

## Deel II. De invloed van de goede trouw in het bewijsrecht.

(92.) Meer nog dan voor het procesrecht, blijft deze uiteenzetting over de rol van de goede trouw in het bewijsrecht beperkt tot enkele aspecten. Meer nog dan in het eerste deel is het nodig daarbij over algemene begrippen uit te weiden, precies omdat het bewijsrecht in ons land zo'n onderontwikkeld gebied is, veel meer dan het procesrecht. Vooraleer te kunnen ingaan op de rol van de goede trouw in het bewijsrecht is het noodzakelijk eerst een algemeen begrippenkader aan te geven, waarbinnen vervolgens de eisen en sankties der goede trouw kunnen worden uitgewerkt.

Graag waarschuw ik de lezer dat in dit deel uitgegaan wordt van het privaatrechtelijk proces, en dat de stellingen dan ook niet zomaar op andere gedingen kunnen worden overgedragen.

Ook wordt er in dit deel steeds van uitgegaan dat de eis geldig is ingesteld, voor de bevoegde rechter, en beantwoordt aan de toelaatbaarheidsvereisten. Deze vragen werden immers reeds in Deel I. behandeld.

### 2.1. Algemeen deel.

#### 2.1.1. De verhoudingen waarop het bewijsrecht betrekking heeft en enkele uit die betrekking voortvloeiende algemene beginselen van bewijsrecht.

(93. **bewijsrecht en materieel recht**) In het materiële recht - als onderscheiden van het procesrecht - wordt traditioneel onderscheiden tussen voorwaarden en lasten *ad substantiam* (nog onderscheiden in voorwaarden voor het bestaan en voorwaarden voor de opeisbaarheid van een recht) en voorwaarden en lasten *ad probationem*. Daarbij worden de laatste even traditioneel als een bijkomstigheid beschouwd, die het recht zelf niet aantast. Ik durf dit te bestrijden. Rechten "bestaan" immers niet, maar kunnen alleen "gelden". Daartoe moeten zij in geval van betwisting geldend worden gemaakt, veelal in rechte, omdat het in eerst in dergelijke "aanleg", is dat zij *met gezag* - het gezag van gewijsde - (toe)gewezen worden. En voor dat *wijzen* met gezag is vereist dat de opgeëiste rechten nader beoordeeld worden door een onpartijdige, door de overheid of de partijen aangewezen, derde (rechter c.q. scheidsrechter) en door hem *kunnen worden afgeleid uit bewijsmiddelen* in de ruimste zin (dit zijn alle gegevens die (kunnen) verschijnen in dat proces van beoordelen, dat proces van wijzen) volgens de voor dat recht geldende bewijswaarderingsregels, die - in de mate waarin zij tot de konstruktie van rechtsfeiten leiden - door zgn. materieelrechtelijke regels worden aangevuld<sup>1</sup>. Eerst wanneer een recht aldus *bewezen* wordt kan men het met gezag - het gezag van *gewijsde* - laten gelden. Het gelden van een recht of rechtsverhouding kent immers

---

<sup>1</sup> Zie voor het onderscheid tussen bewijswaarderingsregels en materieelrechtelijke regel noot 4.

verschillende gradaties, zoals we reeds gezien hebben in het onderscheid tussen subjectief recht en "actio" (rechtsvordering) (randnr. 8); een nog niet opeisbaar subjectief recht laat slechts bepaalde bewarende maatregelen toe, een opeisbaar subjectief recht zonder meer (zonder actio - b.v. een verjaarde vordering) kan op een beperkte wijze geldend worden gemaakt, meer bepaald bij wijze van behoud van een vrijwillige uitvoering of bij wijze van exceptie, een subjectief recht met actio reeds op meerdere wijzen, zoals bij wijze van schuldvergelijking, bewarend beslag, in kort geding, e.d.m., doch eerst een *bewezen* subjectief recht kan verhinderen dat de gegrondheid ervan opnieuw aan het oordeel van de rechter wordt voorgelegd (art. 25 ger.W., behoudens door rechtsmiddelen), en in beginsel kan ook alleen een *bewezen* subjectief recht ten uitvoer worden gelegd met de sterke hand.

Voor het met gezag laten gelden van een recht gaat het dus niet om de feiten zoals zij zich buiten rechte (an sich) hebben voorgedaan, maar om de rechtsfeiten die in het geding gesteld en bewezen worden. De scheidingslijn tussen enerzijds het bewijzen van rechtsfeiten en anderzijds de rechtsuitleg van die rechtsfeiten is uitermate betrekkelijk; het is geenszins een logische of natuurlijke scheidingslijn, maar wel één die berust op de historische en sociale ontwikkeling van het recht<sup>2</sup> : nieuwe rechtsregels ontstaan dikwijls vanuit vermoedens en ficties. Dat er een onderscheid is vloeit voort uit de structuur van het rechterlijk oordeel, dat omwille van de legitimatie in beginsel wordt opgesplitst in een oordeel in feite en een oordeel naar recht, van welke twee oordelen het de conclusio vormt<sup>3</sup>. Dit dwingt de partijen om hun eis en verweer te structureren door rechtsfeiten te stellen, die enerzijds volgens zgn. bewijsregels uit in het geding verschijnende gegevens (bewijsmiddelen) kunnen worden afgeleid, en waaraan anderzijds aan de hand van zgn. rechtsregels het gevorderde rechtsgevolg kan worden toegekend<sup>4</sup> : "*iudex secundum allegata (et*

<sup>2</sup> Vgl. S. SATTA, *Diritto processuale civile*, Cedam Padova, (9) 1981, nr. 98 ("Er is geen oordeel naar recht dat niet tevens oordeel in feite is en omgekeerd"); J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, Athenäum, Frankfurt 1970, 56 v.; M.E. STORME, *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 7-11.

<sup>3</sup> Zie in dit verband o.m. J.H. NIEUWENHUIS, "Legitimatie en heuristiek in het rechterlijk oordeel", *RMThemis* 1976, 512 v.

<sup>4</sup> De scheiding tussen het oordeel naar recht en het oordeel in feite, en dus tussen bewijswaarderingsregels en materiële rechtsregels, berust hierop dat het bewijs van rechtsfeiten in beginsel niet normatief, maar cognitief dient te geschieden. Het oordeel naar recht geschiedt aan de hand van rechtsregels, dit zijn normatieve regels, wat wil zeggen dat wanneer de feitelijkheid niet aan de regel beantwoordt, aan de regel wordt vastgehouden tegen de feiten in, en gepoogd wordt de regel af te dwingen. Het oordeel in feite geschiedt aan de hand van ervaringsregels, die in beginsel empirische, cognitieve regels zouden zijn, wat wil zeggen dat wanneer de feitelijkheid niet aan de regel beantwoordt, de regel wordt aangepast aan de feiten (Vgl. M.L. STORME en M.E. STORME, *Algemene Inleiding tot het recht*, Kluwer Antwerpen (8) 1990, 25 nr. 24 en 37, nr. 33; N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 30, 38-53). Doch ervaringsregels zijn in feite geen zuiver empirische regels, maar gemengd normatief-cognitief. Zij gaan niet uit van id quod plerumque fit, maar van wat maatschappelijk normaal is. Omgekeerd zijn rechtsregels niet zuiver normatief : hun betekenis wordt mede bepaald door de feitelijke maatschappelijke opvattingen, wat het duidelijkst is bij de zgn. blankonormen, maar o.i. voor alle rechtsregels van privaatrecht geldt.

*probata) partium iudicat*". Dit alles vloeit voort uit het *juridisch gelijkheidspostulaat*, dat de rechter verplicht om gelijke gevallen gelijk te beoordelen, d.i. volgens min of meer algemene regels (rechtsregels), doch waarbij de elementen die de beoordeling van de gelijkheid mogelijk maken door de partijen moeten worden aangebracht. De verantwoording van het oordeel wordt dus ten dele op de regelvormer, doch ook in belangrijke mate op de partijen afgewenteld. Dit betekent ook dat de scheidingslijn tussen het oordeel in feite en het oordeel naar recht, tussen bewijswaardering en rechtsuitleg, zeer betrekkelijk is, en - onder voorbehoud voor de openbare orde - namelijk afhankelijk is van de wijze waarop partijen - tussen verschillende mogelijke wijzen - hun onderlinge verhouding in rechte getemateerd hebben<sup>5</sup>. Soms is het daarbij niet eens nodig dat er eigenlijke rechtsfeiten gesteld worden, maar kan het gevorderde of de exceptie rechtstreeks uit de bewijsmiddelen worden afgeleid, zodat het oordeel naar recht als het ware verdwijnt, b.v. bij vermoedens van eigendom of van bevrijding<sup>6</sup>. Omgekeerd kan sterk betwijfeld worden of de uitleg van bepaalde bewijsmiddelen nog wel tot het bewijs in enge zin behoort, en niet veeleer zuivere uitleg van rechtsfeiten naar recht inhoudt, zoals b.v. bij de bewijskracht van dispositieve akten, die - anders dan proces-verbaal-akten - geen feiten maar rechtsgevolgen betreft<sup>7</sup>.

**(94. bewijsrecht en procesrecht)** Uit het voorgaande volgt helemaal niet dat de bewijswaarderingsregels tot het procesrecht behoren (tenzij dan indien men aanvaardt dat het gehele materiële recht tot het procesrecht behoort). Dergelijke - stilaan heersende - opvatting getuigt integendeel van ernstige verwarring. Hoewel het bewijzen plaatsvindt in een proces, heeft de bewijswaardering niets te maken met de procesverhouding, de tegenover de materieelrechtelijke verhouding autonome processuele verhouding tussen partijen (besproken in randnr. 8). In de bewijswaardering gaat het om de materieelrechtelijke rechtsverhouding zelf zoals ze gewezen kan worden, in het gewijsde kan verschijnen, en met het gezag van dat gewijsde geldend kan worden gemaakt. Het feit dat deze verhouding ook zonder die bewijswaardering in zekere mate kan gelden betekent niet dat de bewijswaardering niet de verhouding zelf zou betreffen. Zij betreft de materieelrechtelijke verhouding meer bepaald voor zover deze in het geding is, voor zover ze tot voorwerp van beoordeling is gemaakt (wat door voorwerp en oorzaak van de eis wordt bepaald).

---

Bovendien mag het oordeel in feite niet altijd aan de hand van ervaringsregels worden gevormd, en dient het oordeel naar recht niet altijd aan de hand van rechtsregels te worden gevormd. Een illustratie van het tweede vormt de gevallen waarin de rechter naar billijkheid moet oordelen. Een illustratie van het eerste vinden we preceis in de regels van bewijsrecht, waarvan sommige bepalen dat uit bepaalde bewijsmiddelen bepaalde feiten moeten worden afgeleid (zoals de regels die wettelijke vermoedens instellen of de bewijskracht van akten bepalen) , en andere bepalen dat uit bepaalde bewijsmiddelen bepaalde feiten niet mogen worden afgeleid (zoals b.v. art. 1341 B.W.). het zogenaamde oordeel in feite is dan ook veelal ten dele een oordeel naar recht.

<sup>5</sup> Vgl. R. MARTIN, "Le juge devant la prétention", *D.* 1987 C. VIII, 37-38.

<sup>6</sup> Zie b.v. de artt. 653, 666, 1282-1283, 1350, 2; 1399; 1468, 2279. Vgl. BGB §§ 891, 921, 1006, 1187, 1190, 1362, 1527, 1969, 2365 en ZGB 9.

<sup>7</sup> Zie daarvoor M.E. STORME, *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuld-vorderingen*, nr. 47 en 116.

Dat het bewijs mede bepaald wordt door de processuele rechten van partijen - meer bepaald de rechten op bepaalde bewijsprocedures - waarvoor toelaatbaarheidsvereisten gelden en voor de uitoefening waarvan vormvereisten gelden, en dat een materieelrechtelijk mogelijke bewijsvoering daardoor gehinderd kan worden, doet daaraan niets af : in de mate waarin deze hinder definitief wordt omdat er een beslissing met gezag wordt gewezen, is het de materieelrechtelijke verhouding zelf die daardoor mede bepaald wordt. Omgekeerd kan uit het recht om te vorderen en zich te verdedigen dan ook wel een processueel of zelfs preprocessueel recht op bewijsmaatregelen afgeleid worden, ongeacht de gegrondheid (d.i. het bewezen worden) van de vordering, maar niet een recht om een bewijs te leveren met middelen waarmee naar regels van materieel bewijsrecht geen bewijs kan geleverd worden<sup>8</sup>.

**(95. materieel bewijsrecht en bewijsprocesrecht)** Men moet dan ook veeleer een onderscheid maken tussen materieel bewijsrecht en bewijsprocesrecht, op dezelfde manier als tussen materieel recht en procesrecht<sup>9</sup>.

Het eigenlijke of *materiële bewijsrecht* omvat de regels betreffende de bewijswaardering (m.i.v. de bewijslast), d.i. de kwalifikatie en waardering van de bewijsmiddelen in de ruimste zin van het woord, dit zijn alle gegevens die verschijnen in een door het gerechtelijk recht georganiseerde rechtspleging, met het oog op de beoordeling van de zaak zelf. Deze regels zijn onlosmakelijk met het materiële recht verbonden en betreffen wel degelijk de grond van de zaak, de geldendmaking van een bepaald subjectief recht, en niet - althans niet rechtstreeks - de toelaatbaarheid van een bewijsprocedure.

Het *bewijsprocesrecht* betreft de uit het recht om te vorderen en zich te verdedigen af te leiden *processuele* of zelfs *preprocessuele* rechten op bewijsmaatregelen, rechten waarover men beschikt ongeacht de gegrondheid (d.i. het bewezen worden) van de vordering. De *processuele* rechten betreffen bepaalde gerechtelijke bewijsprocedures, meer bepaald de in het gerechtelijk wetboek of bijzondere wetten voorziene bewijsprocedures. Uit de verplichting tot medewerking aan de bewijsvoering, ook vóór het rijzen van een geschil (zie reeds hoger randnr. 84), volgt dat men daarnaast ook van preprocessuele rechten op bewijsmaatregelen kan spreken (zie b.v. art. 18, 2 en 584, 4, 2° en 4° ger.W.)<sup>10</sup>.

Deze rechten en hun uitoefening zijn aan processuele voorwaarden en lasten onderworpen, zoals in

---

<sup>8</sup> Vgl. M. STORME, *De bewijslast in het belgisch privaatrecht*, nr. 220. Deze beide vragen worden nochtans meestal verward, zo b.v. ook door W. HABSCHEID, "Das Recht auf Beweis", 96. ZPP 1983, 306 v. en in de discussies op het VII. internationaal Kongres voor Procesrecht, Würzburg 1983 (zie M. TARUFFO, "Le droit à la preuve", *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung, Diskussionsberichte*, Gieseking, Bielefeld, 41 v.).

<sup>9</sup> Zo ook P. ZONDERLAND, *Privaatrechtspleging in grondtrekken*, 55.

<sup>10</sup> Zie verder M. STORME, "Het bewijs ad futurum", *TPR* 1964, 43 v.

deel I. reeds werd besproken. Deze rechten kunnen dan ook verwerkt worden (waardoor het verzoek om dergelijke bewijsmaatregel ontoelaatbaar wordt) en hun uitoefening geschiedt in proceshandelingen, waarvoor de desbetreffende vorm- en grondvereisten gelden. Deze processuele rechten zijn - zoals het jus agendi in het algemeen - omwille van het belangvereiste mede afhankelijk van het materiële (bewijs)recht : een verzoek tot een bepaalde bewijsmaatregel wordt ontoelaatbaar geacht indien die maatregel niet in feite van nut kan zijn voor het bewijs van ter zake dienende feiten of geen bewijsmiddel kan opleveren waarmee naar regels van materieel bewijsrecht dergelijke feiten kunnen worden bewezen (zie hoger randnr. 84). Verder worden de toelaatbaarheidsvereisten voor bewijsmaatregelen ook mede door de aard van rechtspleging bepaald (b.v. de beperking in kort geding<sup>11</sup>, de uitsluiting bij voorziening in cassatie).

De betrekkelijke autonomie van het bewijsprocesrecht komt verder in 2.1.3. nog ter sprake.

**(96. twee begrippen van toelaatbaarheid)** De zogezegde "toelaatbaarheid" van een bewijsmiddel (zoals uitgedrukt in art. 1341 B.W.) is iets geheel anders dan de processuele "toelaatbaarheid" van een bewijsprocedure, en betreft wel degelijk de bewijswaardering, de uitleg van de bewijsmiddelen, al zal een regel als art. 1341 B.W. er precies toe leiden dat uit bepaalde bewijsmiddelen helemaal geen bewijs van bepaalde vorderingen kan worden afgeleid. De toelaatbaarheid van een bewijsprocedure daarentegen wordt niet beperkt door regels zoals art. 1341 B.W. - tenzij dan in de mate waarin er daardoor geen belang zou zijn -, maar b.v. door art. 915 ger.W. (toelaatbaarheid van een getuigenverhoor, niet van de getuigenverklaring) of art. 1359 B.W. (toelaatbaarheid van de eedopdracht, niet van de eed) of eventueel door het recht van verdediging (zie reeds hoger randnr. 55).

**(97. het begrip bewijs)** Uit het in randnr. 93 gestelde volgt anderzijds wel dat het bewijs uiteindelijk geen betrekking heeft op feiten, maar op de vordering, welke men geldend wil maken of waartegen men zich verweert. Rechtsfeiten vormen slechts het tussentijdse voorwerp van het bewijs<sup>12</sup> :

<sup>11</sup> Zie A. FETTWEIS, *Manuel*, nr. 449 B. Strenger is § 294, 2 ZPO.

<sup>12</sup> De artt. 1343, 1344, 1346, 1355 B.W., spreken dan ook van het bewijs van de vordering (la demande), de artt. 1315 en 1348 B.W. van het bewijs van de verbintenis en van de bevrijding, de artt. 1341 en 1344 B.W. van het bewijs van de gevorderde zaak (la chose). Dezelfde stelling is in Nederland gemeengoed geworden, sinds ze uitdrukkelijk verdedigd werd door o.m. E.M. MEIJERS, "Bijdrage tot de leer van het middellijk bewijs", *WPNR* 2290 v., *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen* II, 212-213 ("zoodra men spreekt van 'iets' bewijzen kan dat iets met evenveel recht het bestaan van een rechtsbetrekking als het geschiedt zijn van een rechtsfeit zijn"); -, "De bewijskracht ener schriftelijke erkenning van rechten", *WPNR* (1915) nr. 2355 v.; ASSER-ANEMA, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het nederlands burgerlijk recht*, 5. *Van bewijs*, door A. ANEMA en P.J. VERDAM, Tjeenk Willink, Zwolle, (5)1953, 42-43; LAND-EGGENS, o.m. p. 46, 185; J. EGGENS, "De beginselen van het burgerlijk bewijs", *Preadvies nederlandse Juristenvereniging, HNJV* 1951, 1, aangehaald volgens *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, Bohn, Haarlem 1958-59, I, 280; M.L. KAN, *Bewijslast en bewijswaardering*, Müller, Amsterdam 1921, 14 v., 120; P.J. CLAVAREAU, *Enige*

"Het specifiek karakter van het juridisch bewijs in het vermogensrechtelijk proces kan niet worden bepaald zonder dat daartoe is overwogen dat dit bewijs er niet (slechts) op gericht is het oordeel te bepalen dat bepaalde feiten zijn geschied ("zijns"-oordeel), maar er in wezen op gericht is het oordeel te bepalen dat bepaalde rechten en verplichtingen gelden van de ene procederende partij jegens de andere, of van beide jegens elkander, met andere woorden dat een bepaalde rechtsbetrekking van partijen tot elkander geldt ("waarde"-oordeel)"<sup>13</sup>

De *bewijsvoering* in ruime zin omvat dan ook zowel het stellen van het voorwerp van de vordering als van de rechtsfeiten die de toewijzing ervan mogelijk moeten maken als het aanbrenge van bewijsmiddelen, kortom de gehele bedrijvigheid der gedingpartijen aangaande de zaak zelf (het bodemgeschil), alsook de ambtshalve bewijsinstructie door de rechter.

De *bewijswaardering* in ruime zin, die de keerzijde daarvan is, omvat zowel de kwalifikatie van de mogelijke bewijsmiddelen als bepaalde bewijsmiddelen, de waardering van de bewijsmiddelen (w.o. de interpretatio ad probationem), als de uitleg van de bewezen rechtsfeiten (interpretatio ab probatione) om hun rechtsgevolgen vast te stellen, de eis toe- of af te wijzen, en dus een oordeel te "wijzen", dit alles aan de hand van rechts- en ervaringsregels, kortom de gehele bedrijvigheid die eigen is aan de rechter, al wordt zij reeds mede door de partijen en hun raadslieden beoefend.

De discussie of "bewijs" enkel het eerste, dan wel ook het tweede omvat, is m.i. dan ook onvruchtbaar.

(98.) Uit het in randnr. 93 en 94 gestelde volgt tenslotte ook dat de algemene beginselen waardoor de bewijsvoering en -waardering in hun materieel aspekt dienen te worden beheerst afhangen van de aard van de rechtsverhouding, en vooreerst van de aard van het voorwerp van de eis. Daarbij dient vooreerst een belangrijk onderscheid te worden gemaakt tussen verhoudingen die ter vrije beschikking staan van de partijen (grofweg de vermogensrechtelijke verhoudingen) en verhoudingen die niet ter vrije beschikking staan van de partijen (grofweg de publiekrechtelijke en familierechtelijke verhoudingen)<sup>14</sup>.

---

*hulpovereenkomsten*, Universitaire pers Leiden 1947, 14, 42 en noot 105, 50 v.; P. SCHOLTEN, "Bezit en bewijs bij revindicatie", *WPNR* nr. 2897 v., in *Verzamelde geschriften* III, 462; J. SUIJLING, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, I nr. 407 en 436; A. PITLO, *Het nederlands burgerlijk wetboek*, 4, *Bewijs en verjaring*, Gouda Quint, Arnhem (6)1981 m.m.v. T.R. Hidma, 18; en door de wetgever bekrachtigd in de art. 176 en 177 Rv. (zie D.J. VEEGENS & K. WIERSMA, *Het nieuw bewijsrecht in burgerlijke zaken I, Algemene grondslagen en verdeling van de bewijslast*, Tjeenk Willink, Zwolle 1973, § 22).

<sup>13</sup> J. EGGENS, "De beginselen van het burgerlijk bewijs", *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, I, (280) 289.

<sup>14</sup> Vgl. J. EGGENS, "De beginselen van het burgerlijk bewijs", *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, I, (280) 282.

Staat een verhouding niet ter vrije beschikking van partijen, dan betekent dit dat de openbare orde daarin tot haar recht moet kunnen komen en de rechter om die reden de vordering slechts mag toewijzen indien alle daartoe wettelijk vereiste rechtsfeiten vaststaan buiten de erkenning der partijen om. Ook op niet-betwiste feiten mag de rechter niet afgaan, indien zij niet bewezen zijn. Ook in deze gedingen gaat het nog steeds om de feiten zoals zij in het geding gesteld en bewezen worden, maar voor het bewezen zijn ervan worden andere vereisten gesteld. Hier geldt in zekere mate het onderzoeksbeginsel (*Untersuchungsmaxime*), al wordt die mate nog nader bepaald door de bijzondere aard van de verhouding (zie b.v. art. 872 ger.W. voor bepaalde familierechtelijke verhoudingen).

In verhoudingen die ter vrije beschikking staan van de partijen geldt het *beschikkingsbeginsel* (*principe dispositif*, *Dispositions- und Verhandlungsmaxime*)<sup>15</sup>. Dit beginsel stelt dat in een proces partijen, en niet de rechter, over hun recht beschikken, tenzij het om een verhouding van openbare orde gaat. Zij beslissen óf zij hun recht geldend willen maken (*ne procedat iudex ex officio*) en in welke mate zij dit willen doen. Dit doen ze door hún uitleg van die verhouding te geven. Die verhouding staat dus slechts ter beoordeling van de rechter in de mate waarin zij doorheen de middelen der partijen verschijnt. Dit beginsel beperkt dan ook de rechtsgevolgen die de rechter vermog uit te spreken tot diegene die door de partijen zijn gevorderd : hij moet kiezen tussen de conclusie van de ene partij en die van de andere. Het beperkt de rechtsgevolgen die de rechter kan toewijzen ook tot diegene die kunnen afgeleid worden uit de rechtsfeiten zoals de partij wier stelling in rechte aanvaard wordt, ze heeft gesteld. Wat de bewijsmiddelen betreft, wordt dit beginsel in ons recht evenwel niet volledig doorgevoerd : de rechter kan in zekere mate ambtshalve bewijsmiddelen verzamelen. Of het beschikkingsbeginsel tenslotte ook doorwerkt in de zuiver processuele verhouding tussen partijen, kwam in deel I reeds ter sprake (randnr. 6.1.) - we hebben daarbij reeds gesteld dat het beschikkingsbeginsel helemaal niet uitsluit dat de rechter een actieve rol zou hebben in de leiding van de debatten.

In deze verhoudingen mag de rechter dus niet op zoek gaan naar een andere "waarheid" dan door de betrokkenen gesteld, maar dat belet niet dat hij mag nagaan of partijen in hun aanvoering en bewijsvoering rekening houden met elkaars gerechtvaardigde belangen, m.a.w. of zij de eisen van

---

<sup>15</sup> Zie o.m. J. EGGENS, "De beginselen van het burgerlijk bewijs", *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, I, (280) 291 v.; C.W. STAR BUSMANN, *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, nr. 212; S. SATTA, *Diritto processuale civile*, nr. 93; F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruylant Brussel 1966, nr. 32 v.; W. GRUNSKY, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, 14 v.; W. HENCKEL, *Prozeßrecht und materielles Recht*, 118 v.; ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozeßrecht*, § 78-79; J. E. KRINGS en B. DECONINCK, *TPR* 1982, (655) nr. 5 v.; R. SOETAERT, "Rechtsbeginselen en marginale toetsing in cassatie", *Liber amicorum Jan Ronse*, Story, Brussel 1986, (51) 53.

de goede trouw in acht nemen, gezien zij tot elkaar in een bijzondere verhouding staan<sup>16</sup>. Deze eisen van de goede trouw bepalen mee de "lasten" waartoe partijen bij de bewijsvoering gehouden zijn, en geven meer bepaald een verdeling van de bewijslast - in de vooralsnog meest algemene betekenis van het woord - over de partijen.

Vooraleer nader op de rol van de goede trouw bij deze lasten in te gaan, bespreken we eerst de verschillende soorten lasten die bij de bewijsvoering ter sprake komen. Zij hebben betrekking op de verschillende reeds genoemde elementen van de bewijsvoering, namelijk het stellen van het voorwerp van de eis (eislast of vorderingslast, 2.1.2.1.) en de afbakening van het betwiste voorwerp door het verweer (2.1.2.2.), het aanvoeren van rechtsfeiten aan de hand waarvan het oordeel kan worden gestructureerd in een oordeel in feite en een oordeel naar recht (aanvoeringslast, 2.1.2.3.) en de afbakening van de betwiste feiten (2.1.2.4.), en ten slotte het aanvoeren van bewijsmiddelen (bewijslast, 2.1.2.5.).

We gaan daarbij in hoofdzaak uit van het vermogensrechtelijk geding.

---

<sup>16</sup> Vgl. J. EGGENS, "De beginselen van het burgerlijk bewijs", *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, I, (280) 291.

## 2.1.2. De verschillende lasten in de bewijsvoering.

### 2.1.2.1. De vorderingslast

(99.) Vooreerst moet de eiser een eis met een welbepaald voorwerp verwoorden (vorderings- of eislast, *charge de la demande*). Dit is niet alleen een geldigheidsvoorwaarde voor de gedinginleidende handeling (dagvaarding, e.d. - zie de artt. 702, 3°, 813, 1026, 3°, 1340, 3°, 1344 bis, 4°, e.a. ger.W.), maar tevens een voorwaarde voor de geldendmaking van zijn recht. Het voorwerp van de eis beperkt de rechtsmacht van de rechter, die niet ultra of extra petita mag oordelen (art. 1138, 2 ger.W.), alsook - als keerzijde daarvan - het gezag van het gewijsde (art. 23 ger.W.).

### 2.1.2.2. De verweerlast

(100.) Indien de verweerder de gegrondheid van de eis erkent dan wel zich niet verweert, d.i. de eis niet weerspreekt, dan geldt ze als bewezen en dient de rechter de eis toe te wijzen - onder voorbehoud van de openbare orde. In verhoudingen die ter vrije beschikking staan van de partijen mag de rechter niet afwijzen wat gevorderd wordt en niet betwist wordt, zelfs indien de eiser onvoldoende rechtsfeiten zou aanvoeren waaruit het door hem gevorderde naar recht zou kunnen worden afgeleid.

Dit geldt m.i. ook bij verstek<sup>17</sup> - en ik ga hier duidelijk in tegen de heersende opvatting -, en wel omdat het niet aanvaardbaar is dat de partij die verstek laat gaan zich bewijsrechtelijk in een betere positie zou bevinden dan de partij die verschijnt zonder te betwisten, of zelfs dan de partij die verschijnt en betwist. Dat dit het geval is blijkt daaruit, dat de eiser voor het bewijs van zijn vordering veelal afhankelijk is van de tegenpartij, zij het omdat die nadere feiten moet aanbrengen waardoor de eiser het bewijs kan leveren, zij het dat de eiser de eed kan opdragen, een bekentenis kan uitlokken, e.d.m. Dat de rechter de gegrondheid van de eis niet mag onderzoeken bij verstek, blijkt ook daaruit dat de rechter die de gegrondheid wel mag onderzoeken de heropening van de debatten moet bevelen alvorens de vordering geheel of gedeeltelijk af te wijzen op grond van een exceptie die de verweerder voor hem niet had ingeroepen (art. 774, 2 ger.W.), wat zinloos is bij verstek.

Wanneer wij zeggen dat dit ook geldt bij verstek, is het evenwel met dien verstande dat een betwisting in 1° de gedinginleidende akte of 2° ter griffie neergelegde besluiten, wat de hier behandelde vraag betreft, o.i. wél als een betwisting dient te gelden, ook wanneer die partij in een niet-schriftelijke procedure op de vastgestelde zitting niet is

---

<sup>17</sup> In die zin R. de CORTE & J. LAENENS, *TPR* 1980 (447) 496 v. nr. 118 v. Vgl. voor Duitsland W. GRUNSKY, *Grundlagen des Verfahrensrecht*, 168. Zoals gezegd hebben we het hier enkel over de grond van de zaak (niet over de bevoegdheid - zie daarvoor art. 630, 3 ger.W. - en de toelaatbaarheid). Ook moet de rechter nagaan of de uitvoerbaarheid bij voorraad, de toekenning van een dwangsom, e.d.m. gerechtvaardigd voorkomen.

verschenen, en dus volgens de - betwistbare, ja in het geval van art. 751 ger.W. zelfs kafkaïaanse - kassatierechtspraak<sup>18</sup> de rechtspleging niet op tegenspraak is en de rechter niet verplicht is om op de in die besluiten uiteengezette middelen te antwoorden. Ik neem hier dus duidelijk een tussenstandpunt in tussen de twee extreme opvattingen, de ene volgens dewelke de rechter het niet-verschijnen als een betwisting moet aanzien en dus de gegrondheid van de vordering moet onderzoeken én op de neergelegde besluiten moet antwoorden, de andere - de opvatting van De Corte en Laenens - dat hij noch het ene noch het andere zou moeten doen. Mijn tussenstandpunt is daarbij net het tegenovergestelde van dat van het Hof van cassatie, dat enerzijds de rechter verplicht acht om bij verstek de rechtmatigheid van de eis ambtshalve te onderzoeken<sup>19</sup>, maar hem anderzijds niet verplicht acht te antwoorden op ter griffie neergelegde besluiten van een partij die niet ter zitting verschijnt; dit standpunt zit vol onaanvaardbare tegenspraak, die slechts te verklaren is vanuit overblijfselen van het oude wetboek, maar niet in overeenstemming is met de hervormingen van 1967, en overigens vrij opvallend langs franstalige zijde wordt aangehangen. Het is niet de enige vraag waarvoor de meeste processualisten in ons land - en niet alleen de franstaligen - zich meer laten leiden door de franse nouveau code en rechtsleer dan door het belgisch gerechtelijk wetboek. Overigens bepaalt art. 26 wetsontwerp hervorming ger.W. (art. 804, nieuwe tweede alinea) dat de rechtspleging op tegenspraak is t.a.v. de partij die of verschenen is overeenkomstig art. 728 of 729 of besluiten heeft neergelegd, en de toelichting bij het wetsontwerp geeft aan dat men daarbij uitdrukkelijk wil ingaan tegen de hier bestreden kassatierechtspraak en de rechter wil verplichten te antwoorden op de besluiten van de niet-verschijnende partij. Deze rechtspraak is overigens ook in tegenspraak met de strenge rechtspraak i.v.m. berusting.

De vorm waarin deze betwisting volgens het procesrecht dient te geschieden, werd in deel I. besproken : behalve bij behandeling in korte debatten moet de betwisting in de vorm van schriftelijke besluiten geschieden ("*quod non in actis non est in mundo*").

Uit het voorgaande blijkt dat, minstens in het tegensprekelijk geding, de verweerder een

---

<sup>18</sup> Zie Cass., 12 september 1980, *Pas.* I, 44, *R.W.* 1980-81, 1517 afkeurende noot B. MAES, "Art. 751 Ger.W. en het beantwoorden van ter griffie neergelegde conclusies"; Cass. 21 mei 1981, C.V. L. t. faill. X., *R.W.* 1982-83? 2243, afkeurende noot P. LEMMENS, "Artikel 751 van het Gerechtelijk Wetboek en de motiveringsverplichting". Anders nog, althans voor de procedure op grond van art. 751 ger.W., - en m.i. terecht anders - Cass. 21 november 1975, *Arr.*, 373. Terecht anders ook J.P. DECHAMPS, *Ann. Lg.* 1984, (229) 235-236.

Het is n.a.v. deze betwistbare kassatierechtspraak dat de Nationale Orde van advocaten een beslissing heeft genomen op 15 januari 1981, volgens dewelke een advocaat geen zaak ter terechtzitting (vastgesteld op grond van art. 751 ger.W.) mag laten aanhouden zonder vooraf zijn tegenstrever te verwittigen, indien deze besluiten heeft neergelegd.

<sup>19</sup> O.m. A. KOHL, "Pouvoir et devoir du juge statuant par défaut", *J.T.* 1972, 329; J.E. KRINGS, noot onder Cass. 16 januari 1976, *Arr.*, 579, -, *Rapports belges au XIe Congrès de l'Académie internationale de droit comparé Caracas 1982*, Kluwer Antwerpen/ Bruylant Brussel 1985, II, (21) 26 v.; RASIR, R. & HENRY, P., *La procédure de première instance dans le code judiciaire*, Larcier, 60; Cass. 13 juni 1985, *Arr.*, 1423, *Ann.Lg.* 1986, 121 noot A. FETTWEIS, "Absens, si bonam causam habuit, vincet"; S. STIJNS, "Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhouding met de bewijsvoering", Openingsrede Jonge Balie Leuven 1989, *R.W.* 1989-90, (1003), 1013. Zie recent nog Rb. Brussel 18 oktober 1989, Amexo Inc. t. Oelholm, *J.L.M.B.* 1990, 103. Vgl. voor het franse recht art. 472, 2 C.P.C.; R. PERROT, in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, (627) 637-638.

"verweerlast" draagt. Hij is weliswaar bewijsrechtelijk in beginsel niet gehouden om over de gegrondheid van de ingestelde eis standpunt in te nemen (over de procesrechtelijke loyauteit, zie deel I.), *in die zin* dat hij deze later nog steeds kan betwisten - mits hij dit procesrechtelijk nog kan (wat er hoofdzakelijk op neerkomt dat daartoe vereist is dat hij nog het recht heeft om nader te besluiten of een rechtsmiddel in te stellen, zij het eventueel het verzoek tot herroeping van gewijsde wegens bedrog door de wederpartij). Doch *zolang* hij de eis niet betwist, kan de bevoegde rechter voor wie ze geldig is ingesteld en toelaatbaar is, deze niet afwijzen, behoudens op grond van de openbare orde.

Het "zich naar de wijsheid van de rechter gedragen" is een vorm van verweer, en m.b. van betwisting van de eis, zonder dat evenwel de rechtsfeiten betwist worden (zie verder randnr. 106).

### 2.1.2.3. De aanvoeringslast

**(101. aard van dit vereiste)** In de mate waarin de eis betwist wordt (of het om rechten gaat die van openbare orde zijn, zodat erkenning niet volstaat) draagt de eiser - op de overeenstemmende lasten van de verweerder wordt in 2.1.2.4. en 2.1.2.6. ingegaan - de last om de eis te structureren door het *aanvoeren (stellen) van rechtsfeiten*, waaraan aan de hand van een rechtsregel (soms ook reeds een bewijswaarderingsregel) het gevorderde rechtsgevolg (voorwerp van de eis) kan worden toegewezen (*aanvoeringslast*, charge de l'allégation, Behauptungslast) : "*iudex secundum allegata (et probata) partium iudicat*"<sup>20</sup>.

Hoger reeds werd deze last verklaard vanuit de legitimerende indeling van het rechterlijk oordeel in twee oordelen - een oordeel in feite en een oordeel naar recht -, die hoofdzakelijk aan de hand van een ander soort regels geschieden : het oordeel naar recht aan de hand van rechtsregels (d.i. in beginsel zuiver normatieve regels), het oordeel in feite aan de hand van ervaringsregels<sup>21</sup>.

De aanvoeringslast is *géén toelaatbaarheidsvereiste* - zoals sommigen stellen - maar een bewijsvereiste<sup>22</sup>. Om dit te adstrueren moet men goed onderscheiden tussen *het abstrakte vereiste om in de dagvaarding* naast het "onderwerp" (d.i. het voorwerp) van de eis ook "*middelen*" (dit zijn rechtsfeiten) *aan te voeren* (artt. 702, 3°, 813, 1026, 3°, 1340, 3°, en 1344 bis, 4° e.a. ger.W.), en de *specifieke aanvoeringslast*, d.i. het vereiste om zulke rechtsfeiten te stellen dat het specifiek gevorderde kan worden toegewezen.

<sup>20</sup> Zie over de aanvoeringslast M. STORME, *De bewijslast in het belgisch privaatrecht*, nr. 16 v.

<sup>21</sup> Zie verder noot 4.

<sup>22</sup> B.v. R. de CORTE & J. LAENENS, *TPR* 1980 (447) 491 nr. 109; STORME, *De bewijslast in het belgisch privaatrecht*, nr. 18.

Het eerste is een zuiver processuele last die is opgelegd om de wederpartij toe te laten zich te verdedigen, en meer bepaald een vormvereiste voor de dagvaarding, die op straffe van nietigheid is voorgeschreven (mits invoeren door en belangenschade van de verweerder). Bovendien bepaalt en begrenst de wijze van aanvoering de mogelijkheid van aanvullende eisen bij besluiten (art. 807 ger.W.). Doch ook dat betreft de wijze van instelling van de eis en niet de toelaatbaarheid ervan. Deze last kan daarnaast nog een ander aspect hebben, in die zin dat de eiser in de bijkomende kosten dient te worden verwezen indien hij beslissende middelen eerst later aanvoert en zo de rechtsgang heeft vertraagd of kostelijker heeft gemaakt (vgl. hoger onze stellingen i.v.m. een voorprocessuele verwittigingslast in randnrs. 23 en 45).

De *eigenlijke aanvoeringslast* anderzijds heeft niets te maken met de toelaatbaarheid, d.w.z. het abstrakte *ius agendi*, maar verschilt naargelang de aanspraak die men geldend wil maken, wat des te evidentier is omdat ook de verweerder op exceptie - ook zonder tegeneis - de aanvoeringslast draagt van rechtsfeiten vereist voor de toewijzing van zijn exceptie. Bovendien wordt de aanvoeringslast mede bepaald door het verweer van de tegenpartij. Zolang de verweerder het subjectief recht van de eiser niet betwist, is deze niet gehouden feiten aan te voeren waaruit dat recht zou zijn ontstaan. Het vereiste om dié rechtsfeiten te stellen waaruit - indien ze bewezen zijn - de aanspraak die men geldend wil maken kan worden afgeleid is dan ook geen toelaatbaarheidsvereiste, maar een bewijsvereiste. Enkel voor het bekomen van bijzondere bewijsmaatregelen zou men de aanvoeringslast als een element van het belang, en dus als een toelaatbaarheidsvereiste, kunnen beschouwen (zie b.v.; art. 915 ger.W.°, doch dit geldt daarom niet algemeen (b.v. niet voor de *actio ad exhibendum*)).

**(102. inhoud van dit vereiste)** Door het stellen van rechtsfeiten wordt het geschil (*op*)gesplitst in meerdere mogelijke geschilpunten - of zij werkelijke geschilpunten worden, hangt af van de houding van de wederpartij - die in beginsel elk afzonderlijk in feite en naar recht dienen te worden gewaardeerd en waarvoor de bewijslast telkens anders kan liggen<sup>23</sup>, onder voorbehoud evenwel voor de *onsplitsbaarheid* van bepaalde bewijsmiddelen (zie b.v. art. 1356, 3 B.W.). Men kan spreken van de (op)splitsing van het geschil en de bewijslast (*décomposition*, *découpage* of *division*).

De feiten die moeten aangevoerd worden hoeven niet noodzakelijk de "ontstaansfeiten" van het opgeëiste recht te zijn. Het mogen ook andere, "bestaans"feiten van dat recht zijn. In de uitsplitsing van het geschil in rechtsfeiten is het niet nodig tot aan de ontstaansfeiten terug te gaan indien met een minder verre teruggang reeds een punt is bereikt waaruit het gevorderde recht naar recht kan

<sup>23</sup> Zie M. STORME, *De bewijslast in het belgisch privaatrecht*, nr. 100; H. THESINGH, *De grondslagen van de bewijslast in de civiele procedure*, Jongbloed, 's Gravenhage 1961, nr. 15, 17 v.

worden afgeleid<sup>24</sup> : is er een schuldbekentenis, dan moet niet meer naar het ontstaan van de verbintenis worden gezocht, zijn er tekenen of aanwijzingen waaruit een vermoeden van eigendom kan worden afgeleid, dan moet niet meer naar de juiste wijze van verkrijging daarvan gezocht worden.

Meer nog, in sommige gevallen moeten eigenlijk geen rechtsfeiten worden gesteld, althans geen te bewijzen rechtsfeiten, omdat het in het proces voorgelegde bewijsmiddel a.h.w. een rechtsfeit belichaamt. Dit is m.b. het geval met de partij-akte, mits zij als partij-akte wordt gekwalificeerd (wat authenticiteit dan wel erkenning van handtekening vereist). Art. 807 ger.W. spreekt dan ook van een *feit of akte* in de dagvaarding aangevoerd. De partij-akte bewijst niet alleen het feit dat partijen een verklaring hebben afgelegd, zij bewijst rechtstreeks de gebondenheid van partijen aan die verklaring, dus de inhoud van de verbintenis<sup>25</sup>.

Hieruit volgt dat de inhoud van de aanvoering, waartoe de eiser van een welbepaald subjectief recht gehouden is, niet steeds dezelfde moet zijn, en - net zoals de scheidingslijn tussen oordeel in feite en oordeel naar recht - mede bepaald wordt door de wijze waarop partijen hun onderlinge verhouding tematiseren, tot voorwerp van beoordeling maken. De bewijsrechtelijke aanvoeringslast houdt geen verplichting tot volledigheid in, maar deze kan wel voortvloeien uit het verbod om te liegen (zie hoger randnr. 81) of de medewerkingsplicht (m.b. informatieplicht) bij de bewijsvoering (zie randnr. 81 en verder onder 2.1.2.6.).

**(103.)** Partijen zijn er daarentegen bewijsrechtelijk niet toe gehouden rechtsregels aan te voeren waarop zij hun eis willen gronden<sup>26</sup>, en in beginsel zelfs niet om over de gevolgen naar recht van de rechtsfeiten standpunt in te nemen - tenzij dan in de mate waarin dit nodig is om het voorwerp van hun eis te verwoorden. Niet alleen kunnen ze later in beginsel nog steeds nieuwe standpunten naar recht innemen, maar het gebrek aan standpunt speelt ook niet tégen hen. Hebben zij daarover éénmaal een standpunt ingenomen, dan kunnen zij dat in beginsel nog steeds herroepen en dan is de rechter daardoor nog steeds niet gebonden, maar moet hij wel de debatten heropenen vooraleer die partij gelijk te geven op een andere rechtsgrond.

Toch kan het partijen in die zin verboden zijn op hun eerder ingenomen standpunt omtrent het

---

<sup>24</sup> P. SCHOLTEN, *WPNR* nr. 3399-3400; E.M. MEIJERS, *WPNR* 2290 v., in *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen* II, 213.

<sup>25</sup> Zie over deze "materiële bewijskracht" o.a. A. PITLO, *Bewijs en verjaring*, 44. Vgl. W. van GERVEN, *Algemeen deel*, nr. 118, al zijn we met de bepaling van het voorwerp van de materiële bewijskracht als "waarheid" van de verklaring nietgelukkig; het gaat bij partij-akten en beschikkende akten - anders dan bij proces-verbaal-akten niet om de "waarheid" van de verklaring, maar om de gebondenheid eraan. Zie R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, nr. 792.

<sup>26</sup> Cass., 24 november 1978, vzw Instituut Bunge t. COO Hoboken, verbreking, *Arr.* 1978-79, 341, *R.C.J.B.* 1982, 5 met tegenstrijdige noten van J. van COMPERNOLLE en F. RIGAUX.

recht of de rechtsgevolgen terug te komen, indien zij daardoor in strijd handelen met een loyale procesvoering (kostensanktie) of indien zij bij de wederpartij het vertrouwen hebben gewekt zich daarnaar te zullen gedragen (rechtsverwerking). Een voorbeeld hiervan werd reeds hoger aangehaald<sup>27</sup>.

(104.) Uit al het voorgaande volgt m.i. dat de "oorzaak van de eis", die enerzijds door de rechter niet mag gewijzigd worden, en die anderzijds de omvang van het gezag van gewijsde bepaalt (art. 23 ger.W.), niet kan gereduceerd worden tot zuivere feitelijkheid. Indien het juist is dat partijen er niet toe gehouden zijn rechtsregels aan te voeren waarop zij hun stelling willen gronden, en een feit in de loop van het geding kunnen herkwalficeren (art. 807), dan betekent dat nog niet dat, zó zij de feiten in het licht van een welbepaalde vordering hebben gejuridiseerd, de rechter deze zomaar mag herkwalficeren<sup>28</sup>. Uit de - tegen de heersende rechtsleer ingaande - kassatierechtspraak, in Frankrijk<sup>29</sup> zowel als in België<sup>30</sup>, blijkt dat hij dat inderdaad niet zomaar mag, en ik onderschrijf dit in het licht van het voorgaande ten zeerste, op gevaar af door de heersende - franstalige - rechtsleer in dit land van een "illogisme flagrant" te worden beschuldigd<sup>31</sup>.

#### 2.1.2.4. De betwistingslast betreffende de gestelde rechtsfeiten.

(105.) De verweerder die de eis betwist heeft, heeft nu drie mogelijkheden<sup>32</sup> :

1° de aangevoerde rechtsfeiten betwisten. Indien het bewezen zijn van die rechtsfeiten naar recht tot toewijzing van de eis dient te leiden, moet de rechter de bewijsmiddelen waarderen en het

<sup>27</sup> Vred. Zele 29 september 1987, A.R. nr. 23.067., A. de Maeyer t. Yan Man Tai, besproken in randnr. 45.

<sup>28</sup> Met mij voornamelijk F. RIGAUX, "L'objet et la cause de la demande en droit judiciaire privé", *R.C.J.B.* 1973, nr. 22, "La scission du fait et du droit et la distinction entre le droit interne et le droit étranger", *R.C.J.B.* 1982, (38) nr. 10; J.E. KRINGS en B. DECONINCK, "Het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden", *Preadvies*, *TPR* 1982, 655 v.; J.E. KRINGS, "Het ambt van de rechter bij de leiding van het geding", *Openingsrede* 1983, *R.W.* 1983-84, 337 nr. 16-17 en 28 v., m.b. 31.

<sup>29</sup> Zie de bespreking door R. MARTIN, "Le juge devant la prétention", *D.* 1987, C. VIII, p. 37-38.

<sup>30</sup> Zie b.v. Cass. 9 januari 1969, NMWL t. C.V. Heinen en Openbare Werken, verbreking, *Arr.*, 450; Cass., 13 juni 1974, Van Nevel, Popelier t. Van Simaeys c.s., verbreking, *Arr.*, 1130; Cass. 10 maart 1977, Bontemps t. Prevers c.s., verbreking, *Arr.*, 755; Cass. 20 maart 1980, Citadel van Dinant t. Toussaint, verbreking, *Pas.*, 887; Cass. 21 maart 1986, Blancquart t. Struyf en Preckler, *Arr.*, 460; Cass. 17 april 1986, FMC t. Verlipack, verbreking, *Arr.*, 505; Cass. 12 maart 1987, Stad Verviers t. B c.s., *R.W.* 1987-88, 344, verbreking; Cass. 27 juni 1988, *R.W.* 1988-89, 224, verwerping.

<sup>31</sup> Nl. door A. FETTWEIS, *Manuel*, 67 nr. 57 met verwijzingen. Vgl. J. van COMPERNOLLE, "L'office du juge et le fondement du litige", *R.C.J.B.* 1982, 14 v.

<sup>32</sup> Vgl. R. de CORTE & J. LAENENS, *TPR* 1980 (447) 491-492 nr. 111; C.W. STAR BUSMANN, *Hoofdstukken burgerlijke rechtsvordering*, nr. 209 v.; HUGENHOLTZ-HEEMSKERK, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, 68 nr. 62.

bewijsrisiko toebedelen.

2° de aangevoerde rechtsfeiten zuiver niet betwisten (zij het door zuivere erkenning, zij het door er zich zuiver niet over uit te spreken) : dan gelden zij als bewezen<sup>33</sup>. De rechtsmacht van de rechter is immers beperkt tot de betwisting, tot het door de partijen afgebakende geschil<sup>34</sup>. Hij mag niet afwijzen wat aangevoerd is en niet betwist wordt, en moet zich enkel uitspreken over de gevolgen die daaraan naar recht dienen te worden toegekend. Daarbij mag hij evenwel niet ingaan tegen het systeem van de verdediging, zonder de debatten te heropenen (recht van verdediging van de eiser).

3° de aangevoerde rechtsfeiten als dusdanig niet betwisten, maar tegen de "normale" rechtsgevolgen ervan een exceptie opwerpen (komplexe bekentenis of complexe niet-betwisting). Het kan gaan om een exceptie die de betekenis van de rechtsfeiten "kwalificeert" (de zgn. rechtsverhinderende excepties) dan wel "klausuleert" (de zgn. rechtsvernietigende excepties). Indien het gaat om een kwalificerende exceptie, dan wel om een klausulerende exceptie die in voldoende bewijsrechtelijk verband staat met de gestelde rechtsfeiten (b.v. de betaling, b.v. niet de gewone schuldvergelijking)<sup>35</sup>, dan geldt de erkenning of niet-betwisting van de rechtsfeiten als *onsplitsbaar* van die exceptie (art. 1356, 3 B.W.) en gelden de door de eiser aangevoerde rechtsfeiten nog niet als bewezen, maar kan het voorwerp van de bewijsvoering verplaatst worden naar de exceptie. De verdere loop van de beoordeling hangt immers af van het standpunt van de eiser over de exceptie. Indien deze de exceptie betwist, hoewel deze naar recht gegrond is, dan worden de voor die exceptie vereiste rechtsfeiten vermoed waar te zijn tot tegenbewijs van die feiten dan wel bewijs van de door de eiser gestelde rechtsfeiten. De eiser heeft dan ook de volgende keuze. Hij kan zijn bewijsvoering beperken tot de rechtsfeiten waarvan het bewijs vereist is voor de

---

<sup>33</sup> Zie Cass. 25 oktober 1979, Vigny t. Cie. Decauville, Arr. nr. 138, verwerping. Vgl. G. STEVIGNY, "De bewijslast in het burgerlijk proces", R.W. 1957-58, (129) nr. 26; F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, nr. 32 a, 2° en 41; S. STIJNS, "Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhouding met de bewijsvoering", R.W. 1989-90, (ter perse), I, 1°, 1 en 2; S. SATTA, *Diritto processuale civile*, nr. 93 en 103; ZPO § 138, III.

<sup>34</sup> Deze afbakening van het geschil beantwoordt aan de romeinsrechtelijke "*litis contestatio*", met dat verschil dat deze laatste novatoir was, terwijl in ons recht een betwisting nog in elke stand, zelfs in beroep kan geschieden, zolang er geen erkenning is geweest, en dat het gezag van gewijsde zich in ons recht enkel over een eis met dezelfde oorzaak uitsrekt.

<sup>35</sup> Het criterium van voldoende verband is hier in beginsel hetzelfde als datgene dat uitmaakt of het verzwijgen van de exceptie het stellen van het rechtsfeit tot een leugen maakt, zoals in randnr. 81 besproken. R.J. POLAK, *NJB* 1941, 799-801, spreekt van een "natuurlijk verband" (i.t.t. een louter juridisch verband).

Doch meer in concreto is er voldoende verband is indien het *redelijk* is dat de excipiendus geen bewijsmateriaal heeft voor de exceptie omdat hij er mocht van uitgaan dat de eiser ook geen bewijsmateriaal heeft of zou gebruiken voor de vordering. In dat geval blijft de bewijslast betreffende de exceptie overigens dikwijls ook dan op de eiser rusten, wanneer hij zijn vordering kan bewijzen (bv. vermoedens van betaling wanneer de schuld evenmin op schrift is gesteld).

toewijzing van de eis, waardoor het bewijsrisiko betreffende de exceptie in beginsel op de excipendus rust. Hij kan ook - zonder die eerste mogelijkheid te verliezen - proberen tegenbewijs te leveren tegen de exceptie.

Indien het bewijs van de rechtsfeiten van de exceptie doorslaggevend is (omdat enerzijds het bewijs van door de eiser gestelde rechtsfeiten naar recht tot toewijzing van de eis dienen te leiden, anderzijds het bewijs van de door de excipendus gestelde rechtsfeiten tot afwijzing dient te leiden), dan zal de rechter eerst de bewijsmiddelen voor de voor de exceptie vereiste rechtsfeiten waarden, en eerst wanneer daarover noch in de ene noch in de andere zin voldoende bewijs voorhanden is, de bewijsmiddelen voor de voor de toewijzing van de eis vereiste rechtsfeiten waarden.

(106.) Uit het voorgaande blijkt dat, minstens in het tegensprekelijk geding, de verweerder een "betwistingslast" draagt. Hij is weliswaar in beginsel<sup>36</sup> *niet verplicht* om over de gestelde rechtsfeiten standpunt in te nemen, maar dit betekent enkel dat zolang de feiten niet erkend zijn, hij deze later nog steeds kan betwisten<sup>37</sup> - mits hij dit procesrechtelijk nog kan (wat er hoofdzakelijk op neerkomt dat daartoe vereist is dat hij nog het recht heeft om nader te besluiten of een rechtsmiddel in te stellen, zij het eventueel herroeping van gewijsde wegens bedrog door de wederpartij of wegens feitelijke dwaling die berust op de valsheid of het achtergehouden zijn van stukken). Dit belet echter niet dat zolang er geen betwisting is geweest, de gestelde rechtsfeiten in het geding als waar gelden en door de rechter als waar moeten worden aangenomen. Is er daarenboven een erkenning, dan is die onherroepelijk, behoudens vernietiging wegens een gebrek in de toestemming (nl. bedrog, geweld of feitelijke dwaling).

Het "zich naar de wijsheid van de rechter gedragen" vormt op zichzelf nog geen - anticipatieve - berusting<sup>38</sup> en belet dan ook niet dat men de gestelde rechtsfeiten later nog mag betwisten, maar het is vooralsnog géén betwisting van die rechtsfeiten, maar enkel een - aanvaardbaar - verzoek aan de rechter om van die rechtsfeiten de gevolgen naar recht te bepalen (op grond van *curia novit ius*), en zolang er geen betwisting is geweest, gelden die rechtsfeiten in het geding als waar<sup>39</sup>. Indien

---

<sup>36</sup> Onder voorbehoud voor de processuele medewerkingsplicht.

<sup>37</sup> Volgens Cass. 18 september 1964, Guédin-Dierckx t. Charon, verbreking, *Pas.*, I, 61, *J.T.* 1965, 120 oordeelde immers dat het stilzwijgen van een partij over een door de tegenpartij in rechte aangevoerd feit, behoudens wettelijke bepaling, enkel een bekentenis kan opleveren wanneer het gepaard gaat met omstandigheden die er dit karakter aan toekennen. Vgl. M. STORME, *De bewijslast in het belgisch privaatrecht*, nr. 333; R. de CORTE & J. LAENENS, *TPR* 1980 (447) 491-492 nr. 111.

<sup>38</sup> Cass. 13 november 1959, *Arr.*, 224; Cass. 12 januari 1968, *Arr.* 652; Cass. 7 januari 1983, *Arr.*, 587; Hof Bergen 13 sep 1988, Mahieu t. Van Suyt, Generale Bank, Gemeentekrediet, *Pas.* 1989, II, 32; A. FETTWEIS, *Manuel*, nr. 704; S. STIJNS, "Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhouding met de bewijsvoering", *R.W.* 1989-90, (ter perse), I, 3°.

<sup>39</sup> Vergelijkbaar HUGENHOLTZ-HEEMSKERK, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, 67 nr. 61; uitdrukkelijk § 138 III ZPO.

men het zich naar de wijsheid gedragen als een betwisten beschouwt, maakt men het partijen mogelijk niet te moeten kiezen tussen waarheid of leugen, wat onaanvaardbaar is. Slechts het uitdrukkelijk stellen dat men de ware toedracht van een feit niet kent, mag als betwisting worden beschouwd.

(107.) De betwistingslast reikt veelal nog verder dan in het voorgaande reeds is aangegeven. In beginsel zou een partij zijn verweer kunnen beperken tot een betwisting van de gestelde rechtsfeiten, en wel door middel van een eenvoudige ontkenning ervan (waar hij voor het opwerpen van een exceptie zelf "rechtsverhinderende" of "rechtsvernietigende" rechtsfeiten moet stellen). Toch kan naar goede trouw van een partij geëist worden dat zij de gestelde rechtsfeiten *nauwkeurig en gemotiveerd* betwist - en dit ongeacht de vraag wie de bewijslast c.q. het bewijsrisiko omtrent dit geschilpunt draagt. Een onvoldoende betwisting zou niet als een betwisting kunnen worden beschouwd, zodat de gestelde feiten ondanks die betwisting voor waar moeten worden aangenomen<sup>40</sup>. De stijlformule "met ontkenning van al het andere" heeft dus geen enkele waarde.

Deze stelling gaat iets te ver in die zin dat de wederpartij ook zonder preciese betwisting nog het recht moet hebben om te bewijzen dat de gestelde rechtsfeiten onjuist zijn (voor zover dat zonder die motivering mogelijk zou zijn). De onvoldoende betwiste feiten worden voor bewezen gehouden, niet omdat ze niet betwist zijn, maar omdat - en in zoverre - de bewijslast van de stellende partij daardoor onredelijk wordt verzwaard, omdat de wederpartij het bewijs bijzonder bemoeilijkt en daarom zelf met de bewijslast c.q. het bewijsrisiko moet worden belast.

Gezien de last om gemotiveerd te betwisten dus meer samenhangt met de bewijslast dan met de betwistingslast, wordt ze verderop besproken (onder 2.1.2.6.).

Het uitsluiten van het tegenbewijs tegen de gestelde en onvoldoende betwiste rechtsfeiten mag slechts gebeuren indien de wederpartij daardoor zijn recht zou verwerkt hebben. Dit dient evenwel te worden beoordeeld op grond van de materieelrechtelijke verhouding tussen partijen : het onvoldoende protest - b.v. ongespecificeerd factuurprotest - zal in een aantal gevallen met verwerking bestraft worden<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Zie M. STORME, *De bewijslast in het belgisch privaatrecht*, nr. 205; E.M. MEIJERS, noot onder HR 18 december 1925, *N.J.* 1926, 228; J. Ph. SUIJLING, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, I, nr. 367 v.; S. GERBRANDY, "Rechtspraak over de deugdelijkheid van het verweer in burgerlijke zaken", *NJB* 1952, 369 v.; C.W. STAR BUSMANN, *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, 179-180 nr. 207; HUGENHOLTZ-HEEMSKERK, *Hoofdpijnen van nederlands burgerlijk procesrecht*, nr. 64; P.A. STEIN, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, 97; A. HAMMERSTEIN, *TPR* 1989, 1601. In Nederland wordt deze verplichting algemeen gegrond op art. 140 Rv.

<sup>41</sup> Zie A. CLOQUET, *De factuur*, nr. 556 v.; E. DIRIX en G.L. BALLON, *De factuur* nr. 205 v.; L. & S. FREDERICQ, *Handboek* nr. 1638, 2; M.E. STORME, *De invloed van de goede trouw op kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 496.

Wanneer omgekeerd de eiser slechts zeer algemeen of vaag rechtsfeiten stelt, zonder de concrete omstandigheden ervan aan te geven, dan heeft de verweerder het recht om - zonder te liegen - deze 'tot nadere specificatie' eenvoudigweg te betwisten en de bal terug te kaatsen, tenzij alleen de verweerder de feitelijke toedracht kende. In het laatste geval dient zelfs de aanvoeringslast dus milder te worden beoordeeld<sup>42</sup>.

**(108.)** Met de betwistingslast hangt wel de vraag samen of de verweerder een tegenstrijdig verweer kan voeren.

Een vrouw heeft een chinese vaas geleend, die bij teruggave een barst blijkt te hebben. Desgevraagd verweert zij zich als volgt : "ten eerste heb ik de vaas nooit geleend; ten tweede heb ik hem al eerder teruggegeven; ten derde zat de barst er al in (toe ik ze ontving)"<sup>43</sup>.

Geen rechter zal deze dame gelijk geven, behoudens verschoning op grond van haar geestestoestand. Een tegenstrijdig verweer kan niet aanvaard worden, en de vordering zal worden toegewezen, tenzij men aannemelijk maakt dat men zich vergist heeft<sup>44</sup>.

De vraag blijft natuurlijk wannéér een verweer tegenstrijdig is. Het is niet noodzakelijk tegenstrijdig de gestelde feiten enerzijds te betwisten omdat men er geen weet van heeft en anderzijds een exceptie op te werpen, zelfs niet wanneer eerst het ene en dan het andere wordt opgeworpen, of omgekeerd. Eerst de verjaring, betaling of schuldvergelijking invoeren, en dan de schuld zelf ontkennen, of omgekeerd, is niet per se verdacht. Meer bepaald kan men niet van tegenstrijdigheid spreken indien het eerst ingeroepen verweer op rechtsgronden wordt afgewezen. Wordt het evenwel op feitelijke gronden afgewezen, dan moet men een aannemelijke verklaring geven voor het tegenstrijdig verweer<sup>45</sup>.

Wanneer verder blijkt dat de partij gelogen heeft, d.w.z. bewust onwaarheid heeft gesproken wat het ene of het andere verweer betreft (wat uit een bekentenis kan blijken), dan moet zij in haar ge-

---

<sup>42</sup> Vgl. H.R. 24 februari 1989, W., 72, besproken door H. SCHOORDIJK, "De bewijslastverdeling onder het nieuwe bewijsrecht", *WPNR* 5937, 684.

<sup>43</sup> Het voorbeeld wordt aangehaald door J.M. van DUNNE, "Recht en dialectiek of : de uitzondering die de regel bevestigt" , *R & R, Handelingen van de Vereniging voor Wijsbegeerte van het recht*, (180) 187 - behalve de toevoeging "chinees" van mijn hand, omdat chinese vazen in het recht altijd verdachte dingen zijn.

<sup>44</sup> Vgl. J. Ph. SUIJLING, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, I, nr. 367 p. 85; C.W. STAR BUSMANN, *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, 182 nr. 209; e.a.

<sup>45</sup> J. Ph. SUIJLING, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, I, nr. 367, p. 86.

heel ongeloofwaardig worden beschouwd tot tegenbewijs<sup>46</sup>. Doch ook dit is veeleer een vraag van bewijswaardering dan van zuivere tegenstrijdig verweer. Dat laatste vereist immers dat de feiten zich niet allebei kunnen hebben voorgedaan.

Ook kan het druppelsgewijs verweer in strijd zijn met de eisen van een loyale procesvoering, zoals hoger reeds werd besproken (randnr. 72), maar op het bewijs heeft dit maar gevolgen indien het verweer daardoor ongeloofwaardig wordt, of indien daardoor bewijsmogelijkheden worden ontnomen.

**(109.)** Tenslotte kan een laattijdige betwisting rechtsverwerking meebrengen, zoals reeds in randnr. 45 werd besproken. De beoordeling hiervan geschiedt grotendeels ongeacht het aan de gang zijn van een geding, op grond van het gewekte vertrouwen en het verhinderen van een degelijk (tegensprekelijk) bewijs. Ik heb dit vraagstuk elders reeds uitvoerig besproken<sup>47</sup>.

Is aan de voorwaarden voor rechtsverwerking nog niet voldaan, dan kan het niet tijdig in een proces betwisten weliswaar op zich geen erkenning (bekentenis) vormen, maar wel een vermoeden dat de bewijslast omkeert op de partij die laattijdig betwist.<sup>48</sup>

#### **2.1.2.5. Het bewijsrisiko en de bewijslasten.**

**(110.)** Voor de overblijvende geschilpunten rijst de vraag die men gewoonlijk "de bewijslast" noemt. O.i. moet men echter goed twee begrippen onderscheiden: 1° "het" bewijsrisiko (ook objectieve bewijslast genoemd) en 2° de "bewijslasten" (ook subjektieve bewijslast genoemd, waarvoor wij evenwel om nog op te geven redenen uitdrukkelijk het meervoud gebruiken). Ten onrechte worden deze twee niet onderscheiden en beschouwt men het bewijsrisiko gewoon als de keerzijde van "dé" (subjektieve) bewijslast.

Vooraleer dit onderscheid verder uit te werken moet eerst een kritiek gegeven worden op art. 870 ger.W., dat - anders dan art. 1315 B.W. - een uitermate slecht opgestelde bepaling is.

**(111. kritiek op art. 870 ger.W.)** Uit de voorbereidende werken kunnen we opmaken dat de bedoeling van art. 870 ger.W. er uitsluitend in bestond art. 1315 B.W. te bevestigen en te veralgemenen in alle aangelegenheden<sup>49</sup>. Nochtans wijkt de verwoording van art. 870 behalve wat zijn

<sup>46</sup> Zie b.v. Rb. Turnhout 7 februari 1989, Meyvis t. Janssens, A.R. nr. 48.064 (eerst beweren bepaalde goederen niet te bezitten en eerst later schenking inroepen).

<sup>47</sup> In *De invloed van de goede trouw op kontraktuele schuldvorderingen*, hoofdstuk 7 en 8. Adde b.v. Vred. Maasmechelen 12 januari 1990, Bekaert t. Caubergh en Broux, A.R. nr. 8033; Vred. Maasmechelen 12 januari 1990, A.G. 1830 t. pvba Van Zon t. AVM, A.R. nr. 89/0176.

<sup>48</sup> Vgl. N. VERHEYDEN-JEANMART, "La charge de la preuve", *La preuve, Colloque UCL 1987*, 2.

<sup>49</sup> Ch. van REEPINGHEN, *Verslag over de gerechtelijke hervorming I*, 357.

(verruimd) toepassingsgebied betreft nog op drie punten af van die van art. 1315 B.W., en is het telkens een verslechtering in plaats van een verbetering.

Ten eerste spreekt art. 870 ger.W. alleen over het bewijs van feiten, terwijl art. 1315 B.W. spreekt van het bewijs van de verbintenis (schuldvordering). De letter van art. 870 ger.W. verengt dus ten onrechte het voorwerp van het bewijs (zie hoger<sup>50</sup>).

Ten tweede geeft art. 870 ger.W. de indruk dat de eiser het bewijs moet leveren van *alle* feiten die hij aanvoert, ook van diegene waarvan de aanvoering overbodig is om zijn aanspraak toegewezen te krijgen. Het feit dat de eiser meer feiten aanvoert dan nodig, wijzigt in beginsel nochtans niets aan bewijslast of bewijsrisiko. Het gaat enkel om de rechtsfeiten op de rechtsgevolgen waarvan men zich beroept<sup>51</sup>. Art. 1315 B.W. daarentegen laat duidelijk zien dat de toedeling van de bewijslast of het bewijsrisiko afhankelijk is van de splitsing van de betwisting in geschilpunten, en dit was ongetwijfeld ook de bedoeling met art. 870 ger.W.<sup>52</sup>.

Ten slotte - en dat is hier het belangrijkste - legt art. 870 ger.W. de bewijslast gelijk met de aanvoeringslast<sup>53</sup>. Dat hiermee afgeweken wordt van art. 1315 B.W. is minder opvallend, omdat art. 1315 B.W. niet over de aanvoeringslast spreekt, maar enkel over de bewijslast. Nochtans zijn er duidelijk gevallen waarin de eiser bepaalde feiten moet aanvoeren, waarvan hij het bewijs echter niet moet leveren. Zo moet de eiser die de uitvoering van een verbintenis vordert, weliswaar stellen dat deze niet reeds is uitgevoerd (dit volgt b.v. uit het vereiste van voorafgaande ingebrekestelling), maar moet hij de niet-uitvoering niet bewijzen : het is in tegendeel de verweerder die de uitvoering moet bewijzen (art. 1315 B.W.). Zo zijn er nog meer gevallen waarin de vrijstelling van bewijs verschilt van de vrijstelling van aanvoering.

**(112. kritiek op art. 870 - vervolg)** Er zijn meer grondliggende redenen - afgezien dus van de vraag of art. 870 ger.W. afwijkt van art. 1315 B.W. - waarom bewijslast of bewijsrisiko niet reeds principieel gelijk mogen worden gelegd met de aanvoeringslast.

a) Een eerste reden betreft de grondslag van beide lasten. Weliswaar is de grondslag in beide

---

<sup>50</sup> Overigens spreekt ook Ch. van REEPINGHEN, *Verslag over de gerechtelijke hervorming I*, 354 van het bewijs van de *aanspraak* en van de *exceptie* (en niet enkel van het bewijs van feiten).

<sup>51</sup> Vgl. het nederlandse art. 177 Rv. (nieuw) .

<sup>52</sup> Vgl. noot 49.

<sup>53</sup> Vgl. eerder reeds voor deze opvatting M. STORME, *De bewijslast in het belgisch privaatrecht*, nr. 24 v.

gevallen de "*normale gang van zaken*"<sup>54</sup>, bepaald volgens een dialektiek van regel en uitzondering. Nochtans gaat het om een anders te beoordelen normaliteit. De normaliteit die de aanvoeringslast bepaalt is de normaliteit vóór en dus buiten het proces, de buitengerechtelijke normale gang van zaken in abstracto, ongeacht de concrete omstandigheden van het geschil. De normaliteit die het bewijsrisiko (objektieve bewijslast) bepaalt is de normale gang van zaken die in rechte gesteld werden, maar niet bewezen geraakt zijn, doch waarvan evenmin het tegendeel bewezen geraakte. Het is de waarschijnlijkheid zoals die in het proces is gegroeid. Welnu, tussen de rechtsingang en de uitspraak van de rechter kan in een proces heel wat gebeuren dat de aanvoeringslast niet raakt, maar wel het bewijsrisiko, nl. de hele bewijsvoering en bewijswaardering. Daarvoor moet de normale gang van zaken in concreto bepaald worden, wisselend volgens de gegevens van elk geding<sup>55</sup>, en grotendeels afhankelijk van de houding der partijen in het geding. De feiten op grond waarvan het bewijsrisiko dan dient te worden toebedeeld zijn de stellingen van de partijen, de bestanddelen der betwisting waarover wel bewijs geleverd werd, het ontbreken van een (wettelijk of rechterlijk) voldoende bewijs betreffende een volgend bestanddeel, de (onvoldoende geachte) bewijsmiddelen daarvoor aangebracht.

Zo b.v. is het bewijsrisiko nopens de niet-nakoming niet toe te bedelen volgens het antwoord op de vraag of schuldenaars gewoonlijk dergelijke verbintenissen nakomen of niet-nakomen. Het moet toebedeeld worden volgens het antwoord op de vraag of, zo de schuldenaar de nakoming aanvoert en de schuldeiser de niet-nakoming, en noch het ene noch het andere bewezen geraakt, de nakoming normaal al dan niet heeft plaatsgevonden. Zo ook is het bewijsrisiko nopens de toerekening van een tekortkoming (inspannings- vs. uitslagverbintenis) niet toe te bedelen volgens het antwoord op de vraag of de uitvoering gewoonlijk lukt of niet lukt. Het moet toebedeeld worden volgens het antwoord op de vraag of, zo het niet slagen door de ene partij aan de schuld van de schuldenaar, door de andere aan een vreemde oorzaak geweten wordt, en de oorzaak onbekend blijft, de schuldenaar daaraan gewoonlijk schuld heeft of niet.

b) Een tweede reden is de reeds besproken betwistingslast. Uit het feit dat de verweerder (of de eiser in zijn repliek op een exceptie) de aangevoerde feiten moet betwisten, blijkt dat beide partijen

---

<sup>54</sup> Zie b.v. J. DABIN, "La technique de la preuve juridique, spécialement en droit civil", *B.J.* 1932, (354) 359 ("La charge de la preuve est imposée à celui qui, demandeur ou défendeur, allègue un fait contraire à la normalité (matérielle ou juridique), ce qui sera apprécié par le juge, d'après l'expérience de la vie, à moins que le doute ne soit levé par la loi elle-même définissant le normal et le présumant en l'espèce"); R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, Paris 1911, 542 v.; G. STEVIGNY, *R.W.* 1957-58 ("De bewijslast rust op wie zich beroept op een afwijking van de normale en gewone gang van zaken of van een DEKKERS toestand"); J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, nr. 73-74 en 83. Vgl. H. de PAGE & R. Dekkers, *Traité*, III nr. 728 B en 729; W. GANSHOF van der MEERSCH, noot onder Cass 20 nov 1970, *Arr.* 1971, 263 v.; A. PITLO, *Bewijs en verjaring*, 38 (aanhaling van Rb. Breda 18 december 1951, *NJ* 1953, 29 : "de bewijslast rust op diegene van de partijen, wiens standpunt het meest afwijkt van hetgeen naar algemene ervaringsregelen, in verband met de plaatselijke situatie, het meest voor de hand ligt").

<sup>55</sup> Zie de auteurs aangehaald bij randnr. 113.

omtrent de rechtsfeiten stelling moeten nemen. Volgens de letter van art. 870 ger.W. zouden dan ook beide partijen "de" bewijslast dragen.

c) Een derde reden tenslotte is dat het bewijsrisiko niet alleen door de normale gang van zaken dient te worden bepaald, maar ook door de *bewijsgeschiktheid*. O.i. ligt dit reeds besloten in art. 1315 B.W.<sup>56</sup> en hoeft men niet eens "contra legem" te redeneren om het bewijsrisiko mee door de bewijsgeschiktheid der partijen te laten bepalen, omdat om wetshistorische redenen aan art. 870 ger.W. geen andere betekenis mag worden gegeven dan aan art. 1315 B.W. Doch zelfs wanneer men uitgaat van het onjuiste vertrekpunt dat bewijslast en bewijsrisiko in beginsel rusten op de partij die de feiten moet aanvoeren, dient men tot hetzelfde resultaat te komen, en wel op grond van het beginsel van de goede trouw. Deze redenering - evenwel zonder het begrip goede trouw te noemen - vinden we heel duidelijk in het Mecadox-arrest<sup>57</sup>, geveld op een prejudiciële vraag betreffende de bewijslast geïmpliceerd in art. 13 A Merkenwet. Na te hebben gesteld dat art. 13 A, 3 verwoord is als 'uitzondering' op art. 13 A, 1 en dat men dus kan stellen dat de partij die de derde alinea inroept de (wettelijke) bewijslast daarover draagt, overwoog het Hof :

"dat het vorenstaande niet belet dat de rechter, rekening houdend met de stellingen van partijen en de omstandigheden van het geval zaak, de (eiser) geheel of ten dele met bewijs belast;  
dat genoemd artikel er zich met name niet tegen verzet dat de rechter voor de verdeling van de bewijslast betekenis toekent aan de omstandigheid dat een der partijen reeds een begin van bewijs heeft geleverd, aan de moeilijkheid om een negatief bewijs te leveren, en aan de vraag voor welke partij onder de gegeven omstandigheden het leveren van bewijs het minst bezwaarlijk is "

Een vergelijkbare redenering - met ditmaal een uitdrukkelijke verwijzing naar de goede trouw - vinden in het nieuwe nederlandse art. 177 Rv. :

"De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen, van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit".

- men weet dat de begrippen "redelijkheid en billijkheid" in Nederland synoniem zijn met *de goede trouw van het handelen* -.

Eenzelfde redenering vinden we ook in "la meilleure doctrine" gepubliceerd voor en na de

---

<sup>56</sup> Vgl. N. VERHEYDEN-JEANMART, *La preuve, Colloque UCL 1987*, nr. 3 : "L'art. 1315 a un double fondement : la normalité et la meilleure aptitude à la preuve".

<sup>57</sup> Benelux-gerechtshof 6 juli 1979, Pfizer inc. t. b.v Meditec en A.J.T. van den Broek, *R.D.I. (Ing.C.)*1979, 251.

invoering van het gerechtelijk wetboek<sup>58</sup>.

**(113. eigen opvatting)** O.i. ware het nog beter om de rechtstreekse redenering te volgen en af te stappen van de idee dat de bewijslast en het bewijsrisiko in beginsel bepaald worden door de aanvoeringslast<sup>59</sup>. Bewijslast en bewijsrisiko mogen *niet afhangen van de toevallige processuele positie* als eiser of verweerder<sup>60</sup>, die te zeer naar beati possedentes zweemt; dit zou de kwade trouw bevorderen, omdat iedere partij zou proberen de tegenpartij voor voldongen feiten te stellen om zich in de positie van verweerder te kunnen verschansen. Zij moeten in beginsel bepaald worden volgens de aard van rechtsfeiten om het bewijs waarvan het gaat en volgens de aard van de verhouding tussen partijen, die tevens bepaalt in welke mate partijen medewerking verschuldigd zijn bij de bewijsvoering. Het ware beter te vertrekken van de idee dat de *bewijslast* bepaald wordt door *de geschiktheid om zich bewijsmateriaal* voor de desbetreffende feitelijke toedracht *te verschaffen*, en het *bewijsrisiko* eveneens daarvan uitgaat, doch gekorrigeerd wordt door de normaliteit en waarschijnlijkheid die in het proces groeit door de bewijswaardering, o.m. van de gedraging der partijen<sup>61</sup>.

Wil men die stap niet zetten, dan moet men minstens aanvaarden dat de aanvoeringslast m.b.t. het bewijs alleen de last inhoudt om de (mogelijke) bewijsmiddelen te "suggereren", nl. door een maatregel te vragen waardoor dat bewijs kan worden geleverd, wat niet betekent dat het door diezelfde partij moet worden geleverd<sup>62</sup>, en evenmin, dat zo het niet geleverd wordt, de belaste partij automatisch het bewijsrisiko draagt. Immers, vanaf dat ogenblik - zodra het een *welbepaalde* bewijsmaatregel betreft - heeft de wederpartij een medewerkingsplicht (zie hoger randnr. 84).

---

<sup>58</sup> B.v. G. STEVIGNY, *R.W.* 1957-58, (129); R. de CORTE & J. LAENENS, *TPR* 1980, (447) 491 nr. 108 : "Deze regel (bedoeld wordt art. 870 en 1315) die over en weer tussen partijen geldt, is nochtans niet absoluut. Hij wordt geconditioneerd door de fair play die de partijen elkaar verschuldigd zijn en de plicht die ze hebben aan de bewijsvoering mee te werken (art. 871 en 877-882 ger.W.)".

M. STORME, *De bewijslast in het belgisch privaatrecht*, daarentegen, wil de billijkheid enkele bij de bewijswaardering laten spelen, maar niet bij de bepaling van de bewijslast.

<sup>59</sup> Vgl. in die zin o.a. W.L. HAARDT, "De beginselen van het burgerlijk bewijs", Preadvies nederlandse Juristenvereniging, *H.N.J.V.* 1951, 73; A. PITLO, *Bewijs en verjaring*, 37; E. BARTIN, in AUBRY & RAU, XII § 749 noot 20 bis : De verdeling hangt af van de feiten, en niet van hun juridische kwalifikatie als rechtsscheppend of rechtverhinderend of -vernietigend; M.L. KAN, *Bewijslast en bewijswaardering*, passim; LAND-EGGENS, 53; H. SCHOORDIJK, "De bewijslastverdeling onder het nieuwe bewijsrecht", *WPNR* 5937, 687.

<sup>60</sup> Het feit dat bij een onsplitsbare bekentenis de bewijslast niet bepaald wordt door de aard van de feiten waarop de exceptie gegrond wordt, maar nog steeds op de aard van de feiten waarop de eis gegrond wordt, is daarop geen uitzondering, gezien de onsplitsbare bekentenis precies géén (echte) bekentenis is.

<sup>61</sup> Een zeker onderscheid tussen bewijslast en bewijsrisiko werd zo ook reeds gemaakt door G. STEVIGNY, *R.W.* 1957-58, (129) nr. 80 en M. STORME, *De bewijslast*, nr. 35 (al komen zij daarbij veeleer tot de omgekeerde stelling dan de onze, nl. tot de stelling dat art. 1315 B.W. het bewijsrisiko bepaalt en niet de bewijslast).

<sup>62</sup> Vgl. R. DEKKERS, *R.C.J.B.* 1959, (148) 149; H. de PAGE & R. DEKKERS, *Traité*, III nr. 729 A.

Indien dan de wederpartij geschikter blijkt dan de eerste om het bewijs te leveren, en dat niet doet, dan verhindert zij een voorwaarde voor de toewijzing van de vordering van eerste partij, en moet deze voor vervuld worden gehouden (art. 1178 B.W.)<sup>63</sup>. Het resultaat is uiteindelijk hetzelfde : ook wanneer men van de aanvoeringslast vertrekt, komt men via de bewijswaardering en het verwerkingsbeginsel dat o.m. in art. 1178 B.W. uitdrukking vindt, tot hetzelfde resultaat.

**(114. uitwerking - bewijsrisiko en bewijslasten)** Het is volgens deze lijnen dat we het onderscheid tussen de subjektieve bewijslasten en het objektieve bewijsrisiko willen ontwikkelen.

Het bewijsrisiko zegt namelijk niet wie moet bewijzen, maar wie het risico draagt dat een bepaald rechtsfeit niet bewezen geraakt<sup>64</sup>. Dit is iets anders omdat het bewijs van een rechtsfeit niet noodzakelijk moet geleverd worden door de partij die het bewijsrisiko draagt indien dat rechtsfeit niet bewezen geraakt. Het kan door de wederpartij geleverd worden, het kan afgeleid worden uit een processueel feit dat de rechter in het geding vaststelt ook zonder dat het door één der partijen als bewijsmiddel is aangevoerd, het kan afgeleid worden uit een door de rechter ambtshalve opgespoord bewijsmiddel<sup>65</sup>. Het bewijsrisiko is hoe dan ook het resultaat van de bewijswaardering.

Naast deze "objektieve bewijslast" dient men o.i. daarnaast een begrip te ontwikkelen van "bewijsObliegenheiten" of (subjektieve) "bewijslasten". Het betreft lasten om bewijsmateriaal aan te schaffen of aan te brengen, die steeds op een welbepaalde - namelijk de daartoe meest geschikte - partij rusten. Weliswaar kan de niet-naleving ervan ertoe leiden dat de belaste partij het bewijsrisiko draagt, doch dit hoeft niet noodzakelijk zo te zijn.

De vraag van het bewijsrisiko komt slechts ter sprake nadat de betwisting gesplitst is in meerdere geschilpunten én na de waardering van de bewijsmiddelen, dus op het einde van het geding. De bewijslasten daarentegen komen reeds ter sprake in de loop van het geding (processuele bewijslasten) en veelal zelfs reeds voor het geding (preprocessuele bewijslasten) (zie verder over dit onderscheid randnr. 116).

Niet voor elk geschilpunt geldt een éénduidige bewijslastregel, die zegt wélke partij bewijsmateriaal moet voorbrengen. Bewijslastregels werden in ons recht weliswaar ontwikkeld voor de meest typische geschilpunten - b.v. voor het gesteld zijn van een rechtshandeling - , doch niet voor alle mogelijke geschilpunten. De fout van alle klassieke bewijslasttheorieën (zelfs van de

<sup>63</sup> DEKKERS, *R.C.J.B.* 1959, (148) nr. 22, naar analogie met art. 1178 BW, art. 252 en 330 (oude) CPc.

<sup>64</sup> R. DEKKERS, *R.C.J.B.* 1959, (148) 149 nr. 4; M. STORME, *De bewijslast* nr. 6; e.a.

<sup>65</sup> Zie b.v. de artt. 871, 877 v., 916, 962, 992 ger.W.

procesrechtelijke theorie, die wij graag volgen wat het bewijsrisiko betreft), is dat zij zich verplicht voelen voor de subjektieve bewijslast regels te ontwikkelen die voor alle geschilpunten kunnen gebruikt worden, hoewel het alleen de vraag van het bewijsrisiko is die steeds rijst, niet die van de bewijslasten. Er zijn geschilpunten waarvoor met een vrij grote algemeenheid één partij als de tot bewijs meest geschikte kan worden aangeduid, zoals meer bepaald bij rechtshandelingen (de partij die krediet geeft moet zich maar een bewijs verschaffen van de schuld). Maar er zijn nog veel meer geschilpunten - de meeste rechtsfeiten - waar noch naar rechtsregels noch naar ervaringsregels één bepaalde partij algemeen als de tot bewijs meest geschikte kan worden beschouwd. Toch moet ook in die gevallen het bewijsrisiko worden toebedeeld. Ook daarin verschillen bewijsrisiko en bewijslast dus.

**(115. bewijslasten en aanvoeringslast)** Waar het bewijsrisiko in zijn grondslag nog iets gemeen heeft met de aanvoeringslast, nl. de normaliteitsgedachte, is er nauwelijks rechtstreeks verband tussen de aanvoeringslast en de bewijslasten (in de zin waarin wij dit woord gebruiken). Bewijslasten worden opgelegd op grond van de bewijsgeschiktheid, voor de aanvoeringslast speelt deze geen rol. Deze bewijsgeschiktheid vindt uitdrukking in wettelijke en gewoonterrechtelijke regels, alsook in regels die uit de goede trouw kunnen worden afgeleid. De 'Obliegenheit' voor de meest geschikte partij om zich bewijsmateriaal te verschaffen of het te behouden vloeit immers voort uit de goede trouw, ook in die gevallen waarin ze niet wettelijk is bepaald. De niet-naleving daarvan wekt een vermoeden tegen de belaste partij, in geval van wettelijke bewijslast een wettelijk (of kwasi-wettelijk) vermoeden.

Het enige verband tussen aanvoeringslast en bewijslast is dan ook, zoals gezegd, dat de aanvoeringslast de last inhoudt om de (mogelijke) bewijsmiddelen te "suggereren", nl. door een maatregel te vragen waardoor dat bewijs kan worden geleverd. De eigenlijke bewijslast echter zal dan afhangen van de vraag wie de meest geschikte partij is. Het bewijsrisiko zal daarvan afhangen tesamen met de gehele bewijswaardering.

**(116. drie soorten bewijslasten)** Uit het voorgaande volgt dat het nodig is de algemene bewijslast, zijnde de last om zich bewijsmateriaal te verschaffen en bewijs te voeren, voor elk soort rechtsfeit te specificeren tot specifieke bewijslasten voor de meest geschikte partij volgens de aard van de feiten en van de partijverhouding. In termen van bewijslast volstaat het niet te stellen dat een partij "dé" bewijslast draagt, maar moet men specificeren wélke bewijslast zij draagt.

Onder deze bewijslasten kan men o.i. een onderscheid maken tussen  
- de materieelrechtelijke bewijslasten die met de materieelrechtelijke verhouding samenhangen en aangeven wie in het algemeen de meest geschikte partij is om een bepaald soort rechtsfeit te bewijzen;

- de uit de aanvoeringslast voortvloeiende last om voldoende bewijsmaatregelen te suggereren;
- de procesrechtelijke last om mede te werken aan de bewijsvoering, ongeacht de twee vorige.

De bewijslasten van de eerste soort zijn in beginsel reeds preprocesuele lasten : het zijn lasten om zich ten tijde van het rechtsfeit of kort daarna reeds bewijsmateriaal te verschaffen. Dit wordt bijzonder precies verwoord door een arrest van het Hof van Brussel :

"la charge de la preuve implique l'obligation de prendre dans un délai raisonnable toute mesure nécessaire à l'administration de cette preuve".

De bewijslasten van de derde soort heten procesrechtelijk, maar kunnen bij elke bewijsprocedure voorkomen, ook buiten een geding om, b.v. ook bij een minnelijk deskundigenonderzoek of een minnelijke tegensprekelijke vaststelling vooraleer er enig geding is.

Deze bewijslasten worden nader uitgewerkt onder 2.2.1. en 2.2.2.

#### **2.1.2.6. De bijkomende mededelingslast van de niet bewijsbelaste partij**

(117.) In randnr. 107 werd reeds aangegeven dat de betwistingslast veelal reikt dan enkel de gestelde feiten, en namelijk wanneer men de feitelijke toedracht beter kent dan de wederpartij. Een dergelijke mededelingslast kan meer algemeen uit de goede trouw worden afgeleid wanneer de niet bewijsbelaste partij een betere kennis heeft van feiten die op de bewijsvoering invloed hebben<sup>66</sup>. Het zijn gevallen waar het niet redelijk is om gewoon de bewijslast op die partij om te leggen, omdat de wederpartij beter geschikt is om het bewijs te leveren of daartoe volgens materiële rechtelijke regels gehouden is. Doch om aan de bewijslast te ontsnappen moet de niet beleste partij wel toelichting geven bij de feitelijke omstandigheden of de bewijsmiddelen die zij (beter) kent of dient te kennen. Dit is b.v. het geval voor de verweerder :

- wanneer het gestelde rechtsfeit niet "zomaar" onjuist kan zijn, doch slechts in een bepaalde mate of op bepaalde punten onwaar kan zijn (vgl. de betwisting van een faktuur, een schadebestek, een afrekening in een rekening-courant, e.d.m.);
- bij betwisting van een negatief feit (b.v. het niet-gebruiken van een merk);

Wanneer omgekeerd de eiser de feiten gemakkelijker kent of kan kennen, dan dient hij eerst te

---

<sup>66</sup> Zie M. STORME, *De bewijslast in het belgisch privaatrecht*, nr. 205; R. STÜRNER, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, ; P. ARENS, "Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partie im Zivilprozeß", 96. *ZZP* 1983, 1 v.; R.J. TJITTES, "Een mededelingsplicht voor een procespartij als tegemoetkoming aan een onrdelijk bewijsrisico voor diens wederpartij", *NJB* 1988, 1128; A. HAMMERSTEIN, *TPR* 1989, 1601; H. SCHOORDIJK, *WPNR* 5937, 684..

specificiëren in geval van betwisting : dit is b.v. het geval bij een door de telefoonmaatschappij niet-gespecificeerde telefoonrekening.

De sanktie bij verzuim aan deze mededelingslast is de omkering van de bewijslast (en dus in beginsel van het bewijsrisiko).

Een voorbeeld van deze mededelingslast vinden we in het reeds in de inleiding van dit verslag genoemde Mellery-arrest : Cockerill-Sambre riep de onjuistheid in van een technische bijlage bij een proces-verbaal van het Comité voor veiligheid en gezondheid van het bedrijf, waarin een opsomming gegeven werd van de geproduceerde afval, welke op de stortplaats Mellery wordt gestort, zonder echter de fouten aan te geven of op verantwoorde wijze de voorstelling tegen te spreken. Het Hof van Brussel beschouwde deze betwisting van de bijlage als onvoldoende precies en achtte de door de eisers gestelde feiten bewezen<sup>67</sup>.

**(118.)** Ook hier kan men een onderscheid maken tussen de processuele mededelingslasten en pre-processuele mededelingslasten (protestlasten). Het verzuim aan deze laatste leidt dikwijls tot rechtsverwerking, omdat een behoorlijk bewijs niet langer meer mogelijk is en de verzuimende partij daarvan het risico dient te dragen.

Zo wordt de vereiste van gemotiveerd en precies protest gesteld bij faktuurprotest en bij protest tegen gebrekkige uitvoering<sup>68</sup>. Een mooi voorbeeld vinden we ook in het Pekingeedenarrest<sup>69</sup>. In een mestcontract voor gespreide leveringen van pekingeeden van welbepaalde kwaliteit was bedongen dat de koper bepaalde kortingen kon toepassen indien de eenden niet aan de overeengekomen kwaliteit zouden beantwoorden, met name vuil, slecht gevederd of niet nuchter zouden zijn. Na enkele leveringen begon de koper massaal deze korting toe te passen, met mondelinge toelichting, en betaalde voor het overige, na aftrek van de korting, dadelijk. De kweker protesteerde enkele keren mondeling, maar zat verder stil. Eerst maanden na de laatste levering maande hij de koper schriftelijk aan tot betaling. Op dat ogenblik kan deze het tekort aan kwaliteit van de eenden natuurlijk niet meer bewijzen, wat hij in beginsel diende te doen. Toch veroordeelde het Hof van Arnhem de koper enkel tot betaling van die kortingen waartegen de kweker

---

<sup>67</sup>Hof Brussel 2 november 1989, nv Cockerill-Sambre t. Louterman e.a., *J.L.M.B.* 1989, 1475, *J. des Procès*, nr. 161, 30 noot B. JADOT en F. OST.

<sup>68</sup>Zie b.v. kh. Kortrijk 6 december 1984, L. Vyncke t. L. van den Bulcke, AR. 1553/83; Hof Gent 22 mrt 1985, D. en V. t. H., *T.G.R.* 1985 nr. 81; A. CLOQUET, *De factuur*, nr. 556 v.; E. DIRIX en G.L. BALLON, *De factuur* nr. 205 v.; L. & S. FREDERICQ, *Handboek* nr. 1638, 2; J. LIMPENS e.a. *La vente* nr. 455 in fine; J. HEENEN & J. LIBOUTON, "Examen de jurisprudence", *RcJb* 1979 nr. 23; M.E. STORME, *De invloed van de goede trouw op konbtraktuele schuldvorderingen*, nr. 496.

<sup>69</sup>Hof Arnhem 18 november 1964 en 12 april 1967 en HR 5 april 1968, Oldenhove t. Calot, *NJ* nr. 251 noot G.J. SCHOLTEN.

onmiddellijk had geprotesteerd. De Hoge Raad verwierp de door de kweker ingestelde voorziening op grond van de goede trouw en vatte het arrest daarbij zo samen dat :

"enerzijds Calot terstond na iedere levering kennis diende te geven van de door haar toegepaste kortingen, en wel zodanig dat Oldenhave de redenen daarvoor kon begrijpen, maar dat anderzijds Oldenhave, indien hij tegen die redenen bezwaar had telkens zo spoedig mogelijk Calot van zijn desbetreffende bezwaren op de hoogte diende te brengen, teneinde Calot de gelegenheid te geven tijdig de kwaliteit van het geleverde zodanig te doen vaststellen dat zij daaromtrent in een eventueel geding bewijs of tegenbewijs zou kunnen leveren".

Vergelijkbaar is de regel van art. 91 A § III, 3° Scheepvaartwet, volgens dewelke de partij - in casu de kapitein - die een zaak ontvangt, slechts voorbehoud kan maken (door middel van een "onbekendheidsbeding") wanneer hij redelijkerwijze niet in de gelegenheid was de opgegeven kenmerken na te zien. En in randnr. 45 werden reeds andere gevallen van rechtsverwerking wegens gebrek aan protest aangegeven.

### 2.1.3. De betrekkelijke autonomie van het privaats bewijsprocesrecht tegenover het materieel recht en materieel bewijsrecht .

(119. vraagstelling) De in dit verslag reeds meermaals besproken medewerkings- en mededelingsplichten bij de bewijsvoering doen de vraag rijzen naar de autonomie van het bewijsprocesrecht. Het is de vraag of een eventueel recht op bewijsvoering en een eventueel recht om zich tegen bewijsmaatregelen te verzetten dient te worden beoordeeld ongeacht de gegrondheid - en dit wil zeggen de bewijsbaarheid - van de aanspraak voor het bewijs waarvan de maatregel gevraagd wordt.

We bespreken hier enkel het privaats bewijsprocesrecht (het onderscheid kan belangrijk zijn, b.v. voor het vraagstuk van de onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen)

Zoals men in beginsel een algemeen *ius agendi* erkent ongeacht de gegrondheid van de vordering, maar wel beperkt door het even algemene recht van verdediging, zo moet men nagaan of er eveneens een recht op bewijsvoering bestaat ook indien uit die bewijsvoering niet het verhoopte bewijs zou opleveren, en of er omgekeerd een recht bestaat om zich tegen bewijsmaatregelen te verzetten, zelfs wanneer die maatregelen precies het bewijs van het betwiste rechtsfeit zouden opleveren.

De eerste vraag vinden we in het vraagstuk van de deklaratore eis, m.b. de eis tot vaststelling van bewijs *ad futurum*.

De tweede vraag vinden we b.v. in het vraagstuk van de onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen of van de niet-tegensprekelijke bewijsvoering.

(120. stellingname) Zoals reeds in randnr. 58 gesteld, dient men in beginsel inderdaad van dergelijke rechten uit te gaan<sup>70</sup>, omdat het behoorlijk geschieden van de vaststelling van betwiste feiten of feiten waarover betwisting kan ontstaan een afzonderlijke waarde heeft in een rechtsstaat. Het "recht op bewijs" is daarbij eveneens een tegengewicht voor het verbod van eigenrichting.

Het "recht op bewijs" is aan geldigheidsvoorwaarden en lasten onderworpen, net zoals het recht om te vorderen (zie randnr. 14). Ook hier moet een onderscheid gemaakt worden tussen vormvoorwaarden voor de vordering of het verzoek tot bewijsmaatregelen, die met nietigheid kunnen gesanktionerd worden, en de toelaatbaarheidsvoorwaarden voor dergelijke vordering of

---

<sup>70</sup> Zie b.v. STORME, *De bewijslast*, nr. 219 met verw. naar F. GENY; G. GOUBEAUX, "Le droit à la preuve", *La preuve en droit*, red. Ch. Perelman en P. Foirers, Bruylant Brussel 1981, (277) 280 v.; W. HABSCHEID, "Das Recht auf Beweis", 96. *ZZP* 1983, 306 v.; M. TARUFFO, "Le droit à la preuve", *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung, Diskussionsberichte zum VII. internationalen Kongress für Prozeßrecht, Würzburg 1983*, Gieseking, Bielefeld, (41) 43 v.

verzoek, meer bepaald het vereiste belang, zoals aangegeven in art. 18 ger.W. Ook hier kan het recht op bewijsvoering (d.i. om een bewijsmiddel aan de waardering van de rechter voor te leggen) of om zich tegen de waardering van een bewijsmiddel te verzetten verwerkt worden door een daarmee strijdige processuele (of preprocesuele) gedraging.

Anderzijds mag ook deze autonomie van het (bewijs)procesrecht niet te ver gaan. Zo moet het belang ruim worden uitgelegd (zie hoger randnr. 84). Zo b.v. moet, vooraleer tot de uitsluiting van bewijsmiddelen besloten wordt op grond van het recht van verdediging, nagegaan worden of de mogelijkheid om het bewijsmiddel na het in debat brengen ervan op haar waarde te betwisten (een vraag van bewijswaardering in plaats van processuele toelaatbaarheid) en eventueel tegenbewijs te leveren geen voldoende waarborg is voor de verdediging (zie voor het onderscheid tussen beide hoger randnrs. 58 en 96). Op grond van de normdoelleer moet dit gesteld worden, en de wetgever is blijkbaar dezelfde mening toegedaan, gezien hij bij de bepalingen betreffende de bewijsmaatregelen in het ger.W. vrij zuinig met nietigheden is omgesprongen. Ook hier geldt de regel dat dergelijke nietigheden maar kunnen worden opgeworpen indien aangetoond wordt dat zijn belangen geschaad zijn (behoudens de gevallen van art. 862 ger.W.). Zo is de schending van de rechten van de verdediging in een bewijsprocedure (getuigenverhoor, deskundigenonderzoek, e.d.m.) in beginsel niet voldoende om de in die procedure ontstane bewijsmiddelen uit de debatten te weren. Dit laatste mag slechts geschieden indien het bewijsmiddel zelf (het proces-verbaal van getuigenverhoor, het deskundigenverslag) niet aan tegenspraak werd onderworpen (b.v. niet medegedeelde stukken uit de debatten weren), dan wel nietigheid wettelijk is voorgeschreven : pas op dat ogenblik krijgt het procesrecht voorrang<sup>71</sup>.

Het recht van verdediging inzake bewijs, d.w.z. het recht om zich ertegen te verzetten dat bepaalde (mogelijke) bewijsmiddelen aan de waardering van de rechter worden onderworpen (die daarbij volgens de regels van materieel bewijsrecht, de bewijswaarderingsregels, zal oordelen) eist in het algemeen enkel dat de aan de rechter voorgelegde bewijsmiddelen aan tegenspraak worden onderworpen, al kan daaraan toegevoegd worden dat het een recht op tijdige tegenspraak inhoudt (zie hoger randnr. 62 over het uit de debatten weren van laattijdig overgelegde stukken) en dat omgekeerd het recht op tegenspraak kan worden verwerkt (vgl. hoger randnr. 58). Slechts in bijzondere gevallen reikt het recht van verdediging inzake bewijs in het privaatrecht (anders dan

---

<sup>71</sup> Zie Cass. 22 mei 1978, RIZIV t. Litt, N.V.N.M., Arr., 1109, verwerping van een vooziening t. Hof Luik 15 november 1976, R.C.J.B. 1977, 602 noot J. van COMPERNOLLE, "Le Code judiciaire et la théorie des nullités". Het is anders bij een procedure van bindende derdenbeslissing ("expertise-arbitrage"), omdat de "expertiseprocedure" daarbij tegelijk ook "oordeelsprocedure" is, en de beslissing van de derde niet meer aan de rechterlijke (bewijs)waardering onderworpen wordt, maar uitsluitend aan een toetsing of de derde wel gehandeld heeft volgens de door partijen bepaalde maatstaven, zij het dat de maatstaf de redelijkheid en billijkheid is indien er geen meer bijzondere werd bedongen (zie M.L. STORME & M.E. STORME, TPR 1985, (713) nr. 16).

het strafrecht<sup>72</sup>) verder dan het recht op tegenspraak, namelijk in die gevallen waarin daardoor een materieel "recht van verdediging" (recht op privacy, recht op persoonlijke integriteit<sup>73</sup>) geschonden wordt, dat voorrang heeft op het materiële recht tot bewijs waarvan de gewraakte bewijsvoering strekt. Deze voorrang moet dan ook beoordeeld worden volgens de materieelrechtelijke verhouding tussen partijen (zo moet het recht op privacy gewaardeerd worden naargelang de aard van de verhouding en meer bepaald van de informatieplicht bij het sluiten van overeenkomsten). *De uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen is dan ook géén algemeen beginsel van privaat bewijs(proces)recht*<sup>74</sup>, *de uitsluiting van niet in het geding zelf aan tegenspraak onderworpen bewijsmiddelen wél.*

(121.) Het recht op bewijs is het recht om bepaalde bewijsmaatregelen aan de waardering van de rechter voor te leggen. Het doet dan ook géén afbreuk aan de bewijswaarderingsregels zelf, zelfs niet aan diegene die bepalen dat bepaalde soorten bewijsmiddelen voor het bewijs van bepaalde aanspraken geen enkele waarde hebben (wat ongelukkig ook ontoelaatbaarheid wordt genoemd)<sup>75</sup>. Een bewijswaarderingsregel zoals art. 1341 B.W., dat het bewijs door getuigen en vermoeden boven of tegen akten uitsluit, vormt een materiële bewijsregel die moet uitgelegd worden volgens de materieelrechtelijke verhouding tussen partijen (zie art. 1348 B.W.), dus niet zozeer volgens de processuele goede trouw, maar volgens de eisen van de goede trouw die uit de onderliggende partijverhouding zelf voortvloeien. Dergelijke regels kunnen niet opzijgezet worden op grond van een recht op waarheid in het proces, omdat zij *niets te maken hebben met de waarheid, maar met de gebondenheid* van partijen, met de onderscheiding van juridisch bindende beloften en gentleman's agreements<sup>76</sup>, met de onderscheiding tussen bindende overeenkomsten en prekontraktuele verhoudingen, e.d.m. Hetzelfde geldt voor wettelijke vermoedens die slechts een bepaald tegenbewijs mogelijk maken. In al deze gevallen verwoordt de bewijsregel een bijkomende materieelrechtelijke vereiste voor het ontstaan van bepaalde rechten. Dat deze regels als bewijsregels geformuleerd worden in plaats van als zuivere materiële regels, is een rechtstechniek, die historisch verklaarbaar is zoals de fictie. Het onderscheid tussen bewijsregels en materiële regels is, zoals ik reeds zei (randnr. 93), zeer betrekkelijk. Moet men niet, op grond van het

<sup>72</sup> In het strafrecht is de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen een "algemeen rechtsbeginsel", Cass. 16 juni 1987, Vanlandeghem t. Tuyten, Arr. nr. 627.

<sup>73</sup> Cass. 7 maart 1975, Arr., 765, verbreking. Zie genuanceerd GOUBEAUX, in *La preuve en droit*, red. Ch. Perelman en P. Foriers, (277) 289 v. Ook dit persoonlijkheidsrecht moet immers gewaardeerd worden volgens de aard van de verhouding en van het geschil., zoals b.v. blijkt uit de mogelijkheid van schending van de privacy tot vaststelling van overspel. Wie zijn ... verbrandt, moet op de blaren zitten.

<sup>74</sup> Zie b.v. E.H.R.M. 12 juli 1988, Schenk t. Zwitserland, NJ 1988, nr. 851. Vgl. H.R. 16 oktober 1987, Driesse t. van Gelder, NJ 1988, nr. 850.

<sup>75</sup> Sommige auteurs gaan hiertegen in, zo b.v. W. HABSCHIED, 96. ZZP 1983, 306 v.; . Deze fout wordt niet gemaakt door G. GOUBEAUX, in *La preuve en droit*, 277 v.

<sup>76</sup> Zie E. DIRIX, "Gentleman's agreements en andere overeenkomsten met onzekere rechtsgevolgen", Preadvies Vlaamse Juristnvereniging, R.W. 1985-86, 2120

algemeen rechtsbeginsel van de goede trouw, elke materiële rechtsregel als een soort vermoeden beschouwen, een sterk vermoeden weliswaar, maar toch een vermoeden dat opzijgezet kan worden op grond van omstandigheden die in de regel nog niet verdisconteerd zijn<sup>77</sup>.

(122.) De bewijswaarde van een stuk moet dus niet beoordeeld worden volgens processuele regels, maar volgens regels die geput worden uit de materieelrechtelijke verhouding. Of een eenzijdige expertise waarde heeft, hangt dus af van de aard van die verhouding, van de spoedeisendheid van de zaak, e.d.m.<sup>78</sup>. De waardering ervan kan overigens kan geschieden na het nemen van bijkomende bewijsmaatregelen door de rechter (b.v. aanvullend of nieuw deskundigenonderzoek, art. 987, 1-2 ger.W., verhoor van de deskundige, art. 987, 3). De rechter kan aldus tot het besluit komen dat het verslag een bepaald rechtsfeit niet bewijst, maar dat is iets geheel anders dan dit verslag uit de debatten te weren.

(123.) Uit het voorgaande volgt dat bij de bespreking van de rol van de goede trouw in het bewijsrecht een onderscheid kan worden gemaakt tussen

- enerzijds de rol bij de bewijsvoering, d.i. het recht om bewijsmiddelen te produceren c.q. zich tegen het voorleggen ervan te verzetten, ongeacht de bewijswaarde van dat middel (d.i. ongeacht de grond van de zaak)
- en anderzijds de rol bij de bewijswaardering zelf.

Nu is ook de gedraging van partijen bij de bewijsvoering zelf een gegeven dat bij de bewijswaardering een rol dient te spelen, en dus een mogelijk bewijsmiddel. Het is dan ook niet mogelijk de bewijsvoering en de bewijswaardering volledig gescheiden te bespreken. Wat wel mogelijk is, is een afzonderlijke bespreking van welbepaalde bewijsmiddelen, andere dan de gedraging der partijen bij de bewijsvoering. Die afzonderlijke bespreking hoop ik binnenkort in een afzonderlijke bijdrage te ondernemen, de bespreking van het laatste vindt plaats in 2.2.

---

<sup>77</sup> Zie hoger randnr. 7 en verder mijn *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 11 v. en m.b. 13. Vgl. S. SATTA, *Diritto processuale civile* nr. 96; ASSERSCHOLTEN, *Algemeen deel*, 5 en § 15-16 over rechtsverfijning.

<sup>78</sup> Zie b.v. kh. Gent 27 juni 1980, R.W. 1981-82, 2436 noot J. LAENENS.

## 2.2. Uitwerking van de rol van de goede trouw in de bewijsvoering en bij de bewijswaardering van de gedraging der partijen bij de bewijsvoering.

**(124. twee soorten bewijslasten)** In nr. 116 kwam ik reeds tot het besluit dat

- het nodig is de algemene bewijslast, zijnde de last om zich bewijsmateriaal te verschaffen en bewijs te voeren, voor elk soort rechtsfeit te specificeren tot specifieke bewijslasten voor de meest geschikte partij volgens de aard van de feiten en van de partijverhouding.
- uit de aanvoeringslast enkel kan worden afgeleid wie tijdens het proces bepaalde bewijsmaatregelen moet suggereren, maar niet hoe het bewijsrisiko moet worden gewaardeerd indien deze maatregelen niet tot bewijs leiden of niet meer tot bewijs kunnen leiden omdat de *tempus utile* daarvoor verstreken is.

De specifieke bewijslasten werden daarbij reeds onderscheiden in

- de materieelrechtelijke bewijslasten die met de materieelrechtelijke verhouding samenhangen en aangeven wie in het algemeen de meest geschikte partij is om een bepaald soort rechtsfeit te bewijzen;
- de uit de aanvoeringslast voortvloeiende last om voldoende bewijsmaatregelen te suggereren;
- de procesrechtelijke last om mede te werken aan de bewijsvoering, ongeacht de twee vorige.

We bespreken de eerste en de derde soort.

### 2.2.1. De lasten om zich bewijsmateriaal te verschaffen.

**(125.)** De bewijswaardering en dus het bewijsrisiko worden vooreerst mede bepaald door het oordeel wie van de partijen de meest geschikte was om zich bij of na het voordoen van de te bewijzen feiten - in tempore utile - bewijsmateriaal te verschaffen<sup>79</sup>. Dit noemen wij de eigenlijke bewijslasten. Dit oordeel geschiedt in beginsel aan de hand van ervaringsregels, doch voor bepaalde rechtsfeiten kan ook door de wet of de overeenkomst de bewijslast bepaald zijn.

**(126. wettelijke bewijslasten)** Dergelijke bewijslast is in ons rechtstelsel o.i. zoals gezegd niet voor alle soorten rechtsfeiten wettelijk bepaald, maar slechts voor de meest typische geschilpunten - zo b.v. het ontstaan van verbintenissen (art. 1315, 1 B.W.), de betaling (art. 1315, 2 B.W.), de eigendom (art. 2279 B.W.), de afstamming (art. 331 septies e.v.) -, de subjektieve goede trouw (art. 2268 B.W.), het eigen zijn van goederen van echtgenoten (art. 1468 B.W.), veelal echter niet voor de meer ondergeschikte geschilpunten (geschilpunten in tweede orde) - zo b.v. de toerekening van de niet-nakoming van een overeenkomst, e.d.m. -.

---

<sup>79</sup> Vgl. G. de LEVAL, "L'instruction sans obstructions", in *La preuve, Colloque U.C.L.* 1987, nr. 3.

In vele van die gevallen bepaalt de wet ook welk soort bewijsmateriaal de belaste partij zich moet verschaffen. Men kan dit *een verzwaaarde bewijslast* noemen. Het duidelijkste voorbeeld daarvan vinden we in art. 1341 B.W. voor het bewijs van rechtshandelingen in burgerlijke zaken :

"Een akte voor notaris of een onderhandse akte *moet worden opgemaakt* van alle zaken die de som of waarde van 3000 BF te boven gaan..."

Uit de tekst blijkt dat deze last samenhangt met de positie als schuldeiser en niet met de processuele positie van een partij.

Een ander voorbeeld is de last voor kooplieden om al hun zaken te boeken, d.i. om boekhouding te voeren. Dit is een wettelijke verplichting (W. 17 juli 1975), maar het is tevens een bewijslast omdat het ontbreken of de onregelmatigheid ervan de wederpartij toelaat zich op zijn eigen boekhouding te beroepen<sup>80</sup>.

Een derde voorbeeld is de bepaling van art. 1731 § 1 B.W. waar voor het bewijs dat het gehuurde goed zich bij de aanvang van de huur in een andere staat bevond, in beginsel een omstandige tegensprekelijke plaatsbeschrijving wordt vereist.

**(127. konventionele bewijslasten)** Bewijslasten kunnen in beginsel bij overeenkomst worden opgelegd, ook voor die feiten waarvoor er een wettelijke bewijslast is bepaald<sup>81</sup>. Dergelijke bedingen moeten echter te goeder trouw worden uitgelegd. Terecht stelt de rechtspraak dat een overeenkomst moet worden uitgelegd, en dat wil o.m. zeggen "niet alleen aan de hand van de bewoordingen, maar ook door de wijze waarop partijen zich in de loop van de uitvoering ervan, vanaf het aangaan van het contract (tot aan de vordering tot ontbinding) hebben gedragen"<sup>82</sup>. Dit moet met name in het oog worden gehouden bij het zogenaamde vierhoekenbeding ("entire agreement clause")<sup>83</sup>. Dit beding - dat bepaalt dat enkel en uitsluitend de bedingen die in de tekst zelf zijn opgenomen de overeenkomst uitmaken - betekent niets meer dan de tweede regel van art. 1341 B.W. (geen bewijs tegen of boven akten met getuigen of vermoedens), en kan niet beletten dat de beloften en mededelingen bij de onderhandelingen voor een overeenkomst gedaan meespelen bij

<sup>80</sup> Vgl. in dezelfde zin J. van RYN & J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, III nr. 71.

<sup>81</sup> H. de PAGE, *Traité*, III nr. 735; N. VERHEYDEN-JEANMART, *La preuve*, nr. 11.

<sup>82</sup> Hof Brussel 3 juni 1966, Van den Heule t. Canas, voorziening verworpen door Cass. 17 okt 1968, *Arr.*, 198. Vgl. Cass. 2 september 1966, nv IJzergieterijen en metaalfabrieken van Ruisbroek t. De Mol, Brilliet, *Arr.*, 1, verwerping; Hof Brussel 25 februari 1970, Tassignon, Brichau t. Scheerlinck, Paul, *Pas.* II, 116, *R.Prat.Not.* 1972, 82.

<sup>83</sup> E. HONDIUS, "De 'entire agreement' clause : Amerikaanse contractsbedingen in het nederlandse recht", *Recht als norm en als aspiratie, Opstellen over recht en samenleving ter gelegenheid van het 350-jarig bestaan van de Utrechtse juridische facultei*, Ars aequi, Nijmegen 1986, (24) 28 v.

de uitleg van die overeenkomst. Het tegendeel zou overigens ook met de leer der wilsgebreken kunnen worden bestreden.

Ook zonder uitdrukkelijke bepaling daaromtrent, moet de bewijslast in kontraktuele verhoudingen bepaald worden door uitleg van de overeenkomst :

"uit het geheel van de motieven van het arrest en van de beslissing van de eerste rechter die het arrest overneemt, volgt dat het Hof van beroep (...) beslist heeft dat er moet aangenomen worden dat de verzekeraar, volgens de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen, nu het ongeval en het overlijden enkele uren nadien vaststaan, moest aantonen dat ten deze het overlijden aan een andere oorzaak dan dit ongeval te wijten is; dat het arrest, door aldus aan de verzekeringsovereenkomst de wettelijke uitwerking te geven die zij volgens haar uitlegging tussen partijen heeft betrekkelijk de bewijslast, de in het middel aangehaalde wettelijke bepalingen niet schendt"<sup>84</sup>.

**(128. ervaringsregels)** Voor de meeste rechtsfeiten wordt de bewijslast evenwel niet door de wet bepaald, maar door de ervaringsregels.

Zo moet in beginsel de partij die een zaak onder zich heeft, last dragen om, in geval een geschil kan rijzen, bewijsmateriaal omtrent de toestand van die zaak te verzamelen en daartoe desnoods een deskundigenonderzoek uit te lokken. Zelfs indien het gaat om een koper die de zaak weigert, is dit m.i. het geval indien de verkoper zich op afstand bevindt<sup>85</sup>. Dergelijke last zit b.v. geïmplieerd in de bewaringsplicht die in dat geval door art. 86 CISG uitdrukkelijk aan de koper wordt opgelegd.

Zo wordt in het handelsrecht geoordeeld dat geen getuigenbewijs moet worden toegestaan aan de partij die zich gemakkelijk een schriftelijk bewijs had kunnen verschaffen en dat niet heeft gedaan, ondanks de afwezigheid van een wettelijke last daartoe : de beoordeling geschiedt naar verkeersgebruik<sup>86</sup>.

**(129. goede trouw en overmacht)** De betekenis van de goede trouw bij deze lasten ligt vooral in de verplichting tot medewerking van de wederpartij. Zij komt echter ook naar voor in de beoordeling van het verzuim aan de genoemde bewijslasten. Zo schuift art. 1348, 1 de regel van art. 1341 B.W. terzijde in geval van onmogelijkheid om zich een schriftelijk bewijs te

<sup>84</sup> Cass., 20 april 1978, nv Zûrcih, general accident, Fire & Live Ins. t. Van Habost, *Arr.*, 958.

<sup>85</sup> In die zin A. de BERSAQUES, "Du fardeau de la preuve dans la désagrégation de marchandises livrées", *J.C.F.* 1927, 87 nr. 4745; -, *R.C.J.B.* 1949, 131; P. COPPENS, *R.C.J.B.* 1950, 127; L. & S. FREDERICQ, *Handboek* nr. 1444 in fine. Vergelijkbaar J. LIMPENS c.s., *La vente* nr. 1218 v.; H. de PAGE & R. DEKKERS, *Traité*, IV nr. 111 noot 2. Anders b.v. J. HEENEN, "Preuve de la conformité des marchandises vednues", *R.C.J.B.* 1952, (202) 212 ne. 2 a.

<sup>86</sup> Zie J. LIMPENS, *La vente*, nr. 181; S. FREDERICQ, De eenmaking van het burgerlijk en het handelsrecht, de Sikkel Antwerpen 1957, nr. 122, 4°; J. van RYN en J. HEENEN, *Principes*, III 39; P. van OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence. Les obligations", *R.C.J.B.* 1988 nr. 238 in fine; Cass. 29 maart 1974, Van Daele t. Scheerlinck, *Arr.*, 839, verwerping; Hof Gent 20 juni 1959, nv Bockaert & Thienpont t. faill. nv Algebeton, *R.W.* 1959-60, 692.

verschaffen. Welnu, deze onmogelijkheid kan een 'morele' zijn<sup>87</sup>. Art. 1341 kan dan ook niet alleen dan niet opgeworpen worden wanneer de wederpartij geweigerd heeft een schriftelijk bewijsstuk te verschaffen hoewel hij daartoe verplicht was, maar ook wanneer hij het vertrouwen heeft gewekt dat zulks overbodig is. De onmogelijkheid moet dus beoordeeld worden naargelang de verhouding tussen partijen.

**(130.)** Indien het bewijs door het verzuim van de bewijslast onmogelijk is geworden of niet meer behoorlijk kan worden geleverd, dan draagt de verzuimende partij het bewijsrisiko, tenzij de onmogelijkheid het gevolg is van een feit van de wederpartij<sup>88</sup>. Dit ongeacht wie in beginsel de bewijslast draagt<sup>89</sup>.

Dit laatste is niet enkel zo indien de wederpartij het bewijs effectief heeft verhinderd, maar ook indien zij het vertrouwen heeft gewekt dat het overbodig was, omdat er toch geen geschil zou rijzen. Vandaar is er een verband tussen de bewijslast en de verplichting om tijdig tegen tekortkomingen van de wederpartij te protesteren<sup>90</sup>.

In het normale verkeer is het immers nodig om de handel verder te zetten, en daarbij worden noodzakelijkerwijze voortdurend bewijsmogelijkheden vernietigd. De eisen die aan het verzamelde bewijsmateriaal moeten worden gesteld, moeten dan ook rekening houden met de spoedeisendheid van de situatie. Ik heb dit vraagstuk elders reeds besproken<sup>91</sup>.

**(131.)** De bewijslast impliceert een zeker recht op bewijs. Dit betekent ook dat de kans moet gegeven worden op bewijs, en niet mag afgestraft worden met onmiddellijke sankties vooraleer men die kans heeft gekregen. Daarom achtte de Raad van State een bepaling in de algemene voorwaarden van een elektriciteitsmaatschappij waarbij de ontvangst van facturen en aanmaningen vermoed wordt, in combinatie met de zware sankties bij niet-betaling van die facturen (m.b.

---

<sup>87</sup> Cass. 6 dec 1988, *Bull.*, 389; Rb. Luik 21 november 1989, *J.L.M.B.* 1990, 241; H. de PAGE & R. DEKKERS, *Traité* III nr. 904; Ph. MALINVAUD, "L'impossibilité de la preuve écrite", *J.C.P.* 1972, I, nr. 2468, m.b. nr. 3.; vgl. J.L. SOURIOUX, "La croyance légitime", *J.C.P.* 1982, nr. 3058, nr. 28 v.

<sup>88</sup> Zie H. SCHOORDIJK, "De bewijslastverdeling onder het nieuwe bewijsrecht", *WPNR* 5937, 688-689.

<sup>89</sup> Zie b.v. Hof Bergen 10 januari 1989, *J.L.M.B.*, 640 nr. 464.

<sup>90</sup> Zie b.v. Rb. Brugge, 11 oktober 1989, 1e K, T.M.V.W. t. p.v.b.a. Hortex, A.R. nr. 50.838 "het niet binnen een redelijke termijn reageren op een toegestuurd schadebestek en - a fortiori - het verzuimen om tot een schadebegroting op tegenspraak over te gaan (waartoe men was aangemaand) impliceren verwerking van het recht om de gevorderde schadebedragen te betwisten".

<sup>91</sup> *De invloed van de goede trouw op de kobtraktuele schuldvorderingen*, nr. 498 v.

afsnijden van de elektriciteit), een schending van het recht van verdediging<sup>92</sup>.

### 2.2.2. Procesrechtelijke bewijslasten en -plichten

(132.) Hoger bespraken we reeds het recht op bewijs, dat in beginsel moet erkend worden ongeacht de gegrondheid van de aanspraak. De keerzijde van dit recht is dan ook een medewerkingsplicht van de wederpartij bij de bewijsvoering. Dit geldt niet alleen in een geding, maar ook bij bewijsinitiatieven die genomen worden vooraleer er van een geding sprake is.

Die medewerkingsplicht kan een mededelingsplicht omvatten, die reeds in randnrs. 84, 107 en 117 werd besproken. Dat deze veelal bestaat ongeacht het gelden van het recht zelf waarover men bewijs verlangt, blijkt reeds daaruit dat een dergelijk mededelingsplicht precies kan bestaan om te vermijden dat men een ongegronde vordering instelt of zich ongegrond verweert. In randnrs. 23 en 45 zijn deze situaties reeds aan bod gekomen<sup>93</sup>. Deze mededlingsplicht kan echter ook specifiek op een in het geding gevraagde of bevolen onderzoeksmaatregel betrekking hebben. Zo kan aan de wederpartij gevraagd worden het hem bekende adres mee te delen van een getuige die men wil oproepen<sup>94</sup>.

(133.) De omvang van de medewerkingsplicht wordt bepaald door de aard van de verhouding tussen partijen. In een kontraktuele verhouding zal deze normaal groter zijn dan in een buitenkontraktuele verhouding. Het zou ons te ver voeren om een overzicht te geven van de de omvang van de medewerkingsplicht bij de bewijsvoering in de verschillende rechtsverhoudingen. In nr. 84 werd dit vraagstuk overigens reeds vanuit procesrechtelijk standpunt besproken.

Men moet dus vertrekken van de regel dat er in het proces een medewerkingsplicht is in de mate waarin die er ook buiten het proces reeds is<sup>95</sup>. Een onrechtmatig verkregen stuk mag niet geweerd worden indien men recht had om het stuk te verkrijgen op grond van een actio ad exhibendum. Wanneer een bewijsmiddel verkregen werd door schending van het beroepsgeheim, dan kan de wederpartij dit middel maar uit de debatten laten weren indien de toevertrouwende partij recht had op geheimhouding tegenover die partij : was de geheimhouding door die partij daartegen een bedrieglijke verzwijging, dan is de eis om het bewijs uit de debatten te weren m.i. zelf in strijd met de goede trouw en het beginsel *fraus omnia corrumpit* en kan dit laatste niet meer ingeroepen

<sup>92</sup> Zie b.v. Raad van State 27 september 1988, Ballon e.a. t. Asverlec, Unerg, *D.A.O.R.* nr. 9, (107) 114.

<sup>93</sup> Zie vooral R. STÜRNER, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, deel II. Kritisch P. ARENS, "Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partie im Zivilprozeß", 96. *ZZP* 1983, 1 v.

<sup>94</sup> M. GULDENER, 39. *Schweiz.JZ.*, (389) 405.

<sup>95</sup> W. HABSCHEID, 96. *ZZP* 1983, (306) 323-326.

worden om het bewijsmiddel uit de debatten te weren ! Dit is b.v. het geval bij bedrieglijke verzwijging van gezondeheidsgegevens tegenover de levensverzekeraar, die deze op zijn beurt verkrijgt doordat een arts zijn beroepsgeheim schendt<sup>96</sup>. Stukken waarop de partij volgens de materieelrechtelijke verhouding geen inzagerecht op heeft moeten daarentegen ook in het geding niet overgelegd worden, en indien zij onrechtmatig bekomen worden, kan in beginsel geëist worden dat ze uit de debatten verwijderd worden.

Wel zal men in het proces soms zaken moeten toestaan, die men daarbuiten niet moet toestaan. Ik denk b.v. aan de overlegging van de boekhouding. In het proces kunnen immers ook meer waarborgen ingebouwd worden, zoals het nazicht van die boekhouding door een door de rechter aangestelde derde, die door het beroepsgeheim gehouden is voor alles wat uiteindelijk geen bewijswaarde heeft voor het geding.

**(134. sanktie)** Hier wens ik enkel nog te wijzen op de bewijswaardering van een tekort aan medewerking. Men is het erover eens dat de rechter uit een ongerechtvaardigd gebrek aan medewerking "alle nodige besluiten" mag trekken<sup>97</sup>. In ieder geval kan hij daaruit een vermoeden afleiden. Ook wordt de redenering gebruikt, naar analogie met art. 1178 B.W., dat hij die het bewijs verhindert heeft zich niet op het niet bewezen zijn kan beroepen.

Moet de partij die ongerechtvaardigd in medewerking tekortgeschoten is nog een kans gegeven worden om tegenbewijs te leveren ? Volgens sommigen is het gebrek aan medewerking een bekentenis, wat tegenbewijs zou uitsluiten omwille van de onherroepelijkheid daarvan. Dit kan echter niet algemeen aanvaard worden. of de tekortgeschoten partij nog een kans moet krijgen hangt af van ernst van het verzuim en de resterende bewijsmogelijkheden. Eenmaal er een geding aan de gang is, heeft de wederpartij recht op een snelle en proceseconomische behandeling. Om die redenen dient men niet te denken in termen van bekentenis, maar vanuit de vraag of de goede trouw verwerking<sup>98</sup> meebrengt, dan wel meebrengt dat een laattijdig aanbod tot tegenbewijs nog moet worden aanvaard.

Doch de waardering van dat tegenbewijs zal in ieder geval strenger geschieden. Wie zonder rechtvaardiging weigert mee te werken aan een tegensprekelijk deskundigenonderzoek, moet niet

---

<sup>96</sup> In onze zin Hof Luik 31 maart 1966, *J.T.*, 389, *J.L.* 1966-67, 1; P.E. TROUSSE, "Chronique trimestrielle de jurisprudence", *Rev.Dr.pén.* 1965-66, 999-1000. Anders Hof Gent 12 april 1965, *Pas.*, II, 181; Hof Brussel 13 oktober 1964, *Pas.* 1965, II, 239.

<sup>97</sup> Zie o.m. W. HAARDT, *Fiar play* in het burgerlijk geding, 11 v.; A. KOHL, *Procès civil et sincérité*, 143-149; R. PERROT, in *Mélanges Raynaud*, 638.; S. STIJNS, "Gedrag en wangedrag", *R.W.* 1989-90 (1003) 1016 v.; H.R. 5 december 1980, *NJ* 1982, nr. 200.

<sup>98</sup> Zie b.v. Rb. Brugge 6 september 1989, 1e K, Lefever t. Du Fosse, A.R. nr. 52.670 : ongerechtvaardigd niet ingaan op aanmaning tot een tegensprekelijk deskundigenonderzoek brengt verwerking mee van het recht om de schadefaktuur te betwisten.

verwachten dat een eenzijdig onderzoek, waar hij later mee afkomt, nog als bewijs zal worden gewaardeerd<sup>99</sup>. Veelal echter zal het tegenbewijs gewoon niet meer mogelijk zijn.

Omgekeerd moet de sanktie ook rekening houden met de wettelijke bewijswaarderingsregels. Gaat het om het bewijs van een rechtshandeling die onder de regel van art. 1341 B.W. valt, dan mag de weigering wel als bewijs beschouwd worden indien het gaat om een maatregel welke tot een schriftelijk bewijs of tot het bewijs van de onmogelijkheid daarvan had kunnen leiden, doch niet in andere gevallen.

---

<sup>99</sup> G. CLOSSET-MARCHAL, in *La preuve, Colloque U.C.L.* 1987, 30 nr. 31 met verwijzing naar Vred. Verviers, 5 januari 1979, belgische Staat t. Lieutenant, *J.L.*, 311.

### **2.3. Besluiten.**

De tijd ontbrak mij om dit tweede deel uitvoeriger uit te werken, wat ik wel gewild had. Indien ik zeker geen volledig bewijs heb geleverd van de opgeëiste stellingen, hoop ik toch minstens aan mijn stelplicht te hebben voldaan en een begin van schriftelijk bewijs te hebben voorgelegd betreffende de betekenis van de goede trouw in het bewijsrecht. Ik hoop dan ook op een nakoming van de medewerkingslast, ja zelfs van de protestlast van de lezer om te gelegener tijd mijn bewijsvoering verder te zetten.