

Hoofdstuk II. Vermoeden van afwezigheid

1. Wettelijke toepassingsvereisten

168. Het vermoeden van afwezigheid is een beschermingsmechanisme dat toelaat het vermogen van een onvindbare persoon, die niet langer in zijn woonplaats of verblijfplaats kan worden aangetroffen en ook geen teken van leven geeft naar de buitenwereld toe, te beheren zonder diens rechtspersoonlijkheid en rechtssubjectiviteit aan te tasten.

169. Artikel 112 oud BW definieert aan de hand van de wettelijke toepassingsvereisten voor het vermoeden van afwezigheid wat moet worden begrepen onder notie *afwezigheid*.

Er is sprake van afwezigheid wanneer een persoon sinds meer dan 3 maanden niet meer verschijnt in zijn woon- of verblijfplaats, waarbij men van hem gedurende ten minste 3 maanden ook geen nieuws heeft ontvangen.

Deze verwijzing naar het niet aantreffen van de persoon in kwestie op zijn woonplaats of, ondergeschikt, zijn verblijfplaats is niet toevallig. De woonplaats is immers het juridische middel om te bepalen waar de natuurlijke persoon bereikbaar is, waarmee hij in de ruimte wordt geïdentificeerd of gelokaliseerd. Afwezigheid is in die zin een gebrek aan bereikbaarheid in zijn normale habitat, levenssfeer of biotoop. Ook elders is deze persoon onbereikbaar, ongeacht met welk communicatiemiddel.

De termijn van 3 maanden beklemtoont ook het onderscheid met de gerechtelijke verklaring van overlijden. Bij een verklaring van overlijden *ex* artikel 126 e.v. oud BW gaat het immers om een plotse verdwijning, in omstandigheden die het overlijden niet enkel doen vermoeden ('levensbedreigende omstandigheden'), maar die zelfs het niveau van de bewijsrechtelijke zekerheid bereiken: de omstandigheden waarin iemand verdwenen is, maken, omdat deze levensbedreigend zijn, het overlijden van de verdwenen persoon zeker. Er is bijgevolg ook geen wachttermijn vereist.

170. Het gebrek aan nieuws impliceert dat er geen enkel rechtstreeks of onrechtstreeks contact is geweest dat erop wijst dat de betrokkene nog in leven is of dat deze zijn afwezigheid bewust organiseert, om te ontsnappen aan strafvervolging, schuldeisers, e.d.

Dit nieuws (het spreekwoordelijke 'teken van leven') kan niet enkel volgen uit formele of schriftelijke berichten, maar uit elk feit waaruit kan worden afgeleid dat de betrokkene nog actief is en interageert met derden (zoals financiële transacties die

aantonen dat de personen zijn vermogen nog beheert of contact met een zendmast van de mobiele telefoon van de afwezige).

Het spreekt voor zich dat de rechter kan beoordelen of deze sporen of aanwijzingen kunnen worden beschouwd als een waarachtige aanduiding dat de betrokkene nog leeft.

Iemand die op wereldreis vertrekt en af en toe een bericht stuurt (*WhatsApp*, ansichtkaart, mailbericht, sms, ...) of actief communiceert en dus tekens van leven geeft, op welke wijze ook, kan bijgevolg niet als afwezig worden aangemerkt.

171. Het bewijs dat er voor ten minste 3 maanden geen nieuws is ontvangen, vormt een negatief bewijs en is in de praktijk vaak moeilijk te leveren.

Bijgevolg geldt de verlaagde bewijsdrempel: waarschijnlijkheid volstaat. Zekerheid is hier niet vereist.²⁶¹

In de praktijk kan een beroep worden gedaan op allerlei feitelijke gegevens, zoals een afscheidsbrief, een proces-verbaal van aangifte bij de politie, een detective-verslag, e.d.

172. De cumulatieve toepassing van de vereisten dat een persoon sinds meer dan 3 maanden niet meer verschenen is in zijn woon- of verblijfplaats en tevens gedurende ten minste 3 maanden ook geen teken van leven heeft gegeven, resulteert krachtens de wet in een toestand die bewijsrechtelijk wordt ingevuld, met name dat *onzekerheid* ontstaat over de staat van deze persoon, meer bepaald of deze nog in leven is dan wel is overleden.

Onzekerheid kan bewijsrechtelijk worden vertaald als een toestand van *twijfel*. De wet benoemt deze situatie dan als een *vermoeden van afwezigheid*.

In dubio pro vita: de twijfel noopt tot het vermoeden dat de betrokkene nog steeds in leven is. 'Geen nieuws is goed nieuws', als het ware.

De notie *onzekerheid* is dan ook het sleutelbegrip om deze vorm van afwezigheid te onderscheiden van de toestand die dadelijk aanleiding kan geven tot een verklaring van overlijden: hiertoe kan door de rechtbank immers worden overgegaan indien het overlijden van een persoon zeker is, als gevolg van zijn verdwijnen in levensbedreigende omstandigheden, ook al kan diens lichaam (stoffelijk overschot) niet worden teruggevonden.

Het derde criterium – onzekerheid omtrent leven of dood – vormt de kernvereiste. De loutere onvindbaarheid van een persoon volstaat niet. In feite is dit geen afzon-

²⁶¹ Art. 8.6 BW: *Onverminderd de verplichting tot medewerking van alle partijen aan de bewijsvoering, kan hij die de bewijslast draagt van een negatief feit, genoegen nemen met het aantonen van de waarschijnlijkheid van dat feit.*

derlijke toepassingsvereiste, maar geldt dit als logische resultante op bewijsrechtelijk vlak van het feit dat de persoon al meer dan 3 maand spoorloos is, zonder enig bericht te laten: de wetgever koppelt aan deze situatie het *vermoeden* vast dat de betrokken *juridisch afwezig* is, wat op termijn ook kan resulteren in een verklaring van afwezigheid die met een overlijden wordt gelijkgesteld. Er kan gewag worden gemaakt van een feitelijk vermoeden, in de zin van artikel 8.29 BW: niet toevallig maakt de wetgever ook gewag van het *vermoeden* van afwezigheid.²⁶²

Dit blijft evenwel steeds een beoordeling *in concreto*, waarbij de vrederechter op basis van de specifieke omstandigheden, contextgevoelig en situatiespecifiek oordeelt.

De regio waarin de betrokkene verkeert en de aldaar voorhanden zijnde communicatiemiddelen of infrastructuur kan daarbij overigens ook mede bepalend zijn.

2. Het verzoekschrift en de procedure

173. Indien de in artikel 112 oud BW omschreven wettelijke vereisten vervuld zijn, kan de vrederechter, op verzoek van iedere belanghebbende of van de procureur des Konings, het vermoeden van afwezigheid vaststellen.

De vrederechter van de laatste woon- of verblijfplaats is bevoegd.

Het begrip ‘belanghebbende’ wordt ruim geïnterpreteerd. Echtgenoten, samenwonenden, schuldeisers, mede-eigenaars en potentiële erfgenamen kunnen optreden. Deze ruime kring aan vorderingsgerechtigden onderstreept meteen ook het maatschappelijk belang van de regeling. Het vermoeden van afwezigheid is niet louter een familiale aangelegenheid, maar een instrument van rechtszekerheid.

Het OM is er door de wetgever mee belast te waken over de belangen van de vermoedelijk afwezigen: overeenkomstig artikel 766, tweede lid, en artikel 767 Ger.W.

²⁶² Een feitelijk vermoeden is een bewijsmiddel waarbij de rechter het bestaan van een of meer onbekende feiten afleidt uit het voorhanden zijn van een of meer bekende feiten. Een feitelijk (of rechterlijk) vermoeden is dus een bewijsmiddel dat het resultaat is van een (logische) redenering door afleiding (inductie) van de rechter. De rechter beslist bijgevolg, op basis van de bekende feiten waarmee hij rekening mag houden, tot het bestaan van een ander onbekend feit dat nog niet op rechtstreekse wijze werd bewezen en dat zelf dient als grondslag voor een vordering of voor een verweer. De rechter stelt op soevereine wijze de feiten vast waarop hij steunt, waarbij de gevolgtrekkingen die hij daaruit als vermoeden afleidt, aan zijn oordeel en beleid worden overgelaten. Het is niet vereist dat die vermoedens noodzakelijk uit die feiten volgen, maar het is voldoende dat ze eruit kunnen volgen. De gevolgtrekking van de rechter moet ook plausibel zijn. Dat impliceert dat de gevolgtrekking precies en ernstig moet zijn (zie o.a. TANGHE J., ‘Middellijk versus onmiddellijk, direct versus indirect en negatief en positief bewijs bij zaakaansprakelijkheid: een afbakening van de begrippen’, *TBBR* 2020/1, 3). Overeenkomstig artikel 8.29, eerste lid BW zijn feitelijke vermoedens enkel toelaatbaar in de gevallen waarin de wet het bewijs met alle bewijsmiddelen toelaat. Overeenkomstig artikel 8.29, tweede lid BW wordt de bewijswaarde van feitelijke vermoedens overgelaten aan het oordeel van de rechter, die ze enkel zal aannemen indien zij op een of meer ernstige en precieze aanwijzingen berusten.