beginsel vrij dergelijke overeenkomsten te sluiten. Als de opname van een telefoongesprek is opgenomen in de aanvaarde algemene voorwaarden van een financiële instelling, dan kan dit worden aanvaard als een bewijsovereenkomst ⁽¹⁰⁹⁾.

Bewijslastovereenkomsten en bewijsovereenkomsten komen in het arbeidsrecht weinig voor ⁽¹¹⁰⁾. Er zal steeds over moeten worden gewaakt dat dergelijke overeenkomsten de bewijsverplichtingen uit de Arbeidsovereenkomstenwet van de werkgever niet verlichten en die van de werknemer niet verzwaren ⁽¹¹¹⁾.

(105) Zie bv. R. DE CORTE, "De achterkant van de privacy. Kan het beroep op de privacy leiden tot straffeloosheid?", *NJW* 2003, 798-810.

(106) Arbh. Antwerpen 2 september 2008, *DAOR* 2010, 336, noot A. VAN BEVER, "Privacy in arbeidsrechtelijke context. Relatieve privacybescherming: een uitdaging maar must", *Or.* 2008, 261, noot I. PLETS betreffende een controle van het internetgebruik en de e-mails zonder inbreuk op de cao nr. 81 of art. 314bis Strafwetboek maar waarin het Hof overweegt en toevoegt dat, in de veronderstelling dat er toch sprake zou kunnen zijn van onregelmatigheid, er nog geen sprake kan zijn van een gebrekkige bewijsverkrijging waardoor de betrouwbaarheid ervan zou wegvallen of waardoor het recht op een eerlijk proces in gevaar zou worden gebracht; Arbh. Bergen 14 september 2009, *RRD* 2008, 535; Arbh. Luik 20 september 2010, *JLMB* 2010, 1899 inzake e-mails door de werkgever op zijn bedrijfsnetwerk verworven in strijd met de bepalingen van de cao nr. 81 teneinde onrechtmatige concurrentie van de werknemer te bewijzen; Arbh. Gent (afd. Brugge) 28 juni 2010, 2009/AR/50, onuitg.: vooraleer het surfgedrag van een werknemer wordt gecontroleerd met het oog op het opsporen van mogelijke misbruiken, moet de werknemer, overeenkomstig artikel 16 en 17 cao nr. 81 verwittigd worden van deze controle. Niettemin kan het resultaat van dit onderzoek, gelet op de Antigoondocctrine, aanvaard worden als betrouwbaar bewijs en kan de werknemer desnoods ontslagen worden om een dringende reden; Abh. Bergen 8 december 2010, *Soc.Kron.* 2011, 399; Arbh. Bergen 10 december 2010, AR nr. 2009/AM/ 21709, onuitg. geschetst in F. KÉFER, "La légalité de la preuve confrontée au droit à la vie privée du salarié" in G. DE LEVAL (ed.), *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, Luik, Anthemis, 2011, 219-220, betreffende e-mails verworven door de werkgever om oneerlijke concurrerende activiteiten van de werknemer te bewijzen, waarbij het recht van de werknemer op bescherming van zijn privéleven moet wijken; Arbh. Luik 14 december 2010, AR nr. 2009/AN/8833, www.juridat.be waarin de gestolen bewijsstukken na de toepassing van de Antigoon-test toch worden geweerd; Arbh. Luik (afd. Namen) 8 maart 2011, *Soc.Kron.* 2011, 404, camerabewaking; Arbrb. Gent 1 september 2008, AR nr. 175054/06, www.juridat.be.

(107) Arbh. Antwerpen 15 november 2005, *Soc. Kron.* 2006, 153 (voor Cass. 10 maart 2008); Arbh. Brussel 7 februari 2013, *JTT* 2013, 262-270.

(108) B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, nr. 14.

(109) S. BOULART, "De opname van eigen telefoongesprekken: met of zonder de toestemming van de betrokkene", *RW* 2002-03, 1601-1603.

(110) *Infra* inzake de prestatiebladen; Arbrb. Antwerpen 3 juni 1988, *RW* 1988-89, 305, met noot M. RIGAUX en P. HUMBLET, "De collectieve arbeidsovereenkomst als rechtsbron (van ergernis)".

(111) S. GILSON, K. ROSIER en E. DERMINE, "La preuve en droit du travail" in F. KUTY en D. MOUGENOT, *La preuve. Questions spéciales*, Luik, Anthemis, 2008, 187.

2. DE BEWIJSLAST ⁽¹¹²⁾

De bewijslast kan worden omschreven als het instaan voor de bewijslevering van datgene wat men stelt of aanvoert.

2.1. DE BASISREGELS

De basisregel zit vevat in artikel 1315 BW: hij die de uitvoering van de verbintenis eist moet die bewijzen (*actori incumbit probatio*) en hij die stelt bevrijd te zijn moet de betaling of het feit dat de verbintenis tenietdoet bewijzen (*reus in excipiendo fit actor*) ⁽¹¹³⁾. Het blijkt dat de wetgever met artikel 870 Ger.W. de rechtsregel van artikel 1315 BW inzake de bewijslast een algemene draagwijdte heeft willen geven ⁽¹¹⁴⁾. Artikel 1315 BW is niet van openbare orde ⁽¹¹⁵⁾.

Op vlak van bewijsvoering rijst meermaals een probleem wanneer noodzakelijke bewijsmiddelen zich in handen van de tegenpartij bevinden. Zo zijn relevante gegevens voor de werknemer vaak moeilijk toegankelijk daar deze zich doorgaans bij de werkgever/in de onderneming bevinden ⁽¹¹⁶⁾. Het burgerlijke procesrecht komt hierin deels tegemoet door de rechter een aantal mogelijkheden te verschaffen om actief in de bewijsvoering in te grijpen. In sommige gevallen is de rechter daartoe zelfs verplicht. Zo mag en moet de rechter in voorkomende gevallen ambtshalve de overlegging van stukken, een deskundigenonderzoek, een getuigenverhoor, een plaatsopneming, een persoonlijke verschijning van partijen gelasten ⁽¹¹⁷⁾. Echter mag de actieve rol van de rechter bij de bewijsvoering er niet toe leiden dat afbreuk wordt gedaan aan het principiële recht om bewijzen te leveren ⁽¹¹⁸⁾.

Op het vlak van de bewijsvoering is de tijd van een louter passieve rechter voorbij ⁽¹¹⁹⁾. Op grond van art. 871 en 877 Ger.W. kan de rechter de overlegging bevelen van het bewijsmateriaal dat een partij bezit of van een stuk dat zij vermoedelijk onder zich heeft en dat het bewijs inhoudt van een ter zake dienend feit. De rechter beschikt dus over de bevoegdheid als onderzoeksmaatregel een procespartij te bevelen bewijsmateriaal te overleggen en meer bepaald ook om, ambtshalve of op verzoek van een van de partijen, de overlegging van stukken te bevelen ⁽¹²⁰⁾. De rechter kan zelfs een

(112) C. BOSSE, "Bewijslastverdeling in het Belgische arbeidsrecht", *RW* 2000-01, 609 e.v.

(113) A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Faculté de droit de Liège, 1985, 352-353; H. BUYSENS, "Bewijs in het arbeidsovereenkomstenrecht" in M. RIGAUX (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 4, Antwerpen, Maklu, 1993, 203. Zie ook art. 870 Ger.W.

(114) C. VAN REEPINGHEN, *Verslag over de Gerechtelijke Hervorming*, Brussel, Belgisch Staatsblad, 1964, I, 357; anders zie M. STORME, "De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaatrecht- en bewijsrecht", *TPR* 1990, 505-509.

(115) A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Faculté de droit de Liège, 1985, 353.

(116) C. BOSSE "Bewijslastverdeling in het Belgisch arbeidsrecht", *RW* 2000-01, 610.

(117) *Infra*; C. BOSSE, "Bewijslastverdeling in het Belgisch arbeidsrecht", *RW* 2000-01, 610.

(118) C. BOSSE, "Bewijslastverdeling in het Belgisch arbeidsrecht", *RW* 2000-01, 61; W. RAUWS, "Uitspraak en uitvoering van de rechterlijke beslissing bij arbeidsrechtelijke geschillen" in G. VAN LIMBERGHEN (ed.), *Sociaal procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 1995, 240-241.

(119) J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, P. THIRIAR, *Handboek Gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, nr. 1313.

(120) *Infra*: 4.2. B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, 452-453.

derde verzoeken het originele stuk of een kopie ervan bij het dossier van de rechtspleging te voegen⁽¹²¹⁾. De houding van een partij tijdens het geding, haar stilzwijgen of een weigering om de gevraagde stukken te overleggen, kunnen door de rechter worden uitgelegd ten gunste van de wederpartij. De rechter kan feiten, aan het bewijs waarvan een procespartij weigert mee te werken, voor bewezen houden⁽¹²²⁾. Ongefundeerde beweringen kunnen daarentegen op geen enkele wijze tot het bewijs bijdragen. Voorts mag de medewerking van de wederpartij bij de bewijsvoering door de rechter niet zover worden opgerekt dat er sprake is van een omkering van de bewijslast⁽¹²³⁾. Bovendien dient de rechter bij een ambtshalve bevel tot overlegging van stukken rekening te houden met het beschikkingsbeginsel. De rechter moet dus de keuze van de partijen om artikel 877 Ger. W. uit te sluiten respecteren⁽¹²⁴⁾.

Er is de laatste decennia veel geschreven over de goede trouw in het civiele geding op grond waarvan procespartijen moeten samenwerken aan de bewijsvoering, ongeacht de bewijslastverdeling⁽¹²⁵⁾. Het Hof van Cassatie heeft terloops het bestaan erkend van een algemeen rechtsbeginsel volgens welk partijen verplicht zijn mee te werken aan de bewijsvoering⁽¹²⁶⁾. Maar er is ter zake geen duidelijke leer van het Hof van Cassatie. Het Hof van Cassatie besliste ook dat er geen algemeen autonoom rechtsbeginsel is volgens hetwelk het proces te goeder trouw moet worden gevoerd⁽¹²⁷⁾. Het blijft een omstreden kwestie. Veel valt m.i. te zeggen voor de zienswijze ontwikkeld in het handboek van Samyn, nl. dat de partijen enkel een plicht tot medewerking met de rechter hebben, maar dat er geen algemene samenwerkingsplicht tussen de partijen bestaat inzake het aanvoeren van het bewijs⁽¹²⁸⁾. Er is immers geen wettelijke grondslag voor een samenwerkingsplicht van de partijen op het vlak van de bewijsvoering. Het uitgangspunt moet blijven dat niemand verondersteld wordt bewijs tegen zichzelf aan te brengen, onverminderd de bevoegdheden van de rechter. Deze zienswijze klemt des te meer in het arbeidsrecht omdat de meeste fouten of wanprestaties van werkgevers tevens een misdrijf uitmaken. M.a.w. de veronderstelde samenwerkingsplicht van de partijen in een burgerlijk geding voor de arbeidsrechter, die met zich mee zou brengen dat partijen bewijs tegen zichzelf moeten aanbrengen, zou er toe leiden dat werkgevers zich meteen blootstellen aan verhoogde risico's van strafrechtelijke vervolging. Het recht van verdediging in strafzaken houdt in dat de vervolgende niet moet bijdragen tot het bewijs van de hem ten laste gelegde feiten⁽¹²⁹⁾.

(121) Art. 878 Ger. W.

(122) M. STORME, "De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaats proces- en bewijsrecht", *TPR* 1990, 480.

(123) C. BOSSE, "Bewijslastverdeling in het Belgisch arbeidsrecht", *RW* 2000-01, 610.

(124) Cass. 2 juni 2005, *JT* 2006, 149, met conclusie adv.-gen. HENKES (fiscale zaak).

(125) A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Faculté de droit de Liège, 1985, 352-353; M. STORME, "De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaats proces- en bewijsrecht", *TPR* 1990, 474-481; DEKKERS-VERBEKE, *Handboek Burgerlijk Recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, nr. 679; *contra*: L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, nr. 177.

(126) Cass. 25 september 2000, *RW* 2000-01, 1590.

(127) Cass. 6 december 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 315; in dezelfde zin in Frankrijk: L. CADIET, J. NORMAND en S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 2010, 634-635; conclusie eerste adv.-gen. PETIT bij Cass.fr. (assemblée plénière) 7 januari 2011, nr. 587, www.courdecassation.fr/jurisprudence.

(128) B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, 133-143.

(129) Cass. 1 oktober 2009, *Arr.Cass.* 2009, 2176; zie art. 14 BUPO.

Voor de volledigheid moet nog worden aangestipt dat de samenwerkingsplicht in geen geval geldt ingeval een partij haar beroepsgeheim kan inroepen⁽¹³⁰⁾ of zich vermag te beroepen op een diplomatieke immuniteit⁽¹³¹⁾.

Als uitgangspunt voor de bewijslastverdeling geldt dat de algemene regelen van het burgerlijk bewijsprocesrecht ook in het arbeidsovereenkomstenrecht van toepassing zijn⁽¹³²⁾. Dit heeft tot gevolg dat de bewijslast in de meeste rechtsgeschillen bij de werknemer ligt, omdat hij de toepassing van de beschermende bepalingen van het arbeidsrecht vraagt⁽¹³³⁾. De algemene regel *actori incumbit probatio* vindt onder meer toepassing ten aanzien van het bestaan van de arbeidsovereenkomst, het bewijs van arbeidsongeschiktheid en de opzegging van de arbeidsovereenkomst.

2.2. DE ARBEIDSRELATIE EN DE ZGN. 'KWALIFICATIEARRESTEN'

De partij die zich beroept op een arbeidsovereenkomst draagt de bewijslast van de constitutieve elementen van de arbeidsovereenkomst. De wederpartij kan desgevallend bewijzen dat ze een andere overeenkomst beoogde dan een arbeidsovereenkomst. Men kan echter niet eisen dat de eiser zou bewijzen dat de aangevoerde toestand onverenigbaar is met enige andere overeenkomst⁽¹³⁴⁾. Er anders over oordelen zou trouwens een schending inhouden van de regels inzake de bewijslast⁽¹³⁵⁾.

In vele gevallen zal het de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid (RSZ) zijn die de bewijslast voor zijn vordering, gesteund op een arbeidsovereenkomst, moet dragen, bv. bij aangevoerde schijnzelfstandigheid⁽¹³⁶⁾. Het is voldoende voor de eiser om feiten aan te dragen die het bestaan van een arbeidsovereenkomst aannemelijk maken en die door de rechter worden aanvaard als voldoende bewijs van deze overeenkomst. Het is dan aan de tegenpartij het eventuele bestaan van een arbeidsovereenkomst te weerleggen. De bewijslast rust niet geheel op de eiser⁽¹³⁷⁾. Men kan, zoals reeds opgemerkt, niet van de eiser verwachten dat hij aantoonst dat de aangevoerde feiten onverenigbaar zijn met enige andere overeenkomst.

Recent is er discussie ontstaan omtrent de vraag of de zogenaamde kwalificatiearresten van het Hof van Cassatie aan de kwalificatie van de overeenkomst de bewijswaarde van een wettelijk of buitenwettelijk vermoeden toekennen. Het Hof van Cassatie heeft in deze arresten aangenomen dat de kwalificatie (benaming) die de partijen aan hun overeenkomst geven, primeert, behoudens wanneer elementen deze kwalifi-

(130) M. STORME, "De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaats proces- en bewijsrecht", *TPR* 1990, 479.

(131) Brussel 4 oktober 2002, *JT* 2003, 318.

(132) C. BOSSE, "Bewijslastverdeling in het Belgisch arbeidsrecht", *RW* 2000-01, 609; H. BUYSENS, o.c., *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 4, 48.

(133) O. VANACHTER, "De bewijslast" in *Aanwerven Tewerkstellen Ontslaan*, Antwerpen, Kluwer, I, 602-30.

(134) Cass. 19 april 1982, *RW* 1982-83, 2836, *JTT* 1983, 325; Cass. 16 maart 1998, *Arr.Cass.* 1998, 325.

(135) C. BOSSE, "Bewijslastverdeling in het Belgische arbeidsrecht", *RW* 2000-01, 612.

(136) Cass. 17 september 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, 58; Arbh. Antwerpen 24 december 2010, AR nr. 2009/AA/37, onuitg.

(137) K. NEVENS, "Kwalificatie, bewijslast en bewijsrisico", noot onder Cass. 3 mei 2004, *RW* 2004-05, 1221; J. PETIT, *Sociaal procesrecht*, Brugge, die Keure, 1999, 431.

ficatie zouden uitsluiten of hiermee onverenigbaar zouden zijn⁽¹³⁸⁾. Het Hof van Cassatie heeft steeds ontkend dat het aan de kwalificatie van partijen de bewijswaarde van een wettelijk vermoeden heeft gegeven⁽¹³⁹⁾. In dezelfde lijn heeft het Hof van Cassatie bevestigd dat de kwalificatie niet wordt verheven tot een (buitenwettelijk) vermoeden⁽¹⁴⁰⁾. En in het cassatiearrest van 5 februari 2007 overweegt het Hof uitdrukkelijk dat de rechtspraak in de kwalificatiearresten de bewijslast van de RSZ niet verzwaart⁽¹⁴¹⁾. De kwalificatie van partijen is geen bewijsmiddel. Diegene die opkomt tegen de kwalificatie is wellicht wat zwaarder geworden dan vroeger vermits hij elementen zal moeten aantonen die onverenigbaar zijn met de kwalificatie of die de kwalificatie uitsluiten⁽¹⁴²⁾. Het element dat de kwalificatie van een zelfstandige aannemingsovereenkomst uitsluit, zijn daden van gezagsuitoefening.

2.3. KWALIFICATIE EN DE ARBEIDSRELATIEWET

De cassatierechtspraak impliceert dat het bewijsrisico voor de partij die opkomt tegen de kwalificatie door partijen gegeven, is toegenomen⁽¹⁴³⁾. Het bewijsrisico is het risico het proces te verliezen wanneer na bewijsvoering bepaalde feiten, een bepaald rechtsfeit of een bepaalde rechtshandeling niet genoegzaam bewezen zijn en twijfel blijft voortbestaan⁽¹⁴⁴⁾. In dit verband kan nog nuttig worden opgemerkt dat bewijslast weliswaar te maken heeft met het bewijsrisico, maar er niet mee mag worden gelijkgesteld⁽¹⁴⁵⁾. Het bewijsrisico is enkel het resultaat van de bewijswaardering door de rechter en is niet afhankelijk van de vraag welke partij wat moet bewijzen⁽¹⁴⁶⁾.

De kwalificatiearresten van het Hof van Cassatie zijn verzoenbaar met de bepalingen van de Arbeidsrelatiewet. In art. 333, § 1 van deze wet wordt bepaald dat onder andere rekening moet worden gehouden met aspecten inzake de organisatie van het werk en de werktijd en de mogelijkheid een hiërarchische controle uit te oefenen⁽¹⁴⁷⁾.

(138) Cass. 23 december 2002, *JTT* 2003, 271, met noot; Cass. 28 april 2003, *NJW* 2003, 886, met noot M. DE VOS; Cass. 3 mei 2004, *RW* 2004-05, 1220, met noot K. NEVENS, "Kwalificatie, bewijslast en bewijsrisico"; Cass. 5 februari 2007, *RW* 2007-08, 781, met noot K. NEVENS, "De betekenis van de kwalificatiearresten verduidelijkt".

(139) Cass. 3 mei 2004, *RW* 2004-05, 1220, met noot K. NEVENS.

(140) Cass. 20 maart 2006, *RW* 2006-07, 1317.

(141) In die zin ook noot K. NEVENS, "Kwalificatie, bewijslast en bewijsrisico", *RW* 2004-05, 1220; met noot K. NEVENS, "De betekenis van de kwalificatiearresten verduidelijkt", *RW* 2007-08, 782; *contra* V. DOOMS en T. MESSIAEN, *Schijnzelfstandigheid*, Brussel, Larcier, 2005, 163; M. DUMONT, "Conséquences de la perte d'indices révélateurs de la subordination juridique" in M. DUMONT (ed.), *Actualités de la sécurité sociale*, Brussel, Larcier, 2004, 965.

(142) S. GILSON, K. ROSIER en E. DERMINE, "La preuve en droit du travail" in F. KUTY en D. MOUGENOT, *La preuve. Questions spéciales*, Luik, Anthemis, 2008, 193-194.

(143) K. NEVENS, "Kwalificatie, bewijslast en bewijsrisico", *RW* 2004-05, 1222.

(144) Cass. 17 september 1999, *Arr.Cass.* 1999, 467; M.E. STORME, "De goede trouw in het geding. De invloed van de goede trouw in het privaats proces- en bewijsrecht", *TPR* 1990, 510; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, nr. 141; M.E. STORME, "De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaats proces- en bewijsrecht", *TPR* 1990, 510.

(145) J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, nr. 1323.

(146) Zeer grondig: B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, nrs. 142-148.

(147) K. NEVENS, "De betekenis van de kwalificatiearresten verduidelijkt", *RW* 2007-08, 782-783.

De meeste geschillen omtrent de herkwalificatie van de arbeidsrelatie betreffen aan-nemingsovereenkomsten die worden betwist wegens schijnzelfstandigheid. Maar de RSZ betwist soms de kwalificatie 'arbeidsovereenkomst' die partijen aan hun arbeidsrelatie hebben gegeven omwille van schijnwerknemerschap. De partij die opkomt tegen die kwalificatie, bv. de opdrachtgever of de RSZ, draagt hiervan de bewijslast, namelijk dat de feitelijke uitvoering van de overeenkomst of bepaalde contractbedin-gen⁽¹⁴⁸⁾ die kwalificatie uitsluiten. Het feit dat in beginsel de eiser de bewijslast draagt, verandert te dezen niets. Het is de RSZ die met haar administratieve beslissing de kwalificatie door partijen aanvecht, die daarvoor het bewijs moet leveren⁽¹⁴⁹⁾.

De werknemer kan een gerechtelijke procedure opstarten teneinde zijn subjectief recht op sociale zekerheid voor werknemers te doen erkennen⁽¹⁵⁰⁾.

2.4. ENIGE TOEPASSINGEN VAN DE BEWIJSLASTREGELS IN HET ARBEIDSRECHT

2.4.1. Arbeidsongeschiktheid

De werknemer die gewaarborgd loon vordert wegens arbeidsongeschiktheid moet zijn arbeidsongeschiktheid bewijzen. Dit bewijs is niet geleverd wanneer de door de werkgever aangestelde controlearts in strijd met het overgelegde medisch getuig-schrift van de behandelende arts tot de arbeidsgeschiktheid van de werknemer besluit⁽¹⁵¹⁾. Tegelijkertijd heeft de werkgever in die situatie niet bewezen dat de werk-nemer arbeidsgeschikt is en derhalve ongewettigd afwezig op het werk is. De be-wijsimpasse kan doorbroken worden door een scheidsrechterlijke procedure of een gerechtelijke expertise⁽¹⁵²⁾.

2.4.2. Loonbetaling

Overeenkomstig artikel 5, § 1 van de Loonbeschermingswet dient, in geval van beta-ling van het loon van hand tot hand, de werkgever een kwitantie van deze betaling aan de werknemer ter ondertekening voor te leggen⁽¹⁵³⁾. De werkgever moet de be-taling van het loon bewijzen. Een loonbrief op zich is geen bewijs van betaling⁽¹⁵⁴⁾.

De vraag is of de werkgever die geen kwitantie aan de werknemer heeft voorgelegd, de betaling op een andere wijze kan bewijzen. Het merendeel van de rechtspraak neemt aan dat de verplichting om een kwitantie voor te leggen geen afbreuk doet aan de mogelijkheid voor de werkgever om overeenkomstig art. 12 Arbeidsovereen-

(148) Zie voor een toepassing Arbh. Bergen 16 december 2003, *JTT* 2005, 7.

(149) Aldus terecht Arbh. Antwerpen, 6 december 2004, *Or.* 2005, nr. 4, 1; S. GILSON, K. ROSIER en E. DERMINE, «La preuve en droit du travail» in F. KUTY en D. MOUGENOT, *La preuve. Questions spéciales*, Luik, Anthemis, 2008, 195-196.

(150) Cass. 5 november 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, 267, *RW* 1990-91, 1431, *Soc.Kron.* 1991, 177, noot M. DUMONT.

(151) Cass. 5 januari 1981, *RW* 1980-81, 2629.

(152) Art. 31, § 5 en § 7 Arbeidsovereenkomstenwet.

(153) Ook *infra*.

(154) Arbh. Brussel 8 januari 2010, AR nr. 2008/AB/51.232, onuitg.

komstenwet het bewijs van de contante betaling te leveren⁽¹⁵⁵⁾. De bepaling die de werkgever verplicht aan de werknemer een kwitantie te vragen, stelt geen onweerlegbaar vermoeden van niet-betaling in, wanneer geen kwijting werd ondertekend⁽¹⁵⁶⁾. Echter is de rechtspraak niet eensgezind en oordeelden sommige feitenrechtters dat de werkgever een legitieme reden moet aanvoeren die hem verhinderd heeft een kwitantie voor te leggen⁽¹⁵⁷⁾. In dit verband kan nog nuttig worden opgemerkt dat de betaling van de bedrijfsvoorheffing en van de socialezekerheidsbijdragen weliswaar geen bewijs van de betaling van het loon oplevert, maar toch een aanwijzing vormt⁽¹⁵⁸⁾.

2.4.3. Beëindiging van de arbeidsovereenkomst

Bewijsdiscussies komen vaak voor met betrekking tot het ontslag. Ontslag is de wilsuiking van een der partijen bij een arbeidsovereenkomst, ter kennis gebracht van de wederpartij, ter beëindiging van de arbeidsovereenkomst⁽¹⁵⁹⁾. De partij die aanvoert dat de arbeidsovereenkomst door ontslag van de andere partij is geëindigd, draagt daarvan de bewijslast en het is niet de andere partij die moet bewijzen dat de overeenkomst bij onderling akkoord werd beëindigd⁽¹⁶⁰⁾.

Een apart geval betreft het bewijs van een impliciet ontslag ten gevolge van de belangrijke eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel door de werkgever. Volgens de vaste cassatierechtspraak moet de benadeelde werknemer niet aantonen dat de eenzijdige wijziging de uitdrukking is van de wil de overeenkomst te beëindigen⁽¹⁶¹⁾. Nu dergelijke eenzijdige wijziging wordt beschouwd als een geval van onrechtmatig impliciet ontslag dat de arbeidsovereenkomst onmiddellijk onrechtmatig doet eindigen, mag die rechtspraak van het Hof van Cassatie zo worden gelezen dat de wil tot beëindiging steeds aanwezig wordt geacht bij een eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel. In dergelijk geval wordt de wil tot beëindiging derhalve geobjectiveerd⁽¹⁶²⁾. De werknemer die zich op het impliciete ontslag beroept, moet wel de eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst bewijzen. Wanneer een werknemer verduidelijking vraagt over zijn taakinvoering en zijn plaats in de organisatie, kan hij deze briefwisseling op zich niet inroepen als bewijs van een functiewijziging, die hij beschouwt als degradatie. Deze briefwisseling toont immers aan dat er hierover onduidelijkheid bestaat⁽¹⁶³⁾.

(155) Arbh. Antwerpen 26 april 1999, *RW* 2000-01, 593; Arbh. Antwerpen 2 juni 2000, *Limb.Rechtsl.* 2001, 257; Arbh. Bergen 16 juni 2000, *JTT* 2000, 318; Luik 30 oktober 2002, *JLMB* 2004, 609; Arbrb. Antwerpen 10 juni 1998, *Soc.Kron.* 1998, 514.

(156) Corr. Luik 2 juni 2000, *Soc.Kron.* 2001, 411; Corr. Luik 31 maart 2000, *Soc.Kron.* 2003, 468; zie S. GILSON, K. ROSIER en E. DERMINE, «La preuve en droit du travail» in F. KUTY en D. MOUGENOT, *La preuve. Questions spéciales*, Luik, Anthemis, 2008, 196.

(157) Arbh. Luik 20 december 2004, *JLMB* 2007, 699; Arbh. Luik 26 april 2006, *JTT* 2006, 300. Zie W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal compendium arbeidsrecht 2010-2011*, Mechelen, Kluwer, nr. 2535.

(158) Arbh. Luik 30 oktober 2002, *JLMB* 2004, 609.

(159) Bv. Cass. 23 maart 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, 817; Cass. 18 december 1988, *Arr.Cass.* 1989-90, 544; W. VAN EECKHOUTTE, «Overzicht van rechtspraak. Arbeidsovereenkomsten (1988-2005)», *TPR* 2006, 379.

(160) Cass. 31 januari 1978, *TSR* 1978, 329.

(161) Cass. 27 juni 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, nr. 668; Cass. 23 juni 1997, *Arr.Cass.* 1997, nr. 294.

(162) Zie W. RAUWS en K. SALOMEZ, «Wil en vertrouwen in het ontslagrecht», *TPR* 2007, 1993 e.v.

(163) Arbh. Brussel 1 oktober 2010, AR nr. 2009/AB/52225, onuitg.

Anders dan bij een eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst doet de wanprestatie van een der partijen de arbeidsovereenkomst op zich niet eindigen, zelfs al slaat de tekortkoming op een essentiële verbintenis ⁽¹⁶⁴⁾. Er kan slechts sprake zijn van ontslag indien uit de de wanprestatie begeleidende omstandigheden de wil van de nalatige partij blijkt om de arbeidsovereenkomst te beëindigen ⁽¹⁶⁵⁾. Wat de bewijslast betreft, kan worden verwezen naar een recent cassatiearrest van 22 oktober 2012. *In casu* had de werkgever de werknemer verweten impliciet ontslag te hebben genomen op grond van diens ongerechtvaardigde afwezigheid. De werknemer betwist dit en vordert een opzeggingsvergoeding en een vergoeding wegens willekeurig ontslag. Daarna vordert de werkgever bij wijze van tegeneis op zijn beurt een opzeggingsvergoeding en een vergoeding wegens tergend en roekeloos geding. De vorderingen van de arbeider worden toegekend omdat de beëindigingswil in hoofde van de werknemer niet aanwezig was en de vorderingen van de werkgever worden afgewezen. De werkgever voert in cassatie aan dat de eisende arbeider de bewijslast draagt aan te tonen dat de werkgever ten onrechte besloten had dat de arbeider impliciet de arbeidsovereenkomst had verbroken en hij derhalve diende te bewijzen dat hij geen contractuele wanprestatie had begaan of minstens dat hij met die wanprestatie niet de wil heeft geuit de arbeidsovereenkomst te wijzigen. Het Hof van Cassatie wijst die zienswijze terecht af. Indien de arbeidsovereenkomst is beëindigd omdat de werkgever ten onrechte ontslag heeft ingeroepen op grond van de wanprestatie van de werknemer, die op zich in beginsel niet de arbeidsovereenkomst doet eindigen, dan komt het aan de zich verwerende werkgever toe te bewijzen bevrijd te zijn van de verbintenis een ontslagvergoeding te betalen, door aan te tonen dat uit de wanprestatie van de werknemer en de begeleidende omstandigheden de wil van de werknemer bleek om de arbeidsovereenkomst te beëindigen ⁽¹⁶⁶⁾.

Degene die zich beroept op het einde van de arbeidsovereenkomst bij onderling akkoord zal hiervan het bewijs moeten leveren. Een mooi voorbeeld van de gemeenrechtelijke principes inzake de bewijslast vindt men in een cassatiearrest van 6 maart 2006 ⁽¹⁶⁷⁾. Het Hof oordeelde dat de partij die een dringende reden tot onmiddellijk ontslag inroept, overeenkomstig artikel 35, achtste lid van de Arbeidsovereenkomstenwet, hiervan het bewijs dient te leveren. De toepassing van deze wetsbepaling wijkt niet af van de gemeenrechtelijke bewijslastverdeling, vervat in de artikelen 1315 van het Burgerlijk Wetboek en 870 van het Gerechtelijk Wetboek. Van 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, wanneer die feiten aanvoert die als een exceptie in de zin van artikel 1315 van het Burgerlijk Wetboek kunnen worden beschouwd, de bewijslast van de door haar aangevoerde feiten, dit op grond van de in het tweede lid van dit artikel bepaalde regel van bewijslast. De partij die ontslaat om dringende reden moet niet enkel het dringende motief bewijzen, maar ook dat zij de vervaltermijnen inzake de tijdig-

(164) Cass. 4 februari 1991, *RW* 1990-91, 1437, met noot.

(165) W. VAN EECKHOUTTE, "Overzicht van rechtspraak. Arbeidsovereenkomsten (1988-2005)", *TPR* 2006, 591.

(166) Cass. 22 oktober 2012, *JTT* 2012, 427.

(167) Cass. 6 maart 2006, *Arr.Cass.* 2006, 537, *JTT* 2007, 6, *RW* 2006-07, 682.

heid van het ontslag en de kennisgeving van de motieven heeft gerespecteerd ⁽¹⁶⁸⁾. Gelet op het feit dat het in de praktijk meestal werkgevers zijn die ontslaan om dringende reden zal het bewijs van de tijdigheid van het ontslag en de kennisgeving van de motieven veelal op de werkgever wegen ⁽¹⁶⁹⁾. Zo dient de werkgever, indien hij fouten afleidt uit een screening van de computer van de werknemer, de datum van het onderzoek van de computer of de vaststelling van de fout te bewijzen ⁽¹⁷⁰⁾.

Een beschermd werknemer vordert een ontslagvergoeding omdat hij als niet-verkozen kandidaat voor de ondernemingsraad ongeveer drie jaar na de sociale verkiezingen door de werkgever werd ontslagen zonder dat de werkgever de wettelijke voorschriften van de Wet Bijzondere Ontslagbescherming Personeelsafgevaardigden van 19 maart 1991 heeft gerespecteerd. De werkgever voert aan dat de werknemer niet meer beschermd was tegen ontslag omdat hij reeds voorheen kandidaat was bij eerdere sociale verkiezingen en ook toen reeds niet verkozen werd ⁽¹⁷¹⁾. De arbeidsrechtbank oordeelde dat de bewijslast voor het feit dat de kandidatuur van de betrokken werknemer niet zijn eerste niet-vruchtbare kandidatuur was, bij de werkgever ligt omdat hij een exceptie aanvoert waaruit zou moeten volgen dat de eiser op het moment van zijn ontslag niet meer beschermd was omdat het een tweede niet-vruchtbare kandidatuurstelling betrof ⁽¹⁷²⁾.

Opdat blijvende overmacht, bv. onder de vorm van een brand, een einde zou stellen aan de overeenkomst dient zij te worden ingeroepen en bewezen door de partij die zich op de overmacht met de definitieve gevolgen beroept ⁽¹⁷³⁾. De werkgever die de definitieve arbeidsongeschiktheid inroept als beëindigende overmacht, draagt hiervan de bewijslast ^{(174) (175)}.

Bepaalde rechtspraak is van oordeel dat het KB Gezondheidstoezicht van 28 mei 2003 met zich meebrengt dat de werkgever in geval van arbeidsongeschiktheid van de werknemer slechts overmacht kan inroepen indien hij aantoonde geen ander passend werk te kunnen geven ⁽¹⁷⁶⁾.

In de rechtspraak treft men wel meer discussies aan over het bewijs van de overmacht onder de vorm van definitieve arbeidsongeschiktheid van de werknemer. In een zaak aanhangig voor het arbeidshof te Antwerpen werd de bewijswaarde van het getuigschrift van de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer in het gedrang gebracht. Ter zake besliste het arbeidshof te Antwerpen dat de medische beslissing van de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer in het kader van het KB van 28 mei 2003 betreffende het gezondheidstoezicht slechts als het bewijs van de medische overmacht door de werkgever kan worden aanvaard voor zover de procedure voorgeschreven in de artikelen 55 e.v. van dit KB werd nageleefd en er geen twijfel kan over bestaan dat het

(168) Art. 35, lid 8 Arbeidsovereenkomstenwet.

(169) Arbh. Luik 15 januari 2010, AR nr. 36352, onuitg.

(170) Arbh. Luik 15 januari 2010, AR nr. 36352, onuitg.

(171) Art. 2, § 3 Wet Bijzondere Ontslagbescherming Personeelsafgevaardigden.

(172) Arbb. Antwerpen 8 november 2012, AR nr. 12/702/A12/702/A, onuitg.

(173) Arbh. Brussel 21 mei 2010, AR nr. 2009/AB/52217, onuitg.

(174) Arbh. Brussel 30 mei 1989, *Soc.Kron.* 1991, 20.

(175) De nieuwe regeling van art. 34 Arbeidsovereenkomstenwet is nog steeds niet in werking getreden.

(176) Arbh. Luik, afd. Namen, 2 juni 2009, *RRD* 2009, 426. Betwiste materie.

onderzoek op objectieve wijze werd gevoerd. Opvallend is ook de beslissing van het arbeidshof dat zelfs de omstandigheid dat de beslissing in beroep van de geneesheer-inspecteur niet meer voor verhaal vatbaar is en er door de werknemer geen gebruik werd gemaakt van de mogelijkheid om een deskundigenonderzoek te vragen geen afbreuk doet aan het appreciatierecht van de arbeidsgerechten aangaande de bewijswaarde van deze beslissing ⁽¹⁷⁷⁾.

In een andere zaak, waar de werkgever overmacht wegens definitieve arbeidsongeschiktheid voor de bedongen arbeid had ingeroepen, verwierp het arbeidshof te Antwerpen de vermeldingen van de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer op het formulier voor de gezondheidsbeoordeling van de werknemster, omdat het slechts aanbevelingen of adviezen aan de werkgever bevatte, waardoor deze niet is gebonden. Deze vermeldingen leveren dan ook, volgens het arbeidshof, niet het bewijs van de definitieve medische ongeschiktheid van de werknemster voor de uitoefening van de overeengekomen arbeid. Dit oordeel kan niet worden bijgevallen omdat het arbeidshof te Antwerpen niet uitlegt welk feitelijk element toelaat het oordeel van de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer in twijfel te trekken, ware het niet dat de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer niet had aangestipt dat de werknemster definitief arbeidsongeschikt is.

Het bijkomende oordeel van het arbeidshof te Antwerpen is dat een richtlijnconforme interpretatie van de Antidiscriminatiewet tot de vaststelling leidt dat de zelfs blijvende fysieke beperking van een poetsvrouw niet kan worden beschouwd als een vorm van definitieve overmacht, wanneer het voor de werkgever perfect mogelijk is haar ondanks haar handicap aan het werk te houden mits een kleine wijziging in de taakverdeling tussen de poetsvrouwen of het ter beschikking stellen van een hulpmiddel zoals een trapje of een ladder. Volgens het Hof van Justitie in de zaak *Chacon Navas* dient 'handicap' te worden begrepen als een beperking die met name het gevolg is van lichamelijke, psychische, of geestelijke aandoeningen die de deelneming van de betrokkene aan het beroepsleven belemmeren ⁽¹⁷⁸⁾. Volgens het arbeidshof te Antwerpen kan bezwaarlijk worden betwist dat de definitieve, lichamelijke ongeschiktheid van een poetsvrouw voor het verrichten van poetswerk boven de schoudergordel moet worden beschouwd als een handicap in de zin van genoemde Kaderrichtlijn.

Deze zienswijze van het arbeidshof Antwerpen krijgt pas haar volle betekenis in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie. Volgens het Hof van Justitie in een eerste belangrijk arrest in de zaak *Chacon Navas* dient 'handicap' te worden begrepen als een beperking die met name het gevolg is van lichamelijke, psychische, of geestelijke aandoeningen die de deelneming van de betrokkene aan het beroepsleven belemmeren ⁽¹⁷⁹⁾. Maar na het arrest *Chacon Navas* heeft de Europese Unie het VN-Verdrag van 13 december 2006 inzake de rechten van personen met een handicap met een besluit van 26 november 2009 geratificeerd ⁽¹⁸⁰⁾. Mede onder invloed van dat verdrag komt het Hof van Justitie tot een belangrijke verfijning in het begrip 'handi-

(177) Arbh. Antwerpen 10 november 2010, *Soc.Kron.* 2012, 17, met commentaar N. BETSCH en A. VAN REGENMORTEL

(178) Arbh. Antwerpen 23 april 2010, *Soc.Kron.* 2011, 79.

(179) HvJ 16 maart 2006, nr. C-13/05, *JAR* 2006/91, *JTT* 2006, 337; zie W. RAUWS in *Het arbeidsrecht in 50 uitspraken*, Deventer, Kluwer, 2012, 341 e.v.

(180) Zie art. 216 VWEU.

cap' in de Kaderrichtlijn gebracht in de arresten *Ring* en *Skouboe Werge*⁽¹⁸¹⁾. Het Hof oordeelt dat het begrip 'handicap' een beperking inhoudt als gevolg van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen die, in wisselwerking met diverse drempels, iemand verhinderen volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen. De handicap hoeft niet aangeboren te zijn of door een ongeval veroorzaakt te zijn. Hij kan ook het gevolg zijn van ziekte, die niet per se ongeneeslijk hoeft te zijn. Wel moet de beperking langdurig zijn. Het Hof van Justitie verduidelijkt ook dat een handicap niet noodzakelijk de *volledige* uitsluiting van het werk of het beroepsleven impliceert.

De arresten van het Hof van Justitie van 11 april 2013 kunnen hier niet grondig worden besproken. Maar het lijdt geen twijfel dat bepaalde gevallen die traditioneel als blijvende overmacht werden beschouwd nu ook als een 'handicap' moeten worden beschouwd. En dat heeft belangrijke gevolgen. Indien van 'handicap' kan worden gesproken, is de werkgever verplicht om redelijke aanpassingen door te voeren zodat de werknemer toch tewerkgesteld kan blijven, zonder dat die aanpassingen de werkgever onredelijk mogen belasten⁽¹⁸²⁾. Het Hof van Justitie geeft aan dat een redelijke aanpassing kan bestaan in het nemen van de organisatorische arbeidstijdverkorting. Wanneer de werkgever heeft verzuimd de vereiste redelijke aanpassingen aan te brengen, moeten de afwezigheden van de werknemer volgens het Hof worden toegeschreven aan de werkgever. En in dat geval kan de werkgever zich volgens het Hof van Justitie in de zaken *Ring* en *Skouboe Werge* niet beroepen op een nationale wettelijke regel die de werkgever toestaat na een periode van gewaarborgd loon gedurende 120 dagen de arbeidsovereenkomst met een verkorte opzeggingstermijn te beëindigen. Het is geenszins onmogelijk dat het Hof van Justitie in een geval waar de werkgever niet de redelijke aanpassingen heeft verricht analoog zal beslissen dat de werkgever zich niet op de met onmiddellijk gevolg beëindigende overmacht kan beroepen. Deze nieuwe rechtspraak van het Hof van Justitie nopens de discriminatie op basis van handicap brengt de traditionele cassatierechtspraak inzake definitieve arbeidsongeschiktheid als beëindigende overmacht⁽¹⁸³⁾ in zwaar weer. Het ontbreken van redelijke aanpassingen voor een persoon met een handicap wordt als een vorm van discriminatie beschouwd, die de toepassing van de leer van de beëindigende overmacht in geval van definitieve arbeidsongeschiktheid kan beletten⁽¹⁸⁴⁾. Een ongelijke behandeling op basis van handicap is als directe discriminatie verboden tenzij het onderscheid gerechtvaardigd kan worden door wezenlijke en bepalende beroepsvereisten⁽¹⁸⁵⁾.

(181) HvJ 11 april 2013, nr. C-335/11 en C-337/11, met eensluitende conclusie adv.-gen. KOKOTT.

(182) Art. 5 Kaderrichtlijn; Art. 9 Antidiscriminatiewet; HvJ 11 april 2013, nr. C-335/11 en C-337/11.

(183) Cass. 5 januari 1981, *RW* 1980-81, 2401.

(184) N. BETSCH en A. VAN REGENMORTEL, "Definitieve arbeidsongeschiktheid bekeken vanuit het antidiscriminatierecht. Wordt het recht op redelijke aanpassingen voor werknemers met een 'beperking' niet al te zeer 'beperkt'?", *Soc.Kron.* 2012, 1.

(185) Art. 8 Antidiscriminatiewet.

2.4.4. Concurrentiebeding

Een geldig concurrentiebeding creëert verbintenissen voor de werknemer na beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Maar het concurrentiebeding, bv. in een arbeidsovereenkomst voor bedienden, schept ook een verbintenis voor de werkgever, namelijk om een compenserende vergoeding te betalen. De partij die zich op de afstand van het concurrentiebeding beroept, moet hiervan het bewijs leveren. De afstand van het concurrentiebeding door de werkgever is aan geen bijzondere vormvoorwaarden onderworpen, zodat deze afstand mondeling kan gebeuren⁽¹⁸⁶⁾. *In casu* beweerde de werkgever dat hij tijdens een bespreking afstand had gedaan van het concurrentiebeding. Het arbeidsgerecht staat de werkgever toe dat met een getuigenverhoor te bewijzen⁽¹⁸⁷⁾.

2.5. HET VOORWERP VAN HET BEWIJS

Krachtens artikel 870 Ger.W. moet iedere partij het bewijs leveren van de feiten die zij aanvoert. Nu heeft het bewijs van feiten, wanneer zij geen juridische betekenis of draagkracht in het recht hebben, geen zin⁽¹⁸⁸⁾. Wanneer een eiser feiten aanvoert die geen juridisch gevolg hebben, kan de vordering niet worden toegewezen. De feiten waarvan het bewijs moet worden geleverd, zullen dus materiële feiten zijn met een rechtsgevolg, dit zijn 'juridische feiten'⁽¹⁸⁹⁾, ook rechtsfeiten genoemd⁽¹⁹⁰⁾. Een specifieke categorie van rechtsfeiten zijn de handelingen waarmee rechtsgevolgen worden beoogd⁽¹⁹¹⁾. Het bewijs kan derhalve ook rechtshandelingen betreffen⁽¹⁹²⁾. In beginsel moet de procespartij de toepasselijke rechtsregel niet bewijzen omdat de rechter wordt geacht het recht te kennen⁽¹⁹³⁾. De rechter dient ook de toepasselijke regel uit het vreemde recht op te zoeken. Strikt genomen moeten de partijen het bewijs ervan niet leveren⁽¹⁹⁴⁾.

In beginsel kunnen partijen zich vergenoegen de feiten aan te dragen die hun vordering moeten schragen: *da mihi factum, dabo tibi ius*. Zoals algemeen wordt aangenomen heeft het Hof van Cassatie een zogenaamde feitelijke conceptie aan de oorzaak van de vordering gegeven⁽¹⁹⁵⁾. Dit impliceert dat de rechter de passende kwalificatie

(186) P. MAERTEN en O. WOUTERS, "Concurrentiebeding, overzicht van rechtspraak", *TSR* 2004, 291 en de geciteerde rechtspraak.

(187) Arbh. Brussel 8 januari 2010, AR nr. 2008/AB/51.232, onuitg.

(188) M. VAN QUICKENBORNE, "Feit en recht" in A. VANDEPLAS en J. SPREUTELS, *Prolegomena*, Brussel, Swinnen 1987, 17-19.

(189) E. KRINGS, "Het ambt van de rechter bij de leiding van het geding", *RW* 1983-84, 350.

(190) M. VAN QUICKENBORNE, "Feit en recht" in A. VANDEPLAS en J. SPREUTELS, *Prolegomena*, Brussel, Swinnen 1987, 19; vgl. W. RAUWS, "Het ambtshalve aanvullen van de rechtsgrond en de autonomie van de partijen", *RW* 1985-86, 2220-2221.

(191) E. DIRIX, B. TILLEMANN en P. VAN ORSHOVEN (eds.), *De Valks Juridisch Woordenboek*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 59, v° Rechtsfeit.

(192) H. BUYSENS, o.c., *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 4, 48.

(193) H. BUYSENS, o.c., *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 4, 48.

(194) Cass. 23 februari 1984, *RW* 1984-85, 2387, H. BUYSENS, o.c., *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 4, 48-49.

(195) Cass. 10 mei 1985, *RW* 1985-86, 2213, met noot W. RAUWS; Cass. 14 april 2005, *JLMB* 2005, 856 met noot G. DE LEVAL, «Un arrêt fondamental et attendu»; J.-F. VANDROOGHENBROECK, *Cassation et jurisdiction. Jura dicit curia*, Brussel, Bruylant, 2004, 380-412; W. RAUWS, «Het ambtshalve aanvullen

moet geven aan de voorgelegde feiten. Bovendien moet de rechter ambtshalve de juiste rechtsregel toepassen op de feiten en de voorliggende vordering⁽¹⁹⁶⁾. Zoals Gilson, Rosier en Derminne hebben opgemerkt, geeft het Hof van Cassatie ook een ruime uitlegging aan het voorwerp van de vordering, hetgeen zij omschrijven als de feitelijke invulling van het voorwerp van de vordering door het Hof van Cassatie.

Deze problematiek is de beoefenaars van het arbeidsrecht goed bekend. Wanneer de niet-betaling van het loon voor overwerk een misdrijf vormt, kan de werknemer een vordering tot herstel van de door dat misdrijf veroorzaakte schade instellen, al bestaat de vergoeding van de geleden schade in de betaling van het loon zelf, en zelfs al vormt de niet-betaling van het loon bijgevolg een tekortkoming aan de verbintenissen die uit de arbeidsovereenkomst voortvloeien en bestaat de gevorderde zaak in de uitvoering van die verplichtingen. Deze rechtsvordering verjaart volgens de bij de V.T.Sv. bepaalde voorschriften. De werknemer had de nakoming van de contractuele verbintenissen gevorderd en niet het herstel van de schade uit het misdrijf⁽¹⁹⁷⁾. Dit alles impliceert dat er voor de rechter een ruime taak is weggelegd. Wanneer de rechter geconfronteerd wordt met een vordering tot betaling van achterstallig loon die louter *ex contractu* wordt ingesteld en de tegenpartij de verjaring van deze vordering op grond van art. 15 van de Arbeidsovereenkomstenwet opwerpt, heeft de rechter de plicht ambtshalve de verjaring van deze vordering op grond van art. 26 van de Voorafgaande Titel Sv. te onderzoeken, omdat het niet of het niet tijdig betalen van het loon een misdrijf uitmaakt. Door het ambtshalve onderzoeken of aannemen van een andere rechtsgrond, die geboden is door de feiten die de partijen hebben aangereikt, wijzigt de rechter het voorwerp van de vordering niet. Hij dient hierbij wel aan de partijen de gelegenheid te geven hierover tegenspraak te voeren⁽¹⁹⁸⁾.

De toepassing van dit principe is in de praktijk soms toch wat genuanceerder. Zo behoren collectieve arbeidsovereenkomsten (cao's) als belangrijke rechtsbron in beginsel tot het recht, maar bepaalde cao's, met name op ondernemingsvlak, worden niet neergelegd bij het ministerie van Arbeid⁽¹⁹⁹⁾ ⁽²⁰⁰⁾. Zoals Gilson, Rosier en Derminne terecht hebben opgemerkt, kan dit erop neerkomen dat partijen die cao moeten voorleggen. Indien het Openbaar Ministerie tussenkomt in het privaatrechtelijk arbeidsgeschil, kan het arbeidsauditoraat op grond van art. 138 Ger.W. bij de bevoegde overheidsdienst, dit is de Dienst van de Collectieve Arbeidsbetrekkingen van het ministerie van Arbeid, desgevallend bestuurlijke inlichtingen inwinnen en een afschrift vragen van de cao die wel neergelegd is, evenals van de akten van toetreding tot

van de rechtsgrond en de autonomie van de partijen», *RW* 1985-86, 2215; V. VANNES, «Le rôle du juge dans le contentieux social», G. DE LEVAL en J. HUBIN (eds.), *Espace judiciaire et social européen*, Brussel, Larcier, 2003, 367 e.v.

(196) Cass. 24 maart 2006, *JT* 2006, 680, noot J.-F. VAN DROOGHENBROECK; Cass. 9 mei 2008, *RW* 2008-09, 1765 met noot S. MOSSELMANS; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek Gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, nrs. 149 e.v.

(197) Cass. 23 oktober 2006, *JTT* 2007, 227, met conclusie eerste adv.-gen. J. LECLERCQ, *RRD* 2006, 229, noot R. CAPART, *Soc.Kron.* 2007, 270, noot S. REMOUCHAMPS.

(198) Cass. 20 april 2009, *RW* 2009-10, 876, met conclusie adv.-gen. MORTIER.

(199) Over een niet-neergelegde cao: zie Cass. 30 mei 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, nr. 595, *JTT* 1988, 359, met noot C. WANTIEZ, "Convention collective. Dépôt"; W. RAUWS, "De geldigheid van de collectieve arbeidsovereenkomst" in G. COX en M. RIGAUX, *Collectief onderhandelen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 147-149.

(200) Thans: Federale Overheidsdienst Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg.

en opzegging van de cao's⁽²⁰¹⁾. Zoals advocaat-generaal Lenaerts opmerkte, kan het soms wenselijk zijn na te gaan of de door een partij overgelegde documentatie juist en volledig is⁽²⁰²⁾.

Ook het arbeidsreglement zal moeten worden voorgelegd door een van de procespartijen, vermits dit een rechtsbron is eigen aan de onderneming. Een soortgelijke redenering als daarnet geformuleerd met betrekking tot het optreden van de arbeidsauditeur zou kunnen worden gemaakt met betrekking tot het arbeidsreglement nu de werkgever binnen de 8 dagen na de inwerkingtreding van het reglement een afschrift moet zenden aan de arbeidsinspectie⁽²⁰³⁾.

In het arbeidsrecht is het gebruik onmiskenbaar een bron van recht⁽²⁰⁴⁾. Wat het gebruik betreft, maakt men soms onderscheid tussen feitelijke gebruiken (*usages de fait ou conventionnels*) enerzijds en rechtsgebruiken (*coutumes ou usages de droit*) anderzijds. "De eerste bestaan in plaatselijke of professionele gedragslijnen die gewoonlijk worden gevolgd en waarvan de aanvaarding in rechtshandelingen wordt vermoed voor de interpretatie of aanvulling van de partijwil. De tweede bestaan in een gedragslijn die algemeen en voortdurend wordt gevolgd in de overtuiging dat men daarmee een onuitgedrukte maar bindende rechtsregel nakomt. Zij vullen de rechtsregels aan."⁽²⁰⁵⁾ Ondernemingsgebruiken zijn feitelijke gebruiken en hebben in het hedendaagse arbeidsrecht nog enige betekenis, bv. met betrekking tot de toekenning van een eindejaarspremie. Een gebruik bestaat uit een algemene, vaste en bestendige praktijk, als materiële bestanddelen, en een *opinio necessitatis* als psychologisch element⁽²⁰⁶⁾. Wie zich op het gebruik beroept, moet het bestaan van de elementen ervan bewijzen⁽²⁰⁷⁾. Zoals van Eeckhoutte heeft opgemerkt, kan dat bewijs door alle middelen van recht worden geleverd, zoals bijvoorbeeld documenten, maar ook door de toepassing van een praktijk zonder protest vanwege de werkgever⁽²⁰⁸⁾. Het bestaan van het gebruik is een feitenkwestie, en de schending daarvan kan niet voor het Hof van Cassatie worden aangevochten⁽²⁰⁹⁾.

(201) *Infra* 5.1. Zie S. GILSON, K. ROSIER en E. DERMINE, «La preuve en droit du travail» in F. KUTY en D. MOUGENOT, *La preuve. Questions spéciales*, Luik, Anthemis, 2008, 181-182.

(202) Conclusie adv.-gen. LENAERTS bij Cass. 24 maart 1986, *Arr.Cass.* 1985-86,1015.

(203) Art. 15 Arbeidsreglementenwet.

(204) Zie art. 51 Cao-Wet. Zie ook conclusie adv.-gen. LENAERTS bij Cass. 20 april 1977, *RW* 1977-78, 1871.

(205) W. VAN EECKHOUTTE, "Informeel rechtsbronnen in het arbeidsrecht" in M. RIGAUX en W. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 5*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 551. Vergelijk P. VAN OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence 1974 à 1982. Les obligations", *RCJB* 1986, 182.

(206) W. VAN EECKHOUTTE, "Informeel rechtsbronnen in het arbeidsrecht" in M. RIGAUX en W. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 5*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 554-557.

(207) S. GILSON, K. ROSIER en E. DERMINE, "La preuve en droit du travail" in F. KUTY en D. MOUGENOT, *La preuve. Questions spéciales*, Luik, Anthemis, 2008, 182; W. VAN EECKHOUTTE, "Informeel rechtsbronnen in het arbeidsrecht" in M. RIGAUX en W. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 5*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 558.

(208) W. VAN EECKHOUTTE, "Informeel rechtsbronnen in het arbeidsrecht" in M. RIGAUX en W. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 5*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 558.

(209) W. VAN EECKHOUTTE, "Informeel rechtsbronnen in het arbeidsrecht" in M. RIGAUX en W. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 5*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 558.

Feiten die niet worden betwist, behoeven geen bewijs⁽²¹⁰⁾. De rechter kan aldus, zonder de regels inzake de bewijslast te schenden, zijn oordeel funderen op de niet-betwiste stellingen of beweringen van een partij door deze omstandigheid in aanmerking te nemen als een feitelijk vermoeden waarvan hij de bewijswaarde beoordeelt⁽²¹¹⁾. In beginsel mag de rechter ook niet de realiteit van de voorgedragen feiten gaan onderzoeken wanneer er desbetreffend geen betwisting is tussen partijen.

Bewijslast en bewijsrisico wegen doorgaans op de partij die de feiten aanvoert⁽²¹²⁾. Het bewijsrisico is het risico van procesverlies wanneer na bewijsvoering bepaalde feiten niet genoegzaam bewezen zijn en twijfel blijft voortbestaan⁽²¹³⁾. Het bewijsrisico bepaalt niet wie moet bewijzen. "Het bewijs kan door de wederpartij geleverd worden of het kan afgeleid worden uit een processueel feit dat de rechter in het geding vaststelt, ook zonder dat het door een van de partijen als bewijsmiddel wordt aangevoerd."⁽²¹⁴⁾ Het bewezen feit kan ook worden afgeleid uit een door de rechter ambtshalve opgespoord bewijsmiddel⁽²¹⁵⁾.

2.6. VERSCHUIVING VAN DE BEWIJSLAST

Alvorens in te gaan op de gevallen van omkering van de bewijslast moet even worden stilgestaan bij de vraag of de omkering van de bewijslast niet leidt tot de onmogelijke verplichting een negatief feit te bewijzen of tot een *probatio diabolica*. Meerdere auteurs wijzen er terecht op dat het bewijzen van een negatief feit in werkelijkheid niet per se onmogelijk is. Het Burgerlijk Wetboek bevat bijvoorbeeld in artikel 1384 BW de verplichting voor ouders en onderwijzers om te bewijzen dat zij de daad die tot aansprakelijkheid heeft geleid niet hadden kunnen beletten. Artikel 3 van de Wet Bijzondere Ontslagregeling Personeelsafgevaardigde van 19 maart 1991 bevat een ander voorbeeld van een te leveren negatief bewijs. Artikel 3, § 2 van deze wet bepaalt dat het feit dat de werknemer een personeelsafgevaardigde of een kandidaat-personeelsafgevaardigde is, in geen geval de beslissing om hem te ontslaan mag beïnvloeden. Dezelfde wet bepaalt in art. 3, § 4 dat de werkgever hiervan het bewijs dient te leveren⁽²¹⁶⁾.

Het is niettemin vaststaand dat het negatieve bewijs gepaard kan gaan met ernstige bewijsmoeilijkheden⁽²¹⁷⁾. Het Hof van Cassatie heeft de moeilijkheden met betrekking tot het bewijs van negatieve feiten verzacht door aan te nemen dat het bewijs niet met dezelfde striktheid als het bewijs van een positief feit moet worden geleverd.

(210) H. BUYSENS, *o.c.*, *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 4, 48; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Brussel, Larcier, 1991, nrs. 30 en 58-63.

(211) S. GILSON, K. ROSIER en E. DERMINE, "La preuve en droit du travail" in F. KUTY en D. MOUGENOT, *La preuve. Questions spéciales*, Luik, Anthemis, 2008, 186-187.

(212) H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken: arbeidsrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1999, 49.

(213) Zie H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken: arbeidsrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1999, 49; M.E. STORME, "De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaats proces- en bewijsrecht", *TPR* 1990, 510.

(214) H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken: arbeidsrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1999, 49.

(215) H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken: arbeidsrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1999, 49.

(216) S. GILSON, K. ROSIER en E. DERMINE, "La preuve en droit du travail" in F. KUTY en D. MOUGENOT, *La preuve. Questions spéciales*, Luik, Anthemis, 2008, 205-206.

(217) B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, nrs. 89 en 91.

Wanneer een partij verplicht wordt om een negatief bewijs te leveren, mag de feitenrechter zich tevredenstellen met een voldoende waarschijnlijkheid, in plaats van een zekerheid, zonder dat de bewijslast mag worden verschoven⁽²¹⁸⁾.

Hierboven werd reeds het fenomeen van de verschuiving van de bewijslast op grond van een wet gesignaleerd. Gevallen waarin de bewijslast verschuift zijn o.m. het bewijs omtrent de redenen van het ontslag⁽²¹⁹⁾ of het bewijs van de reden vreemd aan de grond voor de schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst⁽²²⁰⁾. Dit is het geval bij schorsing wegens adoptieverlof⁽²²¹⁾, zwangerschap⁽²²²⁾, borstvoedingsverlof⁽²²³⁾, vaderschapsverlof⁽²²⁴⁾, politiek verlof⁽²²⁵⁾ en betaald educatief verlof⁽²²⁶⁾.

Er zijn in het Belgische arbeidsovereenkomstenrecht evenwel een aantal gevallen van ontslagbescherming gekoppeld aan een grond voor de schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst waarbij niets expliciet is bepaald omtrent de bewijslast voor de redenen van het ontslag. Een geval dat moest worden beslecht door het Hof van Cassatie betreft de ontslagbescherming in geval van tijdskrediet of loopbaanvermindering als geregeld in de cao nr. 77bis van 19 december 2001. Het Hof van Cassatie besliste dat, hoewel in artikel 20 van de cao nr. 77bis inzake de ontslagbescherming de bewijslast niet expliciet wordt geregeld, uit de toepasselijke bepalingen volgt dat de werkgever, die de arbeidsovereenkomst beëindigt van een werknemer die zich kan beroepen op de ontslagbescherming het bewijs moet leveren van het bestaan van een wettige reden tot ontslag⁽²²⁷⁾. Als er een ontslagverbod om een welbepaalde reden wordt ingesteld, moet de werkgever die ondanks het ontslagverbod toch overgaat tot ontslag, kunnen aantonen dat er een geldige reden tot ontslag bestaat⁽²²⁸⁾.

(218) Cass. 27 februari 1958, *RCJB* 1959, 42, met noot P. KIRKPATRICK, «L'article 1315 du Code civil de la preuve des faits négatifs»; Gent 3 november 2011, *T.Gez.* 2012, 205, met noot G.G. ('wrongful birth'); S. GILSON, K. ROSIER en E. DERMINE, «La preuve en droit du travail» in F. KUTY en D. MOUGENOT, *La preuve. Questions spéciales*, Luik, Anthemis, 2008, 197; H. BUYSENS, o.c., *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 4, 53.

(219) Zie bv. de bewijslast in geval van (beweerd) willekeurig ontslag: art. 63 WAO. Zie ook art. 12quater Arbeidsreglementenwet ten aanzien van de werknemer die opmerkingen heeft geformuleerd in het register op het arbeidsreglement.

(220) Zie K. VAN DEN LANGENBERGH en J. HERMAN, "Ontslagbescherming en schorsing van de arbeidsovereenkomst" in M. RIGAUX en W. RAUWS, *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 539.

(221) Art. 30ter, § 4 Arbeidsovereenkomstenwet.

(222) Art. 40 Arbeidswet.

(223) Art. 11, § 2 cao nr. 80 van 27 november 2001 tot invoering van een recht op borstvoedingspauzes. Deze cao is algemeen verbindend verklaard bij KB van 21 januari 2002.

(224) Art. 5, lid 2 KB 17 oktober 1994 betreffende de omzetting van het moederschapsverlof in vaderschapsverlof bij overlijden of hospitalisatie van de moeder.

(225) Art. 5, § 5 Wet Politiek Verlof van 19 juli 1976.

(226) Art. 118 Sociale Herstelwet van 22 januari 1985.

(227) Cass. 14 januari 2008, *RW* 2008-09, 113 met noot I. VAN PUYVELDE, "De bewijslast van de regelmatigheid van het ontslag bij ontslag verboden".

(228) K. VAN DEN LANGENBERGH, *De schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 567-568; zie ook Arbrb. Gent 4 februari 1994, *RW* 1994-95, 545, Arhb. Luik 13 december 2007, *JTT* 2008, 57; J. HERMAN, "Overvloed en onbehagen: de veelheid en tekorten van ontslagbeschermingen" in W. VAN EECKHOUTTE en M. RIGAUX (eds.), *Sociaal recht: niets dan uitdagingen*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 146.

Het belang van het cassatiearrest strekt zich uit tot alle bijzondere ontslagregelingen die niet uitdrukkelijk bepalen dat de werkgever de bewijslast draagt van de toegelaten ontslagredenen. Tot deze groep behoren de regelingen inzake militieverplichtingen⁽²²⁹⁾, de beroepsloopbaanonderbreking en de deeltijdse arbeid⁽²³⁰⁾, en het onbetaald ouderschapsverlof⁽²³¹⁾. Hiermee komt er wellicht een einde aan de andersluidende rechtspraak die in dergelijk geval de bewijslast bij de werknemer legde, waarbij deze laatste moest aantonen dat hij werd ontslagen om een reden die niet toegelaten is⁽²³²⁾. Meerdere auteurs beklemtonen dat er geen omkering is van de bewijslast, maar integendeel een toepassing van de normale bewijsregels ex artikel 1315 BW en 870 Ger.W.⁽²³³⁾

Ook het welbekende artikel 35 Arbeidsovereenkomstenwet bevat een aspect van omkering van de bewijslast wat betreft de nakoming van de termijnen. Zo oordeelde het Hof van Cassatie voor de wetwijziging van 18 juli 1985⁽²³⁴⁾ dat het de ontslagen partij toekwam te bewijzen dat het ontslag laattijdig was omdat de tekortkomingen reeds meer dan drie werkdagen bekend waren⁽²³⁵⁾. Die rechtspraak steunde ongetwijfeld op de overweging dat een werkgever bezwaarlijk gehouden kan zijn een negatief bewijs te leveren dat hij niet eerder kennis had van de fouten, dan op het ogenblik dat hij voorhoudt⁽²³⁶⁾. Maar ook na de wetwijziging van 1985 heeft het Hof van Cassatie de bewijslast in hoofde van de partij die overgaat tot ontslag, wat betreft de tijdigheid van het ontslag, enigszins verzacht: "Dat het arrest aldus, nu het aanneemt dat verweerster pas voldoende kennis heeft gekregen van de litigieuze dringende reden door de vorenbedoelde bescheiden, waarvan het de datering voor juist houdt, de bij artikel 35, achtste lid van de Arbeidsovereenkomstenwet gestelde regel betreffende de bewijslast ter zake van de in het derde lid bedoelde termijn van drie werkdagen, gewijzigd als voormeld, niet schendt door in de omstandigheden die het vermeldt, te beslissen dat het aan de eiser staat het bewijs te leveren van een eventuele andere datum waarop de in aanmerking genomen feiten verweerster reeds voldoende bekend waren."⁽²³⁷⁾

Ook ten aanzien van sommige beschermde werknemers verschuift de bewijslast. Als de werkgever een lid van de vakbondsafvaardiging wil ontslaan en de betrokken vakbondsorganisatie de voorgenomen opzegging betwist, zal de werkgever de redenen

(229) Art. 38, § 3 Arbeidsovereenkomstenwet; zie reeds *Parl.St.* Senaat 1951-52, nr. 60, 2: "Anderzijds stelt de tekst de mogelijkheid open voor de werkgever om af te wijken van het formeel verbod voorzien in de derde alinea, op voorwaarde echter dat hij hierbij voldoende redenen kan aanvoeren, waarvan de aard en de oorsprong buiten het feit liggen van de militaire dienst van de werknemer."

(230) Art. 101 en 107bis Herstelwet van 22 januari 1985.

(231) Art. 15 cao nr. 64 van 29 april 1997.

(232) Bv. Arrbr. Brussel 6 december 2004, *JLMB* 2005, 1295.

(233) Noot I. VAN PUYVELDE, "De bewijslast van de regelmatigheid van het ontslag bij ontslag verboden", *RW* 2008-09, 116; F. ROBERT, "Discrimination – Licenciement et motivation", *JTT* 2003, 356.

(234) Art. 35, lid 8 Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat de partij die een dringende reden inroept, hiervan het bewijs dient te leveren, maar ook dat zij dient te bewijzen dat zij de termijnen in verband met het onverwijld ontslag en de onverwijld kennisgeving van de motieven heeft geëerbiedigd.

(235) Cass. 5 mei 1976, *Arr.Cass.* 1976, 994, *Pas.* 1976, I, 957.

(236) H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken: arbeidsrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1999, 52; S. GILSON, K. ROSIER en E. DERMINE, "La preuve en droit du travail" in F. KUTY en D. MOUGENOT, *La preuve. Questions spéciales*, Luik, Anthemis, 2008, 203.

(237) Cass. 4 december 1989, *RW* 1989-90, 1293.

vreemd aan de uitoefening van de taak van vakbondsafgevaardigde moeten bewijzen.

Tevens in het non-discriminatierecht gelden bijzondere regels omtrent de verschuiving van de bewijslast⁽²³⁸⁾. Hetzelfde geldt voor het bewijs van het bestaan van geweld, pesterijen, of ongewenst seksueel gedrag op het werk⁽²³⁹⁾. Indien een werknemer feiten aanvoert die het bestaan van discriminatie of intimidatie kunnen doen vermoeden, valt de bewijslast van het feit dat er zich geen discriminatie of intimidatie heeft voorgedaan ten laste van de zich verwerende werkgever⁽²⁴⁰⁾.

De verschuiving van de bewijslast is niet van toepassing in strafzaken⁽²⁴¹⁾.

3. BEWIJSMIDDELEN

Voor het bewijs van de aangevoerde feiten moet een beroep worden gedaan op de bewijsmiddelen. Het Burgerlijk Wetboek voorziet in artikel 1316 vijf soorten bewijsmiddelen: het schriftelijke bewijs, de vermoedens, het getuigenbewijs, de bekentenis en de eed⁽²⁴²⁾. Tussen deze bewijsmiddelen bestaat een hiërarchische structuur⁽²⁴³⁾. Bovenaan staan de bekentenis, de gedingbeslissende eed en de onweerlegbare wettelijke vermoedens. Dan volgen de bewijsmiddelen met wettelijke bewijswaarde. Dit zijn de authentieke en onderhandse akten en de weerlegbare wettelijke vermoedens, die voor zover de rechter er rekening mee houdt, onderworpen zijn aan zijn onaantastbare beoordeling⁽²⁴⁴⁾. In dit kader wordt ook apart aandacht besteed aan het bewijs krachtens enkele specifieke sociaalrechtelijke documenten: de Europese detachingsverklaring, de kwitantie, de prestatiebladen, en de tachograaf.

(238) Bv. art. 28 Discriminatiewet 10 mei 2007; art. 33 Genderwet 10 mei 2007; art. 30 Racismewet 30 juli 1981; *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2722/1, 65; Cass. 18 december 2008, *Arr.Cass.* 2008, nr. 740; Arbrb. Mechelen 16 maart 2006, *RW* 2007-08, 445: "Nopens de bewijslast werd het volgende beslist door het hof van beroep te Gent. De omkering of eerder verdeling van de bewijslast, als bepaald in art. 19, § 3, Antidiscriminatiewet, kan enkel worden toegepast t.a.v. een verwerende partij van wie vooraf door de eisende partij is bewezen, of minstens aannemelijk wordt gemaakt dat zij zelf daden heeft gesteld of opdrachten heeft gegeven die *prima facie* discriminatoir zouden kunnen zijn, minstens dat zij dat heeft gedooft, wat impliceert dat zij op de hoogte was van een door de wet verboden discriminatie. De aangevoerde vermoedens moeten hoe dan ook voldoende sterk en pertinent zijn. Als aan die voorwaarde door de eisende partij is voldaan, moet de verwerende partij bewijzen of minstens aannemelijk maken dat haar handelen, het geven van opdrachten of het gedogen in werkelijkheid op objectieve gegevens is gebaseerd, m.a.w. niet discriminatoir is. Indien aan deze voorwaarde niet wordt voldaan, is de gemeenrechtelijke bewijsregeling van toepassing en dragen appellanten dus de bewijslast dat eerste, tweede en derde geïntimeerde zich hebben schuldig gemaakt aan een schending van de Antidiscriminatiewet (zie Gent 30 november 2005, 2004/AR/270 inzake Centrum voor gelijkheid van kansen en racismebestrijding t/ X.)."

Zie verder J. JACQMAIN, "Preuve de la discrimination: il faut qu'une porte soit ouverte et fermée", *Soc. Kron.* 2012, 54.

(239) Art. 32*undecies* Welzijnswet Werknemers 4 augustus 1996.

(240) Zie voor een voorbeeld van discriminatie op basis van etnische origine: Arbh. Antwerpen 25 juni 2008, *T.Vreemd.* 2009, 25, met noot D. CUYPERS, "Getuigenbewijs en discriminatie: enkele kritische beschouwingen over de praktijktest en varianten".

(241) Art. 27 Discriminatiewet 10 mei 2007; art. 32 Genderwet 10 mei 2007; art. 29 Racismewet 30 juli 1981.

(242) B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, nr. 185.

(243) B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, nr. 190.

(244) B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, nr. 191.

Vanwege het verband van de wettelijke vermoedens met de bewijslast en vanwege de hoge bewijswaarde van onweerlegbare wettelijke vermoedens wordt hierna eerst aangevangen met een analyse van de vermoedens.

3.1. DE VERMOEDENS

3.1.1. Algemeen kader: begrip en soorten vermoedens

Vermoedens worden gedefinieerd als gevolgtrekkingen die de wet of de rechter afleidt uit een bekend feit om te besluiten tot een onbekend feit ⁽²⁴⁵⁾. Er moet een onderscheid gemaakt worden tussen de vermoedens die de wet instelt (*wettelijke vermoedens*) en de vermoedens die niet door de wet worden ingesteld (*feitelijke of rechterlijke vermoedens*).

Feitelijke vermoedens worden overgelaten aan het oordeel en het beleid van de rechter, die geen andere dan gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens zal aannemen ⁽²⁴⁶⁾.

Uit artikel 1352 BW volgt dat de wettelijke vermoedens kunnen worden ingedeeld in een weerlegbaar vermoeden (*juris tantum*) en een onweerlegbaar vermoeden (*juris et de jure*), dat in beginsel niet vatbaar is voor tegenbewijs. Maar ook bij een onweerlegbaar vermoeden is de onmogelijkheid het tegenbewijs te leveren echter niet absoluut ⁽²⁴⁷⁾. Tenzij het onweerlegbare vermoeden de openbare orde raakt, kunnen de gerechtelijke eed en de gerechtelijke bekentenis ertegen worden ingeroepen ⁽²⁴⁸⁾.

Een onweerlegbaar vermoeden heeft een wezenlijke impact op de bewijslast. Het bevrijdt degene in wiens voordeel het bestaat definitief van de last te bewijzen ⁽²⁴⁹⁾. Het wettelijke vermoeden ontslaat degene in wiens voordeel het bestaat van ieder bewijs (art. 1352 BW). De partij die zich op deze ontheffing beroept, dient wel het bewijs te leveren van het intermediaire feit of de intermediaire feiten waaraan het vermoeden wordt vastgeknoopt ⁽²⁵⁰⁾. Onweerlegbare vermoedens worden meermaals beschouwd als regelen van materieel recht onder de dekmantel van een bewijsrechtelijke techniek ⁽²⁵¹⁾. Een voorbeeld van een onweerlegbaar vermoeden in het arbeidsrecht geldt wanneer een werknemer verplicht is met het oog op de uitvoering van de overeengekomen arbeid groepen of ploegen van werknemers te leiden, hij

(245) Art. 1349 BW.

(246) Art. 1353 BW; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, nr. 166.

(247) H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken: arbeidsrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1999, 57.

(248) B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, nr. 169; H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken: arbeidsrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1999, 57.

(249) B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, nr. 169.

(250) N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Brussel, Larcier, 1991, 101-103. Men spreekt in dit verband ook van 'hulpfeiten'. Zie ook M. STORME, *De bewijslast in het Belgische privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 328.

(251) N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Brussel, Larcier, 1991, 107; C. BOSSE, "Bewijslastverdeling in het Belgisch arbeidsrecht", *RW* 2000-01, 610; A. VAN REGENMORTEL, "De vermoedens in het socialezekerheidsrecht. Inhoud en draagwijdte van enkele belangrijke wettelijke vermoedens in het socialezekerheidsrecht" in R. JANVIER, A. VAN LOOVEREN, A. VAN REGENMORTEL en V. VERVLIT (eds.), *Actuele problemen van het socialezekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 1999, 162.

onweerlegbaar wordt vermoed te handelen als lasthebber van de werkgever in zijn betrekkingen met de werknemers van die groepen of ploegen ⁽²⁵²⁾.

Te onderscheiden van de wettelijke vermoedens zijn de juridische ficties ⁽²⁵³⁾, waarbij door een materieelrechtelijke norm aan bepaalde feiten een gevolg wordt verbonden dat volledig in strijd is met de werkelijkheid of dat buiten de realiteit staat ^{(254) (255)}. De fictie is een vorm van wetgevingstechniek en heeft een kunstmatig karakter. Ficties komen veel voor in het moderne sociaal recht onder de vorm van 'gelijkstellingen met werknemers'. Het betreft personen die geen werknemer zijn maar die ermee gelijkgesteld worden, wat dus in feite een fictie is. Aldus wordt in de Arbeidsreglementenwet, de Arbeidswet, de Loonbeschermingswet en de Welzijnswet het statutair overheids-personeel gelijkgesteld met werknemers, wat neerkomt op een wettelijke fictie. In bepaalde wetten, zoals de Welzijnswet en de RSZ-Wet, worden ook stagiairs, leerlingen en studenten die bepaalde studierichtingen volgen gelijkgesteld met werknemers ⁽²⁵⁶⁾. Volgens de RSZ-Wet worden eveneens gelijkgesteld met werknemers de personen tot wie de Koning in het RSZ-Uitvoeringsbesluit de personele toepassings-sfeer uitbreidt ⁽²⁵⁷⁾. Het gaat om personen die arbeid verrichten in sociaaleconomisch gelijkaardige voorwaarden als zij die verbonden zijn door een arbeidsovereenkomst, maar die wegens de aard van de gesloten overeenkomst niet kunnen worden beschouwd als een werknemer ⁽²⁵⁸⁾. Aldus worden bij wege van gelijkstelling de volgende categorieën fictief werknemers: de mandatarissen van niet-commerciële organisaties, zoals ziekenfondsen, beroepsorganisaties voor werkgevers en werknemers, vzw's, enz. ⁽²⁵⁹⁾, de huisarbeiders die op een door hen gekozen plaats in gelijkaardige voorwaarden als die van een arbeidsovereenkomst, grondstoffen of gedeeltelijk afgewerkte producten bewerken die hun door handelaar(s) zijn toevertrouwd, en die niet meer dan vier helpers in dienst hebben ⁽²⁶⁰⁾, personen met een handicap verbonden door een speciale leerovereenkomst voor de beroepsopleiding bedoeld door de wet van 16 april 1963 ⁽²⁶¹⁾, de studenten tewerkgesteld in het kader van een overeenkomst voor tewerkstelling van studenten, bedoeld in titel VII van de WAO van 3 juli 1978 en die niet krachtens een arbeidsovereenkomst arbeid verrichten ⁽²⁶²⁾, de onthaalouders ⁽²⁶³⁾, en persoonlijke assistenten van personen met een handicap ⁽²⁶⁴⁾.

(252) Art. 8 Arbeidsovereenkomstenwet; zie T. VERHEYDEN, "Les contrats de travail" in *Répertoire notarial*, deel XV, boek VIII, Brussel, Larcier, 1981, nr. 89.

(253) D. ALLAND en S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Parijs, PUF, 2003, v° 'Fiction', 716-718.

(254) *Pandectes belges*, deel 44, Brussel, Larcier, 1893, v° 'Fiction'; A. VAN REGENMORTEL, "Schijnzelfstandigheid" in *CBR Jaarboek 2005-2006*, Antwerpen, Maklu, 2006, 3.

(255) Een voorbeeld van een juridische fictie is het adagium *Nemo ius ignorare consetur*.

(256) Art. 2, § 1, lid 2 Welzijnswet.

(257) Art. 1, § 1, lid 2 RSZ-Wet.

(258) Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer 1966-67*, nr. 390/1, 2 en 5; Cass. 20 oktober 1988, *RW 2008-09*, 1261; L. VERMEULEN, "Toepassingsgebied en bijdrageregeling werknemers" in J. PUT en V. VERDEYEN (eds.), *Ontwikkelingen van de sociale zekerheid 2006-2011*, Speciaal nummer TSR 2011, 116.

(259) Art. 3, 1° RSZ-Besluit 28 nov. 1969.

(260) Art. 3, 4° RSZ-Besluit.

(261) Art. 3, 6° RSZ-Besluit.

(262) Art. 3, 8° RSZ-Besluit.

(263) Art. 3, 9° RSZ-Besluit.

(264) Art. 3, 10° RSZ-Besluit.

Het RSZ-Besluit deugt ten dele juridisch niet door bepaalde personen gelijk te stellen met werknemers, terwijl het wel degelijk gaat om werknemers zelf. Het gaat bv. om uitzendkrachten waarvoor reeds lang wettelijk bepaald is dat ze werknemer zijn van het uitzendbureau ⁽²⁶⁵⁾. In zoverre heeft de fictie onder de vorm van een gelijkstelling geen voorwerp vermits ze als werknemer rechtstreeks in het personele toepassingsgebied van de RSZ-Wet vallen ⁽²⁶⁶⁾. De RSZ-Wet brengt ook kunstenaars die niet verbonden zijn door een arbeidsovereenkomst onder voorwaarden in de personele toepassingsfeer van de RSZ-Wet ⁽²⁶⁷⁾. Uitgaande van de realiteit van de artistieke arbeid, die veelal in grote autonomie wordt verricht, en de wettelijke regel die geldt zonder dat de artiest verbonden is door een arbeidsovereenkomst, heeft de wettelijke regel veel van een juridische fictie. Anderzijds laat artikel 1bis van de RSZ-Wet de mogelijkheid open de onderwerping aan het werknemersstatuut te weerleggen wanneer de kunstenaar bewijst de artistieke prestaties niet te leveren in gelijkaardige socio-economische voorwaarden als die waarin een werknemer zich bevindt, wat wijst op de bewijsrechtelijke bedoeling van een weerlegbaar vermoeden ⁽²⁶⁸⁾. De wettelijke gelijkstellingen in de RSZ-wet en het Uitvoeringsbesluit raken de juridische aard van de overeenkomst zelf tussen partijen niet ⁽²⁶⁹⁾.

Het hier gemaakte onderscheid tussen een wettelijk vermoeden en de wettelijke fictie is minder duidelijk en voor meer nuancering vatbaar, maar dit kan hier verder buiten beschouwing blijven ⁽²⁷⁰⁾.

Nog anders dan een wettelijk vermoeden is de rechtstreekse kwalificatie door de wetgever. Te onderscheiden van de wettelijke vermoedens zijn die gevallen waarbij de wetgever de rechtspositie van de betrokkene rechtstreeks kwalificeert op een bepaalde wijze. Zo bepaalt artikel 42 van de Welzijnswet dat de interne preventieadviseur behoort tot het personeel van de werkgever. Volgens de memorie van toelichting betekent dit dat de preventieadviseur van een interne preventiedienst moet behoren tot het personeel van de werkgever ⁽²⁷¹⁾. Deze bepaling blijkt volgens meerdere auteurs te zijn ingegeven door de bezorgdheid schijnzelfstandigheid tegen te gaan ⁽²⁷²⁾. Wellicht moet deze wetsbepaling zo worden uitgelegd dat, indien de preventieadviseur van de interne dienst toch een (aldus gekwalificeerde) aannemingsovereenkomst als zelfstandige met een opdrachtgever heeft gesloten, deze krachtens de wet moet worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst.

(265) Zie J. VAN LANGENDONCK en J. PUT, *Handboek Socialezekerheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 224-225.

(266) Art. 1, § 1 RSZ-Wet.

(267) Y. KERBACH, "Het sociaal statuut van de kunstenaar. Of hoe de artistieke vrijheid verzoenen met de sociale zekerheid" in *Recht in beweging. 14e VRG-Alumnidag*, Antwerpen, Maklu, 2004, 411 e.v.

(268) Y. KERBACH, "Het sociaal statuut van de kunstenaar. Of hoe de artistieke vrijheid verzoenen met de sociale zekerheid" in *Recht in beweging. 14e VRG-Alumnidag*, Antwerpen, Maklu, 2004, 416.

(269) S. GILSON, K. ROSIER en E. DERMINE, "La preuve en droit du travail" in F. KUTY en D. MOUGENOT, *La preuve. Questions spéciales*, Luik, Anthemis, 2008, 211.

(270) J. BONNECASE, *Traité théorique et pratique de droit civil. Supplément*, IV, Parijs, Recueil Sirey, 1928, 193-195.

(271) Memorie van toelichting (*Parl.St.* Kamer BZ 1995, nr. 71/1) gepubliceerd in O. VAN ACHTER (ed.), *De Welzijnswet Werknemers*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 292-293.

(272) A. VAN REGENMORTEL, "Schijnzelfstandigheid" in *CBR Jaarboek 2005-2006*, Antwerpen, Maklu, 2006, 37; H. FONCK, "Een visie van de werknemers" in O. VAN ACHTER (ed.), *De Welzijnswet Werknemers*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 113.

De wetgever heeft in het domein van het arbeidsrecht frequent gebruikgemaakt van wettelijke vermoedens. Deze vermoedens hebben vaak te maken met het bestaan van een arbeidsovereenkomst⁽²⁷³⁾. Voor schouwspelartiesten is een weerlegbaar wettelijk vermoeden van arbeidsovereenkomst voor bedienden opgenomen in de Wet Buitenlandse Arbeidskrachten, maar dan wel enkel voor de toepassing van die wet⁽²⁷⁴⁾. Ook de Loonbeschermingswet kent een vermoeden specifiek aan die wetgeving. Iedere persoon die geheel of gedeeltelijk beloond wordt met fooien of bedieningsgeld, wordt er – behoudens tegenbewijs – geacht werknemer te zijn⁽²⁷⁵⁾. Op o.m. het wettelijk vermoeden inzake de handelsvertegenwoordigers en de betaalde sportbeoefenaars wordt nog teruggekomen.

Sommige wettelijke vermoedens hebben een sanctionerend karakter. Wanneer meerdere opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd of voor een bepaald werk worden gesloten zonder dat er een wettelijke rechtvaardigingsgrond bestaat, worden zij verondersteld een overeenkomst voor onbepaalde tijd uit te maken⁽²⁷⁶⁾. Dit wettelijk vermoeden in het voordeel van de werknemer kan enkel door de werknemer worden ingeroepen⁽²⁷⁷⁾.

Een ander wettelijk vermoeden met een sanctionerend karakter betreft de ontstentenis van de openbaarmaking van de werkroosters voor deeltijdse arbeid⁽²⁷⁸⁾. Het betreft hier thans en voorheen een weerlegbaar vermoeden⁽²⁷⁹⁾, dat enkel ten voordele van de instellingen en de ambtenaren bevoegd voor de bestrijding van zwartwerk werkt en niet door de werknemer kan worden ingeroepen om voltijds loon te vorderen⁽²⁸⁰⁾. Artikel 171 van de Programmawet van 22 december inzake de deeltijdse arbeid behelst dat bij ontstentenis van de inschrijving van de afwijkingen het werkrooster van de deeltijdse werknemer en bij ontstentenis van openbaarmaking van de werkroosters de deeltijdse werknemers, behoudens bewijs van het tegendeel,

(273) Art. 3^{quater} Arbeidsovereenkomstenwet (WAO) inzake apothekers; art. 4 WAO inzake de handelsvertegenwoordigers; art. 5^{bis} inzake het onweerlegbare vermoeden in geval van bijkomende arbeidsprestaties indien men reeds met de opdrachtgever voor gelijkaardige prestaties verbonden is door een arbeidsovereenkomst (zie Arbrb. Tongeren 11 mei 2004, *RABG* 2005, 112); art. 121 WAO inzake studenten; art. 3 Wet Betaalde Sportbeoefenaars van 24 februari 1978; art. 337/1 en 337/2 van de Arbeidsrelatiewet van 27 december 2006, als gewijzigd bij wet van 25 augustus 2012 inzake een weerlegbaar vermoeden van werknemerschap in de sectoren bouw, bewakingsdiensten, goederen- en personenvervoer en schoonmaak.

(274) Art. 3 *in fine* wet 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers; *infra* 3.1.2.4.; K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, 266, nr. 393.

(275) Art. 1 Loonbeschermingswet; K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, 266, nr. 393.

(276) Advies RvS, *Parl.St.* Senaat BZ 1974, nr. 381/1, 64-65; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal compendium arbeidsrecht 2009-2010*, Mechelen, Kluwer, 2010, nr. 1262; M. TAQUET en C. WANTIEZ, «La loi sur les contrats de travail» in *Nouveaux visages du contrat de travail*, Brussel, Éditions du Jeune barreau, 1979, 31-33.

(277) Cass. 2 december 2002, *RW* 2003-04, 18.

(278) Art. 171 programmawet 22 december 1989, als gewijzigd bij wet van 29 maart 2012. Zie ook art. 22^{ter} RSZ-Wet als gewijzigd bij art. 79 wet 29 maart 2012; Cass. 7 februari 2011, *RW* 2011-12, 916, met noot met verwijzingen naar rechtspraak in dezelfde zin; Arbh. Brussel 18 maart 201, *JTT* 2010, 229; Arbh. Antwerpen 10 maart 2000, *RW* 2000-01, 881.

(279) Arbh. Gent 25 september 1999, *JTT* 1999, 13; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium arbeidsrecht 2010-2011*, Mechelen, Kluwer, nr. 1325.

(280) Cass. 28 april 1997, *JTT* 1997, 343.

geacht worden hun arbeidsprestaties verricht te hebben in de hoedanigheid van voltijdse werknemer ⁽²⁸¹⁾.

Een analoog vermoeden is ingeschreven in artikel 22ter van de RSZ-Wet, als gewijzigd bij wet van 29 maart 2012. Artikel 22ter RSZ-Wet laat expliciet bewijs van het tegendeel toe, zodat het thans onmiskenbaar om een weerlegbaar vermoeden gaat. Maar ook voorheen oordeelde het Hof van Cassatie dat artikel 22ter RSZ-Wet, dat meerdere malen werd gewijzigd, een weerlegbaar vermoeden inhield ⁽²⁸²⁾. Het Hof baseerde zich daartoe op artikel 1352, lid 2 BW, volgens hetwelk geen bewijs is toegelaten tegen een wettelijk vermoeden wanneer de wet op grond van dit vermoeden bepaalde handelingen nietig verklaart of de rechtsvordering ontzegt, tenzij de wet zelf het tegenbewijs heeft vrijgelaten. *In casu* is niet aan de in artikel 1352, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek gestelde voorwaarden voldaan, zodat het hier, ondanks de andersluidende bewoordingen gebruikt tijdens de parlementaire voorbereiding van de wet ⁽²⁸³⁾, om een weerlegbaar vermoeden gaat ⁽²⁸⁴⁾.

Wanneer een gebruiker arbeid laat verrichten door een werknemer die ter zijner beschikking wordt gesteld in strijd met het principiële verbod in de wet, dan worden zij luidens artikel 31, § 3 van de Uitzendarbeidwet beschouwd als verbonden te zijn door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd vanaf het begin van de uitvoering van de arbeid. M.i. gaat het hier om een wettelijke fictie ⁽²⁸⁵⁾ en niet om een geval van wettelijke conversie ⁽²⁸⁶⁾. Conversie is immers het omzetten van een door de partijen gewilde, maar nietige rechtshandeling in een andere geldige rechtshandeling die het doel dat de partijen bij het aangaan van de nietige rechtshandeling beoogden, zij het gedeeltelijk, toch zo goed mogelijk verwezenlijkt ⁽²⁸⁷⁾. In geval van terbeschikkingstelling sluiten de gebruiker en de werknemer echter *ab initio* geen overeenkomst ⁽²⁸⁸⁾.

(281) *Infra* inzake art. 22ter van de RSZ-Wet.

(282) Zie Cass. 14 januari 2008, *Soc.Kron.* 2008, 407.

(283) *Parl.St.* Senaat 2004-05, nr. 3-996/3, 5; *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 51-1347/25, 23 en 24, nr. 51-1437/25, 72 en 75, nr. 51-1437/014, nr. 5-1437/001 en nr. 51-1438/001, 23: "Het weerlegbaar vermoeden wordt daarom vervangen door een onweerlegbaar vermoeden, waarbij de inspectiediensten zich wel dienen te vergewissen van het feit of de gecontroleerde werknemer niet in de materiële onmogelijkheid verkeerde om voltijdse arbeid te verrichten."

(284) Cass. 7 februari 2011, *RW* 2011-12, 916, met noot.

(285) *Arbh.* Brussel 27 januari 1994, *Soc.Kron.* 1995, 394; D. ALLAND en S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Parijs, Lamy-PUF, 2003, v° Fiction, 717-718; W. ASSER, *Bewijslastverdeling*, Deventer, Kluwer, 2004, 90; K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, 285, nr. 427. De fictie is de rechtsfiguur of juridische techniek waarbij aan een feitelijke vaststelling een rechtsgevolg wordt verbonden dat menselijkwijze niet waar kan zijn. Ficties hebben een volledig kunstmatig karakter. Wettelijke vermoedens onderscheiden zich van wettelijke ficties doordat zij een zekere waarschijnlijkheid van het beweerde impliceren. Het onderscheid tussen onweerlegbare vermoedens en ficties is klein.

(286) K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, 267, nr. 395; *contra* R. BLANPAIN, *Arbeidsmarktrecht in ICA-Reeks*, Brugge, die Keure, 2005, 74.

(287) K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, 267, nr. 395; W. RAUWS, *Civilrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 48; J. RONSE, "Gerechtigde conversie van nietige rechtshandelingen", *TPR* 1965, 202; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2001, 92.

(288) Er bestaat echter wel een overeenkomst tussen de gebruiker en de werkgever en tussen de werkgever en de werknemer.

3.1.2. Wettelijke vermoedens in het arbeidsovereenkomstenrecht

3.1.2.1. Weerlegbare vermoedens van het bestaan van een arbeidsovereenkomst

In een aantal gevallen wordt het bestaan van een arbeidsovereenkomst op weerlegbare wijze vermoed. Dit is het geval voor de arbeidende student⁽²⁸⁹⁾, de apothekers werkzaam in een voor het publiek toegankelijke officina⁽²⁹⁰⁾ en de handelsvertegenwoordigers⁽²⁹¹⁾. In geval van zo'n wettelijk vermoeden kan de kwalificatie van partijen natuurlijk niet tot uitgangspunt worden genomen⁽²⁹²⁾. Niettemin hebben de zgn. 'kwalificatiearresten' van het Hof van Cassatie toch hun doorwerking in de recente cassatierechtspraak inzake de weerlegging van het wettelijk vermoeden. Deze rechtspraak van het Hof van Cassatie legt andere klemtonen dan de vroegere jurisprudentie van ons opperste rechtscollege⁽²⁹³⁾.

Het Hof van Cassatie overweegt dat het tegenbewijs van het in artikel 4, lid 2 WAO gestelde vermoeden niet volgt uit de loutere gemeenschappelijke bedoeling van partijen om een zelfstandige vertegenwoordiging te sluiten, of een andersluidende kwalificatie aan hun overeenkomst hebben gegeven en het feit dat partijen zich gedurende de hele periode van tewerkstelling niet als door een arbeidsovereenkomst verbonden hebben geacht, maar wel indien is vastgesteld dat de omstandigheden van werkelijke uitvoering van de overeenkomst de gezagsverhouding uitsluiten.

Daarmee wijzigt het Hof van Cassatie eerdere rechtspraak waarin het Hof van Cassatie het middel verwierp dat aanvoerde dat om het wettelijk vermoeden van een arbeidsovereenkomst te weerleggen de werkgever gegevens moet aanbrengen die het bestaan van een arbeidsovereenkomst uitsluiten en niet enkel gegevens waaruit het bestaan van zelfstandige vertegenwoordiging kan worden opgemaakt⁽²⁹⁴⁾. Zoals W. Van Eeckhoutte opmerkt, kan men met een beetje goede wil uit dit arrest afleiden dat beslist werd dat het niet nodig is dat de feitenrechter vaststelt dat een arbeidsovereenkomst uitgesloten is⁽²⁹⁵⁾. In 1981 oordeelde het Hof van Cassatie zelfs dat de rechter het tegenbewijs kan afleiden uit de gemeenschappelijke werkelijke bedoeling van de partijen een overeenkomst van zelfstandige vertegenwoordiging te sluiten⁽²⁹⁶⁾.

(289) Art. 121 Arbeidsovereenkomstenwet (WAO); Cass. 7 okt. 1996, *RW* 1996-97, 1159.

(290) Art. 3 *bis* WAO.

(291) Art. 4, lid 2 WAO. Artikel 4, lid 3 bepaalt dat geen handelsvertegenwoordiger zijn: de commissionair, de makelaar, de concessiehouder voor alleenverkoop, de tussenpersoon die zijn orders vrij kan doorgeven aan wie hij wil, en in het algemeen de handelsagent.

Art. 4, lid 2 WAO luidt: "Niettegenstaande elke uitdrukkelijke bepaling van de overeenkomst of bij het stilzwijgen ervan, wordt de overeenkomst tussen opdrachtgevers en tussenpersoon, welke ook de benaming zij, beschouwd als een arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers, tenzij het tegendeel wordt bewezen."

(292) M. DE VOS, noot onder Cass. 17 mei 2004, *NJW* 2004, 1349. Zie expliciet ook dit cassatiearrest zelf: Cass. 17 mei 2004, *NJW* 2004, 1347, *RW* 2004-05, 625, *Soc.Kron.* 2005, 72.

(293) Cass. 17 mei 2004, *RW* 2004-05, 625, *NJW* 2004, 1349, met noot M. DE VOS.

(294) Cass. 22 mei 2000, *JTT* 2000, 423, met conclusie eerste adv.-gen. LECLERCQ, *Arr.Cass.* 2000, 961.

(295) W. VAN EECKHOUTTE, "Gezag' in de cassatierechtspraak", *NJW* 2005, 15.

(296) Cass. 16 maart 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 780, *Pas.* 1981, I, 761.

Het Hof is thans op die jurisprudentie blijkbaar teruggekomen⁽²⁹⁷⁾. Terecht schrijft van Eeckhoutte "dat het Hof van Cassatie er blijkbaar is voor teruggedeinsd bij het bestaan van een wettelijk vermoeden van een arbeidsovereenkomst, de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen de plaats te geven die de bedoeling, door het valoriseren van de kwalificatie van partijen, wel toekent ingeval er geen wettelijk vermoeden van een arbeidsovereenkomst is"⁽²⁹⁸⁾. Er is dus thans minder ruimte om het wettelijk vermoeden te weerleggen⁽²⁹⁹⁾.

3.1.2.2. De Arbeidsrelatiewet

De belangrijkste wijziging van de Arbeidsrelatiewet⁽³⁰⁰⁾ die recent werd geïntroduceerd is de specifieke invoering van een weerlegbaar vermoeden van werknemerschap voor de sectoren bouw, bewakingsdiensten, goederen- en personenvervoer en schoonmaak wanneer aan een aantal criteria is voldaan. Dit weerlegbaar vermoeden van werknemerschap geldt indien 5 van 9 specifieke criteria vervuld zijn. Voor deze sectoren werd een lijst van 9 criteria opgesteld. Als uit een analyse van de arbeidsrelatie blijkt dat meer dan de helft van de criteria is vervuld, geldt een weerlegbaar vermoeden dat het gaat om een arbeidsovereenkomst. Het gaat over volgende criteria:

- ontstentenis van enig financieel of economisch risico in hoofde van diegene die de werkzaamheden uitvoert. Dit is onder meer het geval: bij ontstentenis van een persoonlijke en substantiële investering in de onderneming met eigen middelen, of, bij ontstentenis van een persoonlijke en substantiële deelname in de winsten en de verliezen van de onderneming;
- ontstentenis van verantwoordelijkheid en beslissingsmacht aangaande de financiële middelen van de onderneming in hoofde van diegene die de werkzaamheden uitvoert;
- ontstentenis van beslissingsmacht over het aankoopbeleid van de onderneming in hoofde van diegene die de werkzaamheden uitvoert;
- ontstentenis van beslissingsmacht over het prijsbeleid van de onderneming in hoofde van diegene die de werkzaamheden uitvoert, behoudens wanneer de prijzen wettelijk zijn vastgelegd;
- de ontstentenis van resultaatsverbintenis betreffende de overeengekomen arbeid;
- de garantie op betaling van een vaste vergoeding, ongeacht de bedrijfsresultaten of de omvang van de prestaties geleverd door diegene die de werkzaamheden uitvoert;
- het zelf geen werkgever zijn van persoonlijk en vrij aangeworven personeel of het ontbreken van de mogelijkheid om voor de uitvoering van het overeengekomen werk personeel aan te werven of zich te laten vervangen;
- het zich niet voordoen als een onderneming ten overstaan van andere personen of hoofdzakelijk of gewoonlijk voor één medecontractant werken;

(297) Zie G. VAN LIMBERGHEN en K. NEVENS, "Doorwerking van de arbeidsrechtelijke gezagsverhouding in het socialezekerheidsrecht. Paal en perk aan de cultus van de wilsautonomie" in M. RIGAUX en P. HUMBLET (eds.), *Actuele problemen arbeidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 390 en 391, nr. 23, zij het zeer genuanceerd; H. MORMONT, "Les pharmaciens d'officine et la jurisprudence récente de la Cour de cassation en matière de preuve de subordination", *Soc.Kron.* 2005, 69.

(298) W. VAN EECKHOUTTE, "Gezag' in de cassatierechtspraak", *NJW* 2005, 15.

(299) W. VAN EECKHOUTTE, "Gezag' in de cassatierechtspraak", *NJW* 2005, 15.

(300) Wet van 25 augustus 2012 tot wijziging van de Arbeidsrelatiewet, *BS* 11 september 2012.

- in ruimtes werken waarvan men niet de eigenaar of de huurder is of werken met materiaal dat ter beschikking wordt gesteld, gefinancierd of gewaarborgd door de medecontractant.

De hoger besproken wijziging van de Arbeidsrelatiewet trad op 1 januari 2013 in werking. Er kon echter bij KB een vroegere datum van inwerkingtreding bepaald worden.

3.1.2.3. De draagwijdte van het wettelijk vermoeden omtrent de commerciële tussenpersoon: de handelsvertegenwoordiger

Handelsvertegenwoordiger is, luidens de Arbeidsovereenkomstenwet, de werknemer die zich ertoe verbindt 'tegen loon cliënteel op te sporen en te bezoeken met het oog op het onderhandelen over en het sluiten van zaken, verzekeringen uitgezonderd, onder gezag, voor rekening en in naam van een of meer opdrachtgevers'⁽³⁰¹⁾. Het woord 'en' met betrekking tot onderhandelen en sluiten van zaken is in de Nederlandse tekst een vergissing waarbij de wetgever, zoals uit de Franse tekst blijkt, 'of bedoelde'⁽³⁰²⁾. Het volstaat dus dat cliënteel wordt bezocht om te onderhandelen over zaken of om zaken af te sluiten⁽³⁰³⁾. De Arbeidsovereenkomstenwet bevat tevens een weerlegbaar vermoeden dat de handelsvertegenwoordiger door een arbeidsovereenkomst is verbonden. Ondanks het feit dat de precisering van de arbeidsovereenkomst voor bedienden niet meer in de wet voorkomt, zijn alle handelsvertegenwoordigers bedienden (gebleven)⁽³⁰⁴⁾.

Met betrekking tot het vermoeden van arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers bestaan er in de doctrine en bij de feitenrechters twee opvattingen. Volgens een eerste strekking dient degene die zich op het vermoeden beroept, ook aan te tonen dat de tussenpersoon zich ertoe heeft verbonden tegen loon clientèle op te sporen en te bezoeken met het oog op het onderhandelen over of het sluiten van zaken voor rekening en in naam van één of meer opdrachtgevers⁽³⁰⁵⁾. Volgens een tweede strekking kan een partij volstaan met de bewijslevering van de hoedanigheid van 'tussenpersoon'⁽³⁰⁶⁾. Dit laatste betekent dat enkel moet worden aangetoond dat de opdrachtnemer bemiddelt of contacten legt tussen opdrachtgever en klant⁽³⁰⁷⁾. Het arbeidshof te Brussel en te Antwerpen sloten zich in arresten van 25 oktober 1978 en 13 februari 2004 aan bij de eerste strekking⁽³⁰⁸⁾, terwijl het arbeidshof te Gent zich

(301) Art. 4 WAO.

(302) Zie art. 2 wet van 30 juli 1963; W. VAN GERVEN, *Handels- en economisch recht, I Ondernemingsrecht*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 1975, nr. 33, 277.

(303) W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal compendium arbeidsrecht 2010-2011*, nr. 4679.

(304) H. LENAERTS, *Inleiding sociaal recht*, Diegem, Kluwer 1995, nr. 162.

(305) A. COLENS en M. COLENS, *Le contrat de travail*, Brussel, Larcier, 1980, nr. 336.

(306) H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken - arbeidsrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 60-61; M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, I, Luik, 1982, 389; J. PETIT, *De arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers*, Brugge, die Keure, 1986, 35.

(307) R. BLANPAIN, "Arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers. Begrip en bewijs" in R. BLANPAIN e.a., *Juridisch statuut van de handelsvertegenwoordiger*, Antwerpen, Kluwer, 1980, 10-11; C. ENGELS, *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 1989, 478; M. JAMOULLE, *Le statut des représentants de commerce*, Luik, Faculté de droit, 1965, 35-36.

(308) Arbh. Brussel 25 oktober 1978, *Med. VBO* 1979, 984; Arbh. Antwerpen 13 februari 2004, *JTT* 2004, 361. Zie ook in die zin: Arbh. Antwerpen 21 februari 1984, *Limb.Rechtsl.* 1984, 90; Arbh. Brussel 25 juni

in de loop van 2005 tegen deze uitspraak keerde en zich bij de tweede strekking aansloot ⁽³⁰⁹⁾.

Opvallend is dat, overeenkomstig artikel 4, lid 3 Arbeidsovereenkomstenwet, geen handelsvertegenwoordiger zijn: de commissionair, de makelaar, de concessiehouder voor alleenverkoop, de tussenpersoon die zijn orders vrij kan doorgeven aan wie hij wil, en in het algemeen, de handelsagent die met zijn opdrachtgever verbonden is door een aannemingsovereenkomst in de zin van de wet betreffende de handelsagentuurovereenkomst, die een lastgeving tegen loon of elke andere overeenkomst is krachtens welke de handelsagent niet onder het gezag van zijn opdrachtgever optreedt. Dat de verkoopsconcessionaris niet onder het wettelijk vermoeden valt, is logisch omdat hij voor eigen rekening optreedt en dus het risico draagt van de gesloten transacties. Hij is geen tussenpersoon in de juridische betekenis van het woord ⁽³¹⁰⁾.

De tekst van artikel 4 van de Arbeidsovereenkomstenwet stemt niet helemaal overeen met de tekst van de wet van 30 juli 1963 ⁽³¹¹⁾ die het wettelijk vermoeden heeft ingevoerd, ook al is het zo dat, ondanks de gewijzigde formulering, de bedoeling van de wetgever ongewijzigd is gebleven ⁽³¹²⁾. Waar in de wet van 30 juli 1963 eerst de activiteit van handelsvertegenwoordiging wordt omschreven en vervolgens wordt bepaald dat de overeenkomst tussen de opdrachtgever en de tussenpersoon vermoed wordt een arbeidsovereenkomst voor bedienden te zijn, geeft de Arbeidsovereenkomstenwet een definitie van de arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers en wordt een overeenkomst tussen opdrachtgever en tussenpersoon vermoed een arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers te zijn.

Vaak geciteerde passages uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 30 juli 1963 ⁽³¹³⁾ bieden weinig houvast. Vooral het antwoord van Troclet, verslaggever aan de Senaat, op een vraag van senator Houben wordt hierbij vaak geciteerd: «*Cet alinéa (...) établit dès lors cette présomption, à savoir que, dès que les apparences existent, dès que quelqu'un s'occupe de vendre les produits d'autrui, il est réputé engagé dans les liens du contrat dont il s'agit ici, sauf si la preuve était fournie que l'on se trouve en présence d'un des autres contrats (...) Est-ce bien la portée de la disposition? Tout à fait exact.*» ⁽³¹⁴⁾ Met name Nevens heeft erop gewezen dat de vraagstelling impliceert dat de eiser aantoonde dat 'andermans producten worden verkocht', hetgeen ook zo kan worden begrepen als de bewijslevering van het opsporen van en het bezoeken met het oog op het onderhandelen over en het sluiten van zaken ⁽³¹⁵⁾.

1997, *Soc.Kron.* 1999, 186.

(309) Arbh. Gent 10 juni 2005, *TGR* 2005, 296; Arbh. Gent 9 december 2005, *Or.* 2006, 1.

(310) W. VAN GERVEN, *Handels- en economisch recht, I Ondernemingsrecht*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 1975, nr. 33.

(311) Wet 30 juli 1963 tot instelling van het statuut der handelsvertegenwoordigers, *BS* 7 augustus 1963.

(312) Verslag namens de Commissie Deneir, *Parl.St.* Kamer 1977-78, nr. 293/4, 6; R. BLANPAIN, "Arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers. Begrip en bewijs" in *Juridisch statuut van de handelsvertegenwoordiger*, Antwerpen, Kluwer, 1980, 5.

(313) H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken - arbeidsrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 60-61; C. ENGELS, *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 1989, 478; M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, tome I, Luik, 1982, 389.

(314) *Hand.* Senaat 1962-63, 28 mei 1963, 1169.

(315) K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, nr. 403.

Vastgesteld moet worden dat, ondanks de zogenaamd duidelijke parlementaire voorbereiding⁽³¹⁶⁾, in de eerste commentaren na het uitvaardigen van de wet van 1963, werd gesteld dat eerst moest worden aangetoond dat het ging om handelsvertegenwoordiging, te weten cliënteel opsporen, het cliënteel bezoeken, met het oog op het onderhandelen over of het sluiten van zaken in naam en voor rekening van een of meer opdrachtgevers, en dit op voortdurende wijze⁽³¹⁷⁾. Het arbeidshof te Antwerpen betoogt dat de tweede strekking geen steun vindt in de parlementaire voorbereiding⁽³¹⁸⁾. Net zoals Colens⁽³¹⁹⁾ argumenteert het Hof dat de overeenkomst tussen de opdrachtgever en de tussenpersoon, waarnaar het vermoeden verwijst, net die overeenkomst is die voldoet aan de omschrijving van de arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers verminderd met termen 'onder gezag'. Degene die zich op het vermoeden beroept moet volgens Colens dus eerst het bestaan van die activiteit bewijzen. Het gebruik van het begrip 'tussenpersoon' in plaats van 'handelsvertegenwoordiger' werd immers enkel ingegeven om een *petitio principis* te vermijden⁽³²⁰⁾. De oorspronkelijke formulering⁽³²¹⁾ was eerder paradoxaal, omdat de overeenkomst tussen een werkgever en een handelsvertegenwoordiger vermoed werd een arbeidsovereenkomst voor bedienden te zijn, terwijl de hoedanigheid van werkgever en handelsvertegenwoordiger net het bestaan van dergelijke overeenkomst veronderstelt, tenzij het wettelijk vermoeden gereduceerd zou worden tot een vermoeden van het bediendestatoot. Dit laatste was echter niet de bedoeling van de wetgever.

In de parlementaire voorbereiding van de wet zijn er passages te vinden die de restrictieve interpretatie van het wettelijk vermoeden steunen in de zin dat enkel het gezag wordt vermoed. Het Commissieverslag van de Senaat voert aan dat artikel 2 van het ontwerp een weerlegbaar vermoeden creëert dat elke overeenkomst van handelsvertegenwoordiging wordt beschouwd als een arbeidsovereenkomst voor bedienden⁽³²²⁾.

Het Hof van Cassatie heeft geen duidelijke uitspraak gedaan over de omvang van het vermoeden⁽³²³⁾⁽³²⁴⁾. Ook in relatief recent cassatiearrest van 17 mei 2004 wordt overwogen dat het vermoeden slechts weerlegd kan worden wanneer wordt aangetoond dat er geen zodanige relatie bestaat tussen de contractpartijen⁽³²⁵⁾. Er moet evenwel worden opgemerkt dat in deze zaak de bewijslastverdeling met betrekking

(316) R. BLANPAIN, "Arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers. Begrip en bewijs" in *Juridisch statuut van de handelsvertegenwoordiger*, Antwerpen, Kluwer, 1980, 11.

(317) A. HOUTEKIER, "Commentaar op de wet van 30 juli 1963 tot instelling van het statuut der handelsvertegenwoordigers", *RW* 1963-64, 331-336; M. STROOBANT, "Het rechtsstatuut van de handelsvertegenwoordiger", *TSR* 1964, 209.

(318) Arbh. Antwerpen 13 februari 2004, *JTT* 2004, 361.

(319) Zie A. en M. COLENS, *Le contrat d'emploi*, Brussel, Bruylant, 1980, 336.

(320) Zie *Hand. Senaat* 1962-63, 28 mei 1963, 1168.

(321) Zie artikel 2 van de tekst voorgedragen door de bevoegde Senaatscommissie: Verslag Troclet, *Parl.St.* Senaat 1962-63, nr. 185, 91.

(322) Verslag BEHOGNE, *Parl.St.* Kamer 1962-63, nr. 583/2, 2.

(323) M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, tome I, Luik, 1982, 389-390; K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, nrs. 405-407; H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken - arbeidsrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 60 met verwijzingen naar Cass. 11 februari 1965, *RW* 1965-66, 346; Cass. 29 februari 1968, *Arr.Cass.* 1968, 873; Cass. 26 november 1970, *Arr.Cass.* 1971, 288.

(324) Verslag TROCLET, *Parl.St.* Senaat 1962-63, nr. 185, 91.

(325) Cass. 17 mei 2004, *Arr.Cass.* 2004, 868, *RW* 2004-05, 625.

tot de activiteit van de 'tussenpersoon' niet aan de orde was. De partijen hadden hun overeenkomst immers gekwalificeerd als een handelsagentuurovereenkomst. Het onderscheid tussen deze overeenkomst en de arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers is alvast niet gelegen in de aard van de activiteit, maar louter in het al dan niet bestaan van gezag⁽³²⁶⁾.

Terloops weze opgemerkt dat dit arrest van het Hof van Cassatie ook interessant is omdat de weerlegging van het weerlegbaar vermoeden moet geschieden analoog volgens de principes van de kwalificatiearresten. Diegene die beweert dat de gesloten overeenkomst, waarbij hij als opdracht krijgt als tussenpersoon op te treden, een arbeidsovereenkomst betreft, dient, gelet op het wettelijk vermoeden van art. 4, tweede lid van de Arbeidsovereenkomstenwet, het bewijs hiervan niet te leveren. Het is de andere partij die bij betwisting het bewijs moet leveren van de overeenkomst van zelfstandige samenwerking, o.m. als bedoeld in artikel 4, derde lid van de Arbeidsovereenkomstenwet. Deze partij dient dan aan te tonen dat de elementen en de uitvoering van de overeenkomst geenszins verenigbaar zijn met een arbeidsovereenkomst en dat er geen gezagsrelatie bestond⁽³²⁷⁾.

Al bij al heeft het wettelijk vermoeden m.i. een beperkte draagwijdte met betrekking tot het gezag. Het wettelijk vermoeden van arbeidsovereenkomst werd opgevat als een middel "om valse contracten van pseudozelfstandigen te voorkomen"⁽³²⁸⁾ en niet om het voor een bediende gemakkelijker te maken zich de hoedanigheid van handelsvertegenwoordiger toe te meten, hetgeen het onvermijdelijke gevolg is van de opvatting dat het wettelijk vermoeden ook slaat op de activiteit van handelsvertegenwoordiging⁽³²⁹⁾.

(326) Vgl. art. 4 Arbeidsovereenkomstenwet met art. 1 Wet Handelsagentuur. Zie ook *Parl.St.* Kamer 1994-95, nr. 1750/2, 3; Ph. COLLE, "Kroniek handels- en distributieovereenkomsten", *RW* 2007-08, 184; M. DAMBRE, "De nieuwe handelsagentuurovereenkomstenwet", *RW* 1995-96, 1395; I. DURANT, "Distribution commerciale et subordination" in X. (ed.), *Le lien de subordination*, Brussel, Kluwer, 2004, 155-156; vgl. O. WOUTERS, "Het (on)verwoestbaar vermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers" in T. CLAEYS en C. ENGELS, *De arbeidsovereenkomstenwet na 30 jaar ... anders bekeken*, Brussel, Larcier, 2008, 29.

Er weze opgemerkt dat het bezoeken van cliënteel niet vermeld wordt in de definitie van de handelsagent, maar algemeen wordt aangenomen dat ook een handelsagent cliënteel moet bezoeken en zijn activiteit niet op sedentaire wijze kan ontplooiën: zie E. DURSIN en K. VAN DEN BROECK, *Handelsagentuurovereenkomst*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 32-33; A. MOTTET HAUGAARD en T. FAELLI, "Chronique de jurisprudence relative à la loi du 13 avril 1995 sur le contrat d'agence commerciale (1995-2004)", *DAOR* 2005, 218.

(327) In zijn arrest van 22 mei 2000, *Arr.Cass.* 2000, nr. 312, besliste het Hof van Cassatie dat uit de werkelijke gemeenschappelijke bedoeling van de partijen om een overeenkomst van zelfstandig handelsagent te sluiten de rechter wettelijk het tegenbewijs afleidt van het wettelijk vermoeden dat de handelsvertegenwoordiger door een arbeidsovereenkomst is gebonden. Zie G. VAN LIMBERGHEN en K. NEVENS, "Doorwerking van de arbeidsrechtelijke gezagsverhouding in het socialezekerheidsrecht" in M. RIGAUX en P. HUMBLET (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 7*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 391.

(328) Verslag senator TROCLET, *Parl.St.* Senaat 1962-63, nr. 185, 28; K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, nr. 408.

(329) Zie bijvoorbeeld Arbh. Gent 28 mei 1988, *TSR* 1989, 377 waar het werknemerschap niet wordt betwist, maar de appellante zich beroept op het wettelijk vermoeden om aan te tonen dat er sprake is van handelsvertegenwoordiging.

Alvorens het wettelijk vermoeden te kunnen inroepen, moet de betrokkene bewijzen dat aan de wettelijke toepassingsvoorwaarden voor het vermoeden is voldaan ⁽³³⁰⁾. M.a.w., men moet eerst bewijzen aan handelsvertegenwoordiging te doen, alvorens men zich op het wettelijk vermoeden kan beroepen. De omgekeerde opvatting, nl. dat het volstaat te bewijzen dan men als tussenpersoon optreedt, opdat het vermoeden van een arbeidsovereenkomst in werking zou treden, is onhoudbaar. Het is niet de bedoeling geweest de ruime categorie van tussenpersonen, zoals de commissio­nair, de makelaar, de concessiehouder voor alleenverkoop, de lastgever weerlegbaar onder het statuut van de handelsvertegenwoordiger te brengen. Makelaars bv. treden op voor rekening van vele opdrachtgevers en staan niet in een vaste relatie tot een bepaalde opdrachtgever ⁽³³¹⁾. Het is eerder absurd te veronderstellen dat zij met al die opdrachtgevers verbonden zouden zijn met een arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers op grond van een weerlegbaar vermoeden. Dat het niet de bedoeling is geweest in het algemeen de ruime categorie van de tussenpersonen onder het wettelijk vermoeden van handelsvertegenwoordiger te brengen, blijkt ook uit het feit dat menig tussenpersoon een rechtspersoon is op wie het vermoeden van handelsvertegenwoordiger, een specifieke bediendecategorie, niet van toepassing kan zijn, omdat werknemers altijd natuurlijke personen zijn ⁽³³²⁾. De bepalingen op de handelsagentuur zijn daarentegen zowel van toepassing op rechtspersonen als op natuurlijke personen ⁽³³³⁾. Het is nooit de bedoeling geweest van de wetgever om bv. een salesmanager of een televerkoper, die opereren vanuit de zetel van de werkgever, onder het vermoeden van een handelsvertegenwoordiger te brengen ⁽³³⁴⁾, ondanks het feit dat hij een tussenpersoon is die andermans producten verkoopt. Het wettelijk vermoeden in artikel 4 Arbeidsovereenkomstenwet, in de lijn van artikel 2 van de wet van 30 juli 1963, betreft alleen het gezag ⁽³³⁵⁾. Uit de cassatierechtspraak met betrekking tot de weerlegging van het vermoeden blijkt m.i. ook dat het wettelijk vermoeden het gezag betreft, omdat het weerlegd wordt indien wordt aangetoond dat de betrokkene niet onder gezag werkt ⁽³³⁶⁾. Indien het wettelijk vermoeden ook alle andere bestanddelen van de handelsvertegenwoordiging betreft, dan zou het vermoeden ook weerlegd kunnen worden door te bewijzen dat diegene die de arbeidsprestaties levert geen cliënteel opspooft buiten de zetel of de lokalen van de werkgever ⁽³³⁷⁾. Welnu, dergelijke rechtspraak is onbestaande.

(330) C. BOSSE, "Bewijslastverdeling in het Belgisch arbeidsrecht", *RW* 2000-01, 610; K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, nr. 399.

(331) W. VAN GERVEN, *Handels- en economisch recht, I Ondernemingsrecht*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 1975, nr. 34.

(332) W. VAN GERVEN, *Handels- en economisch recht, I Ondernemingsrecht*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 1975, nr. 35, 285.

(333) W. VAN GERVEN, *Handels- en economisch recht, I Ondernemingsrecht*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 1975, nr. 35, 285.

(334) Bergen 9 oktober 1991, *JT* 1992, 99; anders wat betreft een autoverkoper in de toonzaal van de werkgever: Arbrb. Hasselt 11 juni 2001, *JTT* 2002, 14.

(335) W. VAN GERVEN, *Handels- en economisch recht, I Ondernemingsrecht*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 1975, nr. 38, 303.

(336) Cass. 6 januari 1971, *Arr.Cass.* 1971, 432.

(337) Zie art. 4 WAO; verslag TROCLET, *Parl.St.* Senaat, 1962-63, nr. 185, 44.

3.1.2.4. Het wettelijk vermoeden inzake de betaalde sportbeoefenaars⁽³³⁸⁾

Artikel 3 van de Wet Betaalde Sportbeoefenaars inzake het wettelijk vermoeden ten voordele van de betaalde sportbeoefenaar geldt pas indien diegene die arbeid bewijst dat aan de toepassingsvoorwaarden is voldaan, nl. sportprestaties leveren tegen een geldelijke vergoeding die een door de Koning vastgesteld bedrag overschrijdt⁽³³⁹⁾. Hoewel enerzijds niet wordt betwist dat de sportbeoefenaar het vermoeden van arbeidsovereenkomst voor bedienden uit artikel 3 van de Wet Betaalde Sportbeoefenaars slechts kan invoeren indien de sportbeoefenaar aantoont het loonbedrag te verdienen dat door de Koning is vastgesteld⁽³⁴⁰⁾ en anderzijds dat het vermoeden onweerlegbaar is⁽³⁴¹⁾, bestaat er in de rechtspraak en rechtsleer onenigheid omtrent de draagwijdte ervan.

Terwijl sommige auteurs het wettelijk vermoeden beschouwen als een wettelijk vermoeden van het bestaan van een gezagsrelatie, dat tegelijkertijd de hoedanigheid van bediende oplegt⁽³⁴²⁾, zien anderen hierin slechts een wettelijk vermoeden van het bediendestatuut⁽³⁴³⁾. Dit betekent dat aan de sportbeoefenaar het bewijs wordt opgelegd van het bestaan van een arbeidsovereenkomst en meer bepaald van het bestaan van een gezagsrelatie.

De argumentatie van de voorstanders van de restrictieve draagwijdte van het vermoeden berust in eerste instantie op de tekst van de wet, terwijl de parlementaire voorbereiding bij de wet volgens diezelfde auteurs aan duidelijkheid te wensen overlaat⁽³⁴⁴⁾. Zij wijzen voornamelijk op de opbouw van de wetsartikelen. Terwijl in artikel 2 van de Wet Betaalde Sportbeoefenaars – onder meer met verwijzing naar het gezagsbegrip – een definitie wordt gegeven van de betaalde sportbeoefenaar, volgt in artikel 3 het wettelijk vermoeden. In dit laatste artikel maakt de wetgever uitdrukkelijk gebruik van de termen betaalde sportbeoefenaar en werkgever, hetgeen laat uitschijnen dat

(338) Zie vooral K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, nr. 409 e.v.

(339) K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, nr. 409.

(340) Arbh. Bergen 15 juni 2001, *JLMB* 2001, 1668, noot M. WESTRADE.

(341) *Parl.St.* Senaat BZ 1968, nr. 108, 4; P. BORGIONS, "Het juridisch statuut van de betaalde sportbeoefenaars", *Arbbl.* 1994 (april-mei-juni), 11; M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, tome I, Luik, 1982, 257; L. NELIS en W. RAUWS, "Enkele beschouwingen over de arbeidsovereenkomst voor betaalde sportbeoefenaars" in *Liber amicorum Jozef Van den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 351; A. ROEMEN, "Loi du 24 février 1978 relative au contrat de travail du sportif rémunéré", *JTT* 1978, 210; O. VANACHTER, "De arbeidsovereenkomst van de betaalde sportbeoefenaar" in R. BLANPAIN e.a., *Het sociaalrechtelijk statuut van de sportbeoefenaar*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 37.

(342) P. BORGIONS, "Het juridisch statuut van de betaalde sportbeoefenaar", *Arbbl.* 1994 (april-mei-juni), 11; M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, I, Luik, 1982, 257; O. VANACHTER, "De arbeidsovereenkomst van de betaalde sportbeoefenaar" in R. BLANPAIN e.a., *Het sociaalrechtelijk statuut van de sportbeoefenaar*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 37; A. VANDERHAEGHE, *Soorten arbeidsovereenkomsten*, Mechelen, Kluwer, 2005, 79.

(343) R. BOES, "De vergoedingen aan de voetballers uitgekeerd: loon voor sociale zekerheid?", *Soc.Kron.* 1989, 33 (genuanceerd); C. BOSSE, *Bewijslastverdeling in het Nederlandse en Belgische arbeidsrecht*, Deventer, Kluwer, 2003, 94; L. NELIS en W. RAUWS, "Enkele beschouwingen over de arbeidsovereenkomst voor betaalde sportbeoefenaars" in *Liber amicorum Jozef Van den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 350; S. VAN OVERBEKE, "Sportbeoefenaars" in *ATO*, A 203-548.

(344) Zie L. NELIS en W. RAUWS, "Enkele beschouwingen over de arbeidsovereenkomst voor betaalde sportbeoefenaars" in *Liber amicorum Jozef Van den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 349-352.

deze hoedanigheden reeds moeten vaststaan opdat het wettelijk vermoeden uitwerking zou kunnen hebben. Nochtans moet worden opgemerkt dat ook het vermoeden van arbeidsovereenkomst voor bedienden voor handelsvertegenwoordigers uit de wet van 30 juli 1963 alsmede het huidige vermoeden van arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers op gelijkaardige wijze is geformuleerd. Artikel 4 van de Arbeidsovereenkomstenwet definieert eerst de arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers, ook met vermelding van de vereiste van gezag, en poneert dan pas het wettelijk vermoeden. Toegegeven, in dit vermoeden hanteert de wetgever de neutrale begrippen 'opdrachtgever' en 'tussenpersoon'. Hoger merkte ik evenwel op dat in de oorspronkelijk voorgestelde tekst de termen 'werkgever' en 'handelsvertegenwoordiger' werden gehanteerd. De terminologische wijziging is blijkbaar te danken aan een aandachtig parlamentslid, dat de cirkelredenering blootlegde. Mogelijk is dit *petitio principis* wel (nog) aanwezig in artikel 3 van de Wet Betaalde Sportbeoefenaars. Het argument dat Nelis en Rauws vroeger puurden uit de wetsopbouw is derhalve niet zo sluitend als op het eerste gezicht lijkt.

Sommige fragmenten uit de parlementaire voorbereidingen laten uitschijnen dat een vermoeden van arbeidsovereenkomst werd beoogd en dat men alleszins de controverse omtrent de vraag of een betaalde sportbeoefenaar zijn prestaties in het kader van een arbeidsovereenkomst kan leveren, wou beëindigen⁽³⁴⁵⁾. Zo verklaarde volksvertegenwoordiger Declercq: "*Lange tijd bleven sommige sportbeoefenaars verstoken van het statuut van werknemer, hoewel alle elementen voor de arbeidsovereenkomst, als gezag, prestatie en loon er zijn (...). Er zijn voldoende misbruiken gekend. Men kan zich niet blijven beroepen op "vrije beroepsuitoefening van de sport of het amateurisme" terwijl grof geld verdiend wordt*".⁽³⁴⁶⁾ In de memorie van toelichting bij de Wet Betaalde Sportbeoefenaars wordt uitvoerig ingegaan op de rechtspositie van de betaalde sportbeoefenaar en concludeert men na enige rechtsvergelijking dat de professionele sportbeoefenaars werknemers zijn in de sociaalrechtelijke betekenis van het woord⁽³⁴⁷⁾. Dit moest volgens de memorie klaar en duidelijk worden gesteld, om elke betwisting uit te sluiten dat deze categorie van betaalde sportbeoefenaars werknemers zijn⁽³⁴⁸⁾. Deze uitspraak zou zo kunnen worden uitgelegd dat enkel de mogelijkheid van een arbeidsovereenkomst voor betaalde sportbeoefenaars wordt erkend, zonder dat men deze kwalificatie wil opleggen⁽³⁴⁹⁾. Uit de evolutie die het bewuste artikel 3 ten gevolge van verschillende amendementen heeft ondergaan, moet worden afgeleid dat een vermoeden van arbeidsovereenkomst werd beoogd, waarbij accessoir de hoedanigheid van bediende werd opgelegd⁽³⁵⁰⁾.

Zo werd in het oorspronkelijke wetsvoorstel bepaald dat de overeenkomst van de betaalde sportbeoefenaar aangezien moest worden als een arbeidsovereenkomst voor bedienden. In de Franse tekst was er sprake van «*un contrat réputé (...) un contrat d'emploi*». Artikel 4 legde voorts de residuaire toepassing van de gecoördineerde wet-

(345) Zie ook in die zin: J.P. LACOMBE, "De quelques problèmes de cohabitation entre le monde sportif et le monde civil", *JTT* 1992, 447.

(346) *Parl.St.* Kamer 1974-75, nr. 400-6, 2.

(347) *Parl.St.* Senaat BZ 1968, nr. 108, 1.

(348) *Ibid.*, 3.

(349) Zie in die zin: J.P. LACOMBE, "De quelques problèmes de cohabitation entre le monde sportif et le monde civil", *JTT* 1992, 447.

(350) K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, nr. 409.

ten op het bediendecontract op ⁽³⁵¹⁾. In de Senaat werd artikel 3 zelfs aangevuld met de volgende bewoordingen: “*en geeft als zodanig aanleiding tot de toepassing van de sociale wetgeving*”. Deze aanvulling strekte ertoe de draagwijdte van het vermoeden te verduidelijken ⁽³⁵²⁾. Het vermoeden was niet erop gericht de discussie omtrent de hoedanigheid van bediende, dan wel arbeider te beslechten, maar wou de professionele sportbeoefenaar zonder omwegen in het toepassingsbereik van de sociale wetgeving brengen. Vermeldenswaardig is dat de Kamerleden hun voorstel baseerden op de wet van 30 juli 1963 tot instelling van het statuut van de handelsvertegenwoordigers en de wet van 9 juni 1970 betreffende de tewerkstelling van studenten. Zij streefden, ondanks de onweerlegbaarheid van het vermoeden, eenvormigheid na.

In een laatste fase werd er bovendien voor gekozen de hoedanigheid van bediende wettelijk op te leggen. Aldus werd er, net zoals in het oorspronkelijke wetsvoorstel, gekozen voor een “eenvoudig” vermoeden van arbeidsovereenkomst voor bedienden ⁽³⁵³⁾.

Er moeten evenwel vraagtekens worden geplaatst bij het onweerlegbaar karakter dat door sommigen wordt toegekend aan het wettelijk vermoeden met betrekking tot de betaalde sportbeoefenaar ⁽³⁵⁴⁾. Een onweerlegbaar vermoeden van arbeidsovereenkomst voor betaalde sportbeoefenaars is een verstrekkende maatregel, die voor sommige sporters (in het bijzonder uit individuele sportdisciplines) allicht eerder neerkomt op een fictie. Het zou erop neerkomen dat betaalde sportbeoefening als zelfstandige juridisch onmogelijk wordt, wat voor bijvoorbeeld de triatleten, tennisspelers, biljarters, bowlers, kleiduifschieters, boksers, skiërs, zeilers, paardrijders, golfers en anderen, niet aannemelijk is ⁽³⁵⁵⁾. Tal van sportbeoefenaars die individueel de sport beoefenen, staan daarbij zelf in voor inkomsten uit sponsoring en sportieve prestaties. Daarnaast zou het onweerlegbaar vermoeden van werknemersstatuut een grote rechtsonzekerheid met zich meebrengen inzake bepaalde types van betaalde sportbeoefening. Indien men op onweerlegbare wijze geacht wordt een werknemer te zijn, wie is dan de werkgever ⁽³⁵⁶⁾?

Nader moet worden bekeken, indien wordt aanvaard dat artikel 3 van de Wet Betaalde Sportbeoefenaars wel degelijk een wettelijk vermoeden van arbeidsovereenkomst inhoudt, of dit vermoeden als onweerlegbaar moet worden beschouwd. De parlementaire werkzaamheden kunnen daarop wijzen ⁽³⁵⁷⁾, maar het oordeel van het arbeidshof te Gent dat het vermoeden, *bij ontstentenis van enige wettelijke vermelding in die richting*, als onweerlegbaar moet worden beschouwd, lijkt in het licht van de doctrine die staande houdt dat de weerlegbaarheid van het vermoeden de algemene

(351) *Parl.St.* Senaat BZ 1968, nr. 108, 9.

(352) *Parl.St.* Senaat 1968-69, nr. 552, 20-21.

(353) K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, nr. 409.

(354) Zie reeds L. NELIS en W. RAUWS, “Enkele beschouwingen over de arbeidsovereenkomst voor betaalde sportbeoefenaars” in *Liber amicorum Jozef Van den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 349-352.

(355) J. MOERMAN, “Het vermoeden van artikel 3 van de wet betaalde sportbeoefenaars: het enigma ontcijferd?”, *Or.* 2012, 32.

(356) J. MOERMAN, “Het vermoeden van artikel 3 van de wet betaalde sportbeoefenaars: het enigma ontcijferd?”, *Or.* 2012, 32.

(357) J. MOERMAN, “Het vermoeden van artikel 3 van de wet betaalde sportbeoefenaars: het enigma ontcijferd?”, *Or.* 2012, 31, volgens wie de parlementaire voorbereiding niet eenduidig is.

regel is ⁽³⁵⁸⁾, te kort door de bocht. In een arrest van 7 februari 2011 overwoog het Hof van Cassatie m.b.t. art. 22ter RSZ-Wet dat een vermoeden dat geen bepaalde handeling nietig verklaart of een rechtsvordering ontzegt als weerlegbaar moet worden beschouwd, ongeacht de memorie van toelichting die aan een wetsbepaling geen draagwijdte kan geven die in de wettekst zelf niet voorkomt ⁽³⁵⁹⁾. Dit arrest sluit aan bij een aantal auteurs, zoals Storme en Kluyskens, die de mening zijn toegedaan dat het weerlegbaar vermoeden de regel is, waarbij zij zich steunen op de bewoordingen van artikel 1352, lid 2 van het Burgerlijk Wetboek, de parlementaire voorbereidingen en de filosofie van de wettelijke vermoedens ⁽³⁶⁰⁾. Andere auteurs zijn de mening toegedaan dat een wettelijk vermoeden slechts onweerlegbaar is indien de wet bepaalde handelingen nietig verklaart of de rechtsvordering ontzegt ⁽³⁶¹⁾.

Dat het intellectuele karakter van de verrichte arbeid niet in vraag kan worden gesteld door de betrokken partijen, sluit niet uit dat het bestaan van een arbeidsovereenkomst op zich zou kunnen worden vermoed tot bewijs van het tegendeel ⁽³⁶²⁾. De interpretatie waarbij het wettelijk vermoeden weerlegbaar wordt geacht wat betreft het bestaan van een arbeidsovereenkomst, maar onweerlegbaar is wat betreft de hoedanigheid van bediende, is analoog aan de draagwijdte die het wettelijk vermoeden van arbeidsovereenkomst voor bedienden in artikel 3^{quater} van de Arbeidsovereenkomstenwet en in artikel 3 van de Wet Buitenlandse Arbeidskrachten aangaande de schouwspelartiesten heeft. Dit laatste vermoeden kwam reeds voor in KB nr. 34 en strekte ertoe een einde te stellen aan de misbruiken met betrekking tot de tewerkstelling van buitenlandse artiesten ⁽³⁶³⁾. Om welke misbruiken het ging, werd niet gezegd. Toch is het duidelijk dat het hier gaat om een wettelijk vermoeden van arbeidsovereenkomst en niet enkel om een vermoeden van het bediendestatuut ⁽³⁶⁴⁾. De hoedanigheid van arbeider of bediende speelt in deze wetgeving immers amper een rol. De term 'bediende' komt enkel voor in de definitie van het begrip 'kaderlid' in artikel 1, 13° van het KB houdende uitvoering van de Wet Buitenlandse Arbeidskrachten. Dit lid werd pas bij KB van 12 september 2007 ingevoerd ⁽³⁶⁵⁾, zodat het vermoeden van arbeidsovereenkomst voor bedienden uit de wet zeker niet bedoeld is om deze nieuwe bepaling te ondersteunen. Allicht was het gewoon de bedoeling te vermijden dat buitenlandse schouwspelartiesten in hun hoedanigheid van zelfstandige zouden ontsnappen aan de Wet Buitenlandse Arbeidskrachten. Deze reglementering bevat immers specifieke regels voor schouwspelartiesten en cabaretpersoneel ⁽³⁶⁶⁾. Kortom, de weerlegbaarheid van dit vermoeden heeft betrekking op het bestaan van een ar-

(358) Arbh. Gent 3 september 1999, *Soc.Kron.* 2001, 146.

(359) Cass. 7 feb. 2011, *RW* 2011-12, 916, met noot.

(360) A. KLUYSKENS, *De verbintenissen*, Antwerpen, Standaard, 1948, 476; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 348 e.v.; anders H. DE PAGE, *Traité*, III, 965.

(361) H. DE PAGE, *Traité*, III, 965, nr. 935B.

(362) Zie ook in die zin: J. STEYAERT, C. DE GANCK en L. DE SCHRIJVER, *Arbeidsovereenkomst* in *APR*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 37.

(363) Verslag aan de Koning bij het KB nr. 34, *BS* 29 juli 1967, *Pasin.* 1967, 32.

(364) E. MIGNON, "Overzicht van de meest recente maatregelen ter bestrijding van de illegale tewerkstelling", *T.Vreemd.* 1993, 159.

(365) Art. 2 KB 12 september 2007 tot wijziging, wat betreft de onderzoekers en de kaderleden, van het KB van 9 juni 1999 houdende uitvoering van de Wet Buitenlandse Arbeidskrachten, *BS* 28 september 2007.

(366) Zie artt. 2, 17°; 9, 15°; 12 en 30 KB 9 juni 1999 houdende uitvoering van de Wet Buitenlandse Arbeidskrachten, *BS* 28 september 2007.

beidsovereenkomst, terwijl het aannemelijk lijkt ervan uit te gaan dat de hoedanigheid van bediende niet kan worden weerlegd.

Hetzelfde kan worden gezegd van het wettelijk vermoeden van arbeidsovereenkomst voor bedienden ten voordele van apothekers. In de Senaat werd wel het voorstel gedaan het wettelijk vermoeden te reduceren tot een vermoeden van het bediendestaat, maar dit werd negatief onthaald: *“een dergelijke amendering van het voorstel (zou) tot gevolg (...) hebben de doeleinden van het voorstel te schaden. Men verlieze immers niet uit het oog dat alsdan ook de werkgever mag bewijzen dat geen arbeidsovereenkomst bestaat, zodat het nagestreefde doel niet wordt verwezenlijkt”*⁽³⁶⁷⁾.

Al bij al blijkt de enige redelijke wetsuitlegging dat het wettelijk vermoeden van de betaalde sportbeoefenaar enerzijds een weerlegbaar vermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst inhoudt. Anderzijds, als een arbeidsovereenkomst bestaat, wordt de werknemer-sportbeoefenaar onweerlegbaar vermoed een bediende te zijn⁽³⁶⁸⁾.

3.1.2.5. Wettelijke vermoedens inzake het bestaan van een arbeidsovereenkomst en de RSZ

Van groot belang, en op dit punt maakt de jurisprudentie geen onderscheid tussen de partijen en een derde, is dat de RSZ als overheidsinstelling zich, zoals de partijen, kan beroepen op de wettelijke vermoedens om het bestaan van een arbeidsovereenkomst aan te tonen⁽³⁶⁹⁾. Deze opvatting werd reeds verdedigd ten tijde van de invoering van het wettelijk vermoeden ten voordele van de handelsvertegenwoordiger⁽³⁷⁰⁾.

3.1.2.6. Wettelijke vermoedens in het collectief arbeidsrecht

Inleidend kan worden aangestipt dat in het collectief arbeidsrecht ook wettelijke vermoedens voorkomen, maar veel minder dan in het individuele arbeidsrecht. Een voorbeeld van een wettelijk vermoeden in het collectief arbeidsrecht is te vinden in artikel 12 van de Cao-Wet, op grond waarvan de afgevaardigden van de representatieve werknemers- en werkgeversorganisaties worden geacht bevoegd te zijn om namens hun organisatie de collectieve arbeidsovereenkomst te sluiten. Het betreft zelfs een onweerlegbaar vermoeden⁽³⁷¹⁾.

(367) *Parl.St.* Senaat BZ 1979, nr. 101-2, 2.

(368) Vgl. J. MOERMAN, “Het vermoeden van artikel 3 van de wet betaalde sportbeoefenaars: het enigma ontcijferd?”, *Or.* 2012, 34.

(369) Cass. 27 jan. 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 485, *JLMB* 1992, 451, *RW* 1992-93, 91; Cass. 23 november 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, nr. 748; Cass., 17 nov. 1997, *Bull.* 1997, 1199, *JTT* 1998, 234; W. VAN EECKHOUTTE, “‘Gezag’ in de cassatierechtspraak”, *NJW* 2005, 14.

(370) *Hand.* Senaat 22 mei 1963, 1169; R. BLANPAIN, “Arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers. Begrip en bewijs” in *Juridisch statuut van de handelsvertegenwoordiger*, Antwerpen, Kluwer, 1980, 11.

(371) *RvS* 27 november 1987, nr. 28.926, *Arr.RvS.* 1987, z.p.; W. RAUWS, “De geldigheid van de collectieve arbeidsovereenkomst” in G. COX en M. RIGAUX (eds.), *Collectief onderhandelen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 135.

Wat de Europese ondernemingsraad betreft, werd in artikel 7 van cao nr. 62bis van 6 februari 1996⁽³⁷²⁾ een weerlegbaar vermoeden ingeschreven. Een zeggenschapuitoefenende onderneming is, tot bewijs van het tegendeel, de onderneming die direct of indirect: a) meer dan de helft van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van de onderneming kan benoemen; b) beschikt over de meerderheid van de stemmen die verbonden zijn aan de door de onderneming uitgegeven aandelen; c) de meerderheid van het geplaatste kapitaal van de onderneming bezit.

3.1.2.7. De technische bedrijfseenheid

Gekend in het arbeidsrecht is het wettelijk vermoeden inzake de technische bedrijfseenheid, die het begrip onderneming oplevert, vereist voor de oprichting van de ondernemingsraad en het preventiecomité⁽³⁷³⁾. Meerdere juridische entiteiten worden vermoed, tot het tegendeel wordt bewezen, een technische bedrijfseenheid te vormen, indien het bewijs kan worden geleverd:

- (1) dat ofwel deze juridische entiteiten deel uitmaken van eenzelfde economische groep of bestuurd worden door eenzelfde persoon of door personen die onderling een economische band hebben, ofwel dat deze juridische entiteiten éénzelfde activiteit hebben of activiteiten die op elkaar afgestemd zijn;
- (2) en dat er elementen bestaan die wijzen op een sociale samenhang tussen deze juridische entiteiten, zoals met name een gemeenschap van mensen verzameld in dezelfde gebouwen of in nabije gebouwen, een gemeenschappelijk personeelsbeheer, een gemeenschappelijk personeelsbeleid, een arbeidsreglement of collectieve arbeidsovereenkomsten die gemeenschappelijk zijn of die gelijkaardige bepalingen bevatten.

Wanneer het bewijs wordt geleverd van een van de voorwaarden bedoeld in (1) en het bewijs van bepaalde elementen bedoeld in (2), zullen de betrokken juridische entiteiten beschouwd worden als vormend één enkele technische bedrijfseenheid behalve indien de werkgever(s) het bewijs levert(en) dat het personeelsbeheer en -beleid geen sociale criteria aan het licht brengen, kenmerkend voor het bestaan van een technische bedrijfseenheid.

De wet schrijft verder voor dat het wettelijk vermoeden geen weerslag heeft op de continuïteit, de werking en de bevoegdheidssfeer van de nu bestaande organen en enkel mag worden ingeroepen door de werknemers en de vakorganisaties die hen vertegenwoordigen⁽³⁷⁴⁾.

Enkel de vakbonden en de werknemers kunnen zich beroepen op het wettelijk vermoeden als bewijsmiddel. Dit impliceert niet dat de werkgever niet kan proberen ook aan te tonen dat verschillende juridische entiteiten moeten worden samengevoegd tot één technische bedrijfseenheid. De werkgever zal het bewijs evenwel kunnen leveren volgens de normale bewijsregels, zonder zich te kunnen beroepen op het

(372) Algemeen verbindend verklaard bij KB 24 maart 2011, BS 8 april 2011.

(373) Art. 14 Bedrijfsorganisatiewet en art. 50 Welzijnswet Werknemers, beide gewijzigd bij wet van 5 maart 1999 inzake de sociale verkiezingen.

(374) Art. 14, § 2, *in fine*, Bedrijfsorganisatiewet.

vermoeden⁽³⁷⁵⁾. Het wettelijk vermoeden kan enkel spelen teneinde de sociaaleconomische samenhang tussen verschillende juridische entiteiten aan te tonen en niet om binnen één juridische entiteit meerdere technische bedrijfseenheden samen te voegen⁽³⁷⁶⁾. En indien de vakbonden of werknemers het bestaan van meerdere technische bedrijfseenheden willen aantonen, dragen zij daarvan de bewijslast zonder zich van een wettelijk vermoeden te kunnen bedienen⁽³⁷⁷⁾.

Wat de aard van het vermoeden betreft, heeft de wetgever duidelijk gemaakt dat het om een vermoeden *juris tantum* gaat.

Wat dezelfde economische groep en het bestuur door dezelfde persoon of personen betreft, verduidelijkt de memorie van toelichting dat het gaat om groepen van dochter- en moedervenootschappen of vennootschappen verbonden door een joint venture of familiegroepen. Het loutere feit dat de ondernemingen bestuurd worden door personen uit dezelfde familie, zonder dat er een band is op het vlak van het bestuur van deze ondernemingen, impliceert niet dat er economische samenhang is⁽³⁷⁸⁾.

Inzake het hebben van éénzelfde activiteit of activiteiten die op elkaar afgestemd zijn, wordt in de ministeriële omzendbrief het voorbeeld gegeven van een keten van hotels of van restaurants of een keten van winkels⁽³⁷⁹⁾. Inzake de sociale samenhang heeft de feitenrechter een ruime beoordelingsruimte wanneer hij het wettelijk vermoeden invult. Bij het beoordelen van het bewijs van het bestaan van elementen die wijzen op een sociale samenhang tussen de juridische entiteiten mag de rechter rekening houden met alle regelmatig voorgebrachte gegevens waarvan hij vaststelt dat ze dienstig zijn⁽³⁸⁰⁾. Om het vermoeden te laten gelden, volstaat het bewijs van een van de elementen van economische samenhang, en het bewijs van een aantal feiten die wijzen op sociale samenhang, zonder dat het volledige bewijs van de samenhang vereist is⁽³⁸¹⁾.

M.b.t. het wettelijk vermoeden, zoals het gold voor de wijziging van de wet van 5 maart 1999, besliste het Hof van Cassatie dat, als de voorwaarden voor het wettelijk vermoeden van de ene technische bedrijfseenheid niet vervuld zijn, de rechter niettemin in de verschillende economische en sociale gegevens van de zaak het feitelijk bewijs kan vinden dat de verschillende juridische entiteiten toch één technische bedrijfseenheid vormen⁽³⁸²⁾.

(375) J. VANTHOURNOUT en A. LEURS, "Overzicht rechtspraak sociale verkiezingen 2004" in P. HUMBLET en J. VANTHOURNOUT (eds.), *De sociale verkiezingen doorgelicht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 11.

(376) J. VANTHOURNOUT en A. LEURS, "Overzicht rechtspraak sociale verkiezingen 2004" in P. HUMBLET en J. VANTHOURNOUT (eds.), *De sociale verkiezingen doorgelicht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 15.

(377) J. VANTHOURNOUT en A. LEURS, "Overzicht rechtspraak sociale verkiezingen 2004" in P. HUMBLET en J. VANTHOURNOUT (eds.), *De sociale verkiezingen doorgelicht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 15.

(378) MvT, *Parl.St.* Kamer 1998-99, nr. 1856/1, 5 en 6.

(379) Omzendbrief betreffende de verkiezingen voor ondernemingsraden en preventiecomités, BS 30 juni 1999.

(380) Cass. 27 november 2000, *RW* 2001-02, 25.

(381) J. VANTHOURNOUT en A. LEURS, "Overzicht rechtspraak sociale verkiezingen 2004" in P. HUMBLET en J. VANTHOURNOUT (eds.), *De sociale verkiezingen doorgelicht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 12.

(382) Cass. 12 november 1979, *RW* 1979-80, 1767.

Inzake de werking van het wettelijk vermoeden van één technische bedrijfseenheid bestaat er zeer veel niet-gepubliceerde rechtspraak, meestal op het niveau van de arbeidsrechtbanken, waarop in het kader van dit opstel niet kan worden ingegaan ⁽³⁸³⁾.

3.1.3. Feitelijke vermoedens

Hierboven werden feitelijke vermoedens, overeenkomstig artikel 1353 BW, omschreven als vermoedens welke worden overgelaten aan het oordeel en het beleid van de rechter, die geen andere dan gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens zal aannemen ⁽³⁸⁴⁾. Zij worden ook rechterlijke vermoedens genoemd, aangezien ze steunen op een redenering van de rechter die zich daarbij steunt op "les indices extérieurs, les signes, les gestes, les attitudes, les actions qui peuvent être révélateurs de l'état de chose inconnu ou permettent de le conjecturer" ⁽³⁸⁵⁾. Het bewijs door getuigen stelt de rechter niet vrij van de verplichting over een zeker bewijs te beschikken ⁽³⁸⁶⁾.

Het bewijs door feitelijke vermoedens verkregen is steeds vatbaar voor tegenbewijs ⁽³⁸⁷⁾. Artikel 1353 BW laat enkel getuigenbewijs toe indien de wet het bewijs door getuigen toelaat, behalve indien tegen een handeling uit hoofde van bedrog wordt opgekomen ⁽³⁸⁸⁾. Maar artikel 12 van de Arbeidsovereenkomstenwet verruimt in het arbeidsrecht het bewijs door getuigen, en dus ook door vermoedens ⁽³⁸⁹⁾. Wanneer het getuigenbewijs is toegestaan, is ook het bewijs door feitelijke vermoedens mogelijk ⁽³⁹⁰⁾. Aldus kan het bewijs van het bestaan van een arbeidsovereenkomst geleverd worden door feitelijke vermoedens ⁽³⁹¹⁾. De bewijswaarde van feitelijke vermoedens is dezelfde als die van getuigen ⁽³⁹²⁾. De feitenrechter bepaalt in beginsel op onaantastbare wijze de feiten waarop hij zich steunt voor het feitelijk vermoeden, zonder dat hij het rechtsbegrip van het 'feitelijk vermoeden' mag miskennen ⁽³⁹³⁾. De cassatierechter gaat na of de rechter uit de door hem vastgestelde feiten geen gevolgen heeft getrokken die hiermee geen enkel verband vertonen of die door de vastgestelde feiten onmogelijk verantwoord kunnen worden ⁽³⁹⁴⁾.

(383) J. VANTHOURNOUT en A. LEURS, "Overzicht rechtspraak sociale verkiezingen 2004" in P. HUMBLET en J. VANTHOURNOUT (eds.), *De sociale verkiezingen doorgelicht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 12-41.

(384) Art. 1353 BW; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, nr. 166.

(385) H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, nr. 718quater, ook geciteerd door B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, 387 en door S. GILSON, K. ROSIER en E. DERMINE, "La preuve en droit du travail" in F. KUTY en D. MOUGENOT, *La preuve. Questions spéciales*, Luik, Anthemis, 2008, 266.

(386) S. GILSON, K. ROSIER en E. DERMINE, "La preuve en droit du travail" in F. KUTY en D. MOUGENOT, *La preuve. Questions spéciales*, Luik, Anthemis, 2008, 266.

(387) B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, 387.

(388) Art. 1353 BW; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, 389; *infra* getuigenbewijs.

(389) S. GILSON, K. ROSIER en E. DERMINE, "La preuve en droit du travail" in F. KUTY en D. MOUGENOT, *La preuve. Questions spéciales*, Luik, Anthemis, 2008, 267.

(390) Art. 1353 BW; Cass. 25 januari 1957, *Pas.* 1957, I, 608; Cass. 28 mei 1979, *Pas.* 1979, I, 116; K. NEVENS, "Schijnzelfstandigen in het offensief", *RW* 2004-05, 1204.

(391) Cass. 28 februari 1979, *Pas.* I, 774.

(392) *Infra*; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, 394.

(393) Cass. 3 december 2007, *RW* 2010-11, 197; Cass. 5 mei 2011, *Pas.* 2011, nr. 298, 1267; D. MOUGENOT, "La preuve", *Répertoire notarial*, IV, *Les obligations*, deel II, 2012, 319.

(394) Cass. 11 april 1997, *Arr.Cass.*, nr. 183.

Voor in het arbeidsrecht relevante geschilpunten wordt frequent teruggevallen op feitelijke vermoedens. Voorbeelden van feitelijke vermoedens uit de rechtspraak zijn:

- een deskundigenonderzoek uit een andere procedure ⁽³⁹⁵⁾;
- een deskundigenonderzoek zonder dat de deskundige de wettelijk vereiste eed heeft afgelegd ⁽³⁹⁶⁾ of dat niet tegensprekelijk werd gevoerd ⁽³⁹⁷⁾;
- het eenzijdig advies van een deskundige ⁽³⁹⁸⁾ of een expertiseverslag van een deskundige die zijn opdracht te buiten is gegaan ⁽³⁹⁹⁾;
- de niet-verschijning bij een oproeping tot persoonlijke verschijning ⁽⁴⁰⁰⁾;
- het rapport van een privédetective ⁽⁴⁰¹⁾. Het beroep van privédetective wordt geregeld door de wet van 19 juli 1991. Een gerechtsdeurwaarder kan een privédetective vergezellen, maar moet hierbij de grenzen van de wet van 19 juli 1991 in acht nemen. Een verslag van een privédetective kan worden toegelaten voor zover de detective binnen de grenzen van de wet van 19 juli 1991 is gebleven en er geen schending van een andere wettelijke bepaling is begaan ⁽⁴⁰²⁾. Dergelijk verslag kan dan worden ingeroepen voor het bewijs van de fout voor een ontslag om dringende reden ⁽⁴⁰³⁾;
- de getuigenverklaring en attesten van een derde buiten het kader van een getuigenbewijs ⁽⁴⁰⁴⁾. In dit verband kan nuttig worden opgemerkt dat de bewijswaarde van dergelijke attesten en verklaringen afhankelijk is van het feit of het al dan niet om officiële documenten gaat, zoals het personeelsregister, de periodieke loonbrief, de balans, documenten uitgaande van de RVA of de RSZ. Als de derde als neutraal kan worden beschouwd in het geschil, dan zullen dergelijke verklaringen een grotere bewijswaarde hebben dan wanneer die worden afgelegd door belanghebbenden ⁽⁴⁰⁵⁾. De bewijswaarde van het verslag van de privédetective als vermoeden is in sterke mate afhankelijk van de omstandigheden waarin het tot stand is gekomen en voorzichtigheid is geboden ⁽⁴⁰⁶⁾;
- de kopieën van een document wanneer er geen reden tot twijfel is aan hun conformiteit met het origineel ⁽⁴⁰⁷⁾. Kopieën kunnen ook worden aanvaard als begin van bewijs van een geschrift of als een buitengerechtelijke bekentenis wanneer aan de specifieke voorwaarden van het bewijsmiddel is voldaan ⁽⁴⁰⁸⁾;

(395) Cass. 22 dec. 1983, *Pas.* 1984, I, 456

(396) *Arbrb.* Luik 2 mei 1975, *JTT* 1975, 368.

(397) Cass. 5 februari 1971, *Pas.* 1971, I, 518; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, 390.

(398) Cass. 14 september 1984, *Pas.* 1985, I, 71.

(399) Cass. 25 april 1991, *RW* 1991-92, 201.

(400) B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, 391 met verwijzing naar Antwerpen 27 september 1999, *P&B* 2000, 247.

(401) *Arbh.* Luik 7 januari 1982, *JTT* 1982, 177; S. GILSON, K. ROSIER en E. DERMINE, «La preuve en droit du travail» in F. KUTY en D. MOUGENOT, *La preuve. Questions spéciales*, Luik, Anthemis, 2008, 267.

(402) B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, 532.

(403) *Arbh.* Antwerpen 17 november 2003, *Soc.Kron.* 2004, 91.

(404) Cass. 29 juni 1969, *Pas.* 1969, I, 967; S. GILSON, K. ROSIER en E. DERMINE, «La preuve en droit du travail» in F. KUTY en D. MOUGENOT, *La preuve. Questions spéciales*, Luik, Anthemis, 2008, 266.

(405) Vgl. S. GILSON, K. ROSIER en E. DERMINE, «La preuve en droit du travail» in F. KUTY en D. MOUGENOT, *La preuve. Questions spéciales*, Luik, Anthemis, 2008, 269.

(406) Zie *Arbh.* Antwerpen 1 oktober 2002, *RW* 2003-04, 298.

(407) Antwerpen 22 december 2012, *RW* 2012-13, 187; S. GILSON, K. ROSIER en E. DERMINE, «La preuve en droit du travail» in F. KUTY en D. MOUGENOT, *La preuve. Questions spéciales*, Luik, Anthemis, 2008, 267.

(408) B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, 308.

- de boekhouding ten aanzien van een niet-handelaar en onregelmatige koopmansboeken ⁽⁴⁰⁹⁾;
- een beschikking van een raadkamer ⁽⁴¹⁰⁾;
- het proces-verbaal door een inspecteur van de sociale inspectie ⁽⁴¹¹⁾;
- foto's, films en beeldregistraties die niet beantwoorden aan het begrip 'geschrift' ⁽⁴¹²⁾ ⁽⁴¹³⁾;
- opgenomen telefoongesprekken of geluidsopnames. Soms staat de opname van het telefoongesprek vermeld in de algemene voorwaarden (van de financiële instelling) ⁽⁴¹⁴⁾;
- afschriften van een betaalverrichting met bankkaart of online ⁽⁴¹⁵⁾. In dit verband moet nog worden gewezen op een belangrijk recent arrest van het Hof van Cassatie over het bewijsmiddel van een bankafschrift. Het Hof van Cassatie oordeelde dat een bankrekeninguittreksel dat melding maakt van een overschrijving, alleen bewijst dat er werkelijk een geldsom werd gestort. Het arrest van de appelrechter, dat beslist dat een dergelijk stuk het bestaan van een lening waarschijnlijk maakt en bijgevolg een begin van bewijs door geschrift vormt waardoor het bewijs van de leningovereenkomst door alle middelen van recht mag worden geleverd, schendt art. 1347, tweede lid BW ⁽⁴¹⁶⁾. Advocaat-generaal Henkes schreef in zijn conclusie o.m. het volgende: "Si le juge apprécie en fait si l'acte qui lui est soumis rend ou non vraisemblable le fait allégué et constitue, dès lors, un commencement de preuve par écrit, il est du pouvoir de la Cour de vérifier si le juge n'a pas méconnu la notion légale de vraisemblance" ⁽⁴¹⁷⁾. Een begin van schriftelijk bewijs is een geschrift uitgaande van een persoon aan wie het geschrift wordt tegengeworpen en waardoor het beweerde feit waarschijnlijk is ⁽⁴¹⁸⁾. Ook de waarschijnlijkheid is dus een rechtsbegrip dat deels onder controle van het Hof van Cassatie valt;
- e-mail zonder elektronische handtekening ⁽⁴¹⁹⁾;
- een sms-bericht ⁽⁴²⁰⁾;
- logbestanden opgeslagen in een computer ⁽⁴²¹⁾;
- de nauwkeurig door de werknemer eenzijdig opgemaakte notities van de gepresteerde (over)uren ⁽⁴²²⁾;

(409) B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, 391.

(410) Cass. 7 oktober 1976, *Pas.* 1977, I, 150.

(411) Cass. 28 april 1997, *Arr.Cass.* 1997, nr. 506.

(412) B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, 393; Arbrb. Brussel 18 mei 1992, *Pas.* 1992, II, 71; zie P. HUMBLET, "Het gebruik van video-opnamen als bewijsmiddel", noot onder Arbh. Antwerpen 6 januari 2003, *RW* 2003-04, 300. Zie over het gebruik van camerabeelden ook Cass. 5 oktober 2010, *RW* 2011-12, 1338, met kritische noot van P. DE HERT en R. SAELENS.

(413) Dit onderwerp is nauw verweven met het leerstuk van het onrechtmatig verkregen bewijs: *supra*.

(414) B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, 393.

(415) B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, 393.

(416) Cass. 5 mei 2011, *RW* 2012-13, 1254, met noot.

(417) *Pas.* 2011, nr. 298, 1267.

(418) Cass. 30 april 1982, *RW* 1982-83, 1317.

(419) Arbh. Gent 23 september 2003, *JTT* 2004, 334; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, 394.

(420) Arbh. Brussel 13 november 2009, *JTT* 2010, 74; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, 394.

(421) B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, 394.

(422) Arbh. Gent, 10 mei 1991, *Soc.Kron.* 1992, 414; Arbh. Antwerpen (afd. Hasselt), 7 september 1999, AR nr. 96/393, <http://jure.juridat.just.fgov.be>; Arbh. Antwerpen (afd. Hasselt), 8 november 2000, AR

- het feit enerzijds als kloosterling geloften te hebben afgelegd tot naleving van de doelstelling van zijn kloostergemeenschap en anderzijds een tewerkstelling te hebben aanvaard als ziekenverzorger in een vzw tegen voordelen *in natura* als vermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst ⁽⁴²³⁾.

3.1.4. Gezag van gewijsde

Naast de feitelijke vermoedens en de wettelijke vermoedens bestaat het zogenaamde 'gezag van gewijsde', dit is het vermoeden van waarheid dat de wet hecht aan een rechterlijke eindbeslissing, wanneer dat oordeel voldoet aan een aantal voorwaarden ⁽⁴²⁴⁾. Het gezag van gewijsde heeft tot gevolg partijen te verhinderen een geschil dat reeds door een rechtbank werd beslecht, opnieuw aanhangig te maken voor een rechtbank ⁽⁴²⁵⁾. Meer nauwkeurig betekent het gezag van gewijsde dat de wetgever wil verhinderen dat een eis met hetzelfde voorwerp en dezelfde oorzaak tussen dezelfde partijen in dezelfde hoedanigheid wordt ingesteld ⁽⁴²⁶⁾. De daaruit voortvloeiende exceptie van gewijsde maakt een nieuwe vordering ontoelaatbaar. Anders dan het strafrechtelijk gewijsde is de exceptie van gewijsde in civiele zaken niet van openbare orde, zodat de rechter ze niet ambtshalve kan opwerpen ⁽⁴²⁷⁾.

Het gezag van gewijsde werkt in beginsel slechts relatief wat de partijen betreft ⁽⁴²⁸⁾, maar dit betekent niet dat een vonnis ten aanzien van derden geen enkele bewijswaarde zou hebben. Een rechterlijke beslissing heeft bewijswaarde ten aanzien van derden in die zin dat ze ten aanzien van hen het bewijs kan leveren van de feiten waarvan ze het bestaan vaststelt. Het betreft de bewijswaarde van een vonnis als authentieke akte en is dus ook ten aanzien van hen een bewijsmiddel ⁽⁴²⁹⁾. Maar de derde kan aan de bewijskracht ontkomen door een andersluidend vonnis, nu het gezag van gewijsde de derde niet bindt.

nr. 98/447, <http://jure.juridat.just.fgov.be>; Arbh. Antwerpen (afd. Hasselt) 2 mei 2001, AR nr. 96/284, <http://jure.juridat.just.fgov.be>.

(423) Arbh. Brussel, 23 maart 1977, TSR 1978, 510.

(424) Vroeger art. 1351 BW, opgeheven bij de invoering van het Gerechtelijk Wetboek; *Res judicati pro veritate habetur*, H. DE PAGE, *Traité*, III, nr. 938; E. DIRIX, B. TILLEMANN, P. VAN ORSHOVEN (eds.), *De Valks Juridisch Woordenboek*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 59, v° gezag van rechterlijk gewijsde; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek Gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, nr. 278; zie ook de nuances bij H. DE PAGE m.b.t. de vraag of het gezag van gewijsde een bewijs uitmaakt: H. DE PAGE, *Traité*, III, nr. 941.

(425) Art. 23 en 25 Ger.W.; H. DE PAGE, *Traité*, III, nr. 938; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek Gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, nr. 280.

(426) Arbh. Antwerpen 24 december 2010, AR nr. 2009/AA/370, onuitg.; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek Gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, nr. 280; A. WYLLEMAN, "Het gezag van gewijsde: uitdrukking van het rechterlijk gezag", *TPR* 1988, 60.

(427) J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek Gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, nr. 281; *RPDB*, deel X, Brussel, Bruylant, 1951, v° Preuve, nr. 875; H. DE PAGE, *Traité*, III, nr. 942.

(428) G. DE LEVAL, "Les techniques d'approche de la vérité judiciaire en matière civile" in G. DE LEVAL (ed.), *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, Luik, Anthemis 2011, 48-50.

(429) Cass. 28 april 1989, *RW* 1989-90, 149; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek Gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, nr. 285; A. WYLLEMAN, "Het gezag van gewijsde: uitdrukking van het rechterlijk gezag", *TPR* 1988, 51.

Een toepassing van deze principes werd recent gemaakt door het arbeidshof te Antwerpen. Een persoon die arbeidsprestaties voor een vennootschap leverde, voerde in een procedure tegen zijn opdrachtgever aan dat hij een schijnzelfstandige was en dat hij in werkelijkheid werkte als een werknemer. In het geschil tussen de opdrachtgever en diegene die de arbeidsprestaties leverde, had het arbeidshof evenwel beslist dat de betrokkene wel degelijk zelfstandige was en geen werknemer. Nadien startte de RSZ een procedure om van de opdrachtgever wegens de tewerkstelling van de betrokken zelfstandige de betaling te bekomen van de socialezekerheidsbijdragen voor werknemers. De opdrachtgever verweert zich daartegen door te verwijzen naar het eerdere definitieve oordeel gewezen in de betwisting tussen de opdrachtgever en diegene die arbeidsprestaties heeft geleverd. Het arbeidshof oordeelt dat die beslissing ook bewijskracht heeft tegenover derden, onverminderd de rechtsmiddelen die de wet aan laatstgenoemden toekent ten aanzien van deze beslissing (zoals derdenverzet) en dat de rechter verplicht is de inhoud van het aangewende bewijsmiddel, de eerder gewezen uitspraak, voor waar aan te nemen, onder voorbehoud van de mogelijkheid van de derde om het tegenbewijs te leveren. Volgens het arbeidshof moet de RSZ derdenverzet aantekenen ⁽⁴³⁰⁾.

3.2. HET GESCHRIFT

3.2.1. Het geschrift en zijn centrale plaats in het bewijsrecht

In het bewijsrecht heeft het geschrift een principiële voorrang. Deze voorrang steunt op het streven naar rechtszekerheid.

Met uitzondering van artikel 12 Arbeidsovereenkomstenwet wijkt het arbeidsovereenkomstenrecht niet af van het gemeen bewijsrecht. Dit artikel bepaalt dat bij ontstentenis van een geschreven arbeidsovereenkomst het getuigenbewijs is toegelaten ongeacht de waarde van het geschil. Wanneer het getuigenbewijs is toegestaan, is ook het bewijs door feitelijke vermoedens mogelijk ⁽⁴³¹⁾. Het Hof van Cassatie heeft beslist dat, wanneer met betrekking tot een arbeidsovereenkomst geen geschrift is opgemaakt van de overeenkomst die de schuldvernieuwing tot stand brengt, het bewijs van die overeenkomst door getuigen en vermoedens is toegelaten, ook al is de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst schriftelijk opgemaakt ⁽⁴³²⁾. Artikel 12 WAO slaat op de arbeidsovereenkomst en niet op de dading die gesloten wordt na het einde van de arbeidsovereenkomst ⁽⁴³³⁾.

(430) Arbh. Antwerpen 24 december 2010, AR nr. 2009/AA/370, onuitg.

(431) *Supra*; art. 1353 BW; Cass. 25 januari 1957, *Pas.* 1957, I, 608; Cass. 28 mei 1979, *Pas.* 1979, I, 116; K. NEVENS, "Schijnzelfstandigen in het offensief", *RW* 2004-05, 1204.

(432) Cass. 28 mei 1979, *Pas.* 1979, I, 1116.

(433) W. VAN EECKHOUTTE, M. DEMEDTS, C. SAELAERT en A. TAGHON, "Overzicht van rechtspraak. Arbeidsovereenkomsten (1976-1987)", *TPR* 1987, 877; A. LAGASSE, "Le reçu pour solde de tout compte", *JT* 1947, 259. Vgl. B. TILLEMANS, I. CLAEYS, C. COUDRON en K. LOONTJENS, *Dading in APR*, Gent, Story-Scientia, 2000, 383.

Artikel 12 Arbeidsovereenkomstenwet voorziet dus in een afwijking op het eerste lid van artikel 1341 BW⁽⁴³⁴⁾, dat een geschrift *ad probationem* vereist voor alle zaken die de waarde of de som van 375 euro te boven gaan⁽⁴³⁵⁾. Onder 'zaken' worden begrepen de rechtshandelingen⁽⁴³⁶⁾, zoals de arbeidsovereenkomst, een leningsovereenkomst⁽⁴³⁷⁾, en de betaling⁽⁴³⁸⁾, en niet de rechtsfeiten en materiële feiten⁽⁴³⁹⁾.

Het is dan ook merkwaardig dat gewoonlijk wordt aangenomen dat artikel 12 Arbeidsovereenkomstenwet niet alleen betrekking heeft op de arbeidsovereenkomst en haar inhoud, maar ook op de feiten die verband houden met de uitvoering en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst⁽⁴⁴⁰⁾. In de veronderstelling dat men hiermee werkelijk rechts- of materiële feiten bedoelt, is artikel 1341 BW immers niet van toepassing, zodat het getuigenbewijs sowieso toelaatbaar is⁽⁴⁴¹⁾. Men hoeft zich hier toe niet te beroepen op de uitzonderingsregel van artikel 12 Arbeidsovereenkomstenwet. Het vrij bewijsregime vloeit in dit geval gewoonweg voort uit het gemeen bewijsrecht. Wellicht bedoelt men dat artikel 12 Arbeidsovereenkomstenwet ook uitwerking heeft ten aanzien van uitvoerings- en beëindigingshandelingen met betrekking tot de arbeidsovereenkomst, die evenwel als rechtshandeling kunnen worden beschouwd en waarop artikel 1341 BW in beginsel van toepassing is. Zo oordeelde het Hof van Cassatie dat de wettelijke regeling inzake bewijs, en namelijk artikel 1341 BW, niet slechts op het tot stand komen maar ook op het tenietgaan en de verbreking van de overeenkomsten toepasselijk is⁽⁴⁴²⁾. Ook de betaling van een geldsom, uitvoeringshandeling bij uitstek, is volgens het Hof dus een rechtshandeling waarop de bewijsregel van artikel 1341 BW van toepassing is⁽⁴⁴³⁾.

(434) T. VERHEYDEN, "Les péripéties du droit de la preuve en matière des contrats de travail" in P. VAN DER VORST (ed.), *Cent ans de droit social*, Brussel, Bruylant, 1986, 271.

(435) Zie ook de in 2000 gewijzigde artikelen 1342 tot 1345 BW; Rb. Brussel 25 april 1994, *RW* 1994-95, 441.

(436) D. MOUGENOT, "La preuve en matière civile. Chronique de jurisprudence 2002-2010", *JT* 2011, 597; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, 210; zie Cass. 6 december 2002, *Arr.Cass.* 2002, nr. 654, *RW* 2004-05, 1056.

(437) D. MOUGENOT, "La preuve en matière civile. Chronique de jurisprudence 2002-2010", *JT* 2011, 597.

(438) Cass. 6 december 2002, *RW* 2004-05, 1056; D. MOUGENOT, «La preuve en matière civile. Chronique de jurisprudence 2002-2010», *JT* 2011, 517.

(439) D. MOUGENOT, *La preuve*, Brussel, Larcier, 1997, 100; J. PETIT, *Sociaal procesrecht*, Brugge, die Keure, 2000, 456; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, 210; W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 682; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Brussel, Larcier, 1991, 121.

(440) Arbh. Antwerpen 26 april 1999, *RW* 2000-01, 593; H. BUYSENS, "Bewijs in het arbeidsovereenkomstenrecht" in M. RIGAUX (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 4*, Antwerpen, Maklu, 1993, 201; H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken. Arbeidsrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 1; T. VERHEYDEN, "Les péripéties du droit de la preuve en matière des contrats de travail" in P. VAN DER VORST (ed.), *Cent ans de droit social*, Brussel, Bruylant, 1986, 257; W. VAN EECKHOUTTE, "Overzicht van rechtspraak. Arbeidsovereenkomsten (1988-2005)", *TPR* 2006, 179.

(441) De commissie-HOYOIS formuleerde bij de bespreking van de latere wet van 10 maart 1900 op de arbeidsovereenkomst eenzelfde kritiek met betrekking tot het voorontwerp van VAN BERCHEM, dat voorzag in de mogelijkheid om de voorwaarden en de uitvoering van de overeenkomst met getuigen te bewijzen, wanneer deze mondeling is gesloten (zie verslag commissie-HOYOIS, *Parl.St.* Kamer 1897-98, nr. 76, 22).

(442) Cass. 2 maart 1973, *Arr.Cass.* 1973, 651.

(443) Cass. 6 december 2002, *RW* 2004-05, 1056, *RABG* 2004, 717, noot I. GEERS. Zie ook Antwerpen 28 februari 2000, *AJT* 2000-01, 835; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, deel 2, Antwerpen, Intersentia, 2000, 481; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WERY, "Chronique de jurisprudence.

De geschreven overeenkomst behoudt *inter partes* haar primauteit. Artikel 12 Arbeids-overeenkomstenwet doet geen afbreuk aan de primauteit van het geschrift bij de bewijsvoering van de arbeidsovereenkomst, zoals die volgt uit artikel 1341 BW⁽⁴⁴⁴⁾. In beginsel kan men dus niet met getuigen of vermoedens tegen en boven de inhoud van het geschrift bewijzen, maar enkel door middel van een geschrift, zoals ook de arbeidsrechtbanken beslissen⁽⁴⁴⁵⁾. Bovendien moeten partijen die hun overeenkomst schriftelijk vastlegden, overeenkomstig de artikelen 1319, 1320 en 1322 BW, de bewijskracht van de akten respecteren⁽⁴⁴⁶⁾. Artikel 1322 BW bepaalt dat een onderhandse akte die erkend is door diegene tegen wie men zich op de akte beroept, dezelfde bewijswaarde heeft als een authentieke akte⁽⁴⁴⁷⁾. Kopieën van onderhandse akten ontberen in beginsel die bewijswaarde als akte wegens het ontbreken van een originele handtekening⁽⁴⁴⁸⁾. Maar een fotokopie zal toch dezelfde bewijswaarde hebben als het origineel indien de partijen het eens zijn over de conformiteit van de kopie met het originele document en het origineel niet wordt opgevraagd door de tegenpartij⁽⁴⁴⁹⁾.

Het moge duidelijk zijn dat de 'omvang' van de bewijskracht afhangt van de omvang van de overeenkomst. Indien in een geschreven overeenkomst een uitgebreid aantal bepalingen voorkomen die het grote instructie- en controlerecht van de opdrachtgever regelen, dan zal het moeilijk zijn om tegen de bewijskracht van de akte een overeenkomst van zelfstandige samenwerking te doen aannemen. Omgekeerd indien in een geschreven overeenkomst een gedetailleerde regeling voorkomt die de vrijheid van organisatie en de arbeidstijd van de opdrachtnemer vrijwaart, zal de bewijskracht van de akte in beginsel verhinderen een arbeidsovereenkomst te doen aannemen. In een arrest van 10 januari 1994 herinnert het Hof van Cassatie eraan dat bij de interpretatie van overeenkomsten op grond van artikel 1156 BW het geschrift bewijskracht heeft, zowel wat de bewoordingen als wat de inhoud betreft⁽⁴⁵⁰⁾. Partijen en de rechter moeten dus de wil der partijen in de akte vinden⁽⁴⁵¹⁾.

Artikel 12 Arbeidsovereenkomstenwet voert geen vrij bewijsstelsel in. Wanneer er een geschreven arbeidsovereenkomst bestaat, is het getuigenbewijs – en dus ook het bewijs door feitelijke vermoedens – niet toegelaten⁽⁴⁵²⁾. Omgekeerd, wanneer er geen geschreven overeenkomst voorhanden is, is het bewijs door getuigen en feitelijke

Les obligations: régime général de l'obligation (1985-1995)”, *JT* 1999, 835; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Brussel, Larcier, 1991, 151.

(444) Cass. 23 nov. 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1342; Cass. 10 jan. 1994, *Arr.Cass.* 1994, 16; H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken. Arbeidsrecht*, Mys en Breesch, 1999, 79; C. WANTIEZ, “Droit du travail et qualification conventionnelle”, *JTT* 1991, 441-442; J. PETIT, *Sociaal procesrecht*, die Keure, 2000, 427; K. NEVENS, “Schijnzelfstandigen in het offensief”, *RW* 2004-05, 1204-1206.

(445) Arbh. Gent 12 januari 2007, *RW* 2008-09, 373; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile. Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 597.

(446) Art. 1341 BW; zie o.m. W. VAN EECKHOUTTE, “‘Gezag’ in de cassatierechtspraak”, *NJW* 2005, 9.

(447) B. SAMYN, 288-289.

(448) B. SAMYN, 307.

(449) B. SAMYN, 308; Arbh. Brussel 14 juni 2010, *JTT* 2011, 163; Antwerpen 22 december 2011, *RW* 2011-12, 187.

(450) W. DE BONDT, “Uitlegging van overeenkomsten naar de geest: mogelijkheden, grenzen en alternatieven”, *RW* 1996-97, 1001 e.v.

(451) Arbh. Gent 12 januari 2007, *RW* 2008-09, 373; W. VAN EECKHOUTTE, “‘Gezag’ in de cassatierechtspraak”, *NJW* 2005, 10.

(452) Verslag VANNIEUWENHUYZE, *Parl.St.* Senaat 1977-78, nr. 258/2, 59; Arbrb. Nijvel 12 oktober 2005, *JTT* 2006, 65; C. WANTIEZ, «Droit du travail et qualification conventionnelle», *JTT* 1991, 441.

vermoedens uiteraard wel toegelaten ⁽⁴⁵³⁾. Met betrekking tot artikel 1341 BW in het bijzonder, benadrukken verschillende auteurs dat het tweede lid van deze bepaling wél van toepassing is en blijft in het arbeidsovereenkomstenrecht ⁽⁴⁵⁴⁾. Deze bepaling verankert de voorrang van het bewijs door geschrift ⁽⁴⁵⁵⁾. Jamouille schrijft dan ook: «L'article 12 ne s'attaque nullement à la hiérarchie des modes de preuve; il laisse intacte la prééminence de la preuve littérale qu'établit l'article 1341 du Code civil.» ⁽⁴⁵⁶⁾ De voorrang van de geschreven op de mondelinge arbeidsovereenkomst vindt in artikel 51 Cao-Wet overigens bevestiging ⁽⁴⁵⁷⁾.

Met andere woorden, wat betreft de arbeidsovereenkomst/aannemingsovereenkomst, is tussen partijen het bewijs door getuigen tegen en boven de inhoud van het geschrift niet toegelaten, ook niet omtrent hetgeen men zou beweren voor, tijdens of sinds het opmaken te zijn gezegd, al betreft het ook een som of een waarde van minder dan 375 euro ⁽⁴⁵⁸⁾. «Quand un écrit a été dressé en vue de faire preuve d'un acte juridique, cet acte juridique fût-il fictif en tout ou en partie, foi est due à l'écrit pour son contenu matériel et pour son contenu intellectuel. Le juge n'est plus libre de faire abstraction de l'expression écrite de la volonté pour puiser dans d'autres éléments (...) de quoi contredire, rectifier ou compléter l'écrit aux fins de rétablir la volonté réelle des parties.» ⁽⁴⁵⁹⁾

De regel «*lettres passent témoins*» sluit evenwel niet uit dat ongehinderd het bewijs wordt geleverd van feiten of handelingen die na de totstandkoming van de geschreven akte plaatsgrijpen en daarvan losstaan, ook al kunnen zij een invloed hebben op de akte en haar inhoud ⁽⁴⁶⁰⁾. Zo geeft Jamouille het voorbeeld van de (mondelijke) intrekking van de (geschreven) opzegging. Deze intrekking «s'analyse comme un nouvel acte qui, distinct du premier, en détruit les effets» ⁽⁴⁶¹⁾. Een ander voorbeeld

(453) K. VAN DEN LANGENBERGH, *Schijnzelfstandigen of oneigenlijke werknemers*, Brussel, Federaal Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid, 2000, 35; G. VAN LIMBERGHEN en K. NEVENS, "Doorwerking van de arbeidsrechtelijke gezagsverhouding in het socialezekerheidsrecht" in M. RIGAUX en P. HUMBLET (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 7*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 379.

(454) Zie *RPDB*, compl. Tome III, v° *Contrat de travail et contrat d'emploi*, nr. 792; H. BUYSENS, "Bewijs in het arbeidsovereenkomstenrecht" in M. RIGAUX (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 4*, Antwerpen, Maklu, 1993, 201; H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken. Arbeidsrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 2; W. RAUWS, "De kwalificatie van de (arbeids)overeenkomst", *JTT* 2006, 96; K. ROSIER en S. GILSON, "La preuve en droit du travail", *Ors.* 2007, 11; W. VAN EECKHOUTTE, "'Gezag' in de cassatierechtspraak", *NJW* 2005, 10; T. VERHEYDEN, "Les péripéties du droit de la preuve en matière des contrats de travail" in P. VAN DER VORST (ed.), *Cent ans de droit social*, Brussel, Bruylant, 1986, 271.

(455) Cass. 25 mei 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 908; *RPDB*, compl. Tome III, v° *Contrat de travail et contrat d'emploi*, nr. 787; L. CORNIL, conclusie bij Cass. 4 april 1941, *Pas.* 1941, I, 123; R. MOUGENOT, *La preuve*, Brussel, Larcier, 1997, 98; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Brussel, Larcier, 1991, 117-118.

(456) M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, I, Luik, Fac. de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1982, 379. Zie ook C. WANTIEZ, "Droit du travail et qualification conventionnelle", *JTT* 1991, 441.

(457) H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken. Arbeidsrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 2; M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, I, Luik, Fac. de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1982, 379.

(458) H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken. Arbeidsrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 2; C. WANTIEZ, «Droit du travail et qualification conventionnelle», *JTT* 1991, 441.

(459) J. DABIN, noot onder Cass. 30 januari 1947, *RCJB* 1947, 222. Zie ook L. CORNIL, conclusie bij Cass. 4 april 1941, *Pas.* 1941, I, 123; F. DUMON, *De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van de akten (mercuriale)*, Brussel, Bruylant, 1978, 42.

(460) R. MOUGENOT, *La preuve*, Brussel, Larcier, 1997, 107; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Brussel, Larcier, 1991, 163.

(461) *RPDB*, compl. Tome III, v° *contrat de travail et contrat d'emploi*, nr. 792.

betreft de schuldvernieuwing die aanleiding geeft tot het tot stand komen van een nieuwe overeenkomst. Zo aanvaardt het Hof van Cassatie dat een geschreven arbeidsovereenkomst gewijzigd en vervangen kan worden door een nieuwe mondelinge arbeidsovereenkomst⁽⁴⁶²⁾. Deze mondelinge overeenkomst mag, overeenkomstig artikel 12 Arbeidsovereenkomstenwet, met getuigen en vermoedens bewezen worden. Salomez⁽⁴⁶³⁾ en Van Den Langenberg⁽⁴⁶⁴⁾ betogen terecht dat artikel 1341, tweede lid BW hieraan geen afbreuk doet. In deze hypothese komt het er immers op aan een nieuwe rechtshandeling te bewijzen veeleer dan door middel van getuigen en vermoedens te tornen aan de oorspronkelijke op schrift gestelde overeenkomst en haar inhoud.

Artikel 1341, tweede lid BW staat verder ook niet in de weg dat – met het oog op de interpretatie van het geschrift – een beroep zou worden gedaan op elementen vreemd aan de overeenkomst, die wel met getuigen en feitelijke vermoedens kunnen worden aangetoond. Artikel 1156 BW bepaalt dat men in de overeenkomst moet nagaan welke de gemeenschappelijke bedoeling van de contracterende partijen is geweest, veeleer dan zich aan de letterlijke zin van de woorden te houden⁽⁴⁶⁵⁾. Deze gemeenschappelijke bedoeling moet niet noodzakelijk worden afgeleid uit de schriftelijke verklaring van de partijen, maar mag ook worden teruggevonden in extrinsieke elementen, zoals de uitvoering van de overeenkomst⁽⁴⁶⁶⁾. «L'exécution donnée par les parties est un des éléments les plus sérieux pour interpréter les conventions.»⁽⁴⁶⁷⁾ Deze extrinsieke elementen moeten wel betrekking hebben op bedingen van de overeenkomst. De werkelijke wil moet worden teruggevonden in de akte⁽⁴⁶⁸⁾. In het tegenovergestelde geval zou men de overeenkomst immers aanvullen boven de in-

(462) Cass. 28 mei 1979, *Arr.Cass.* 1978-79, 1134; Cass. 10 september 1984, *Arr.Cass.* 1984-85, 56; Cass. 4 mei 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 1157.

(463) K. SALOMEZ, "De hiërarchie van de rechtsbronnen in het arbeidsrecht" in G. COX, M. RIGAUX en J. ROMBOUTS (eds.), *Collectief onderhandelen*, Antwerpen, Kluwer, 251. Zie ook C. WANTIEZ, "Droit du travail et qualification conventionnelle", *JTT* 1991, 444.

(464) K. VAN DEN LANGENBERGH, *Schijnzelfstandigen of oneigenlijke werknemers*, Brussel, Federaal Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid, 2000, 37-38.

(465) Zie ook Cass. 24 september 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1131.

(466) K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, 170, en zijn verwijzingen in voetnoot 1261: Cass. 17 november 1932, *Pas.* 1932, I, 9; Cass. 15 juni 1933, *Pas.* 1933, I, 266; Cass. 4 april 1941, *Pas.* 1941, I, 120, concl. L. CORNIL; Cass. 8 oktober 1965, *Pas.* 1996, I, 184; Cass. 17 april 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1040, noot; Cass. 25 mei 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 1234; Cass. 12 juni 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 1394; Cass. 10 november 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 287; Cass. 9 maart 1989, *Arr.Cass.* 1988-89, 783; Cass. 3 januari 1997, *Arr.Cass.* 1997, 9; Cass. 27 april 1998, *RW* 1999-2000, 131; Arbh. Brussel 20 januari 1987, *Soc.Kron.* 1987, 249, noot C. ENGELS; J. DABIN, noot onder Cass. 30 januari 1947, *RCJB* 1947, 224; W. DE BONDT, "Uitlegging van overeenkomsten naar de geest: mogelijkheden, grenzen en alternatieven", *RW* 1996-97, 1002; R. KRUIHOF, F. DE LY, H. BOCKEN en B. DE TEMMERMAN, "Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen 1981-1992", *TPR* 1994, 447; E. KRINGS, conclusie bij Cass. 13 mei 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 1204; W. VAN EECKHOUTTE, "Gezag" in de cassatierechtspraak", *NJW* 2005, 10; P. VAN OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence (1974-1982) – les obligations", *RCJB* 1988, 170.

(467) *RPDB*, v° *Contratet convention engénéral*, nr. 778. Zie ook K. VAN DEN LANGENBERGH, *Schijnzelfstandigen of oneigenlijke werknemers*, Brussel, Federaal Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid, 2000, 17.

(468) Cass. 24 maart 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 972; Cass. 10 januari 1994, *Arr.Cass.* 1994, 16; L. CORNIL, conclusie bij Cass. 4 april 1941, *Pas.* 1941, I, 124; J. DABIN, noot onder Cass. 30 januari 1947, *RCJB* 1947, 223; W. DE BONDT, "Uitlegging van overeenkomsten naar de geest: mogelijkheden, grenzen en alternatieven", *RW* 1996-97, 1001; B. MAES, "Bewijskracht en bewijswaarde: kanttekeningen bij de rechtspraak van het Hof van Cassatie", *P & B* 1995, 146; K. VAN DEN LANGENBERGH, *Schijnzelfstandigen*

houd van het geschrift⁽⁴⁶⁹⁾. Daarenboven moet de bewijskracht van de akte worden gerespecteerd⁽⁴⁷⁰⁾. Kortom, de geschreven akte wordt beschouwd als een waarheidsgetrouwe en volledige weergave van de wil van de partijen⁽⁴⁷¹⁾. Zo aanvaardt de jurisprudentie dat, wat betreft het proefbeding, het bewijs van de anti- of postdatering in beginsel niet met getuigen en feitelijke vermoedens kan worden geleverd⁽⁴⁷²⁾. “Ce serait [...] prouver contre le contenu de l’acte que d’autoriser la preuve de la date de l’entrée en service par témoignages”, oordeelde het arbeidshof te Luik⁽⁴⁷³⁾. Geheel in dezelfde lijn besliste het arbeidshof te Brussel recent dat het de werknemer, gelet op de bewijskracht van de ondertekende arbeidsovereenkomst met de erin vermelde datum van ondertekening, niet toegelaten is aan te voeren dat hij de arbeidsovereenkomst met het proefbeding ondertekend heeft na de indiensttreding⁽⁴⁷⁴⁾.

In het arbeidsrecht menen sommige auteurs dat artikel 1341, tweede lid BW wat betreft het bestaan van de arbeidsovereenkomst, minstens het bestaan van de gezagsverhouding niet van toepassing is. Buysens is van mening dat dit artikel in het arbeids(overeenkomsten)recht niet hanteerbaar is omdat deze rechtstak een dwingend karakter heeft⁽⁴⁷⁵⁾. Het verband tussen dwingend recht en een versoepeld bewijsstelsel is echter allesbehalve vanzelfsprekend. Zo vereist artikel 10, § 1 Wet Landverzekeringsovereenkomst altijd een geschrift *ad probationem*, ongeacht de waarde van de overeenkomst en al betreft het een handelsverbintenis⁽⁴⁷⁶⁾. Getuigen en vermoedens zijn wat betreft de verzekeringsovereenkomst slechts toelaatbaar wanneer er reeds een begin van bewijs door geschrift is geleverd⁽⁴⁷⁷⁾. Volgens artikel 3 van de Landverzekeringsovereenkomstenwet zijn de bepalingen van deze wet in begin-

of oneigenlijke werknemers, Brussel, Federaal Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid, 2000, 31; P. VAN OMMESLAGHE, “Examen de jurisprudence (1974-1982) - les obligations”, *RCJB* 1988, 170.

- (469) W. DE BONDT, “Uitlegging van overeenkomsten naar de geest: mogelijkheden, grenzen en alternatieven”, *RW* 1996-97, 1013; P. VAN OMMESLAGHE, “Examen de jurisprudence (1974 à 1982) - les obligations”, *RCJB* 1988, 158, nr. 239. Zie ook W. VAN EECKHOUTTE, “Gezag’ in de cassatierechtspraak”, *NJW* 2005, 10 en Cass. 28 februari 1980 (*Arr. Cass.* 1979-80, 798) waar het Hof zodanige handelwijze in strijd acht met de regel dat men met getuigen geen bewijs mag leveren tegen of boven het geschrift. Met andere woorden, het Hof laat *in casu* na het bewijs tegen de akte te onderscheiden van het bewijs boven de akte.
- (470) W. DE BONDT, “Uitlegging van overeenkomsten naar de geest: mogelijkheden, grenzen en alternatieven”, *RW* 1996-97, 1016; R. KRUIHOF, F. DE LY, H. BOCKEN en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen 1981-1992”, *TPR* 1994, 448; P. VAN OMMESLAGHE, «Examen de jurisprudence (1968-73) - les obligations», *RCJB* 1975, 498.
- (471) F. DUMON, *De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van de akten (mercuriale)*, Brussel, Bruylant, 1978, 43; F. DUMON, *De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes*, Brussel, Bruylant, 1978, 39.
- (472) Arbh. Luik 23 september 1982, *JTT* 1984, 191; Arbh. Luik 24 juli 1990, *JTT* 1991, 27; Arbh. Gent 13 februari 1995, *TGR* 1995, 213; Arbrb. Brussel 11 december 1986, *Rechtspr. Arbrb. Br.* 1987, 43. Zie ook, doch niet inzake het proefbeding: Arbh. Antwerpen 16 september 1985, *JTT* 1987, 170.
- (473) Arbh. Luik 23 september 1982, *JTT* 1984, 191.
- (474) Arbh. Brussel, 26 februari 2010, AR nr. 50613, onuitg.
- (475) H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 75.
- (476) Evenwel, behoudens eed of bekentenis.
- (477) Art. 10, § 1, tweede lid Wet Landverzekeringsovereenkomst; Cass. 6 februari 2004, *Pas.* 2004, 220.

sel⁽⁴⁷⁸⁾ nochtans van dwingende aard⁽⁴⁷⁹⁾. Artikel 10, § 1 *in fine* van de Wet Landverzekeringsovereenkomst bepaalt nadrukkelijk dat geen enkel bewijs door getuigen of vermoedens tegen en boven de inhoud van het geschrift is toegelaten. Ook in het woninghuurrecht, dat in beginsel een dwingend karakter heeft⁽⁴⁸⁰⁾, is er geen sprake van een versoepeld bewijsstelsel. De regels voortvloeiende uit het gemeen bewijsrecht zijn wat betreft de woninghuurovereenkomst zonder meer van toepassing. Artikel 1715 BW maakt wel een uitzondering inzake het bewijs van het bestaan van een mondeling aangegane huur van een onroerend goed die nog niet ten uitvoer is gebracht en die door een van de partijen wordt ontkend. In dat geval is het bewijs door getuigen niet toegelaten, hoe gering de huurprijs ook is⁽⁴⁸¹⁾. Het getuigenbewijs is dan zelfs niet toegelaten wanneer er een begin van geschreven bewijs voorligt⁽⁴⁸²⁾. Ten gevolge van de uitsluiting van het getuigenbewijs is ook het bewijs door feitelijke vermoedens onmogelijk⁽⁴⁸³⁾.

Van Regenmortel en Van Den Langenberg verwijzen naar een cassatiearrest van 10 maart 1980 om de niet-toepasselijkheid van artikel 1341 BW in arbeidszaken en in het bijzonder met betrekking tot de aard van de arbeidsrelatie te staven⁽⁴⁸⁴⁾. In dit arrest overwoog het Hof dat de feitenrechter artikel 1341 BW had geschonden omdat hij aan de werkgever niet toeliet de aard van de functie van een werknemer te bewijzen met alle middelen van recht, omdat dit zou ingaan tegen de inhoud van een geschrift, uitgaande van die werkgever zelf. Deze overweging wordt voorafgegaan door de overweging dat "het arrest (van de feitenrechter) niet oordeelt dat een arbeidsovereenkomst is tot stand gekomen waarin, naar de bedoeling van de partijen, de hoedanigheid van meestergast werd bedongen". Mocht dat wel schriftelijk zijn overeengekomen, *quod non*, dan zou het bewijs van de functie inderdaad ingaan tegen de inhoud van het geschrift⁽⁴⁸⁵⁾. Met Nevens valt te betwijfelen of uit dit arrest, dat overigens geen betrekking had op het onderscheid werknemer-zelfstandige, dergelijke verregaande conclusie kan worden getrokken. Het Hof van Cassatie lijkt vooral het arrest van de feitenrechter te hebben gecasseerd omdat deze artikel 1341 BW toepaste op een geschrift dat uitging van de werkgever, waarin deze eenzijdig

(478) Dit is niet het geval wanneer uit de bewoordingen van een wetsbepaling zelf blijkt dat de mogelijkheid wordt gelaten om ervan af te wijken door bijzondere bedingen: art. 3 *in fine* Landverzekeringsovereenkomstenwet. Sommige bepalingen van deze wet zijn zelfs van openbare orde: P. COLLE, *Algemene beginselen van het Belgisch verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 10; M. FONTAINE, *Verzekeringsrecht*, Brussel, Larcier, 1999, 47-48.

(479) M. FONTAINE, *Verzekeringsrecht*, Brussel, Larcier, 1999, 45; L. SCHUERMANS, "De nieuwe wet op de landverzekeringsovereenkomst van 25 juni 1992", *RW* 1992-93, 700.

(480) Art. 12 Woninghuurrecht; *Parl.St. Kamer* 1990-91, nr. 1357/1, 27; M. DAMBRE en B. HUBEAU, *Woninghuur* in *APR*, Antwerpen, Story-Scientia, 2002, 104.

(481) Zie ook Cass. 14 mei 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 1147.

(482) Cass. 22 maart 1945, *Pas.* 1945, I, 137; Cass. 30 oktober 1964, *Pas.* 1965, I, 223; S. BEYAERT, "Art. 1714-1715" in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 7; J. HERBOTS, S. STIJNS e.a., "Overzicht van rechtspraak bijzondere overeenkomsten 1995-1998", *TPR* 2002, 237.

(483) Cass. 30 oktober 1964, *JT* 1965, 69.

(484) Zie A. VAN REGENMORTEL, "Onderscheid tussen werknemer en zelfstandige" in J. VAN STEENBERGE en A. VAN REGENMORTEL (eds.), *Actuele problemen van het sociaalezekeringsrecht*, Brugge, die Keure, 1995, 92-93; K. VAN DEN LANGENBERGH, *Schijnzelfstandigen of oneigenlijke werknemers*, Brussel, Federaal Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid, 2000, 48.

(485) Zie het indringende proefschrift van K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, 170 e.v. met een schat aan verwijzingen.

een kwalificatie gaf aan de functie van de werknemer, zonder dat deze functie tussen partijen ook daadwerkelijk werd *bedongen*.

Geschriften uitgaande van de werkgever, zoals het formulier C4, kunnen volgens het Hof van Cassatie wel gelden als feitelijke vermoedens⁽⁴⁸⁶⁾, maar zijn geen geschriften waarop artikel 1341 BW toepasselijk is in de mate dat zij slechts een declaratoire aard hebben.

Een deel van de rechtspraak en de rechtsleer beschouwen de gezagsverhouding als een loutere feitenkwestie die met alle middelen van recht mag worden bewezen⁽⁴⁸⁷⁾. Van Regenmortel komt tot dezelfde conclusie en haakt dit vast aan de arresten van het Hof van Cassatie⁽⁴⁸⁸⁾ waarin werd geoordeeld dat gezag een rechtsfeit is⁽⁴⁸⁹⁾.

Het is terecht onderstreept dat de gezagsverhouding een wezenlijk element of onderdeel is van de rechtshandeling die een arbeidsovereenkomst is en als dusdanig geen rechtsfeit *stricto sensu* dat *inter partes* met alle middelen van recht zou mogen worden bewezen⁽⁴⁹⁰⁾. Gezagsuitoefening is in vele gevallen wel een rechtsfeit, maar dat schuift de bewijsregels niet terzijde. Dit is hierdoor te verklaren dat voor de bijzondere categorie van rechtsfeiten *sensu lato*, nl. die van de rechtshandelingen, een wettelijk gereguleerd bewijsstelsel bestaat⁽⁴⁹¹⁾. In oudere cassatiearresten⁽⁴⁹²⁾ wordt de gezagsverhouding nog beschouwd als een rechtsfeit. Dit is juist ten aanzien van derden voor de arbeidsovereenkomst en de gezagsverhouding inderdaad een rechtsfeit, maar niet tussen partijen⁽⁴⁹³⁾. De gezagsverhouding is immers het contractuele

(486) Cass. 22 juni 1977, *Arr.Cass.* 1977, 1092.

(487) Arbh. Gent 26 maart 1998, *V&F* 1998, 159; J. STEYAERT, C. DE GANCK en L. DE SCHRYVER, *Arbeidsovereenkomst in APR*, Gent, Story-Scientia, 1990, 34 en 37.

(488) Bv. Cass. 3 oktober 1957, *Pas.* 1958, I, 86; Cass. 2 november 1992, *RW* 1992-93, 959; Cass. 23 juni 1997, *Arr.Cass.* 694.

(489) A. VAN REGENMORTEL, "Onderscheid tussen werknemer en zelfstandige" in J. VAN STEENBERGE en A. VAN REGENMORTEL (eds.), *Actuele problemen van het socialezekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 1995, 92-93.

VAN REGENMORTEL meent dat het Hof van Cassatie haar opvatting zou zijn bijgetreden bij arrest van 23 november 1992 (*Arr.Cass.* 1991-92, nr. 747). Er moet worden opgemerkt dat dit arrest slechts in samenvattende vorm werd gepubliceerd. De samenvatting luidt als volgt: "de regel volgens welke de rechter, bij beoordeling van de benaming van de overeenkomst tussen partijen, niet alleen dient rekening te houden met de bepalingen van de overeenkomst, maar ook met de wijze waarop de contractuele betrekkingen feitelijk zijn verlopen, is gesteund op de wettelijke bepalingen inzake bewijslevering (art. 1341 BW)".

(490) Zie K. NEVENS, "Kwalificatie, bewijslast en bewijsrisico", *RW* 2004-05, 1202-1203; W. RAUWS, "De kwalificatie van de (arbeids)overeenkomst", *JTT* 2006, 96; vgl. W. VAN EECKHOUTTE, "'Gezag' in de cassatierechtspraak", *NJW* 2005, 3 e.v.; adv.-gen. LENAERTS, conclusie bij Cass. 16 jan. 1978, *Arr. Cass.* 1978, 577; anders: K. VAN DEN LANGENBERGH, *Schijnzelfstandigen of oneigenlijke werknemers*, Ministerie van Arbeid, 2000, 48; H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken. Arbeidsrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 79.

(491) W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2001, 411 en 414; L. CORNELIS, *Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 244; K. NEVENS, "Schijnzelfstandigen in het offensief", *RW* 2004-05, 1204.

(492) Bv. Cass. 17 maart 1966, *Pas.* 1966, I, 918. Zie K. VAN DEN LANGENBERGH, *Schijnzelfstandigen of oneigenlijke werknemers*, 2000, 48; H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken. Arbeidsrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 79.

(493) T.a.v. derden: Cass. 23 okt. 1987, *RW* 1987-88, 949; L. CORNELIS, *Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 244.

recht op gezagsuitoefening en de corresponderende verbintenis voor de werknemer de instructies op te volgen. Rechten en verbintenissen uit overeenkomsten zijn geen rechtsfeiten voor de partijen en vallen onder de toepassing van het geregelmeenteerde bewijsstelsel ⁽⁴⁹⁴⁾ ⁽⁴⁹⁵⁾.

Mijns inziens moet het arrest van 23 november 1992 overigens zo worden begrepen dat de feitenrechter ter interpretatie van de bepalingen van de overeenkomst, een beroep mag doen op extrinsieke elementen. Dit is vaststaande cassatierechtspraak en is volledig verzoenbaar met de principiële toepassing van artikel 1341 BW, reden waarom allicht werd aangegeven dat deze handelwijze "is gesteund op de wettelijke bepalingen inzake bewijslevering (art. 1341 BW)". Het Hof van Cassatie kwam reeds tot een gelijkaardige conclusie wat betreft de regels inzake de bewijskracht van het geschrift. In een arrest van 10 december 1984 ⁽⁴⁹⁶⁾ gaf het Hof aan dat "het arrest (van de feitenrechter), dat wettig heeft beslist dat de bedingen van het contract die het vermeldt en de uitvoering die de partijen eraan hebben gegeven het bestaan van een verhouding van ondergeschiktheid impliceren, de bewijskracht van de overeenkomst niet miskent".

In een cassatiearrest van 17 mei 2004 overweegt het Hof van Cassatie dat het bestaan van een arbeidsovereenkomst bewezen mag worden door alle middelen rechtens en meer bepaald ook door de uitvoering die er door de partijen aan gegeven is ⁽⁴⁹⁷⁾. Hieruit kan m.i. ook niet worden afgeleid dat het Hof artikel 1341 BW buitenspel zou hebben willen zetten wat betreft het bewijs van de inhoud van de overeenkomst. Deze overweging heeft immers betrekking op het bewijs van het bestaan van een overeenkomst. In deze zaak had de feitenrechter immers aangenomen dat er niet alleen een overeenkomst bestond tussen een coöperatieve vennootschap en een commercieel afgevaardigde, maar ook tussen een daarmee verwante naamloze vennootschap en diezelfde afgevaardigde. De vertegenwoordiger had weliswaar een geschreven overeenkomst gesloten met de coöperatieve vennootschap, maar kreeg ook instructies en opdrachten voor en van de nv. Uit deze feiten vermocht de feitenrechter van het Hof dus gedeeld werkgeverschap afleiden. Het bestaan van een rechtsgeldige wilsuiting is tenslotte in de feiten vast te stellen. Het is, in tegenstelling tot de inhoud van de overeenkomst, een rechtsfeit dat door alle bewijsmiddelen kan worden aan-

(494) G. VAN LIMBERGHEN en K. NEVENS, "Doorwerking van de arbeidsrechtelijke gezagsverhouding in het socialezekerheidsrecht. Paal en perk aan de cultus van de wilsautonomie" in M. RIGAUX en P. HUMBLET (eds.), *Actuele problemen arbeidsrecht 7*, Antwerpen, Intersentia, 2005, nr. 16; L. CORNELIS, *Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 216-217; vgl. H. MORMONT, "Les pharmaciens d'officine et la jurisprudence récente de la Cour de cassation en matière de preuve de lien de subordination", *Soc.Kron.* 2005, 66.

(495) Zoals G. VAN LIMBERGHEN en K. NEVENS, "Doorwerking van de arbeidsrechtelijke gezagsverhouding in het socialezekerheidsrecht. Paal en perk aan de cultus van de wilsautonomie" in M. RIGAUX en P. HUMBLET (eds.), *Actuele problemen arbeidsrecht 7*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 380 opmerken, oordeelt het Hof van Cassatie in een arrest van 17 mei 2004 dat het bestaan van de arbeidsovereenkomst mag worden bewezen met alle middelen van recht, waaronder de uitvoering van de overeenkomst door partijen (*NJW* 2004, 1347, noot M. DE VOS).

(496) *Arr.Cass.* 1984-85, 492, *NJW* 2004, 1347, noot M. DE VOS. Zie ook C. WANTIEZ, «Droit du travail et qualification conventionnelle», *JTT* 1991, 443.

(497) *Cass.* 17 mei 2004, *Arr.Cass.* 2004, 868.

getoond ⁽⁴⁹⁸⁾. Het cassatiemiddel voert overigens een schending aan van artikel 1108 BW en verwijst op geen enkel ogenblik naar de regels inzake de bewijswaarde of bewijskracht van het geschrift.

Tot slot moet nog worden gewezen op enkele bijzonderheden met betrekking tot de draagwijdte van artikel 1341 BW.

Artikel 1341 BW impliceert niet noodzakelijk dat tussen partijen uitsluitend het geschrift bewijswaarde heeft. Er mag worden op gewezen dat het geschrift terzijde mag worden geschoven ten voordele van een buitengerechtelijke bekentenis ⁽⁴⁹⁹⁾ en dat ook wordt aangenomen dat de onbetwiste uitvoering van de overeenkomst een buitengerechtelijke bekentenis kan uitmaken ⁽⁵⁰⁰⁾. En in een belangrijk cassatiearrest van 23 november 1992, waarnaar wordt verwezen in een voetnoot bij het kwalificatiearrest van 23 december 2002, wordt geoordeeld dat de regel volgens welke de rechter, bij de beoordeling van de kwalificatie van de (arbeids)overeenkomst tussen partijen, niet alleen rekening dient te houden met de bepalingen van de overeenkomst, maar ook met de wijze waarop de contractuele betrekkingen feitelijk zijn verlopen, is gesteund op de wettelijke bepalingen inzake bewijslevering (art. 1341 BW) ⁽⁵⁰¹⁾.

Nu kan er nog nuttig worden op gewezen dat het begrip arbeidsovereenkomst wettelijk gedefinieerd is en partijen er niet over kunnen beschikken. Dit impliceert wellicht dat de bekentenis niet kon slaan op de kwalificatie van de overeenkomst ⁽⁵⁰²⁾. Verder neemt men ook aan dat er geen bekentenis kan worden afgelegd met betrekking tot materies van openbare orde ⁽⁵⁰³⁾. Maar enerzijds heeft het Hof van Cassatie geoordeeld in een RSZ-zaak dat de regel waarop de sociale zekerheid van werknemers steunt van dwingend recht is ⁽⁵⁰⁴⁾. En bovendien neemt dit alles niet weg dat via de figuur van de buitengerechtelijke bekentenis wel niet rechtstreeks de kwalificatie van de overeenkomst kan worden vastgelegd, maar bv. wel aan de hand van de uitvoering van de overeenkomst dat er gezagsuitoefening was.

Het bestaan en de draagwijdte van verbintenissen uit een rechtshandeling kan door derden ten aanzien van partijen door alle bewijsmiddelen worden aangetoond. In die rechtsverhouding blijft het vrije bewijsstelsel gelden, vermits het neerkomt op het

(498) L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, deel 1, Antwerpen, Intersentia, 2000, 39-40; P. VAN OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence (1974 à 1982) - Les obligations", *RClB* 1988, 157. Schijnbaar anders: A. DE BOECK, "Geldigheidsvereisten voor de overeenkomst - Toestemming - Wilsuiting", *Comm. Bijzondere Overeenkomsten*, afl. 70, 9. Vgl. HR, C00/334, 5 april 2002, www.rechtspraak.nl. Zie hieromtrent G. BOOT, *Arbeidsrechtelijke bescherming*, Amsterdam, Sdu, 2006, 103-104; C. LOONSTRA en W. ZONDAG, *Arbeidsrechtelijke thema's*, Den Haag, Boom, 2006, 95-96.

(499) *Infra*.

(500) *Infra*; zie reeds H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken. Arbeidsrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 28; M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, I, Faculté de droit de Liège, 1986, I, nrs. 302 e.v.; H. DE PAGE, *Traité*, III, nr. 1032; K. NEVENS, "Schijnzelfstandigen in het offensief", *RW* 2004-05, 1206 en 1207.

(501) Cass. 23 nov. 1992, *Pas.* 1992, I, 1299, *Arr.Cass.* 1991-92, nr. 747.

(502) K. NEVENS, "Schijnzelfstandigen in het offensief", *RW* 2004-05, 1207.

(503) K. NEVENS, "Schijnzelfstandigen in het offensief", *RW* 2004-05, 1207; A. VAN REGENMORTEL, "Enkele bedenkingen bij de betekenis en de draagwijdte van het begrip openbare orde in het sociaal recht", *TSR* 1997, 20.

(504) Cass. 3 mei 2004, *RW* 2004-05, 1220.

bewijs van rechtsfeiten (*sensu stricto*) en niet van rechtshandelingen⁽⁵⁰⁵⁾. In vele gevallen kan dit er bv. voor de RSZ op neerkomen te bewijzen dat de zelfstandige samenwerkingsovereenkomst geveinsd is⁽⁵⁰⁶⁾. Zo heeft de onderhandse akte slechts een beperkte bewijswaarde. Derden, zoals de RSZ, kunnen steeds door alle bewijsmiddelen, vermoedens en getuigen inbegrepen, het bewijs van het tegendeel leveren⁽⁵⁰⁷⁾. Nu de RSZ geen partij is bij de arbeidsovereenkomst, is deze dan ook niet gebonden door de bewijsbeperkingen die zouden kunnen voortvloeien uit artikel 1341 BW of artikel 12 Arbeidsovereenkomstenwet⁽⁵⁰⁸⁾. Er kan bovendien op gewezen worden dat de wettelijke bepalingen inzake het toepassingsgebied van de sociale zekerheid de openbare orde raken en dat derhalve niet aan de hand van een geschrift, maar op basis van de realiteit van de rechtshandeling moet worden bepaald of er al dan niet een arbeidsovereenkomst/overeenkomst van zelfstandige samenwerking voorhanden is.

Ik ben geneigd aan te nemen dat ook de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid zich tegen de werkgever-handelaar op het versoepelde bewijsrecht van het handelsrecht kan beroepen om eventueel het bestaan van een arbeidsovereenkomst te bewijzen. Toegegeven weze onmiddellijk dat het belang van deze zienswijze niet zo groot is, daar de RSZ als derde reeds een beroep kan doen op het vrije bewijsstelsel⁽⁵⁰⁹⁾. Enerzijds is de categorie van de daden van koophandel ruim. Elke verbintenis van kooplieden wordt immers, zoals bekend, geacht een handelsdaad te zijn, tenzij is bewezen dat zij een oorzaak heeft die vreemd is aan de handel. En dit vermoeden wordt op zijn beurt breed uitgelegd en kan bv. verbintenissen uit een misdrijf omvatten⁽⁵¹⁰⁾. Anderzijds blijkt de grote reikwijdte van de soepele bewijsregeling ook bij zogenaamde gemengde daden, commercieel van aard voor de handelaar, en niet commercieel voor een ander⁽⁵¹¹⁾. Alsdan kan enkel die ander zich tegen de handelaar op de vrije bewijsvoering beroepen van het handelsrecht. Het niet-gereguleerde bewijsstelsel geldt ook voor het bewijs van commerciële verbintenissen ten aanzien van derden⁽⁵¹²⁾.

3.2.2. Geschrift en Arbeidsrelatiewet

Sommige auteurs zijn de mening toegedaan dat de artikelen 331 en 332 van de Arbeidsrelatiewet impliciet afwijken van artikel 1341 BW met zijn voorrang van het ge-

(505) Cass. 12 sept. 1977, *Arr.Cass.* 1978, 38; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, deel 1, Antwerpen, Intersentia, 2000, nrs. 179 en 206; M. DE VOS, "Zwart loon door overeengekomen ontduiken van socialezekerheidsbijdragen: algemene civielrechtelijke en arbeidsrechtelijke aspecten" in M. RIGAUX en W. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 5*, Gent, Mys en Breesch, 1997, nr. 366; D. VEAUX, *Juris-Classeur civil, v°"Contrats et obligations. Actes sous seing privé (art. 1322 à 1324)"*, 1997, nr. 62.

(506) Zie art. 1321 BW; M. DE VOS, "Zwart loon door overeengekomen ontduiken van socialezekerheidsbijdragen: algemene civielrechtelijke en arbeidsrechtelijke aspecten" in M. RIGAUX en W. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 5*, Gent, Mys en Breesch, 1997, nr. 366.

(507) L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, deel 1, Antwerpen, Intersentia, 2000, nr. 183.

(508) H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken. Arbeidsrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 82.

(509) *Supra*.

(510) Art. 2 W.Kh.; zie L. FREDERICQ, *Handboek van Belgisch handelsrecht*, I, Brussel, Bruylant, 1962, nrs. 39 en 42.

(511) A. BRUN en H. GALLAND, *Droit du travail*, Parijs, Sirey, 1958, nr. II-91.

(512) J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, III, Brussel, Bruylant, 1981, nrs. 41 en 45.

schreven bewijsstuk⁽⁵¹³⁾. Artikel 331 Arbeidsrelatiewet bepaalt immers dat voorrang moet worden gegeven aan de kwalificatie die uit de feitelijke uitoefening blijkt, terwijl artikel 332 van diezelfde wet bevestigt dat herkwalificatie moet gebeuren wanneer de uitoefening van de arbeidsrelatie voldoende elementen naar voren brengt die onverenigbaar zijn met de partijenkwalificatie⁽⁵¹⁴⁾. Wijst deze formulering op een intentie van de wetgever om de gezagsnotie te objectiveren⁽⁵¹⁵⁾? Hierbij kunnen toch enkele bedenkingen worden gemaakt. Een overeenkomst blijft tenslotte een wilsdaad. Verheyden-Jeanmart schrijft niet zonder reden: «la preuve des faits d'exécution (...) n'importe pas nécessairement celle de la convention invoquée»⁽⁵¹⁶⁾. Ook Rigaux geeft aan dat de wil der partijen zomaar niet kan genegeerd worden: «Même quand la qualification d'un acte juridique est liée à un élément objectif – tels le lien de subordination du contrat de louage de services (...) l'appréciation de cet élément ne saurait se faire sans recherche de la volonté exprimée sur ce point par les parties.»⁽⁵¹⁷⁾

Bovendien wou de wetgever geen afstand nemen van de wilsautonomie van de partijen⁽⁵¹⁸⁾. Artikel 331 van de Arbeidsrelatiewet refereert immers ook aan de vrije keuze van de partijen met betrekking tot hun arbeidsrelatie. Daarom lijkt men de verwijzing naar 'de feitelijke uitoefening van gezag', zoals vermeld in artikel 331 en 332 Arbeidsrelatiewet niet al te exegetisch te moeten opvatten⁽⁵¹⁹⁾. Men kan zich trouwens de vraag stellen of de administratieve kamer van de Commissie ter regeling van de arbeidsrelaties zich überhaupt op de feitelijke uitoefening van de arbeidsrelatie zal kunnen steunen wanneer zij uitspraak moet doen voorafgaand aan de totstandkoming van de arbeidsrelatie⁽⁵²⁰⁾. Zoals van Eeckhoutte en De Maeseneire en ook Kerremans terecht opmerken, is het onmiskenbaar de bedoeling van de wet dat de 'sociale rulling' in voorkomend geval gebeurt bij de start van de arbeidsrelatie en niet na verloop ervan, met andere woorden in de precontractuele fase⁽⁵²¹⁾.

Hiermee is echter de vraag nog niet beantwoord of de Arbeidsrelatiewet afstand neemt van artikel 1341, tweede lid BW. Sommige uitspraken tijdens de parlementaire voorbereidingen hebben er alvast de schijn van, al is het duidelijk dat men zich eigenlijk niet heeft bekommerd om de impact van de Arbeidsrelatiewet op het geldende bewijsrecht. Zo wordt onder andere gesteld dat de daadwerkelijke arbeidsrelatie (lees: de concrete uitvoering daarvan) dient te primeren op de bepalingen van de

(513) J. CLESSE, "La qualification juridique de la relation de travail" in J. CLESSE en F. KÉFER (eds.), *Questions de droit social*, Luik, Anthemis, 2007, nr. 12; zie J. LORRÉ, "De aard van de arbeidsrelatie als deus ex machina", *RW* 2006-07, 1669.

(514) Zie voor dit alles wederom het proefschrift van K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, 175 e.v.

(515) Zie voor een bevestiging: MvT bij het ontwerp van programmawet (I), *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2773/1, 203.

(516) N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Brussel, Larcier, 1991, 127. Zie ook T. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, Brussel, Larcier, 2003, 149: «(...) il ne suffit donc pas d'examiner comment les parties ont exécuté la convention. Il faut déterminer les engagements qui ont effectivement été pris (...)».

(517) F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Brussel, Larcier, 1966, 298-299.

(518) Zie MvT bij ontwerp van arbeidsrelatiewet, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2773/1, 204, 211 en 215.

(519) Vgl. W. VAN EECKHOUTTE en G. DE MAESENEIRE, "Arbeidsrelatiewet", *NJW* 2007, 103.

(520) Zie bv. art. 338, § 2, tweede en derde lid Arbeidsrelatiewet.

(521) J. KERREMANS, "De wet betreffende de aard van de arbeidsrelaties: kroniek van een aangekondigde dood?", *JTT* 2007, 149-155; W. VAN EECKHOUTTE en G. DE MAESENEIRE, "Arbeidsrelatiewet", *NJW* 2007, 114.

schriftelijke overeenkomst⁽⁵²²⁾. Enkel wanneer de partijen zich naar de bepalingen van de overeenkomst gedragen, kan men zich ook op deze bepalingen steunen. De parlementsleden hebben schijnbaar de hypothese over het hoofd gezien waarbij een opdrachtgever ten onrechte gezag uitoefent over zijn opdrachtnemer, hetgeen niet meteen hoeft te leiden tot herkwalificatie, maar evenzeer zou kunnen stuiten op protest van de opdrachtnemer wegens niet-naleving van hetgeen overeengekomen, werd met andere woorden wegens contractuele wanprestatie. Wat moet men trouwens denken van de situatie waarbij de werkgever zich een contractueel gezagsrecht toe-eigent, maar het niet uitoefent? Moet deze arbeidsrelatie worden geherkwalificeerd tot een overeenkomst van zelfstandige samenwerking, aangezien het bedongene duidelijk niet overeenstemt met de uitvoering ervan? Nochtans erkent de wetgever, in navolging van vaststaande cassatierechtspraak⁽⁵²³⁾, dat de mogelijkheid tot hiërarchische controle volstaat⁽⁵²⁴⁾, hetgeen evenmin een concrete uitoefening van het afgesprokene lijkt te impliceren. Afschrift schrijft dan ook terecht: «on ne peut en tout cas déduire de la seule inexécution de la convention, ou de son exécution partielle, que nécessairement celle-ci ne correspondrait pas à la réalité.»⁽⁵²⁵⁾ Toch besloot het arbeidshof in Luik in een arrest van 23 januari 2007 de aannemingsovereenkomst te herkwalificeren tot een arbeidsovereenkomst, niet vanaf het begin, maar vanaf het ogenblik waarop de niet-naleving van de overeenkomst duidelijk was geworden⁽⁵²⁶⁾. «Pour la période antérieure, il faut considérer que la convention a été exécutée conformément à la volonté commune des parties», oordeelde het Hof. Impliciet aanvaardde het arbeidshof eigenlijk een schuldvernieuwing.

De wetgever verwijst in de parlementaire voorbereidingen tot tweemaal toe ook naar de rechtsfiguur van de simulatie om de voorrang van de feitelijke uitvoering op het geschrift te rechtvaardigen⁽⁵²⁷⁾. Tot een ernstig onderzoek van deze rechtsfiguur komt men niet, zodat de term 'veinzing' niet oordeelkundig wordt gehanteerd. Verwezen wordt naar Afschrift, die terecht oppert dat de niet-uitvoering van de overeenkomst niet gelijkstaat aan simulatie: «Si l'engagement a réellement été pris, le fait de ne pas le respecter est un manquement contractuel, tandis que si l'engagement n'avait pas été pris, il y aurait simulation.»⁽⁵²⁸⁾ Dit sluit aan bij de opvatting dat niet noodzakelijk elke niet-overeenstemming tussen contractuele bedingen en de feitelijke uitvoering van de overeenkomst als een vorm van 'fraude' moet worden beschouwd. De minister van Middenstand Laruelle is genuanceerder in haar opvatting: "Noch een schriftelijke overeenkomst, noch de feiten kunnen op zich volstaan om de arbeidsrelatie te kwalificeren. Slechts een geheel van elementen maakt het mogelijk daartoe te komen. Geen enkel element zal meer gewicht hebben dan een ander."⁽⁵²⁹⁾ Er wordt in de memorie van

(522) MvT bij ontwerp van programmawet (I), *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2773/1, 215.

(523) Cass. 20 maart 2006, *JTT* 2006, 276, *RW* 2006-07, 1317; Cass. 5 februari 2007, *Pas.* 247, *RW* 2007-08, 781, noot NEVENS.

(524) Art. 333, § 1 Arbeidsrelatiewet.

(525) T. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, Brussel, Larcier, 2003, 149.

(526) Arbh. Luik 23 januari 2007, geciteerd in Cass. 9 juni 2008, *Soc.Kron.* 2009, 26.

(527) MvT bij ontwerp van programmawet (I), *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2773/1, 212 en 215.

(528) T. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, Brussel, Larcier, 2003, 148-149.

(529) Verslag namens de commissie voor sociale zaken (Cahay-André), *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2773/25, 52.

toelichting ook aangegeven dat de wil der partijen zoals geuit in de overeenkomst op het vlak van het bewijs⁽⁵³⁰⁾ niet prevaleert op de concrete uitvoering daarvan.

Het is ongegrond, wat betreft het arbeids(overeenkomsten)recht, uit de bepalingen van de Arbeidsrelatiewet een impliciete afstand van artikel 1341, tweede lid BW af te leiden, vooral omdat niet werd geraakt aan de specifieke bewijsregel uit artikel 12 Arbeidsovereenkomstenwet, die de toepassing van artikel 1341, tweede lid BW in het arbeidsovereenkomstenrecht handhaaft⁽⁵³¹⁾. Men mag ten slotte ook niet vergeten dat de Arbeidsrelatiewet vooral tot stand kwam in het raamwerk van de bestaande socialezekerheidssystemen. Maatregelen tegen schijnzelfstandigheid werden noodzakelijk geacht omdat dit fenomeen onder andere de concurrentie vervalst⁽⁵³²⁾. Zoals verder zal blijken, is de bewijsrechtelijke positie van de RSZ anders dan deze van de contracterende partijen onderling⁽⁵³³⁾, zodat de hoger geciteerde uitspraken in die zin, minstens vanuit socialezekerheidsrechtelijk oogpunt, aanvaardbaar zijn. De auteurs die (ten onrechte) menen dat de Arbeidsrelatiewet zich enkel richt tot het socialezekerheidsrecht⁽⁵³⁴⁾ kunnen alvast niet tegelijkertijd hooghouden dat deze wet dan ook komaf zou maken met de toepassing van artikel 1341, tweede lid BW in het arbeidsovereenkomstenrecht. Het feit dat de Arbeidsrelatiewet onder meer tot stand kwam vanuit de bezorgdheid de inkomsten van de RSZ te vrijwaren⁽⁵³⁵⁾, betekent niet dat de Arbeidsrelatiewet niet van toepassing zou zijn in arbeidsrechtelijke geschillen tussen partijen⁽⁵³⁶⁾, maar rechtvaardigt wel scepsis met betrekking tot het argument als zouden sommige wetsbepalingen uit het arbeidsovereenkomstenrecht impliciet zijn afgeschaft⁽⁵³⁷⁾. De artikelen 331 en 332 van de Arbeidsrelatiewet beogen geen uitspraak te doen over de toepassing van artikel 1341, tweede lid BW in een rechtsge- schil *inter partes*⁽⁵³⁸⁾. De principes van de Arbeidsrelatiewet zijn niet van toepassing op arbeidsovereenkomsten aangegaan en beëindigd voor 1 januari 2007⁽⁵³⁹⁾.

Volgens Popelier moeten de bewijsregels worden opgevat als procedureregels, die, overeenkomstig artikel 3 Ger.W., onmiddellijk moeten worden toegepast in han- gende gedingen⁽⁵⁴⁰⁾. Maar de Arbeidsrelatiewet bepaalt de algemene criteria om het

(530) Volgens LORRÉ bedoelt men bewijskracht: J. LORRÉ, "De aard van de arbeidsrelatie als *deus ex machina*", *RW* 2006-07, 1671. NEVENS denkt aan de bewijswaarde: K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, 178.

(531) Zie ook in die zin: J. LORRÉ, "De aard van de arbeidsrelatie als *deus ex machina*", *RW* 2006-07, 1670.

(532) MvT bij ontwerp van programmawet (I), *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2773/1, 201-202. Zie ook verslag CAHAY-ANDRÉ, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2773/25, 33.

(533) *Infra*.

(534) Zie hieromtrent K. VAN DEN LANGENBERGH, "Basisprincipes van de Arbeidsrelatiewet: herkomst en kritische analyse" in M. RIGAUX en A. VAN REGENMORTEL (eds.), *Rechts(on)zekerheid omtrent (schijn)-zelfstandigheid*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 26-28.

(535) Zie ook in die zin: J. KERREMANS, "De wet betreffende de aard van de arbeidsrelaties: kroniek van een aangekondigde dood?", *JTT* 2007, 149 e.v.

(536) Ook in die zin: J. CLESSE, "La qualification juridique de la relation de travail" in J. CLESSE en F. KÉFER (eds.), *Questions de droit social*, Luik, Anthemis, 2007, nr. 24.

(537) K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, 178.

(538) *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2773/01, 204-205; W. VAN EECKHOUTTE en G. DE MASENEIRE, "Arbeidsrelatiewet", *NJW* 2007, 100-101; K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, 178.

(539) Cass. 12 maart 2012, *RW* 2012-13, 1307; Arbh. Brussel 24 juni 2010, *RABG* 2011/3, 197 met noot V. DOOMS.

(540) P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd* in *APR*, Gent, Story-Scientia, 1999, nr. 113.

bestaan te beoordelen van een gezagsrelatie, op grond waarvan tot een arbeidsovereenkomst kan worden besloten en elke andere overeenkomst moet worden uitgesloten. Deze bepalingen van de Arbeidsrelatiewet zijn volgens het Hof van Cassatie geen wet op de rechtspleging in de zin van art. 3 Ger.W.⁽⁵⁴¹⁾. Het Hof van Cassatie ondersteunt derhalve de zienswijze dat de Arbeidsrelatiewet geen betrekking heeft op bewijsregels, maar wel op inhoudelijke criteria ter bepaling van de aard van de arbeidsrelatie.

3.2.3. De grenzen van artikel 1341 BW

Het formalisme en de daaruit vloeiende rigiditeit eigen aan artikel 1341, tweede lid BW wordt in de praktijk ook buiten het arbeidsovereenkomstenrecht duidelijk als belastend aangevoeld⁽⁵⁴²⁾. De wettelijke bewijswaarde die aan het geschrift wordt toegekend, kan immers ertoe leiden dat iets in rechte niet kan worden bewezen, hoewel het bestaan daarvan in feite eigenlijk vaststaat⁽⁵⁴³⁾. «C'est la rançon de la technique juridique», schrijft De Page⁽⁵⁴⁴⁾. Dat het gehiërarchiseerde bewijsrecht soms als belastend wordt aangevoeld buiten het arbeidsovereenkomstenrecht, geldt zeker evenveel binnen het arbeidsovereenkomstenrecht. Dit aanvoelen steunt onder meer op een aanbeveling van de Internationale Arbeidsorganisatie die in 2006 een aanbeveling over de arbeidsrelatie heeft aangenomen, die betrekking heeft op de problematiek van de kwalificatie van de arbeidsrelatie. Met het oog op het bepalen van de aard van het contract geeft deze Aanbeveling nr. 198 van 15 juni 2006 de voorrang aan de concrete uitvoering van het contract boven de door de partijen gekozen kwalificatie in hun overeenkomst en raadt zij het gebruik aan van een methode die gebaseerd is op specifieke indicïën⁽⁵⁴⁵⁾. Deze Aanbeveling is niet bindend, maar behoort tot de zogenaamde *soft law*⁽⁵⁴⁶⁾. De Raad van State, afdeling wetgeving, constateerde bij de voorbereiding van de Arbeidsrelatiewet dat met deze Aanbeveling geen rekening was gehouden⁽⁵⁴⁷⁾.

Sommige auteurs hebben er reeds op gewezen dat de gedingvoerende partijen en de feitenrechters deze beperkingen uit het bewijsrecht geregeld uit het oog verliezen⁽⁵⁴⁸⁾. De feitenrechter kan artikel 1341 BW niet ambtshalve opwerpen. Het Hof van Cassatie aanvaardt immers dat dit artikel noch van openbare orde, noch van dwin-

(541) Cass. 12 maart 2012, *RW* 2012-13, 1307.

(542) N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Brussel, Larcier, 1991, 130.

(543) P. FORIERS, "Introduction au droit de la preuve" in C. PERELMAN en P. FORIERS (eds.), *La preuve en droit*, Brussel, Bruylant, 1981, 9.

(544) H. DE PAGE, *Traité*, III, Brussel, Bruylant, 1962, nr. 709.

(545) "(...) 9. Aux fins de la politique nationale de protection des travailleurs dans une relation de travail, la détermination de l'existence d'une telle relation devrait être guidée, en premier lieu, par les faits ayant trait à l'exécution du travail et à la rémunération du travailleur, nonobstant la manière dont la relation de travail est caractérisée dans tout arrangement contraire, contractuel ou autre, éventuellement convenu entre les parties.

(546) J. LORRÉ, "Aard van de arbeidsrelatie als deus ex machina", *RW* 2006-07, 1662-63.

(547) RvS, afd. wetgeving, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2773/002, 453.

(548) M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, I, Luik, Fac. de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1982, 400; B. MAES, "Bewijskracht en bewijswaarde: kanttekeningen bij de rechtspraak van het Hof van Cassatie", *P&B* 1995, 145.

gend recht is ⁽⁵⁴⁹⁾. Toch is er meer aan de hand. Dabin wees er kort na de Tweede Wereldoorlog reeds op dat "notre droit jurisprudentiel marque, au contraire, une tendance vers un relâchement du système rigide de la preuve légale. (...) pour conquérir la liberté d'investigation nécessaire (...), ils n'hésitent pas à soumettre aux procédés d'interprétation les plus laxistes les textes les plus restrictifs" ⁽⁵⁵⁰⁾. In de jurisprudentie en doctrine besteedt men daarom veel meer aandacht aan de grenzen van en de uitzonderingen op artikel 1341, tweede lid BW dan aan het beginsel van de voorrang van het geschreven bewijs zelf. Hierna worden die grenzen en uitzonderingen geschetst.

3.2.3.1. Gelding ten aanzien van derden

Artikel 1341 BW geldt niet ten aanzien van derden ⁽⁵⁵¹⁾. Een derde mag het bestaan en de inhoud van een overeenkomst bewijzen door getuigen en feitelijke vermoedens, zelfs bij ontstentenis van een begin van schriftelijk bewijs ⁽⁵⁵²⁾. Het is een derde ook toegelaten door getuigen en vermoedens tegen en boven het geschrift te bewijzen ⁽⁵⁵³⁾. Voor derden is een contractuele rechtsverhouding tussen partijen immers een rechtsfeit ⁽⁵⁵⁴⁾. Zo oordeelde het Hof van Cassatie dat artikel 1341 BW niet van toepassing is wanneer een contracterende partij het bewijs wil leveren ten aanzien van een geschrift uitgaande van een derde, bijvoorbeeld van een sociaal inspecteur ⁽⁵⁵⁵⁾. De contracterende partij was en is immers geen partij bij het geschrift opgesteld door de inspecteur. Voor deze partij betreft het geschrift van de inspecteur dus hooguit een rechtsfeit.

Net zoals de fiscus ⁽⁵⁵⁶⁾, zijn de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid en andere socialezekerheidsinstellingen derden die zich niet hoeven te storen aan de bewijsbeperkingen van artikel 1341 BW ⁽⁵⁵⁷⁾. Om de bewijsvrijheid in hoofde van de RSZ te staven, wordt soms ook gewezen op het openbareordekarakter van socialezekerheidswetge-

(549) Cass. 30 januari 1947, *RCJB* 1947, 211, noot J. DABIN; Cass. 24 juni 1994, *Arr.Cass.* 1994, 661.

(550) J. DABIN, noot onder Cass. 30 januari 1947, *RCJB* 1947, 235, ook geciteerd door K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, 182.

(551) Cass. 17 november 1976, *Pas.* 1977, I, 304; Cass. 18 december 1980, *JT* 1981, 550; Arbh. Gent 26 maart 1998, *V&F* 1998, (159) 161; D. MOUGENOT, «La preuve en matière civile. Chronique de jurisprudence 2002-2010», *JT* 2011, 598.

(552) K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, 182.

(553) D. MOUGENOT, *La preuve*, Brussel, Larcier, 1997, 109; P. VAN OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence (1974-82) - les obligations", *RCJB* 1988, 156; A. VAN REGENMORTEL, "Onderscheid tussen werknemer en zelfstandige" in J. VAN STEENBERGE en A. VAN REGENMORTEL (eds.), *Actuele problemen van het socialezekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 1995, 93; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Brussel, Larcier, 1991, 145.

(554) Cass. 12 september 1977, *Arr.Cass.* 1978, 38; J. LIMPENS en J. VAN DAMME, "Examen de jurisprudence (1956-59) - Les obligations", *RCJB* 1962, 108; G. VAN LIMBERGHEN en K. NEVENS, "Doorwerking van de arbeidsrechtelijke gezagsverhouding in het socialezekerheidsrecht" in M. RIGAUX en P. HUMBLET (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 7*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 379.

(555) Cass. 25 mei 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 908.

(556) K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, 183, en de verwijzingen aldaar.

(557) T. AFSCHRIFT, *Traité de la preuve en droit fiscal*, Brussel, Larcier, 2004, 228; H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 82; W. RAUWS, "De kwalificatie van de (arbeids)-overeenkomst", *JTT* 2006, 97. Zie ook in die zin: Arbh. Gent 26 maart 1998, *V&F* 1998, (159) 161.

ving⁽⁵⁵⁸⁾. Het openbareordekarakter van de wetgeving die in het geding is, is echter geen *conditio sine qua non* om aan derden toe te laten met alle middelen van recht het bestaan en de inhoud van een overeenkomst te bewijzen. Het argument snijdt mijns inziens dus weinig hout. Wanneer een van de contractanten ten aanzien van een derde het bewijs wil leveren van het bestaan van een overeenkomst, zal deze eerste zich echter wel moeten houden aan de bewijsregels van artikel 1341 BW⁽⁵⁵⁹⁾, hoewel in het arbeidsovereenkomstenrecht rekening moet worden gehouden met de versoepeling van artikel 12 Arbeidsovereenkomstenwet.

Van Eeckhoutte schrijft dat het in artikel 1165 BW vervatte beginsel van de relativiteit van de overeenkomst niet belet dat derden, vanaf het moment dat de uit de overeenkomst voortvloeiende rechtstoestand is tot stand gekomen, de gevolgen die de overeenkomst teweegbrengt tussen contracterende partijen, moeten erkennen⁽⁵⁶⁰⁾. De gevolgstrekking dat het in een geschil met betrekking tot het bestaan van een arbeidsovereenkomst en de daarin vervatte gezagsverhouding daarom zonder belang is dat de RSZ een derde is⁽⁵⁶¹⁾, gaat volgens K. Nevens echter te ver⁽⁵⁶²⁾. Van Eeckhoutte refereert aan de externe gevolgen van de overeenkomst. Dit houdt in dat derden zich mogen beroepen op het bestaan van een overeenkomst, maar evenzeer dat partijen het bestaan van een overeenkomst aan een derde mogen tegenwerpen, voor zover daarbij geen verplichtingen worden opgelegd aan de derde⁽⁵⁶³⁾. Dit laatste zou immers ingaan tegen artikel 1165 BW dat eigenlijk niets meer bepaalt dan dat de overeenkomst voor een derde geen interne gevolgen kan hebben. Behoudens het beding ten gunste van een derde, kan een overeenkomst aan een derde dus geen rechten en/of verplichtingen opleggen⁽⁵⁶⁴⁾. Samen met Nevens kan worden opgemerkt dat het feit dat derden de externe gevolgen van de overeenkomst dienen te erkennen, niet eraan in de weg staat dat ten aanzien van die derden andere bewijsregels gelden, zodat zij erin kunnen slagen het bestaan van een andere overeenkomst aan te tonen dan dat een van de contracterende partij dat zou kunnen⁽⁵⁶⁵⁾. In een arrest van 29 mei 1974 erkende het Hof van Cassatie inderdaad gelijktijdig dat een derde gerechtigd is zich op het bestaan van een overeenkomst te beroepen en het bestaan hiervan door getuigen mag bewijzen, zelfs indien hij geen begin van schriftelijk bewijs kan voorleggen⁽⁵⁶⁶⁾. Wat de derde dus moet erkennen, zijn de gevolgen van de overeenkomst die werd bewezen. Niets verhindert de derde om – voorafgaand – het bestaan of de

(558) Zie H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 82; W. RAUWS, "De kwalificatie van de (arbeids)overeenkomst", *JTT* 2006, 97.

(559) N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Brussel, Larcier, 1991, 145.

(560) W. VAN EECKHOUTTE, "'Gezag' in de cassatierechtspraak", *NJW* 2005, 11.

(561) W. VAN EECKHOUTTE, "'Gezag' in de cassatierechtspraak", *NJW* 2005, 11.

(562) K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, 183 en 184.

(563) L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, nrs. 258, 281 en 282; J.P. MASSON, «La relativité des actes juridiques: vérité d'évidence ou prétendue règle», noot onder Cass. 10 december 1971, *RCJB* 1973, 290-301; P. VAN OMMESLAGHE, «Examen de jurisprudence (1974-1982) - les obligations», *RCJB* 1986, 184.

Zie wat betreft de positie van de fiscus: Cass. 22 maart 1990, *Pas.* 1990, I, nr. 440; J. KIRKPATRICK, «L'opposabilité au fisc des conventions illicites non simulée», *JT* 1999, 193.

(564) J.P. MASSON, "La relativité des actes juridiques: vérité d'évidence ou prétendue règle", noot onder Cass. 10 december 1971, *RCJB* 1973, 290-301; K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, 183 en 184.

(565) K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, 183 en 184; W. RAUWS, "De kwalificatie van de (arbeids)overeenkomst", *JTT* 2006, 98.

(566) Cass. 29 mei 1974, *Arr.Cass.* 1974, 1073.

inhoud van de overeenkomst te betwisten en daartoe, zoals het gemeen bewijsrecht toelaat, alle bewijsmiddelen aan te wenden ⁽⁵⁶⁷⁾.

3.2.3.2. *Begin van bewijs door een geschrift* ⁽⁵⁶⁸⁾

Het begin van bewijs van een geschrift is elk geschrift uitgaande van de persoon tegen wie de vordering is ingesteld, of van zijn vertegenwoordiger en waardoor het beweerde feit aannemelijk wordt gemaakt ⁽⁵⁶⁹⁾. Het gaat vaak om handgeschreven stukken die evenwel een handtekening ontberen ⁽⁵⁷⁰⁾. Het Hof van Cassatie is bevoegd om na te gaan of de feitenrechter het rechtsbegrip 'begin van bewijs' door geschrift niet heeft miskend ⁽⁵⁷¹⁾.

Werden zo reeds beschouwd als begin van een schriftelijk bewijs een bancaire overschrijving, een onderhands getekende akte die nietig is wegens inbreuk op het in artikel 1325 BW vermelde vereiste van het dubbel, of wegens ontbreken van de vermelding 'goed voor' voorgeschreven door artikel 1326 BW, een fotokopie voor zover elk risico van vervalsing is uitgesloten en het zeker is dat ze uitgaat van de partij tegen wie men procedeert ⁽⁵⁷²⁾.

3.2.3.3. *Uitzondering in geval van bedrog of 'arglist'*

Artikel 1353 BW laat feitelijke vermoedens toe wanneer de wet het bewijs door getuigen toelaat, "behalve wanneer tegen een handeling uit hoofde van arglist of bedrog wordt opgekomen".

Deze wetsbepaling brengt met zich dat de status van de feitelijke vermoedens dezelfde is als die van het bewijs door getuigen. Het bewijs door vermoedens is toegelaten onder dezelfde voorwaarden als het getuigenbewijs. Dit betekent dat er een nauw verband is tussen de artikelen 1348 en 1353 BW ⁽⁵⁷³⁾.

Het hier bedoelde onderdeel van artikel 1353 BW is een merkwaardige bepaling die bij een eerste lectuur absoluut niet duidelijk is. Vooreerst rijst twijfel omtrent de Nederlandse vertaling van artikel 1353 BW, nu in het Frans de woorden «pour cause de fraude ou de dol» worden gehanteerd.

H. De Page heeft kritiek op het laatste deel van artikel 1353 BW. Volgens hem is de toevoeging "behalve wanneer tegen een handeling uit hoofde van arglist of bedrog wordt opgekomen" nutteloos omdat het onmogelijk is over een schriftelijk bewijs te

(567) K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, 184.

(568) Art. 1347 BW.

(569) D. MOUGENOT, "La preuve en matière civile. Chronique de jurisprudence 2002-2010", *JT* 2011, 598.

(570) L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 222-223.

(571) Cass. 2 november 2007, *JLMB* 2008, 1763, *RW* 2009-10, 60.

(572) D. MOUGENOT, "La preuve en matière civile. Chronique de jurisprudence 2002-2010", *JT* 2011, 598.

(573) H. DE PAGE, *Traité*, III, nr. 928; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XIX, Brussel, Bruylant, 1887, 652; J. DUPICHOT en D. GUÉVAL, *Jurisclasseur Code Civil*, Parijs, Lexis Nexis, 2009, art. 1315 en 1315-1 à art. 1382-1386, nr. 36.

beschikken inzake bedrog of fraude. In dergelijk geval, aldus nog De Page, bevinden we ons buiten de toepassingsfeer van artikel 1341 BW en zijn alle bewijsmiddelen toegelaten⁽⁵⁷⁴⁾. Eigenlijk blijkt dat de artikelen 1348 en 1353 BW principieel van toepassing zijn bij simulatie of 'wetsontduiking'⁽⁵⁷⁵⁾. Met 'fraude' of 'wetsontduiking' wordt hier bedoeld de niet toegelaten veinzing⁽⁵⁷⁶⁾.

Aldus vormt artikel 1353 BW een vooruitgeschoven aanknopingspunt voor het hierna aangesneden thema van de veinzing⁽⁵⁷⁷⁾. Bij het bewijs van de veinzing tussen partijen geldt de voorrang van het geschreven bewijs overeenkomstig artikel 1341 BW⁽⁵⁷⁸⁾. Derden mogen de simulatie, overeenkomstig artikel 1353 BW, bewijzen met alle middelen van recht⁽⁵⁷⁹⁾.

Sommige arbeidsrechtters hebben met toepassing van artikel 1353 BW, tegen een geschrift in, toegelaten de antidering van een geschrift te bewijzen⁽⁵⁸⁰⁾.

3.2.3.4. Vrije bewijsvoering in handelszaken

Supra 1.4. werd reeds gesignaleerd dat tussen handelaars het vrije bewijsrecht geldt. De regels van het burgerlijk recht zijn van toepassing wanneer een handelaar bewijs moet leveren tegen een niet-handelaar⁽⁵⁸¹⁾. Omgekeerd zal de niet-handelaar met alle middelen van recht het bewijs tegen de handelaar kunnen aanbrengen⁽⁵⁸²⁾. Voorgaande regels zijn ook steeds van toepassing in arbeidsgeschillen voor zover de werkgever koopman is. Met andere woorden, voor zover de werkgever een handelaar is, kan de werknemer voor wat betreft het bewijs van de verbintenissen van de werkgever steeds terugvallen op de vrije bewijsvoering uit het handelsrecht⁽⁵⁸³⁾. Aldus werd terecht aangenomen dat, wanneer de werkgever een handelaar is, de werknemer met getuigen de antidering van het geschrift met een proefbeding mag bewijzen⁽⁵⁸⁴⁾.

(574) H. DE PAGE, *Traité*, III, nr. 928.

(575) F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XIX, Brussel, Bruylant, 1887, 653; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Parijs, E. Pichon, 1895, 443; *Pandectes belges*, Brussel, Larcier, 1904, v° 'Présomptions', nr. 140.

(576) *Infra*, 3.2.3.6.

(577) *Infra*, 3.2.3.6.

(578) Cass. 27 februari 1936, *Pas.* 1936, I, 169; *Pandectes belges*, Brussel, Larcier, 1904, v° 'Présomptions', nr. 199 en 205; M. PLANIOL, G. RIPERT en P. ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, VI, Parijs, LGDJ, 1952, nr. 341 en 347.

(579) *Pandectes belges*, Brussel, Larcier, 1904, v° 'Présomptions', nr. 199 en 205; M. PLANIOL, G. RIPERT en P. ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, VI, Parijs, LGDJ, 1952, nr. 341 en 347.

(580) Arbh. Antwerpen, 3 februari 1997, *JTT* 1997, 337; Arbh. Luik, 19 januari 1998, *JTT* 1998, 434.

(581) Cass. 18 januari 1990, *RW* 1989-90, 1432.

(582) Antwerpen 16 november 2009, *NJW* 2010, 545, noot C. LEBON, "Bewijs van het bestaan van contractuele verbintenissen en van de bevrijding ervan"; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, nr. 13.

(583) K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, 184-185; H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken: arbeidsrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1999, 5; F. GAUDU en R. VATINET, *Les contrats de travail*, Parijs, LGDJ, 2001, nr. 71; F. GAMILLSCHEG, *Internationales Arbeitsrecht*, Berlijn, W. De Gruyter, 1959, 94. Zie art. L 110-3 Franse Code de commerce.

(584) Arbh. Bergen 2 maart 1992, *JTT* 1992, 283; Arbh. Luik 2 mei 1996, *JTT* 1997, 108.

3.2.3.5. De bekentenis onder de vorm van de vaste uitvoering van een overeenkomst

Hierna ⁽⁵⁸⁵⁾ zal nog worden aangetoond dat algemeen wordt aanvaard in de rechtspraak ⁽⁵⁸⁶⁾ en de rechtsleer ⁽⁵⁸⁷⁾ dat de vaststaande uitvoering van de overeenkomst door de schuldenaar te bestempelen is als een stilzwijgende buitengerechtelijke bekentenis van het bestaan van de overeenkomst. De bewijskracht van de bekentenis geldt ook voor derden. Degene die zich op deze vorm van bekentenis beroept, hoeft dus niet noodzakelijk contractueel verbonden te zijn met degene die de bekentenis heeft afgelegd ⁽⁵⁸⁸⁾.

Het meest opzienbarende element is dat aldus, ondanks de primauteit van het geschrift en de hoge bewijskracht van de geschriften, met de vaststaande uitvoering van de overeenkomst kan bewezen worden tegen en boven de inhoud van een geschrift of akte ⁽⁵⁸⁹⁾.

Herkwalificatie van de overeenkomst is uiteraard geen probleem dat alleen voorkomt in het arbeidsrecht. In het civiel recht zijn er bv. kwalificatiediscussies vast te stellen op de scheidslijn tussen huur en verkoop met eigendomsvoorbehoud ⁽⁵⁹⁰⁾. Het belang van deze vorm van bekentenis kan in relatie tot de problematiek van de (her)kwalificatie van de arbeidsrelatie in geval van schijnwerknemerschap of schijnzelfstandigheid niet genoeg worden onderstreept. Maar (her)kwalificatieproblemen kunnen zich ook voordoen omtrent de hoedanigheid van de werknemer: is hij arbeider of bediende?

Zeer terecht neemt de heersende leer aan dat eerst de feiten moeten worden bewezen. Was er wilsovereenstemming en zo ja, wat werd overeengekomen (*het instrumentum*)? Vervolgens moet er geïnterpreteerd worden wat de precieze betekenis van de rechtshandeling is. Anders gezegd, interpretatie moet toelaten de precieze reële draagwijdte van de contractuele bepalingen te achterhalen. En ten slotte, daarna moet worden bepaald hoe een en ander moet worden gekwalificeerd of juridisch benoemd, zodat door de juridische catalogisering het juiste toepasbare juridische regime of de juiste rechtsregels van de rechtshandeling kunnen worden vastgesteld. Interpretatie en kwalificatie zijn twee aspecten van het *negotium*. Indien de door de

(585) Afdeling 3.4.3.

(586) Cass. 19 oktober 1944, *Pas.* 1945, I, 14; Cass. 17 januari 1969, *Arr.Cass.* 1969, 476; Cass. 10 februari 1978, *Arr.Cass.* 1978, 698; Cass. 22 april 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 1057; Arbh. Brussel 19 maart 2010, AR nr. 2009/AB/51851, onuitg.

(587) B. CATTOIR en A. COLPAERT, "De bewijsrechtelijke betekenis van de uitvoering van de overeenkomst in burgerlijke zaken", *RW* 2009-10, 948-949; H. DE PAGE, *Traité*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 1010, nr. 1032: "Exécuter une convention, c'est reconnaître que cette convention existe; il n'y a pas de preuve plus concluante: c'est un aveu en action. Il en résulte que si l'existence d'une convention est contestée par le motif qu'il n'en est pas rapporté de preuve régulière, celui qui se prévaut de la convention pourra l'établir en démontrant que la partie adverse l'a exécutée"; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 688; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 233 e.v., nrs. 195 e.v.; D. MOUGENOT, *Droit des Obligations. La preuve*, Brussel, Larcier, 2002, 332, nr. 271.

(588) Cass. 19 oktober 1944, *Pas.* 1945, I, 14; B. CATTOIR en A. COLPAERT, "De bewijsrechtelijke betekenis van de uitvoering van de overeenkomst in burgerlijke zaken", *RW* 2009-10, 952.

(589) Cass. 4 april 1941, *Pas.* 1941, 120, met conclusie van eerste adv.-gen. CORNIL; Cass. 27 mei 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 1183; B. CATTOIR en A. COLPAERT, "De bewijsrechtelijke betekenis van de uitvoering van de overeenkomst in burgerlijke zaken", *RW* 2009-10, 952.

(590) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, Brussel, Bruylant, 2010, nr. 407.

partijen gegeven kwalificatie niet strookt met de reële wil van de partijen, dan is de rechter niet gebonden door deze kwalificatie. De rechter mag de rechtshandeling herkwalficeren zonder evenwel in beginsel de bewijskracht van de meestal opge-
maakte akte te miskennen⁽⁵⁹¹⁾. Maar meer dan vroeger⁽⁵⁹²⁾, en vooral sedert de zgn. kwalificatiearresten vanaf eind 2002, weten we dat de kwalificatie die partijen hebben gegeven aan hun overeenkomst, van doorslaggevend belang is en dat de rechter deze kwalificatie slechts terzijde kan schuiven wanneer hem elementen worden voor-
gelegd, bv. de uitvoering van de overeenkomst die met de partijenkwalificatie onver-
enigbaar is⁽⁵⁹³⁾. De Arbeidsrelatiewet bracht hierin geen verandering⁽⁵⁹⁴⁾. Wanneer de rechter de overeenkomst kwalificeert, wijzigt hij niet de oorzaak of het voorwerp van de vordering op voorwaarde dat hij zich niet steunt op feiten of geschriften die niet aan hem werden voorgelegd⁽⁵⁹⁵⁾. Doordat de rechter met de vaststaande uitvoering van de overeenkomst mag ingaan tegen de bewijskracht van de akte, is de *aveu en action* als het ware het sluitstuk in de leer over de herkwalficatie van de arbeidsrelatie door de rechter.

3.2.3.6. Simulatie

Het vraagstuk van de veinzing is belangrijk omdat de verkeerde kwalificatie van de arbeidsrelatie vaak neerkomt op simulatie⁽⁵⁹⁶⁾. De partijen willen anderen om de tuin leiden door de ware aard van hun overeenkomst, die gestalte geeft aan hun arbeids-
relatie te verhullen⁽⁵⁹⁷⁾.

(591) Cass. 7 september 1992, *Soc.Kron.* 1993, 13; F. DUMON, *De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van de akten (mercuriale)*, Brussel, Bruylant, 1978, 38-40, nr. 20; F. TERRE, P. SIMLER en Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Parijs, Dalloz, 1996, nr. 419; W. VAN EECKHOUTTE, "Gezagt in de cassatierechtspraak", *NJW* 2005, 7; W. RAUWS, "De kwalificatie van de (arbeids)overeenkomst", *JTT* 1996, 100; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, Brussel, Bruylant, 2010, nr. 407.

(592) Zie reeds Cass. 19 juni 1964, *Pas.* 1964, I, 1127; conclusie adv.-gen. CORNIL bij Cass. 4 april 1941, *Pas.* 1941, I, 122.

(593) Cass. 23 december 2002, *JTT* 2003, 271, met noot; Cass. 28 april 2003, *NJW* 2003, 886, met noot M. DE VOS; Cass. 3 mei 2004, *RW* 2004-05, 1220, met noot NEVENS; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, Brussel, Bruylant, 2010, nr. 408; K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, 141-143.

(594) K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, 149-161.

(595) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, Brussel, Bruylant, 2010, nr. 407; E. KRINGS, "Het ambt van de rechter bij de leiding van het rechtsgeding", *RW* 1983-84, 358-359.

(596) Cass. 7 februari 2007, *Arr.Cass.* 2007, nr. 66: "Evenmin wordt in deze bewijsregeling (waarbij de RSZ het bestaan van een arbeidsovereenkomst dient te bewijzen in het geval de partijen hun arbeidsrelatie anders kwalificeerden) een bijzondere bewijswaarde gehecht aan de kwalificatie van een overeenkomst tot uitvoering van zelfstandige arbeid, die geveinsd kan zijn"; Cass.fr. 19 december 2000: "Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que, nonobstant la dénomination et la qualification données au contrat litigieux, l'accomplissement effectif du travail dans les conditions précitées prévues par ledit contrat et les conditions générales y annexées, plaçant le "locataire" dans un état de subordination à l'égard du "loueur" et qu'en conséquence, sous l'apparence d'un contrat de location d'un "véhicule taxi", était en fait dissimulée l'existence d'un contrat de travail, la cour d'appel a violé les textes susvisés", *Droit social* 2001, 237; K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, 195; W. RAUWS, "De kwalificatie van de (arbeids)overeenkomst", *JTT* 2006, 98.

(597) K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, 195.

Schijnzelfstandigheid en schijnwerknemerschap kunnen vaak worden opgevat als simulatie. In geval van schijnzelfstandigheid wordt een schijnbare aannemingsovereenkomst immers gewijzigd door een overeenkomst die het element gezag aan de rechtsverhouding toevoegt. De openlijke overeenkomst verbergt zo een overeenkomst van een andere aard, zijnde een arbeidsovereenkomst. De partijen hebben in geval van schijnzelfstandigheid – minstens impliciet – wilsovereenstemming bereikt omtrent arbeid, loon en gezag, zodat de onderliggende overeenkomst de hele schijnbare overeenkomst komt te vervangen⁽⁵⁹⁸⁾.

Simulatie is in het burgerlijk recht in beginsel toegelaten⁽⁵⁹⁹⁾. Maar simulatie met een ongeoorloofd oogmerk ten aanzien van een dwingende wetsbepaling of een bepaling van openbare orde is dat niet⁽⁶⁰⁰⁾.

Simulatie of veinzing kan worden omschreven als de rechtstoestand waarbij partijen naar buiten de schijn wekken een bepaalde rechtshandeling te hebben verricht (bv. een schijnbare overeenkomst van zelfstandige samenwerking), terwijl zij in het geheim afspreken, door middel van een tegenbrief of werkelijke overeenkomst (bv. een geheime of verborgen arbeidsovereenkomst) de gevolgen van de schijnbare rechtshandeling te wijzigen of teniet te doen⁽⁶⁰¹⁾. Het is opvallend dat het Burgerlijk Wetboek zelf veinzing niet definieert, maar zich beperkt tot een onderdeel in artikel 1321 BW dat deels de gevolgen van de simulatie regelt: “tegenbrieven kunnen enkel tussen de contracterende partijen gevolgen hebben; zij werken niet tegen derden”⁽⁶⁰²⁾.

Veinzing is geen wetsontduiking. Wetsontduiking kan worden omschreven als het gebruik van de vrijheid van een op zich valabele rechtshandeling om een doel of een resultaat te bereiken dat in strijd is met het doel of resultaat dat de dwingende (of van openbare orde) wetsbepaling beoogt te bereiken, omdat de geschapen rechtstoestand praktisch gelijk is aan die welke door de dwingende wetsbepaling verboden is of althans die geboden of verboden rechtstoestand zeer dicht benadert⁽⁶⁰³⁾. Er is

(598) K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, 195; W. RAUWS, “De kwalificatie van de (arbeids)overeenkomst”, *JTT* 2006, 99; vgl. M. DE VOS, “Zwart loon door overeengekomen ontduiken van socialezekerheidsbijdragen: algemene civielrechtelijke en arbeidsrechtelijke aspecten” in M. RIGAUX en W. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 5, Gent, Mys & Breesch, 1997, 158-159.

(599) L. VAEL, *Privaatrechtelijke veinzing*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 46; K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, 191; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, nr. 41.

(600) Artikel 1131 en 1133 BW; H. DE PAGE, *Traité*, II, nr. 624B; M. PLANIOL, G. RIPERT en P. ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, VI, Parijs, LGDJ, 1952, nr. 341; W. RAUWS, “De kwalificatie van de (arbeids)overeenkomst”, *JTT* 2006, 99.

(601) H. DE PAGE, *Traité*, II, nr. 618; L. VAEL, *Privaatrechtelijke veinzing*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 7-8; K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, 190-191, *RW* 2004-05, 1207 en 1208.

(602) K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, 191; L. VAEL, *Privaatrechtelijke veinzing*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 7.

(603) Cass. 7 mei 1896, *Pas.* 1896, I, 180, met conclusie proc.-gen. MESDACH DE TER KIELE; W. VAN GERVEN, “Algemeen deel” in *Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 1969, nr. 74; E. DIRIX, B. TILLEMANS, P. VAN ORSHOVEN, (eds.) *De Valks Juridisch Woordenboek*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 59, v° ‘Wetsontduiking’.

geen bedrieglijke schijn, maar een reële rechtshandeling⁽⁶⁰⁴⁾. Bij wetsontduiking sluiten partijen slechts één overeenkomst, waarvan zij alle gevolgen aanvaarden.

Uit artikel 1321 BW volgt dus dat in geval van schijnzelfstandigheid de tegenbrief enkel tussen partijen geldt, d.i. de arbeidsovereenkomst, tenminste voor zover zij aan alle geldigheidsvereisten voldoet, o.m. een geldige oorzaak. De relatie tussen partijen moet nog gepreciseerd worden. Indien de schijnbare overeenkomst schriftelijk werd opgemaakt, dan zal de tegenbrief tussen partijen evenwel weer volgens de wettelijke bewijsregels vervat in de artikelen 1319, 1322 en 1341 BW moeten worden aangetoond⁽⁶⁰⁵⁾. Dit tegenbewijs vereist dan een ander authentiek of onderhands geschrift behoudens eed of bekentenis. Ter zake gelden uiteraard weer de uitzonderingen van het bewijs in handelszaken, of bij begin van geschrift. In dat laatste geval kan dit beginnende geschrift worden aangevuld met getuigen en vermoedens⁽⁶⁰⁶⁾.

In geval van veinzing is de rechtspositie van derden anders. Het is de derde toegelaten zich op de schijn te beroepen, maar hij mag de schijn ook naast zich neerleggen en het bewijs leveren van de werkelijke overeenkomst⁽⁶⁰⁷⁾. De derde mag de schijn of de werkelijke overeenkomst bewijzen met alle middelen van recht, getuigen en vermoedens inbegrepen⁽⁶⁰⁸⁾. Recent is gebleken dat de fiscus als overheidsinstelling met een gebonden bestuursbevoegdheid zich enkel op de werkelijke (gesluierde) overeenkomst kan beroepen en niet op de gesimuleerde overeenkomst⁽⁶⁰⁹⁾. Bepaalde auteurs hebben gepleit voor een analogische toepassing van de fiscale rechtspraak op de parafiscale heffingen van de socialezekerheidsbijdragen⁽⁶¹⁰⁾. Maar hoe dan ook, los van de vraag of de RSZ verplicht is af te gaan op de werkelijke, maar gesluierde overeenkomst of niet, vast staat dat de RSZ in principe geen fraude moet aantonen maar enkel de veinzing, die zij met alle middelen van recht mag bewijzen⁽⁶¹¹⁾.

(604) H. DE PAGE, *Traité*, II, nr. 642; W. RAUWS, "De kwalificatie van de (arbeids)overeenkomst", *JTT* 1996, 98.

(605) M. PLANIOL, G. RIPERT en P. ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, VI, Parijs, LGDJ, 1952, nr. 341; K. NEVENS, "Schijnzelfstandigen in het offensief", *RW* 2004-05, 1208; W. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, nr. 42; W. RAUWS, "De kwalificatie van de (arbeids)overeenkomst", *JTT* 1996, 98.

(606) W. RAUWS, "De kwalificatie van de (arbeids)overeenkomst", *JTT* 1996, 98.

(607) K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, 191; W. RAUWS, "De kwalificatie van de (arbeids)overeenkomst", *JTT* 1996, 98.

(608) *Pandectes belges*, Brussel, Larcier, 1904, v° 'Présomptions', nr. 199 en 205; M. PLANIOL, G. RIPERT en P. ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, VI, Parijs, LGDJ, 1952, nr. 341 en 347; J. KIRKPATRICK, "L'opposabilité au fisc des conventions illicites non simulées", *JT* 2000, 194; K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, 191; W. RAUWS, "De kwalificatie van de (arbeids)overeenkomst", *JTT* 1996, 98.

(609) Cass. 4 januari 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, nr. 226, *TBH* 1991, 880, met noot F. NICHELS (*TBH* 1992, 111-114).

(610) M. DE VOS, "Zwart loon door overeengekomen ontduiken van socialezekerheidsbijdragen: algemene civielrechtelijke en arbeidsrechtelijke aspecten" in M. RIGAUX en W. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 5*, Gent, Mys & Breesch, 1997, nrs. 361-362; K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, 192.

(611) M. DE VOS, "Zwart loon door overeengekomen ontduiken van socialezekerheidsbijdragen: algemene civielrechtelijke en arbeidsrechtelijke aspecten" in M. RIGAUX en W. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 5*, Gent, Mys & Breesch, 1997, nr. 366; W. RAUWS, "De kwalificatie van de (arbeids)overeenkomst", *JTT* 1996, 99.

Artikel 1321 is niet van openbare orde en kan dus niet voor het eerst in cassatie worden opgeworpen. Wetsontduiking wegens strijdigheid met de openbare orde kan daarentegen in elke stand van het geding worden opgeworpen, zelfs ambtshalve ⁽⁶¹²⁾.

3.2.3.7. Herkwalificatie door de Raad van State

Een ander domein waar kwalificatieproblemen kunnen rijzen is het grensgebied waar de werker zowel ambenaar als werknemer kan zijn. Een redelijk spectaculair voorbeeld is te vinden in een recent arrest van de Raad van State ⁽⁶¹³⁾. In een min of meer recente zaak uit 2009 bevestigt de Raad van State nogmaals uitdrukkelijk dat de wil van de partijen over het statutair dan wel contractueel dienstverband enkel doorslaggevend is voor zover deze niet in strijd zijn met de wettelijke bepalingen ter zake, ook als duidelijk blijkt dat het OCMW (*in casu* het OCMW van Sint-Gillis) en de directeur van het plaatselijke RVT hun arbeidsrelatie contractueel overeenkomstig de wetgeving op de arbeidsovereenkomsten hebben geregeld. De reden voor deze arbeidsovereenkomst was dat de directeur niet voldeed aan een van de statutaire (taal)toelatingsvoorwaarden voor de ambtelijke directeursfunctie. Voor de functie van directeur van een OCMW-RVT is geen contractuele tewerkstelling toegelaten. Nadien werd de betrokkene op grond van zijn vermeend contract ontslagen waarna betrokkene zijn ontslag aanvocht bij de Raad Van State. Het OCMW van Sint-Gillis voerde aan dat, gelet op de contractuele tewerkstellingsrelatie tussen beide partijen, de Raad van State onbevoegd is. De Raad van State oordeelde echter dat de contractuele tewerkstelling voor deze functie van directeur niet wettelijk toegelaten was door de OCMW-wet. Derhalve moest de eisende directeur verzoeker beschouwd worden als een personeelslid in statutair verband. Bijgevolg kon het statutaire personeelslid niet ontslagen worden zonder eerst de tuchtprocedure voor statutairen te doorlopen en werd zijn 'afzetting' vernietigd.

De Raad van State ging hier dus over tot de herkwalificatie van de oorspronkelijke contractuele arbeidsrelatie in een statutair dienstverband. De Raad van State achtte zich wel onbevoegd om te bevelen dat het OCMW het loon van de rusthuisdirecteur diende terug te betalen sinds zijn afzetting en om hem te re-integreren in zijn functie. Deze rechtspraak heeft tot gevolg dat overheden best tweemaal nadenken vooraleer ze een contractueel aanwerven in een voorbehouden 'statutaire' functie. Op het moment van het ontslag kan de Raad van State immers de arbeidsrelatie, die soms lange tijd duurde, herkwalificeren. Onwettelijke contractuele aanwervingen, die wel eens voorkomen in de praktijk, kunnen hierdoor dus gesanctioneerd worden.

Met belangstelling wordt uitgekeken naar de verdere rechtspraak van de Raad van State wanneer met name de publiekrechtelijke werkgever zich meer nadrukkelijk op de bewijskracht van de geschreven (arbeids)overeenkomst zal beroepen.

(612) L. VAEL, *Privaatrechtelijke veinzing*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 90.

(613) RvSt 23 april 2009, nr. 192.580 (*Matthijs*), *Soc.Kron.* 2010, 347, noot J. JACQMAIN.

3.3. SOCIAALRECHTELIJKE DOCUMENTEN

Na de doorlichting van de algemene regels van het bewijs door middel van het geschrift wordt ingegaan op de bewijsvoering met een aantal specifieke sociale documenten, waarvoor er een bijzondere regeling bestaat.

3.3.1. Bindende kracht van de detachingsverklaring

De Verordening 883/2004 van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels heeft tot doel het vrij verkeer van werknemers te faciliteren door coördinatie van de wetgeving van de lidstaten. De wijze van toepassing van deze Verordening 883/2004 is vastgesteld met de Verordening (EG) nr. 987/2009 van 16 september 2009. De verordeningen beogen een harmonisatie, maar wel coördinatie⁽⁶¹⁴⁾. De Europese wetgever had de bedoeling o.m. de toepasselijke wetgeving te bepalen. In het raam van het Europese socialezekerheidsrecht geldt als basisregel bij internationale tewerkstelling dat het socialezekerheidsrecht van het gewoonlijke werkland van toepassing is⁽⁶¹⁵⁾. Een belangrijke uitzondering op het werklandbeginsel geldt bij grensoverschrijdende detachering. Op grond van artikel 12 van de Verordening 883/2004 kan een gedetacheerde werknemer voor een maximale periode van 24 maanden verzekerd blijven in het socialezekerheidsstelsel in het land van oorsprong⁽⁶¹⁶⁾. Tijdens de detachering moet de uitzendende onderneming de werkgever blijven van de gedetacheerde werknemer. Dit houdt het vereiste in van een organische band die moet blijven bestaan tussen werkgever en werknemer bij de detachering. Bij detachering in de zin van art. 12.1 Verordening 883/2004 moet de uitzendende werkgever "normaliter" actief zijn in de uitzendstaat. Voorwaarde voor detachering onder gelding van art. 12.1 Verordening 883/2004 is dat de uitgezonden werknemer is aangesloten bij het socialezekerheidsstelsel van de uitzendstaat⁽⁶¹⁷⁾.

De controle op de naleving doet belangrijke bewijsproblemen ontstaan die o.m. te maken hebben met de realiteit van de tewerkstelling van de werknemer in de uitzendende staat. Hoewel deze problemen zich strikt genomen in het domein van het socialezekerheidsrecht bevinden, worden ze hier toch kort geschetst omwille van het belang van het bewijs van arbeidsprestaties onder gezag, wat dan kan leiden tot de onderwerping van de sociale zekerheid voor werknemers. Dit brengt ons bij het thema van de bewijskracht en de bewijswaarde van de zgn. 'detachingsverklaringen'.

De door het orgaan van de uitzendstaat afgegeven documenten over de situatie van de gedetacheerde werknemer en de bewijsstukken op grond waarvan de documenten zijn afgegeven, zijn bindend voor de organen van de ontvangstaat, zolang de documenten of bewijsstukken niet door de uitzendstaat zijn ingetrokken of ongeldig

(614) G. ESSERS, *De sociale zekerheid van grensoverschrijdende, gedetacheerde en migrerende werknemers. Verordening 883/2004*, Eindhoven, Fiscaal up to date, 2010, 11-13.

(615) Art. 11 Verordening 883/2004.

(616) L. ELIAERTS, "Detachering van werknemers binnen de Europese Unie: het toepasselijke socialezekerheidsrecht onder gelding van verordening 883/2004", *RW* 2010-11. Uit deze bijdrage wordt hier veel geput.

(617) Zie S. KLOSSE, *Socialezekerheidsrecht*, Deventer, Kluwer, 2012, 643-644.

verklaard ⁽⁶¹⁸⁾. Bij twijfel omtrent de geldigheid van het document of de juistheid van de feiten die aan de vermeldingen daarin ten grondslag liggen, verzoekt het orgaan van de ontvangstaat het orgaan van de uitzendstaat om opheldering en eventuele intrekking. Het orgaan van de uitzendstaat dient de gronden voor afgifte van het document te heroverwegen en, indien noodzakelijk, het document in te trekken ⁽⁶¹⁹⁾. Worden de organen van de uitzendstaat en de ontvangstaat het niet eens, dan kunnen de bevoegde ministers de zaak aan de Administratieve Commissie voorleggen, ten vroegste één maand na de datum waarop het orgaan van de ontvangstaat zijn verzoek heeft ingediend. De Administratieve Commissie tracht binnen zes maanden een voor beide zijden aanvaardbare oplossing te vinden ⁽⁶²⁰⁾.

Hiermee is in de bepalingen van de Verordening 987/2009 de oplossing opgenomen die voordien was uitgewerkt door het Hof van Justitie. Reeds onder de oude Toepassingsverordening 574/72 nam het Hof van Justitie aan dat de E101-verklaring (thans A1-attest) die wordt afgeleverd door de uitzendstaat bij detachering, de socialezekerheidsorganen van de ontvangstaat bindt, voor zover daarin wordt verklaard dat de door een uitzendbureau gedetacheerde werknemers zijn aangesloten bij de socialezekerheidsregeling van de lidstaat waar dit uitzendbureau is gevestigd, en dat de organen van de ontvangstaat bij twijfel over de juistheid van de feiten waarop de verklaring berust of over de juridische beoordeling van die feiten, aan het orgaan dat de E101-verklaring heeft afgegeven, kunnen vragen de gegrondheid van die verklaring opnieuw na te gaan, en het afgevend orgaan de gegrondheid opnieuw dient te onderzoeken en zo nodig de verklaring dient in te trekken ⁽⁶²¹⁾.

Volgens het Hof van Justitie is de E101-verklaring (thans A1-attest) niet alleen bindend voor de socialezekerheidsinstellingen van de landen, maar ook voor de partijen, en voor de rechtbanken van de ontvangstaat ⁽⁶²²⁾. Dit is problematisch in een situatie waarin de detachingsverklaring frauduleus is. Het Hof van Justitie heeft zich in de zaak-*Herbosch Kiere* niet over een dergelijke toestand dienen uit te spreken en heeft zich bijgevolg nog niet gebogen over de kwestie of de rechter van de ontvangstaat bij fraude een andersluidende beslissing kan nemen dan wat blijkt uit een frauduleuze detachingsverklaring. In de zaak-*Paletta I* heeft het Hof geoordeeld dat er een gebondenheid is niet alleen voor de socialezekerheidsinstelling maar ook voor de werkgever t.a.v. de beslissing van het orgaan van de woon- of verblijfplaats van de belanghebbende m.b.t. het begin en de duur van een arbeidsongeschiktheid ⁽⁶²³⁾. Er is echter nog een tweede *Paletta*-zaak gekomen. De zaak-*Paletta II* gaat over de vraag of het bevoegde orgaan van een lidstaat bevoegd voor de uitbetaling van een uitkering bij ziekte, in het raam van de Verordening opmerkelijk de werkgever gehouden tot een loondoorbetalingsverplichting, gebonden is aan de vaststellingen van het orgaan van de woon- of verblijfplaats van de betrokkene. Op een nieuwe prejudiciële vraag van de appelrechter in dezelfde zaak, preciseert het Hof van Justitie in het arrest-*Paletta II* dat het voor de werkgever toegelaten blijft om misbruik of bedrog aan te tonen in de zin dat de werknemer in de betrokken periode niet arbeidsongeschikt

(618) Art. 5.1 Verordening 987/2009.

(619) Art. 5.2 Verordening 987/2009.

(620) Art. 5.2 Verordening 987/2009.

(621) HvJ 10 februari 2000, *Fitzwilliam*, C-202/97, rechtsoverw. 46-59.

(622) HvJ 26 januari 2006, *Herbosch Kiere*, C-2/05, rechtsoverw. 30-33; Cass. 2 juni 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1310.

(623) HvJ 3 juni 1992, *Paletta*, C-45/90.

is geweest en de nationale rechter, op grond van de door de werkgever aangebrachte bewijzen van misbruik of bedrog, de verklaring van arbeidsongeschiktheid van het orgaan van een andere lidstaat terzijde kan schuiven ⁽⁶²⁴⁾. Gezaghebbende auteurs schreven derhalve dat het niet is uitgesloten dat het Hof van Justitie in de toekomst preciseerd dat de rechter van de ontvangstaat een andersluidende beslissing dan de detachingsverklaring kan nemen wanneer fraude is aangetoond ⁽⁶²⁵⁾.

In het verlengde van de zgn. detachingsfraude ligt de Programmawet van 27 december 2012 die de strijd tegen de zogenaamde detachingsfraude versterkt met een nieuwe antirechtsmisbruikbepaling ⁽⁶²⁶⁾. De antimisbruikbepalingen in de Programmawet van 27 december 2012 “beogen (...) zowel de nationale rechter als de bevoegde instellingen van sociale zekerheid en de sociaal inspecteurs (...) toe te laten de Belgische socialezekerheidswetgeving op een werknemer toe te passen wanneer één van deze organen vaststelt dat deze werknemer ten onrechte onderworpen is aan de socialezekerheidswetgeving van een andere Staat, met de bedoeling zich te onttrekken aan de toepassing van de Belgische socialezekerheidswetgeving” ⁽⁶²⁷⁾. In de Memorie van Toelichting bij de Programmawet van 27 december 2012 worden voorbeelden gegeven van misbruiken ⁽⁶²⁸⁾. Als voorbeeld van misbruik inzake detachering vermeldt de Memorie van Toelichting het geval van een in België wonende werknemer die als werknemer aangeworven wordt door een onderneming gevestigd in een andere Staat, onderneming die vervolgens deze werknemer detacheert bij een andere onderneming gevestigd in België, zonder dat hij voorafgaandelijk onderworpen werd aan de sociale zekerheid van de Staat waar zijn werkgever onder valt en zonder dat er een directe band bestaat tussen de uitzendende onderneming en de gedetacheerde werknemer. In dit verband beschrijft de Memorie van Toelichting de zogenaamde ‘U-turn’-constructies. Het betreft constructies waarbij, via een in een andere EU-lidstaat opgezette onderneming, een Belgische onderneming, onder het mom van het vrij verrichten van diensten, werkzaamheden uitvoert die volledig of hoofdzakelijk gericht zijn op het Belgisch grondgebied, en in dit verband een beroep doet op personeel dat onttrokken is aan de toepassing van de Belgische socialezekerheidswetgeving.

Wanneer de correcte toepassing van de Europese aanwijfsregels België moet aanduiden als de bevoegde lidstaat en de Belgische rechter, de openbare instelling van sociale zekerheid of de sociaal inspecteur misbruik vaststelt, dan kan de betrokken werknemer of zelfstandige onderworpen worden aan de Belgische socialezekerheidswetgeving vanaf de eerste dag waarop de voorwaarden voor de toepassing ervan vervuld zijn. M.a.w. de Belgische wet beoogt de bindende kracht van de detachingsverklaringen te reduceren. Twijfels zijn reeds gerezen met betrekking tot het

(624) HvJ 2 mei 1996, *Paletta II*, C-206/94, rechtsov. 24-28; zie ook HvJ 21 oktober 2004, *Commissie/Luxemburg*.

(625) H. VERSCHUEREN, “Sociale zekerheid en detachering binnen de Europese Unie. De zaak Herbosch Kiere: een gemiste kans in de strijd tegen grensoverschrijdende sociale dumping en sociale fraude”, *BTSZ* 2006, 115; L. ELIAERTS, “Detachering van werknemers binnen de Europese Unie: het toepasselijke socialezekerheidsrecht onder gelding van verordening 883/2004”, *RW* 2010-11, 614 en 616.

(626) Art. 22-25 programmawet 27 december 2012.

(627) Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 53-2561/1, 20.

(628) Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer 2012-2013, nr. 53-2561/1, 19-20.

antwoord op de vraag of de Belgische antimisbruikbepaling bij grensoverschrijdende tewerkstelling wel strookt met het Unierecht⁽⁶²⁹⁾. Wordt ongetwijfeld vervolgd.

3.3.2. De kwitantie

Hierboven werd reeds ingegaan op de bewijsvoering van de betaling van het loon door middel van een kwitantie voor de periodieke loonbetaling⁽⁶³⁰⁾. Er weze aan herinnerd dat het merendeel van de rechtspraak en de rechtsleer⁽⁶³¹⁾ terecht aanneemt dat de verplichting om een kwitantie voor te leggen geen afbreuk doet aan de mogelijkheid voor de werkgever om overeenkomstig art. 12 Arbeidsovereenkomstenwet het bewijs van de contante betaling te leveren, bv. door getuigen of vermoedens⁽⁶³²⁾. In dit verband kan nog nuttig worden opgemerkt dat de betaling van de bedrijfsvoorheffing en de socialezekerheidsbijdragen weliswaar geen bewijs van de betaling van het loon oplevert, maar toch een aanwijzing vormt⁽⁶³³⁾.

Artikel 42 Arbeidsovereenkomstenwet en artikel 12 van de Loonbeschermingswet regelen de waarde van de kwijting voor saldo van rekening bij het einde van de arbeidsovereenkomst. De kwitantie geldt enkel als ontvangstbewijs en impliceert op zich niet dat de werknemer afstand doet van zijn rechten. Aldus is niet uitgesloten dat de werknemer naast de ondertekening van de kwijting ook uitdrukkelijk afstand doet van zijn rechten⁽⁶³⁴⁾ of dat hij een dading ondertekent⁽⁶³⁵⁾.

3.3.3. Prestatiebladen

Prestatiebladen worden opgemaakt ter vaststelling van de door de werknemer gepesteerde arbeidsuren.

Soms wordt de bewijslast geregeld bij collectieve arbeidsovereenkomst, bv. in de vervoerssector⁽⁶³⁶⁾. De cao van 25 januari 1985 voor de vervoerssector bevat een regeling van de bewijslast in deze zin dat de bewijslast wordt omgekeerd met betrekking tot de meting van de arbeid. De werkgever moet bewijzen dat de door de werknemer op het prestatieblad vermelde prestaties niet werden geleverd. De werkgever zal dan dit bewijs kunnen leveren bv. door tachograafschijven of getuigen. Deze cao van 1985 werd in 1988 aangevuld⁽⁶³⁷⁾. Betwistingen van de prestatiebladen zijn slechts toe-

(629) Zie Y. STOX en G. VAN DE MOSSELAER, "De strijd tegen de sociale fraude. Voorbij de grenzen van de Arbeidsrelatiewet", *Or.* 2013, 83-87.

(630) *Supra* 2.4.2.

(631) H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken: arbeidsrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 43.

(632) Arbh. Antwerpen 26 april 1999, *RW* 2000-01, 593; Arbh. Antwerpen 2 juni 2000, *Limb.Rechtsl.* 2001, 257; Arbh. Bergen 16 juni 2000, *JTT* 2000, 318; Luik 30 oktober 2002, *JLMB* 2004, 609, Arbrb. Antwerpen 10 juni 1998, *Soc.Kron.* 1998, 514.

(633) Arbh. Luik 30 oktober 2002, *JLMB* 2004, 609.

(634) Cass. 10 maart 1976, *JTT* 1976, 220, met eensluitende conclusie adv.-gen. LENAERTS.

(635) H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken: arbeidsrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 45.

(636) Zie D. TORFS, "Een stand van zaken betreffende de regeling van de rij- en rusttijden op gemeenschapsrechtelijk, strafrechtelijk en sociaalrechtelijk vlak", *Or.* 2000, 185-199.

(637) Artikel 3 cao 19 dec. 1988, algemeen verbindend verklaard bij KB 14 augustus 1989, *BS* 19 september 1989.

gelaten ingeval één partij weigert het prestatieblad te ondertekenen. Uit de cao gesloten op 25 januari 1985 in de schoot van het paritair comité voor het vervoer vloeit volgens het arbeidshof te Brussel voort dat het feit dat de werkgever het dagelijkse prestatieblad niet voor ondertekening voorlegt aan de werknemer een weerlegbaar vermoeden instelt van het bestaan van die prestaties⁽⁶³⁸⁾. Dergelijke bewijslastovereenkomst⁽⁶³⁹⁾ houdt dan bv. in dat de bewijslast inzake de gepresteerde arbeidsuren ten laste valt van de partij die niet ondertekent en in geval van betwisting ten laste van de werkgever⁽⁶⁴⁰⁾. De cao gesloten in het paritair comité voor het vervoer bepaalde verder dat de werkgevers en de werknemers niet zonder wettige en nauwkeurige redenen mogen weigeren het voorgelegde prestatieblad te ondertekenen⁽⁶⁴¹⁾.

Maar de betwistingen inzake arbeidsduur zijn legio, ook buiten enige specifieke bewijs(last)overeenkomst. In de vervoerssector kan een werknemer zijn arbeidsduur bv. aantonen door middel van tachograafschijven in de mate dat deze regelmatig werden gehanteerd⁽⁶⁴²⁾. In vele bedrijven zullen prikklokgegevens worden ingezameld om de arbeidsduur te preciseren.

Maar prestatiebladen worden blijvend in vele bedrijfssectoren en ondernemingen gebruikt. Volgens J.P. Bogaert zijn prestatiebladen 'sociale gegevens' in de zin van artikel 16, 5° van het Sociaal Strafwetboek die nodig zijn voor de toepassing van de wetgeving betreffende het arbeidsrecht en de sociale zekerheid. En overeenkomstig artikel 28 van het Sociaal Strafwetboek mogen de sociaal inspecteurs zich alle informatiedragers met sociale gegevens doen overleggen⁽⁶⁴³⁾.

3.3.4. Tachograafschijven

In principe is alle wegvervoer inzake vervoer van personen of goederen onderworpen aan o.m. de EU-Verordening nr. 3821/85 van 20 december 1985⁽⁶⁴⁴⁾, gewijzigd in 2006 door de Verordening 561/2006, betreffende het controleapparaat in het wegvervoer⁽⁶⁴⁵⁾. De Verordening brengt mee dat de chauffeurs van dergelijke voertuigen hun voertuig dienen uit te rusten met een (digitale) tachograaf. De miskennis van de regels inzake de tachograaf is strafbaar⁽⁶⁴⁶⁾. Een onrechtstreeks gevolg van deze Europese regeling is dat enerzijds de werkgever door middel van de tachograafgegevens precies kan nagaan hoelang de werknemer heeft gewerkt, terwijl anderzijds

(638) Arbh. Brussel 17 januari 2011, *JTT* 2011, 396.

(639) *Supra* 1.7.

(640) Arbh. Antwerpen (afd. Hasselt) 20 januari 1999, *Soc.Kron.* 2000, 388; H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken: arbeidsrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 46-47.

(641) H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken: arbeidsrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 46-47.

(642) Arbrb. Charleroi 14 september 1998, *Soc.Kron.* 1999, 15.

(643) J.P. BOGAERT, "Het sociaal strafwetboek: over "nieuwigheden", "bijna-nieuwigheden" en "blijvers" (deel 2)", *T.Strafr.* 2011, 5.

(644) Zie o.m. B. SPRIET, "Herhaling bij transportmisdrijven inzake rij- en rusttijden en tachograaf", *T.Strafr.* 2000, 41-44.

(645) C. ROGIEST, *Arbeidsrechtelijke aspecten van het nationaal en internationaal wegvervoer*, Brussel, Larcier, 2009, 237 p.

(646) Zie GwH 22 april 2010 nr. 37/2010, *Soc.Kron.* 2010, 558; Cass. 10 januari 1995, *TVred.* 1996, 207, noot J.P. BOGAERT.

de werknemer door deze tachograafschijf een bijkomend bewijselement heeft in verband met betwistingen in verband met loon, overuren, enzovoort ⁽⁶⁴⁷⁾.

3.4. DE BEKENTENIS

3.4.1. Omschrijving

De bekentenis wordt niet gedefinieerd in het Burgerlijk Wetboek. De bekentenis is de erkenning door een van de partijen van een voor haar nadelig feit, dat de andere haar tegenwerpt ⁽⁶⁴⁸⁾. Wat het voorwerp van de bekentenis betreft, weze opgemerkt dat de bekentenis niet kan slaan op de oplossing die, in rechte, aan het geschil moet worden gegeven, maar alleen betrekking kan hebben op een feit, hetzij een louter materieel, hetzij een rechtsfeit ⁽⁶⁴⁹⁾.

In tegenstelling tot het schriftelijke bewijs is de bekentenis een verklaring die na het feit of het rechtsfeit wordt afgelegd. De buitengerechtelijke bekentenis bedoeld in art. 1354 en 1355 BW is een eenzijdige daad waaruit een bewijs kan worden gehaald omtrent een betwist feit ⁽⁶⁵⁰⁾. Ze moet uitgaan van de partij tegen wie ze wordt aangevoerd, maar moet sedert principearresten van 2007 niet meer bestemd zijn om voor de tegenpartij als bewijs te dienen ⁽⁶⁵¹⁾. Voor de toepassing van art. 1354 en 1355 BW en voor het in aanmerking nemen van een buitengerechtelijke bekentenis is niet vereist dat tussen de betrokken partijen een reeds ontstane en actuele betwisting bestaat ⁽⁶⁵²⁾.

De kwestie van het onrechtmatig verkregen bewijs deed zich ook voelen met betrekking tot de bekentenissen van een werknemer ten gevolge van videobeelden die een diefstal van de werknemer vastlegden ⁽⁶⁵³⁾.

Wanneer men de uitvoering van een overeenkomst inroept als bewijselement voor zijn standpunt, dan beroept men zich op een buitengerechtelijke bekentenis, die moet voldoen aan volgende voorwaarden: een eenzijdige handeling, die uitgaat van degene tegen wie ze wordt ingeroepen, die gebaseerd is op een geldige wilsuïting en die betrekking heeft op een betwist feit waarvan de auteur van de bekentenis per-

(647) Arbh. Luik 3 maart 1997, *JLMB* 1997, 1616; zie D. TORFS, "Een stand van zaken betreffende de regeling van de rij- en rusttijden op gemeenschapsrechtelijk, strafrechtelijk en sociaalrechtelijk vlak", *Or.* 2000, 185-186.

(648) R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek Burgerlijk Recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, nr. 776.

(649) Cass. 24 juni 1999, *Arr.Cass.* 1999, nr. 394; conclusie adv.-gen. THIJS bij Cass. 24 april 2006, *RW* 2006-07, 1003; H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, nr. 1016; L. KERZMANN, «Le point sur l'aveu en matière civile» in F. KUTY en D. MOUGENOT, *La preuve. Questions spéciales*, Luik, Anthemis, 2008, 156.

(650) D. MOUGENOT, "La preuve en matière civile - Chronique de jurisprudence 2002-2010", *JT* 2011, 603.

(651) Cass. 20 december 2007, *RW* 2009-10, 955.

(652) Cass. 20 december 2007, *RW* 2009-10, 955; D. MOUGENOT, «La preuve en matière civile - Chronique de jurisprudence 2002-2010», *JT* 2011, 603.

(653) *Supra* 1.6. Zie Arbh. Brussel 15 juni 2006, *JTT* 2006, 392.

soonlijk kennis heeft⁽⁶⁵⁴⁾. De bekentenis kan ook worden afgelegd door een vertegenwoordiger, op voorwaarde dat deze hiertoe beschikt over een bijzonder mandaat⁽⁶⁵⁵⁾.

De bekentenis kan gerechtelijk of buitengerechtelijk geschieden. In beide gevallen kan de bekentenis schriftelijk of mondeling worden afgelegd⁽⁶⁵⁶⁾. M.b.t. de buitengerechtelijke bekentenis dient de rechter na te gaan of zij in zodanige omstandigheden werd afgelegd dat zij als geloofwaardig voorkomt. Als de rechter dat aanneemt, heeft de buitengerechtelijke bekentenis dezelfde bewijswaarde als de gerechtelijke bekentenis⁽⁶⁵⁷⁾. Recent besliste het Hof van Cassatie dat de buitengerechtelijke bekentenis niet impliceert dat ze bestemd is om te dienen als bewijs voor de tegenpartij. De rechter kan niet beslissen dat de bekentenis vereist dat de persoon die ze aflegt weet dat zijn verklaringen tegen hem als bewijs kunnen worden gebruikt⁽⁶⁵⁸⁾.

3.4.2. De bewijswaarde van de bekentenis

Doordat een bekentenis aanleiding kan geven tot nadelige rechtsgevolgen voor de persoon die deze verklaring aflegt, komt aan deze verklaring bijzondere bewijswaarde toe. Een bekentenis door een partij verschaft bewijs en ontslaat de andere partij van de bewijsverplichting. Het feit moet niet meer worden bewezen want het wordt erkend en is niet betwist⁽⁶⁵⁹⁾. Bovendien is een bekentenis in alle materies mogelijk in alle aangelegenheden die niet de openbare orde raken⁽⁶⁶⁰⁾. Dit uitgangspunt in de rechtsleer moet worden gepreciseerd: de bekentenis, zowel de buitengerechtelijke als de gerechtelijke, kan niet slaan op zaken waarover de wet niet toestaat te beschikken en een dading aan te gaan⁽⁶⁶¹⁾.

Aldus oordeelde het Hof van Cassatie dat de wettelijke bepalingen met betrekking tot de sociale verkiezingen en de oprichting van een ondernemingsraad en een preventiecomité van openbare orde zijn en dat hieruit volgt dat, in geval van betwisting over het bestaan van een technische bedrijfseenheid, de rechter de wettelijke criteria voor de vaststelling van een technische bedrijfseenheid dient te onderzoeken. Dit houdt in dat de rechter in geval van betwisting geen rekening mag houden met een vroeger

(654) Arbh. Brussel 19 maart 2010, AR nr. 2009/AB/51.851, W/ BVBA P.

(655) Art. 1356 BW; L. KERZMANN, "Le point sur l'aveu en matière civile" in F. KUTY en D. MOUGENOT, *La preuve. Questions spéciales*, Luik, Anthemis, 2008, 159.

(656) B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, nrs. 557 en 558.

(657) Conclusie adv.-gen. THUIS bij Cass. 24 april 2006, *RW* 2006-07, 1003; H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, nr. 1024.

(658) Cass. 23 januari 2012, *Arr. Cass.* 2012, 206.

(659) B. CATTOIR en A. COLPAERT, "De bewijsrechtelijke betekenis van de uitvoering van de overeenkomst in burgerlijke zaken", *RW* 2009-10, 953; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, nr. 542; D. MOUGENOT, "La preuve en matière civile - Chronique de jurisprudence 2002-2010", *JT* 2011, 603.

(660) B. CATTOIR en A. COLPAERT, "De bewijsrechtelijke betekenis van de uitvoering van de overeenkomst in burgerlijke zaken", *RW* 2009-10, 950; D. MOUGENOT, "La preuve en matière civile - Chronique de jurisprudence 2002-2010", *JT* 2011, 603.

(661) Art. 1354 BW; Cass. 13 november 2000, *JTT* 2001, 150, *RW* 2001-02, 164; Cass. 24 april 2006, *RW* 2006-07, met conclusie adv.-gen. THUIS.

beweerde bekentenis omtrent het bestaan en de omschrijving van een technische bedrijfseenheid ⁽⁶⁶²⁾.

Een opmerkelijke toepassing van de voorgaande principes werd gemaakt in het cassatiearrest van 24 april 2006 inzake artikel 22ter van de RSZ-Wet, naar luid waarvan bij ontstentenis van de openbaarmaking van de werkroosters van de deeltijdse werknemer deze wordt vermoed arbeid te hebben verricht in het raam van een arbeidsovereenkomst voor deeltijdse arbeid. Het Hof van Cassatie was van oordeel dat de ontstentenis van de openbaarmaking van de werkroosters als bedoeld in art. 22ter van de RSZ-Wet niet bewezen kan worden door middel van een bekentenis, omdat het in die bepaling geformuleerde vermoeden de openbare orde aanbelangt. De verklaring waarin een werkgever erkent vroeger geen werkroosters te hebben bijgehouden, blijft een gewoon bewijselement waarvan de feitenrechter de bewijswaarde beoordeelt ⁽⁶⁶³⁾. Advocaat-generaal Thijs stipt in zijn conclusie bij het arrest terecht aan dat de wettelijke vermoedens in artikel 22ter RSZ-Wet ingesteld zijn ten gunste van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid ten behoeve van de inning en de invordering van de verschuldigde socialezekerheidsbijdragen en derhalve de openbare orde raken ⁽⁶⁶⁴⁾.

Een bekentenis is mogelijk ook in die materies die een geschrift vereisen ⁽⁶⁶⁵⁾. Aldus besliste het Hof van Cassatie vrij recent dat artikel 1341 BW in de regel niet belet dat de minnelijke beëindiging van een overeenkomst bewezen wordt door een bekentenis, ook al gaat de waarde van het geschil 375 euro te boven ⁽⁶⁶⁶⁾. Deze oplossing stond reeds vast voor de minnelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst, gelet op artikel 12 Arbeidsovereenkomstenwet.

3.4.3. *L'aveu en action*

De bijzondere bewijswaarde van de bekentenis komt ook tot uiting in het feit dat zelfs tegen en boven de inhoud van een geschrift mag worden bewezen, gevallen waarin het bewijs door getuigen of vermoedens in de regel niet is toegestaan. De bekentenis staat aan de top van de hiërarchie van de bewijsmiddelen en primeert in principe zelfs op het geschreven bewijs ⁽⁶⁶⁷⁾.

(662) Cass. 13 november 2000, *JTT* 2001, 150, *RW* 2001-02, 164.

(663) Cass. 24 april 2006, *RW* 2006-07, met belangrijke conclusie adv.-gen. THUIS.

(664) Zie Cass. 28 april 1997, *JTT* 1997, 343; Cass. 18 februari 2002, *JTT* 2002, 370, *RW* 2001-02, 1573.

(665) B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, nr. 546.

(666) Cass. 2 april 2010, *Arr.Cass.* 2010, nr. 245, *RW* 2012-13, 371.

(667) Cass. 4 april 1941, *Pas.* 1941, 120, met conclusie van eerste adv.-gen. CORNIL; Cass. 27 mei 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 1183; B. CATTOIR en A. COLPAERT, "De bewijsrechtelijke betekenis van de uitvoering van de overeenkomst in burgerlijke zaken", *RW* 2009-10, 952; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, nr. 546.

De bekentenis kan uitdrukkelijk of stilzwijgend geschieden. Sinds jaar en dag staat vast dat in de rechtspraak⁽⁶⁶⁸⁾ en de rechtsleer⁽⁶⁶⁹⁾ de vaststaande uitvoering van de overeenkomst door de schuldenaar te bestempelen is als een stilzwijgende buitengerechtelijke bekentenis van het bestaan van de overeenkomst. De bewijskracht van de bekentenis geldt ook voor derden. Degene die zich op de bekentenis beroept, hoeft dus niet noodzakelijk contractueel verbonden te zijn met degene die de bekentenis heeft afgelegd⁽⁶⁷⁰⁾.

Dit is in tweeërlei opzicht van belang inzake een geschil over het al dan niet bestaan van een arbeidsovereenkomst. Ten eerste laat de vaste uitvoering van de arbeidsovereenkomst als bekentenis toe de arbeidsrelatie te herkwaliëren tegen de bewijskracht in van een geschreven overeenkomst bij schijnwerknemerschap en schijnzelfstandigheid. En ten tweede kan ook de RSZ of de bevoegde sociale verzekeringsinstelling voor zelfstandigen zich beroepen op de uitvoering van de overeenkomst als bekentenis.

De uitvoering van de arbeidsovereenkomst werd ook al ingeroepen tegen de werkgever om een recht op overloon te ondersteunen⁽⁶⁷¹⁾.

4. DE GERECHTELIJKE ONDERZOEKSMATREGELEN

In dit opstel wordt een onderscheid gemaakt tussen enerzijds een bewijsmiddel, en anderzijds een bewijsprocedure. Een bewijsmiddel is de wijze waarop een feit, een rechtsfeit of een rechtshandeling wordt bewezen. Een bewijsprocedure is een maatregel om bewijsmateriaal te verzamelen.

Bewijsprocedures worden geregeld in de onderzoeksmaatregelen die volgens het Gerechtelijk Wetboek in een burgerlijk proces worden aangewend. Het begrip 'onderzoeksmaatregel' wordt in het Gerechtelijk Wetboek niet nader gepreciseerd. Ongetwijfeld dienen als onderzoeksmaatregel te worden beschouwd: de rogatoire

(668) Cass. 19 oktober 1944, *Pas.* 1945, I, 14; Cass. 17 januari 1969, *Arr.Cass.* 1969, 476; Cass. 10 februari 1978, *Arr.Cass.* 1978, 698; Cass. 22 april 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 1057; Arbh. Brussel 19 maart 2010, AR nr. 2009/AB/51851, onuitg.

(669) B. CATTOIR en A. COLPAERT, "De bewijsrechtelijke betekenis van de uitvoering van de overeenkomst in burgerlijke zaken", *RW* 2009-10, 948-949; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 1010, nr. 1032: "Exécuter une convention, c'est reconnaître que cette convention existe; il n'y pas de preuve plus concluante: c'est un aveu en action. Il en résulte que si l'existence d'une convention est contestée par le motif qu'il n'en est pas rapporté de preuve régulière, celui qui se prévaut de la convention pourra l'établir en démontrant que la partie adverse l'a exécutée"; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 688; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 233 e.v., nrs. 195 e.v.; D. MOUGENOT, *Droit des Obligations. La preuve*, Brussel, Larcier, 2002, 332, nr. 271.

(670) Cass. 19 oktober 1944, *Pas.* 1945, I, 14; B. CATTOIR en A. COLPAERT, "De bewijsrechtelijke betekenis van de uitvoering van de overeenkomst in burgerlijke zaken", *RW* 2009-10, 952.

(671) Arbh. Brussel 19 maart 2010, AR nr. 2009/AB/51851, onuitg. De uitvoering van de overeenkomst werd door het Hof evenwel niet bewezen geacht.

opdracht ⁽⁶⁷²⁾, het overleggen van de stukken ⁽⁶⁷³⁾, het schriftonderzoek ⁽⁶⁷⁴⁾, valsheidsprocedure ⁽⁶⁷⁵⁾, deskundigenonderzoek, getuigenverhoor, plaatsopneming ⁽⁶⁷⁶⁾, eedaflegging ⁽⁶⁷⁷⁾, verhoor van partijen ⁽⁶⁷⁸⁾, en de vaststelling door de gerechtsdeurwaarder ⁽⁶⁷⁹⁾.

Het is binnen het bestek van deze bijdrage niet mogelijk grondig in te gaan op alle gerechtelijke onderzoeksmaatregelen. De beperkte ruimte mondt uit in enkele bijzonderheden die van belang zijn in het arbeidsrecht.

4.1. GETUIGENBEWIJS

4.1.1. Het klassieke getuigenverhoor

In het arbeidsrecht speelt het getuigenbewijs een belangrijke rol. Als voorbeeld kan worden verwezen naar geschillen over het ontslag om dringende reden, het misbruik van ontslagrecht en willekeurig ontslag en het presteren van overuren. Ook bij de kwalificatie van de arbeidsrelatie kan het getuigenbewijs belangrijk zijn. Verder is er rechtspraak die het getuigenverhoor toelaat op verzoek van de werkgever op wie het weerlegbare vermoeden van voltijdse arbeidsprestaties weegt omdat hij de wettelijke voorschriften inzake deeltijdse arbeid heeft miskend ⁽⁶⁸⁰⁾. Soms biedt een handelsvertegenwoordiger het getuigenbewijs aan om in het licht van artikel 92 van de Arbeidsovereenkomstenwet te bewijzen dat hij met de klant rechtstreeks contact tot stand heeft gebracht dat tot aanvaarding van orders heeft geleid ⁽⁶⁸¹⁾.

Terloops kan worden opgemerkt dat het getuigenbewijs een van de mogelijke onderzoeksmaatregelen is die de rechter kan bevelen. Ter zake geldt het subsidiariteitsbeginsel zoals blijkt uit art. 875*bis* van het Gerechtelijk Wetboek, hetgeen bepaalt dat de rechter de keuze van de onderzoeksmaatregel dient te beperken tot wat volstaat om het geschil te beslechten, waarbij de meest eenvoudige, snelste en goedkoopste maatregel de voorkeur geniet. De wet voorziet evenwel niet in een sanctie en een beslissing van de feitenrechter die niet voldoet aan het subsidiariteitsbeginsel zou ontsnappen aan de controle van het Hof van Cassatie ⁽⁶⁸²⁾.

Het getuigenbewijs kan worden omschreven als het bewijs dat geleverd wordt door een feitenverklaring onder eed, de getuigenis, afgelegd voor de rechter, in een getui-

(672) Art. 11 (verzoek van een Belgisch gerecht) en artikel 873 e.v. Ger. W. (verzoek van een buitenlands gerecht); M. NEUT en L. DEMEYERE, "De grensoverschrijdende bewijsverkrijging binnen de Europese Unie: brengt de Verordening nr. 1206/2001 de verhoopde versoepeling teweeg?", *RW* 2004-05, *supra*, 1.2

(673) Art. 877-882 Ger.W.

(674) Art. 883-893 Ger.W.

(675) Art. 895-914 Ger.W.

(676) Art. 1007-1016 Ger.W.

(677) Art. 1005-1006 Ger.W.

(678) Art. 992-1004 Ger.W.

(679) Art. 516 en 1016*bis* Ger.W.

(680) *Arbh. Antwerpen* (afd. Hasselt) 4 maart 2003, *Soc.Kron.* 2004, 295.

(681) *Arbrb. Veurne* 14 december 2006, *RW* 2007-08, 1379.

(682) B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, nr. 450.

genverhoor georganiseerd conform het Gerechtelijk Wetboek ⁽⁶⁸³⁾, door een persoon die een rechtshandeling of een feit heeft bijgewoond, gezien of gehoord en die geen partij is bij het geding, om de betwiste feiten duidelijk te maken ⁽⁶⁸⁴⁾.

Dit neemt niet weg dat de getuigenis enkel kan slaan op materiële feiten en niet op de juridische aard, noch de juridische gevolgen verbonden aan een materieel feit ⁽⁶⁸⁵⁾.

Krachtens artikel 1341 BW is het getuigenbewijs toegelaten voor alle zaken met een waarde van minder dan 375 euro waarvan geen geschrift is opgemaakt. Uit dit artikel volgt tevens dat het getuigenbewijs niet is toegelaten tegen en boven de inhoud van akten en evenmin omtrent beweringen van voor, tijdens of sedert het opmaken van de akte, ook al betreft het een som van minder dan 375 euro. In het algemeen gelden voor de toelaatbaarheid van het getuigenbewijs dezelfde regels als voor de toelaatbaarheid van de feitelijke vermoedens ⁽⁶⁸⁶⁾.

Deze bepaling is evenwel buitenspel gezet door art. 12 van de Arbeidsovereenkomstenwet dat bij gebreke van een geschrift het getuigenbewijs is toegelaten ongeacht de waarde van het geschil. Aldus kan het bewijs van de overstap van een deeltijdse naar een voltijdse arbeidsovereenkomst ook anders dan met een geschrift worden geleverd ⁽⁶⁸⁷⁾.

Op voornoemd principe dat een getuigenbewijs niet mogelijk is voor zaken met een waarde boven 375 euro bestaat er een aantal belangrijke uitzonderingen. Deze uitzonderingen betreffen o.a. het begin van bewijs door geschrift ⁽⁶⁸⁸⁾, de onmogelijkheid van schriftelijk bewijs ⁽⁶⁸⁹⁾, het bewijs door derden, het bewijs van handelsrechtelijke verbintenissen ⁽⁶⁹⁰⁾ en het bewijs van een vordering *ex delicto* ⁽⁶⁹¹⁾ voor de burgerlijke rechter ⁽⁶⁹²⁾.

De discussie over het al dan niet rechtmatig verkregen bewijs doet zich volgens sommige rechters ook gevoelen met betrekking tot een in ondergeschikte orde aangeboden getuigenbewijs ⁽⁶⁹³⁾.

(683) Art. 915-961 Ger.W.

(684) B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, 31.

(685) S. GILSON, K. ROSIER en E. DERMINE, "La preuve en droit du travail" in F. KUTY en D. MOUGENOT, *La preuve. Questions spéciales*, Luik, Anthemis, 2008, 262.

(686) *Supra*, 3.2.3.3; H. DE PAGE, *Traité*, III, nr. 928.

(687) Arbh. Brussel 15 februari 2010, *JTT* 2010, 244; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, nr. 438.

(688) Art. 1347 BW.

(689) Art. 1348 BW.

(690) Art. 25 W.Kh.

(691) Art. 1348 BW.

(692) Cass. 2 januari 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1, *JLMB* 2003, 587 en *Pas.* 2003, 1. Het Hof bevestigde in dit arrest dat een vordering in rechte die voor de burgerlijke rechter gegrond is op een misdrijf, valt onder toepassing van de regels van de bewijsvoering in strafzaken; in die materie mag het bewijs van het litigieuze feit door alle middelen rechtens worden aangevoerd (art. 1348 BW).

(693) Aldus weigerde het Arbeidshof te Brussel het subsidiaire bewijsaanbod met getuigen in een geval waar de werkgever onrechtmatig kennis had verkregen van e-mails van de werknemer: Arbh. Brussel 7 februari 2013, *JTT* 2013, 262-270. Zie *supra* 1.5.

Gelet op het feit dat artikel 1341 BW niet van openbare orde, noch van dwingend recht is, impliceert dit dat partijen in theorie ervan kunnen afwijken en contractueel kunnen bedingen dat het getuigenbewijs wordt toegelaten of uitgesloten wordt in gevallen die anders in de wet worden geregeld⁽⁶⁹⁴⁾. Dergelijke afspraken binden de rechter, maar komen in de praktijk weinig voor⁽⁶⁹⁵⁾.

Daar de bewijsregels in burgerlijke zaken niet van openbare orde noch van dwingend recht zijn, betekent dit onder meer dat de miskennis van art. 1341 BW niet voor het eerst kan worden ingeroepen voor het Hof van Cassatie omdat dergelijk middel nieuw is en onontvankelijk⁽⁶⁹⁶⁾. Nu artikel 1341 BW noch van openbare orde noch van dwingend recht is, mag de rechter dit artikel niet ambtshalve opwerpen⁽⁶⁹⁷⁾.

De getuige is de persoon die de gebeurtenis of de rechtshandeling met eigen zintuigen heeft waargenomen, dan wel er kennis van heeft via een persoon die ze heeft waargenomen. Deze personen worden ook wel omschreven als de rechtstreekse getuigen. Het Hof van Cassatie besliste dat ook de onrechtstreekse getuigenis mogelijk is. De rechter kan de verklaring van een derde-getuige, die meedeelt welke gegevens hij vernomen heeft van een andere getuige, aannemen⁽⁶⁹⁸⁾.

Het Belgische recht kent geen regeling van de zogenaamde partijgetuigenis. De partijgetuigenis zijn verklaringen afgelegd door een partij in het geding.

Wel kan de rechter aan een partij vragen stellen omdat de artikelen 992 tot en met 1004 Ger.W. de onderzoeksmaatregel van het verhoor van partijen regelen⁽⁶⁹⁹⁾.

In beginsel kan iedere persoon die de volle leeftijd van 15 jaar heeft bereikt als getuige onder ede worden gehoord⁽⁷⁰⁰⁾. Het Gerechtelijk Wetboek heeft het stelsel van onbekwaamheid tot getuigen, dat voorkwam in het wetboek voor burgerlijke rechtsvordering, afgeschafte⁽⁷⁰¹⁾.

Dat neemt niet weg dat in sommige gevallen bepaalde personen een wettige reden hebben om geen getuigenis af te leggen. Het gaat onder meer om personen gebonden door het beroepsgeheim⁽⁷⁰²⁾.

(694) Cass. 22 februari 2010, *Arr.Cass.* 2010, nr. 117.

(695) B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, nr. 440.

(696) Cass. 11 maart 2002, *RW* 2002-03, 1219.

(697) J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, nr. 1390.

(698) Cass. 25 februari 1980, *RW* 1980-81, 38, *TSR* 1981, 352; S. GILSON, K. ROSIER en E. DERMINE, «La preuve en droit du travail» in F. KUTY en D. MOUGENOT, *La preuve. Questions spéciales*, Luik, Anthemis, 2008, 265; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, 31, *contra*: D. MOUGENOT, *Droit des obligations, La preuve*, 2de uitg., Brussel, Larcier, 1997, nr. 178, 179.

(699) B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, nr. 426.

(700) Art. 931 Ger.W.

(701) H. BUYSSENS, "Het bewijs inzake arbeidsovereenkomstenrecht" in M. RIGAUX (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 4*, Antwerpen, Maklu, 227.

(702) Art. 929 Ger.W.; H. BUYSSENS, "Het bewijs inzake arbeidsovereenkomstenrecht" in M. RIGAUX (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 4*, Antwerpen, Maklu, 227.

In arbeidsgeschillen rijst vaak het probleem of bestuurders of zaakvoerders van een rechtspersoon als getuigen mogen optreden in een geschil waarin hun 'eigen' vennootschap of rechtspersoon partij is.

Over het algemeen wordt aangenomen dat het orgaan van de rechtspersoon niet als getuige kan worden gehoord in een geding gevoerd door 'zijn' vennootschap of rechtspersoon⁽⁷⁰³⁾. Enkel hun persoonlijke verschijning zou mogelijk zijn.

Een getuige kan worden geweerd indien er aanwijzingen van een gebrek aan objectiviteit of partijdigheid zijn⁽⁷⁰⁴⁾. Een advocaat kan ook geen getuige zijn in de zaak die hij pleit of die hij kent vanuit zijn beroep⁽⁷⁰⁵⁾.

Ook wat de feiten betreft, bevat het Gerechtelijk Wetboek regels. De feiten die een partij door middel van getuigen wil bewijzen, dienen bepaald en ter zake doende te zijn en zij moeten een afdoend karakter hebben⁽⁷⁰⁶⁾. Bovendien moeten de feiten vatbaar zijn voor tegenbewijs.

Het tegenbewijs met getuigen staat van rechtswege vrij, zelfs wanneer het getuigenverhoor ambtshalve wordt gelast door de rechter⁽⁷⁰⁷⁾. De pleiters zullen ervoor moeten zorgen dat zij de termijn van dertig dagen om te verzoeken tot een tegenverhoor niet laten verstrijken⁽⁷⁰⁸⁾.

Ook met betrekking tot de getuigenis kan er enige precisering worden gegeven met betrekking tot de bewijswaarde en de bewijskracht ervan.

In het algemeen wordt aangenomen dat de feitenrechter in beginsel onaantastbaar de bewijswaarde van een getuigenis beoordeelt⁽⁷⁰⁹⁾. De beoordeling van de bewijswaarde van een getuigenis door de feitenrechter is niet onderworpen aan de controle van het Hof van Cassatie. Dit betekent dat de feitenrechter vrij de geloofwaardigheid van een getuigenis beoordeelt en vrij is er zijn oordeel op te steunen⁽⁷¹⁰⁾. Wel mag de rechter het principiële recht om te bewijzen door getuigen niet miskennen⁽⁷¹¹⁾. Behoudens verlenging van de termijn krachtens de voorwaarden bepaald in artikel 51 Ger.W. of overmacht, leidt laattijdige neerlegging van het verzoekschrift tot het houden van een tegenverhoor tot het verval van het recht dit verhoor te houden wanneer tegenpartij zulks vordert⁽⁷¹²⁾.

(703) S. GILSON, K. ROSIER en E. DERMINE, "La preuve en droit du travail" in F. KUTY en D. MOUGENOT, *La preuve. Questions spéciales*, Luik, Anthemis, 2008, 264; H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken: arbeidsrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 34.

(704) B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, nr. 445, met verwijzing o.m. naar Antwerpen 10 mei 1999, AJT 2000-01, 40.

(705) "Nul n'est témoin sous la robe": B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, nr. 445.

(706) Art. 915-916 Ger.W.; zie bv. Arbh. Brussel 19 maart 2010, AR nr. 2009/AB/51851, inzake W. t/ BVBA P.

(707) Art. 921 Ger.W.

(708) Art. 921 Ger.W.

(709) J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, o.c., nr. 1418.

(710) J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, o.c., nr. 1418.

(711) Zie Cass. 18 maart 1993, RW 1990-91, 1437.

(712) Arbh. Antwerpen (afd. Hasselt) 12 juni 2002, *Limb.Rechtsl.* 2004, 268.

De feitenrechter mag evenmin de bewijskracht van de getuigenis miskennen ⁽⁷¹³⁾. Dit beduidt dat de rechter de getuige niet mag laten zeggen wat hij niet verklaard heeft, noch beweren dat de getuige niet gezegd heeft wat hij wel degelijk verklaard heeft ⁽⁷¹⁴⁾.

4.1.2. Schriftelijke getuigenverklaringen

Het civielrechtelijk getuigenbewijs wordt geregeld in de artikelen 915 tot 961 van het Gerechtelijk Wetboek. Recent heeft de wetgever met de wet van 16 juli 2012 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Gerechtelijk Wetboek, met het oog op een vereenvoudiging van de regels van de burgerlijke rechtspleging, een nieuw artikel 961/2 in het Gerechtelijk Wetboek ingelast om te remediëren aan het euvel dat het getuigenverhoor overdreven ingewikkeld en traag was ⁽⁷¹⁵⁾. Laenens, Broekx, Scheers en Thiriar formuleerden echter de kritische bedenking dat de lacune van de wetsherforming hierin bestaat dat de rechter nog altijd kan beslissen om de steller van de schriftelijke verklaring te horen ⁽⁷¹⁶⁾.

Bovendien werd vastgesteld dat het aanvoeren van schriftelijke verklaringen niet was gereguleerd, terwijl dergelijke verklaringen onder voorwaarden kunnen volstaan om de rechter in te lichten.

Het nieuwe artikel 961/2 Ger.W. is als volgt geformuleerd:

“De schriftelijke verklaringen worden door de partijen of op verzoek van de rechter overgelegd. De rechter bezorgt aan de partijen deze verklaringen die hem rechtstreeks worden toegezonden.

De schriftelijke verklaringen moeten worden opgesteld door personen die aan de vereiste voorwaarden voldoen om als getuige te worden gehoord.

De schriftelijke verklaring bevat het relaas van de feiten waarbij de opsteller ervan aanwezig was of die hij zelf heeft vastgesteld.

De schriftelijke verklaring vermeldt de naam, de voornamen, de geboortedatum en -plaats, de woonplaats en het beroep van de opsteller ervan alsook, zo nodig, diens graad van bloed- of aanverwantschap met de partijen, of er sprake is van ondergeschiktheid tegenover de partijen, of ze samenwerken dan wel of ze gemeenschappelijke belangen hebben.

De schriftelijke verklaring vermeldt voorts dat ze is opgesteld voor overlegging aan de rechtbank en dat de opsteller ervan weet heeft van het feit dat hij zich door een valse verklaring aan straffen blootstelt.

(713) J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *o.c.*, nr. 1418, F. DUMON, “De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van akten”, *RW* 1978-79, 257.

(714) J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *o.c.*, nr. 1418.

(715) *Parl.St.* Kamer 2010, nr. 53-75/1, 4.

(716) J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, nr. 1424.

De schriftelijke verklaring wordt geschreven, gedagtekend en door de opsteller ervan ondertekend. Hij moet daaraan als bijlage het origineel of een fotokopie toevoegen van elk officieel document dat zijn identiteit aantoonst en waarop zijn handtekening voorkomt.”

Art. 961/2 Ger.W. is, overeenkomstig artikel 3 Ger.W., van toepassing op hangende gedingen omdat het betrekking heeft op regels in verband met de bewijswaarde en de bewijsprocedure⁽⁷¹⁷⁾.

Volgens de indieners van het wetsvoorstel gelden de vormvereisten inzake de schriftelijke verklaringen niet op straffe van nietigheid. Het is dus aan de feitenrechter om te oordelen of een schriftelijke verklaring die niet aan de vereisten van de wet beantwoordt, wel of niet voldoende waarborgen biedt om in de debatten in overweging te worden genomen. De toekomst zal uitwijzen of deze bepaling frequent toepassing zal vinden in arbeidsaangelegenheden.

In ieder geval zijn er met betrekking tot de nieuwe regeling van schriftelijke verklaringen al kritische kanttekeningen geformuleerd. Zo werd opgemerkt dat de nieuwe regeling geen enkele controle bevat omtrent de verklaring van de betrokken derden met betrekking tot hun ondergeschiktheid tegenover de partijen en of ze samenwerken dan wel gemeenschappelijke belangen hebben, noch omtrent de waarachtigheid van de inhoud van de verklaringen zelf. Artikel 220 van het Strafwetboek betuigt enkel de valse getuigenverklaring in de strikte zin van het woord, en Laenens, Broeckx, Scheers en Thiriart voeren aan dat zeer valt te betwijfelen of eventuele schriftelijke verklaringen aanleiding zullen geven tot bestraffing op basis van art. 196 Strafwetboek dat in het algemeen valsheid in geschrifte bestraft⁽⁷¹⁸⁾.

4.2. OVERLEGGING VAN BEWIJSMATERIAAL EN VAN STUKKEN

Artikel 871 Gerechtelijk Wetboek biedt de rechter de mogelijkheid elke partij in het geding overlegging te bevelen van het bewijsmateriaal dat deze partij bezit.

Wanneer er gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens bestaan dat een procespartij of een derde een stuk onder zich heeft dat het bewijs inhoudt van een ter zake dienend feit, geven de artikelen 877 e.v. van het Gerechtelijk Wetboek de rechter de bevoegdheid te bevelen dat het stuk of een eensluitend verklaard afschrift bij het rechtsplegingsdossier wordt gevoegd. Artikel 1385*bis* Ger.W. geeft de rechter de mogelijkheid, op verzoek van een der partijen, een procespartij of een derde, aan wie bevel wordt gegeven bepaalde stukken te overleggen, een dwangsom op te leggen⁽⁷¹⁹⁾. Er moet vermeld worden dat een procespartij een gegronde reden kan hebben om niet verplicht te kunnen worden bepaalde stukken te

(717) Arbh. Brussel 5 oktober 2012, AR nr. 2011/AB/674, inzake NV P. t/ D.Y.

(718) J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIART, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, nr. 1423.

(719) Rb. Luik 14 februari 1991, *JLMB* 1991, 974, met noot A. KOHL.

overleggen, zoals het beroepsgeheim ⁽⁷²⁰⁾ of een internationaalrechtelijke immuniteit ⁽⁷²¹⁾.

Na weigering een stuk te overleggen, kan een veroordeling tot schadevergoeding volgen ⁽⁷²²⁾, en kan, onder voorwaarden, een boete worden opgelegd krachtens art. 780bis Ger.W. ⁽⁷²³⁾. Het niet-overleggen van stukken kan ook gevolgen hebben voor de bewijswaardering ⁽⁷²⁴⁾.

Zo besliste het arbeidshof te Antwerpen dat de werkgever de schijven die betrekking hadden op de betwiste periode conform artikel 877 van het Gerechtelijk Wetboek diende voor te leggen. Het verweer van de werkgever dat hij de schijven slechts één jaar diende bij te houden, hierbij verwijzend naar artikel 14 van de Verordening 3821/85, werd door het arbeidshof afgewezen aangezien op het ogenblik van de dagvaarding voor het bekomen van achterstallig loon, de werkgever nog in het bezit moest zijn van de schijven en deze tijdens de procedure voor de arbeidsrechtbank diende bij te houden aangezien hij wist dat de vordering van de werknemer in achterstallig loon gesteund was op de tachograafschijven ⁽⁷²⁵⁾.

Merkwaardig is een recent arrest van het hof van beroep te Antwerpen dat oordeelde dat het rechterlijke bevel tot overlegging van stukken met toepassing van art. 877 Ger.W., bij weigering, geen aanleiding kan geven tot gedwongen uitvoering maar enkel, indien de weigering niet op een wettige reden is gebaseerd, tot een schadevergoeding in de zin van art. 882 Ger.W. Het beroepsgeheim van de advocaat, de vertrouwelijkheid van briefwisseling tussen advocaten en een geldige beslissing dien-aangaande van de bevoegde stafhouder gelden als wettige redenen ⁽⁷²⁶⁾.

Tussen de artikelen over de overlegging van stukken in het Gerechtelijk Wetboek ook een wetsartikel inzake het inmiddels afgevoerde informaticasysteem Phenix ⁽⁷²⁷⁾. Het Phenix-project is inmiddels ter ziele gegaan ⁽⁷²⁸⁾. Volgens artikel 882bis kan de rechter bij het beheerscomité van het Phenix-project informatie opvragen die nuttig is voor het geding. Artikel 882bis Ger. W. zal uiterlijk op 1 januari 2015 in werking treden.

De bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek mogen niet doen vergeten dat de rechter, zelfs in kort geding, op grond van artikel 1961 BW ook een (gerechtelijke) **sekwester** kan aanstellen om (bewijs)stukken waarvan het bezit betwist is, verplicht in bewaargeving te geven van een derde, die sekwester wordt genoemd, zodat de eiser

(720) B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, 450-452; M. STORME, "De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaatrecht- en bewijsrecht", *TPR* 1990, 479;

(721) Brussel 4 oktober 2002, *JT* 2003, 318.

(722) Art. 882 Ger.W.

(723) B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, nrs. 655-657.

(724) *Supra*, 2.1.

(725) Zie D. TORFS, "Een stand van zaken betreffende de regeling van de rij- en rusttijden op gemeenschapsrechtelijk, strafrechtelijk en sociaalrechtelijk vlak", *Or.* 2000, 199, met verwijzing naar Arbh. Antwerpen 17 juni 1999.

(726) Antwerpen 22 februari 2012, *RW* 2012-13, 66.

(727) Art. 882bis Ger. W.

(728) B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, 457-458.

die (bewijs)stukken kan inzien of gebruiken⁽⁷²⁹⁾. Het is geenszins ondenkbaar dat ook in geschillen tijdens of na de uitvoering van een arbeidsovereenkomst een sekwester wordt aangesteld, bv. wanneer de (ex-)werknemer belangrijke documenten of geldsommen van de werkgever ontoelaatbaar in bezit heeft genomen⁽⁷³⁰⁾.

4.3. SCHRIFTONDERZOEK EN VALSHEIDSPROCEDURE

Een procespartij mag geen gebruik maken van een vervalst bewijsstuk. Art. 1133, 4° Ger.W. bepaalt dat een verzoek tot herroeping van gewijsde kan worden ingediend wanneer recht is gedaan op valse stukken, getuigenissen of deskundigenverslagen. Bovendien kan een procespartij die een bewijsstuk vervalst of bewust gebruikmaakt van een vervalst stuk voor haar bewijsvoering strafrechtelijk vervolgd worden in het kader van de valsheidsprocedure geregeld in de artikelen 194 e.v. Strafwetboek.

Tegen het gebruik van een vervalst bewijsmiddel kan preventief (*ad futurum*) of in de loop van de procedure opgekomen worden door middel van een schriftonderzoek⁽⁷³¹⁾. Bij een schriftonderzoek wil een van de partijen de echtheid van een onderhandse akte doen vaststellen⁽⁷³²⁾. Een schriftonderzoek kan enkel betrekking hebben op een onderhandse akte⁽⁷³³⁾.

Iets anders is de valsheidsprocedure⁽⁷³⁴⁾. In geval van een valsheidsvordering wordt de onderhandse of authentieke akte aangevallen door de partij die er de valsheid van wil doen vaststellen⁽⁷³⁵⁾.

Wanneer een onderhandse akte als bewijsstuk wordt aangewend, is degene tegen wie men zich op deze akte beroept verplicht zijn schrift of handtekening te erkennen⁽⁷³⁶⁾. Indien een partij haar schrift of handtekening formeel ontkent verliest de onderhandse akte elke bewijskracht⁽⁷³⁷⁾. De bewijslast en het bewijsrisico rusten dan op degene die zich op de betwiste onderhandse akte beroept. Het komt aan die partij

(729) Zie *Pandectes belges*, deel 97, Brussel, Larcier, 1909, v° "Séquestre judiciaire", nrs. 1-6; H. DE PAGE, *Traité*, V, nrs. 282 en 283; R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek Burgerlijk Recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, nrs. 1355 en 1357; P. VAN HOUTTE, "Art. 1961 BW" in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Kluwer, 1987.

(730) Rb. Antwerpen 29 juli 1977, *RW* 1977-78, 2018 met noot F. DELWICHE, "De sekwestratie van bewijsmateriaal. Een gerechtelijke hinderlaag?" (sekwestre t.a.v. de handelscorrespondentie in het raam van parasitaire mededinging); vgl. Antwerpen 22 november 2001, *RW* 2002-03, 1511; Arbrb. Brussel (kort ged.) 8 mei 2003, *Soc. Kron.* 2004, 565; Kh. Brussel (kort ged.) 8 december 1981, *RW* 1982-83, 1139, noot P. LEMMENS, "De aanstelling van een sekwestre in kort geding".

(731) Art. 883-894 Ger.W. J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, nr. 1374.

(732) Art. 883-894 Ger.W.

(733) J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, nr. 1374.

(734) Art. 895-914 Ger.W.

(735) J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, o.c., nr. 1374.

(736) R. DEKKERS, E. DIRIX, A. VERBEKE, H. CASMAN en A. WYLLEMAN, *Handboek Burgerlijk Recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, nr. 709 e.v.; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, o.c., nr. 1375.

(737) Art. 1324 BW; Arbh. Gent 13 maart 1998, *JTT* 1999, 28; Arbh. Luik (afd. Namen) 26 april 2005, *RRD* 2005, 246; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, o.c., nr. 1375.

die zich op de akte beroept toe om de bewijskracht van deze akte te herstellen door de echtheid ervan te bewijzen⁽⁷³⁸⁾. De rechter bij wie een hoofdeis aanhangig is, mag niet ambtshalve een schriftonderzoek bevelen⁽⁷³⁹⁾. Maar een substantieel deel van de rechtsleer en de rechtspraak is een andere mening toegedaan en is wel pro het ambtshalve bevelen van een schriftonderzoek⁽⁷⁴⁰⁾. De rechter beschikt ter zake over een redelijke beoordelingsbevoegdheid. Hij mag, zonder een deskundigenonderzoek te bevelen, beslissen over de echtheid van een geschrift op de grond dat hij voldoende zekerheid vindt in de overige stukken en feiten die hem worden voorgelegd⁽⁷⁴¹⁾.

Er zijn meerdere gevallen te signaleren waarbij een arbeider zijn geschrift of zijn handtekening van een kwitantie ontkent, wat dan aanleiding geeft tot een gerechtelijk bevolen schriftonderzoek⁽⁷⁴²⁾. Maar de handtekening wordt ook in andere aanlegenheden betwist, bv. in een werkloosheidszaak nopens het al dan niet werken van een werkloze⁽⁷⁴³⁾.

In een geschil met betrekking tot de arbeidsduur in de vervoerssector, waar er een specifieke cao inzake het bewijs werd gesloten⁽⁷⁴⁴⁾, besliste het arbeidshof te Gent dat wanneer de werknemer zijn handtekening op het prestatieblad ontkent, het aan de werkgever toekomt om de echtheid van de handtekening te laten onderzoeken overeenkomstig artikel 883 e.v. van het Gerechtelijk Wetboek. Het arbeidshof vervolgt dat, indien de werkgever geen schriftonderzoek vordert, aangenomen dient te worden dat de prestatiebladen enkel door hemzelf werden ondertekend⁽⁷⁴⁵⁾.

Een valsheidsprocedure komt relatief weinig voor. De verweerder die op basis van een volgens hem fictieve factuur in rechte wordt aangesproken, kan een valsheidsvordering in de zin van art. 895 e.v. Ger.W. instellen. Een factuur is in essentie een schriftelijke aanspraakbevestiging van de emittent en zodoende een bewijselement dat het voorwerp kan uitmaken van manipulatie of valsheid⁽⁷⁴⁶⁾.

4.4. VASTSTELLINGEN DOOR DE GERECHTSDEURWAARDER⁽⁷⁴⁷⁾

Art. 516 Ger.W., als gewijzigd in 1992, bepaalt dat niet alleen een rechter een gerechtsdeurwaarder kan aanstellen om zuiver materiële feiten vast te stellen, maar laat ook

(738) Arbh. Gent 13 maart 1998, *JTT* 1999, 28; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, o.c., nr. 1376.

(739) Art. 17 en 883 Ger.W.; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, o.c., nr. 1376; P. VANLERSBERGHE, "Het schriftonderzoek", noot onder Rb. Leuven 24 december 2002, *RABG* 2004, 1195; Kh. Hasselt 26 april 2005, *RW* 2006-07, 153.

(740) Arbh. Luik (afd. Namen) 26 april 2005, *RRD* 2005, 246; B. ALLEMEERSCH, "Valsheid en leugens in het burgerlijk proces en bewijs", *TPR* 2004, 61; D. en R. MOUGENOT, *La preuve*, Larcier, 2002, 224.

(741) Cass. 7 maart 2002, *RW* 2004-05, 508; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, o.c., nr. 1377; B. ALLEMEERSCH, "Valsheid en leugens in het burgerlijk proces en bewijs", *TPR* 2004, 62.

(742) Arbrb. Antwerpen 27 februari 2005, AR nr. 316.157, onuitg.

(743) Arbh. Luik (afd. Namen) 26 april 2005, AR nr. 7.134/2002, onuitg.

(744) *Supra* 3.3.3.

(745) Arbh. Gent 30 maart 1998, *AJT* 1998-99, 375.

(746) Kh. Dendermonde 9 juni 2011, *RW* 2012-13, 869.

(747) Voor de vaststelling van overspel zie art. 1016bis Ger.W.

toe aan particulieren een gerechtsdeurwaarder op te dragen vaststellingen te doen in het kader van een geding of los van elk proces.

De tussenkomst van de rechter is hiervoor niet nodig, zodat een partij ook voor een proces zelf het initiatief kan nemen om vaststellingen te laten verrichten door een door haar aangezochte gerechtsdeurwaarder ⁽⁷⁴⁸⁾.

Het verrichten van vaststellingen is voor de gerechtsdeurwaarder een ambtsdaad, wat impliceert dat de gerechtsdeurwaarder enkel vaststellingen mag doen in het gerechtelijk arrondissement van zijn benoeming ⁽⁷⁴⁹⁾. De gerechtsdeurwaarder is in principe ook verplicht zijn ambt te verlenen voor het verrichten van de gevraagde vaststellingen ⁽⁷⁵⁰⁾.

Enkele auteurs namen aan dat de vaststellingen die een gerechtsdeurwaarder doet in het kader van de uitoefening van zijn ambt, wanneer hij optreedt op verzoek van particulieren, een authentieke waarde bezitten zodat zij gelden tot inschrijving wegens valsheid ⁽⁷⁵¹⁾. Een en ander nam volgens deze auteurs niet weg dat de rechter vrij is zijn oordeel te steunen op de door de gerechtsdeurwaarder gedane vaststellingen voor zover hij de bewijskracht van het proces-verbaal van vaststellingen niet miskent ⁽⁷⁵²⁾. Maar met name G. de Leval zag dat anders ⁽⁷⁵³⁾. Het Hof van Cassatie heeft zich in een recent arrest van 2012 achter de zienswijze van de Leval geschaard ⁽⁷⁵⁴⁾, zij het dat noch in het arrest noch in de eensluidende conclusie van adv.-gen. Vandermeersch de redengeving is te vinden voor de stellingname. Het Hof besliste dat de gerechtsdeurwaarder, op verzoek van een particulier, vaststellingen kan doen van zuiver materiële feiten, zonder enig advies uit te brengen over de gevolgen in feite of in rechte die daaruit kunnen voortvloeien en dat die vaststellingen enkel gelden als inlichting, die aan de onaantastbare beoordeling van de rechter zijn overgelaten.

5. DE ARBEIDSAUDITEUR EN HET BEWIJS

De resultaten van handelingen van de arbeidsauditeur kunnen niet onmiddellijk worden ondergebracht onder het begrip 'bewijsmiddelen' of 'onderzoeksmaatregelen'. Nochtans heeft het optreden van de arbeidsauditeur wel degelijk impact op de bewijsvoering. Dit optreden dat het bewijs beïnvloedt, wordt hier kort geschetst.

(748) J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, nrs. 1538-1539.

(749) Art. 1513 en 516 Ger.W.; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, o.c., nr. 1541.

(750) Cass. 28 mei 1985, *RW* 1985-86, 1765 noot A. VANDEPLAS; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, o.c., nr. 1541.

(751) J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, o.c., nr. 1541; C. VAN ONSEM, *Proces-verbaal van vaststelling door de gerechtsdeurwaarder*, TBBR-Dossier, Antwerpen, Kluwer, 1995, 26-27; M.E. STORME, "De bewijswaarde van het proces-verbaal van vaststelling van materiële feiten door een gerechtsdeurwaarder op verzoek van particulieren", *RW* 1994-95, 348, *contra*: G. DE LEVAL, "Le nouveau statut des huissiers de justice", *JT* 1992, 707.

(752) J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, o.c., nr. 1541.

(753) G. DE LEVAL, "Le nouveau statut des huissiers de justice", *JT* 1992, 707; in dezelfde zin: . D. MOUGENOT, «La preuve» in *Répertoire notarial, IV, Les obligations*, deel II, 2012, 326.

(754) Cass. 28 maart 2012, *Pas.* 2012, 708, met conclusie O.M.

5.1. BESTUURLIJKE INLICHTINGEN VERKREGEN DOOR HET ARBEIDSAUDITORAAT

Artikel 138ter van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat in alle betwistingen die behoren tot de bevoegdheid van de arbeidsgerechten, het arbeidsauditoraat van de minister of van de bevoegde openbare instellingen of diensten de nodige bestuurlijke inlichtingen kan vorderen. Daartoe kan het om medewerking verzoeken van de ambtenaren die door de bestuurlijke overheid belast zijn met het toezicht op de toepassing van de in de artikelen 578 tot 583 Gerechtelijk Wetboek bedoelde bepalingen.

Deze bepaling stond vroeger in artikel 138 van het Gerechtelijk Wetboek. Met de introductie van artikel 138ter door de wet van 3 december 2006 tot wijziging van diverse wettelijke bepalingen met betrekking tot het sociaal strafrecht beoogde de wetgever van het oude artikel 138 geen inhoudelijke wijziging. De introductie is het gevolg van de nieuwe in 2006 gecreëerde bevoegdheid om een *sui generis*-vordering⁽⁷⁵⁵⁾ in te stellen, thans geregeld in artikel 138bis van het Gerechtelijk Wetboek en de wetgever wilde de leesbaarheid van de artikelen inzake het openbaar ministerie bevorderen⁽⁷⁵⁶⁾.

Het recht van het arbeidsauditoraat is vooral belangrijk in socialezekerheidszaken⁽⁷⁵⁷⁾, zaken die principieel mededeelbaar zijn aan het Openbaar Ministerie.

Met betrekking tot voorheen artikel 138, thans 138ter Ger.W. velde het Hof van Cassatie een belangrijk arrest. In een betwisting tussen particulieren, bv. over de hoedanigheid van arbeider of bediende, kan de arbeidsrechtbank het arbeidsauditoraat geen bevel geven inlichtingen te vorderen van partijen, noch van particulieren⁽⁷⁵⁸⁾. De gevraagde mededelingen moeten bestuurlijke inlichtingen zijn⁽⁷⁵⁹⁾. In zijn conclusie bij het arrest wijst advocaat-generaal Lenaerts erop dat het getuigenverhoor enkel kan geschieden overeenkomstig de desbetreffende voorschriften van artikel 915 e.v. Gerechtelijk Wetboek en dat hetzelfde geldt voor andere onderzoeksverrichtingen geregeld in het Gerechtelijk Wetboek, zoals overlegging van stukken en verhoor van partijen. Artikel 138ter Ger.W. ontslaat niet van naleving de desbetreffende partijen. De advocaat-generaal bij het Hof van Cassatie stipt aan dat in sommige gevallen artikel 138ter Ger.W. wel kan worden toegepast in een privaatrechtelijk geschil. Aldus kan volgens Lenaerts het arbeidsauditoraat⁽⁷⁶⁰⁾ inlichtingen inwinnen bij de Dienst Collectieve Arbeidsbetrekkingen van het ministerie van Arbeid betreffende de vraag onder welk paritair comité het bedrijf van de werkgever ressorteert en welke niet algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst van toepassing is. Daardoor grijpt het Openbaar Ministerie natuurlijk in op de bewijsvoering.

(755) Verslag senator LALOY, *Parl.St.* Senaat 2006-07, nr. 3-1755/2, 13 en 14.

(756) Verslag senator LALOY, *Parl.St.* Senaat 2006-07, nr. 3-1755/2, 3.

(757) F. LAGASSE en M. PALUMBO, "La réforme du droit pénal social. Les deux lois du 3 décembre 2006", *JTT* 2007, 183.

(758) Cass. 24 maart 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 1015, *RW* 1986-87, 1391.

(759) Zie P. GOSSERIES, "Quelques réflexions à propos de l'auditorat du travail. Bilan et plaidoyer", *JTT* 2012, 291.

(760) Overeenkomstig artikel 764 Ger.W. zijn de betwistingen inzake arbeidsovereenkomsten in beginsel niet verplicht mededeelbaar aan het auditoraat.

5.2. DE BURGERLIJKE VORDERING VAN HET ARBEIDSAUDITORAAT WEGENS EEN MISDRIJF

Artikel 138*bis*, § 2, lid 1 Gerechtelijk Wetboek bepaalt het volgende: “Voor overtredingen op de wetten en verordeningen die behoren tot de bevoegdheid van de arbeidsgerechten en die het geheel of een deel van de werknemers van een onderneming betreffen, kan de arbeidsauditeur, ambtshalve, overeenkomstig de vormvoorschriften van dit wetboek, een rechtsvordering instellen bij de arbeidsrechtbank teneinde de inbreuken op voormelde wetten en verordeningen te laten vaststellen.” Het artikel werd ingelast bij wet van 3 december 2006 tot wijziging van diverse wettelijke bepalingen met betrekking tot het sociaal strafrecht⁽⁷⁶¹⁾. Om de materiële bevoegdheid van de arbeidsgerechten te preciseren, heeft artikel 13 van de wet van 3 december 2012 artikel 578 Ger.W. aangevuld met het volgende onderdeel: “17° van de in artikel 138*bis*, § 2, eerste lid, bedoelde rechtsvordering”.

Het Gerechtelijk Wetboek bepaalt uitdrukkelijk dat de auditeur deze burgerlijke vordering niet meer kan instellen nadat de werkgever een definitieve administratieve geldboete werd opgelegd of nadat de strafvordering werd ingesteld⁽⁷⁶²⁾.

Dit ontwerp is volgens de wetgever zeer origineel, omdat het een collectieve vordering introduceert die doet denken aan een *class action*, waardoor de arbeidsauditeur de mogelijkheid heeft om een burgerlijke procedure in te stellen in naam van een collectiviteit van personen die schade leden, zonder dat hij daarbij het expliciete akkoord van deze personen heeft. Bepaalde auteurs hebben evenwel opgemerkt dat deze burgerlijke vordering ook kan worden ingesteld wanneer slechts één werknemer werd benadeeld door een overtreding van een arbeidsrechtelijke wet, omdat hij een deel van de werknemers van de onderneming betreft in de zin van de wet⁽⁷⁶³⁾. *In casu* kan de vordering van het arbeidsauditoraat resulteren in een declaratoir vonnis⁽⁷⁶⁴⁾ met een aanzienlijk voordeel voor de werknemer die schade leed, want die moet dan in wezen niet de kosten en zorgen op zich nemen van een rechtszaak. Maar de arbeidsauditeurs hebben in de praktijk nog maar weinig toepassing gemaakt van de nieuwe mogelijkheid⁽⁷⁶⁵⁾.

Meerdere auteurs hebben aangestipt dat het arbeidsauditoraat de inbreuk op de arbeidsrechtelijke wet zal moeten bewijzen overeenkomstig de regels van het bewijs in strafzaken⁽⁷⁶⁶⁾.

(761) Art. 10 van de wet van 3 december 2006 tot wijziging van diverse wettelijke bepalingen met betrekking tot het sociaal strafrecht.

Er is nog een tweede wet van 3 december 2006 houdende diverse bepalingen met betrekking tot het sociaal strafrecht, waarvan art. 5 inmiddels reeds werd opgeheven door art. 109, 54° van de wet van 6 juni 2010 tot invoering van het Sociaal Strafwetboek. Art. 6 van deze wet werd gewijzigd door artikel 102 van hoofdstuk 3 ‘Wijzigingsbepalingen’ van het Sociaal Strafwetboek van 6 juni 2010.

(762) Art. 138*bis*, § 2, lid 3 Gerechtelijk Wetboek, ingelast bij artikel 11 van de wet van 6 juni 2010.

(763) M. DE RUE en J.-P. JANSSENS, “L’action civile de l’auditeur du travail”, *Soc.Kron.* 2009, 3.

(764) Verslag senator LALOY, *Parl.St.* Senaat 2006-07, nr. 3-1755/2, 14; Verslag kamerlid CASAER, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 51-1610/8, 18.

(765) Arbrb. Charleroi 28 november 2008, *Dr.pén.entr.* 2009, 91, noot F. LAGASSE en M. PALUMBO, *JLMB* 2009, 1549.

(766) A. DE NAUW, “De nieuwe *class action* van de arbeidsauditeur: naar een verdere depenalisering van het sociaal strafrecht”, *NC* 2007, 390; M. DE RUE en J.-P. JANSSENS, “L’action civile de l’auditeur du travail”,

Het is evident dat dergelijke procedure de bewijslast en de bewijsvoering van de werknemer die zich geschaad weet door de inbreuk veel verlicht. De bevoegde inspectiediensten zullen wellicht op de hoogte worden gebracht van een definitieve beslissing waarbij de werkgever veroordeeld werd⁽⁷⁶⁷⁾. De arbeidsinspectie kan dan na een vonnis de situatie door de werkgever doen regulariseren mocht dit niet vrijwillig zijn geschied⁽⁷⁶⁸⁾, zodat een procesvoering door de werknemer overbodig wordt. Uiteraard kan de sociale inspectie proces-verbaal opstellen ten aanzien van de werkgever die in gebreke blijft de materiële inbreuken op de arbeidsrechtelijke bepaling, vastgesteld in het vonnis van de arbeidsrechtbank, ongedaan te maken. De werknemers die vrijwillig zijn tussengekomen in de procedure krijgen de beschikking over een uitvoerbare titel⁽⁷⁶⁹⁾.

De arbeidsauditeur kan de uitspraak van de arbeidsrechtbank ten gevolge van zijn burgerlijke vordering op grond van artikel 138*bis* Ger.W. kracht bijzetten door een dwangsom te vorderen.

Artikel 5 van de wet van 3 december 2006 houdende diverse bepalingen met betrekking tot het sociaal strafrecht bepaalde dat de werkgever het vonnis waarin lastens hem een misdrijf is vastgesteld op zijn kosten moet betekenen aan de betrokken werknemers, zodat deze vooralsnog een burgerlijke procedure kunnen instellen om hun schade te doen herstellen⁽⁷⁷⁰⁾. Dit artikel 5 is inmiddels merkwaardig genoeg reeds opgeheven door art. 109, 54° van de wet van 6 juni 2010 tot invoering van het Sociaal Strafwetboek⁽⁷⁷¹⁾. De merkwaardigheid van deze afschaffing vloeit voort uit het feit dat de niet-uitvoering van het vonnis van de arbeidsrechtbank ingevolge de burgerlijke vordering van de arbeidsauditeur in artikel 138*bis* op zichzelf een delict is ingevolge het in 2010 gewijzigde artikel 6 van de wet houdende diverse bepalingen met betrekking tot het sociaal strafrecht en de sociale inspecteurs die bevoegd zijn om daartegen op te treden⁽⁷⁷²⁾ ⁽⁷⁷³⁾.

Soc.Kron. 2009, 6.

(767) Vgl. P. GOSSERIES, "Quelques réflexions à propos de l'auditorat du travail. Bilan et plaidoyer", *JTT* 2012, 293.

(768) Verslag kamerlid CASAER, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 51-1610/8, 17; M. DE RUE en J.-P. JANSSENS, «L'action civile de l'auditeur du travail», *Soc.Kron.* 2009, 7.

(769) Verslag kamerlid CASAER, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 51-1610/8, 17; M. DE RUE en J.-P. JANSSENS, «L'action civile de l'auditeur du travail», *Soc.Kron.* 2009, 7.

(770) A. CHÔMÉ, "L'action collective en droit pénal social: quelques questions de procédure", *Soc.Kron.* 2009, 14.

(771) Niet iedereen is zich van deze afschaffing bewust: zie P. GOSSERIES, "Quelques réflexions à propos de l'auditorat du travail. Bilan et plaidoyer", *JTT* 2012, 293.

(772) Art. 6: "De inbreuken op de bepalingen van deze wet en op de uitvoeringsbesluiten ervan worden opgespoord, vastgesteld en bestraft overeenkomstig het Sociaal Strafwetboek. De sociaal inspecteurs beschikken over de in de artikelen 23 tot 39 van het Sociaal Strafwetboek bedoelde bevoegdheden wanneer zij, ambtshalve of op verzoek, optreden in het kader van hun opdracht tot informatie, bemiddeling en toezicht inzake de naleving van de bepalingen van deze wet en de uitvoeringsbesluiten ervan."

(773) In de wandelgangen hoorde ondergetekende dat dit 'ongelukje' misschien bij een wetgevende reparatie van het Sociaal Strafwetboek zou worden rechtgezet.

6. BESLUIT

Vastgesteld kon enkel worden dat het uitgangspunt van de wetgever is in het arbeidsrecht geen volledig autonoom bewijsrecht te ontwikkelen. Het gevolg hiervan is dat vele bewijsregels uit andere rechtstakken, het civiele recht, het strafrecht, het internationaal privaatrecht, het handelsrecht, principieel van toepassing blijven. Dit strookt met het gegeven dat in beginsel het arbeidsrechtelijke geding, behoudens enkele uitzonderingen, verloopt volgens de regels van het civiele geding als bepaald in het Gerechtelijk Wetboek. Het bijbrengen van de bewijsmiddelen is in beginsel zaak der partijen. Hierbij moeten toch enkele nuances worden aangebracht. Door het ingrijpen van de wetgever, o.m. door de bewijslast soms te verschuiven, en het inlassen van tal van wettelijke vermoedens heeft de wetgever *de facto* wel een autonoom bewijsrecht gecreëerd. Alleen is die autonomie niet volledig en ook niet wenselijk. Dit is onder meer gebleken uit de kritiek die geuit werd op het autonome bewijsstelsel in handelszaken.

De regels inzake de bewijsvoering in handelszaken bevoordelen de bewijspositie van de werknemer in dienst van een werkgever die handelaar is in vergelijking met de werknemer in dienst van een werkgever uit de non-profitsector.

Wat de bewijslast betreft, heeft de wetgever wel ingegrepen door een aantal wettelijke vermoedens, zowel in het individuele als in het collectieve arbeidsrecht, ten voordele van de werknemer in te stellen, wat geen verwondering mag wekken, getuige op de belangrijkste doelstelling van het arbeidsrecht om de werknemers te beschermen. Omdat de omvang van het wettelijk vermoeden ten voordele van de handelsvertegenwoordiger en de betaalde sportbeoefenaar omstreden is, werden deze vermoedens opnieuw grondig onderzocht. Het wettelijk vermoeden in artikel 4 van de Arbeidsovereenkomstenwet slaat alleen op de gezagsverhouding en niet op de andere elementen van de handelsvertegenwoordiging. Anders dan vaak wordt aangenomen is het wettelijk vermoeden inzake de betaalde sportbeoefenaars weerlegbaar van aard. De bewijslast verschuift ook vaak ingevolge de werking van de talrijke regelingen van ontslagbescherming ten voordele van de werknemer. Er werd in deze bijdrage ook dieper ingegaan op het wettelijk vermoeden van de technische bedrijfs-eenheid in het collectief arbeidsrecht.

Wat de bewijsmiddelen betreft, is er een zeer bescheiden afwijking van het civiele bewijsrecht met artikel 12 van de Arbeidsovereenkomstenwet voor het geval er geen geschrift werd opgemaakt.

In het arbeidsrecht wordt vaak geworsteld met de primauteit van het geschreven bewijs overeenkomstig artikel 1341 BW. De voorrang werd onderzocht in het licht van de zogenaamde kwalificatiearresten van het Hof van Cassatie en de Arbeidsrelatieswet. Deze regel geldt ook bij de kwalificatie van de arbeidsrelatie, de interpretatie van de overeenkomst en de toepassing van de figuur van de simulatie. Kwalificatievragen rijzen niet alleen bij de afbakening van de werknemer en de zelfstandige, maar ook bij de afgrenzing van de arbeiders ten aanzien van de bedienden en van de arbeidscontractanten en de statutaire ambtenaren. De Raad van State liet zich wat het laatste betreft, niet onbetuigd. In de rechtsleer en de rechtspraak is grondig ingegaan op de beperkingen van de draagwijdte van artikel 1341 BW. Aldus passeerden de betekenissen

van het geschrift van de partijen ten aanzien van een derde, het begin van schriftelijk bewijs, de werkgever als handelaar, de simulatie en de belangrijke bekentenis (onder de vorm van de vaste uitvoering van de overeenkomst) de revue.

In deze bijdrage werd ook ingegaan op de bewijswaarde van specifieke arbeidsrechtelijke akten, als daar zijn de detacheringsverklaringen, de kwitantie en de prestatiebladen.

Onder de gerechtelijke onderzoeksmaatregelen is het getuigenverhoor voor het arbeidsrecht belangrijk. In dit verband werd even stilgestaan bij de nieuwe wettelijke regeling van de geschreven getuigenverklaringen. Recent heeft het Hof van Cassatie het meningsverschil in de doctrine omtrent de bewijswaarde van de vaststellingen van de gerechtsdeurwaarder die optreedt op verzoek van een particulier beslecht door te opteren voor de bewijswaarde van de vaststellingen als inlichting.

Ook op het vlak van het optreden van de arbeidsauditeur heeft zich een belangrijke nieuwe ontwikkeling voorgedaan met de wetgevende introductie van de burgerlijke vordering van de arbeidsauditeur voor de arbeidsrechtbank wanneer de werkgever strafrechtelijk gesanctioneerde normen miskent. Dit wettelijk *novum* heeft nauwelijks tot toepassingen geleid.

De arbeidsgerechten voelen zich niet altijd in een gemakkelijke positie bij “la preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire”. Aan de ene kant moeten zij, overeenkomstig de hoofdzakelijk de werknemer beschermende functie van het arbeidsrecht, de regels van het arbeidsrecht toepassen. Maar aan de andere kant moeten de rechters de bewijsregels van hoofdzakelijk het civiele recht, maar geregeld ook het handelsrecht en het strafrecht volgen. De positie van de werknemer voor de arbeidsrechtbank wordt wel gecompenseerd door de lagere proceskosten, de mogelijkheid tot procesvertegenwoordiging door een afgevaardigde van de vakbond en soms door de burgerlijke vordering van de arbeidsauditeur.