

De bewijslast in het licht van de dynamiek van de burgerlijke procedure

Wannes Vandenbussche

Aspirant FWO-Vlaanderen, Instituut voor Verbintenissenrecht, KU Leuven

Inleiding

1. Situering – In 1962 schreef M. STORME in de inleiding van zijn proefschrift: “*in tal van geschillen ondervinden de rechtspractici bijna dagelijks dat de bewijslast zeer ernstige problemen kan stellen.*”¹ Onverminderd de grote waarde van zijn onderzoek, heeft die uitspraak in 2014 nog niets van zijn geldingskracht verloren. Discussies omtrent de bewijslast zijn nog steeds alomtegenwoordig in de Belgische rechtsleer en rechtspraak. Op het eerste gezicht is dat verwonderlijk, omdat de wettelijke regels inzake de bewijslastverdeling een duidelijke indruk geven. Op basis van art. 1315 BW moet hij die de uitvoering van een verbintenis vordert, het bestaan daarvan bewijzen (*‘actori incumbit probatio’*). Omgekeerd moet hij die beweert bevrijd te zijn, het bewijs leveren van de betaling of van het feit dat het tenietgaan van zijn verbintenis heeft teweeggebracht (*‘reus in excipiendo fit actor’*). Luidens art. 870 Ger.W. moet iedere partij het bewijs leveren van de feiten die zij aanvoert (*‘Onus probandi incumbit ei qui dicit’*).² Een verdere beschouwing leert dat het de concrete toepassing is van het wettelijk kader dat aanleiding geeft tot grote debatten in de rechtsleer en vele uitspraken van de hoven en rechtbanken.³

2. De dynamiek van de procedure - Eén van de meest heikle punten in de discussie is de vraag of de bewijslast een statisch gegeven is dan wel steeds opnieuw moet worden beoordeeld in het licht van de dynamiek van het burgerlijk proces. Met ‘statisch’ wordt bedoeld dat de bewijslevering beurtelings en rechtlijnig verloopt, volgens een bepaalde rangorde, en dat de verweerder een afwachtende houding kan aannemen wanneer de bewijslast niet op hem rust. Een “bewijslast” in het licht van de dynamiek van de procedure houdt daarentegen in dat partijen afhankelijk van het geval welbepaalde feiten zullen aanvoeren, spontaan zullen meewerken aan de bewijsvoering of de hulp van de rechter zullen

¹ M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, (i).

² Over de verhouding tussen art. 1315 BW en 870 Ger.W.: Verslag Van Reepinghen, *Parl. St. Senaat* 1963-64, nr. 60, 357; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 72, nr. 123; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, *et al.*, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 539, nr. 1325; M.E. STORME, "Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding?", *TPR* 1990, (353) 506, nr. 111.

³ In dezelfde zin D. MOUGENOT, "La charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle: la distinction entre l'obligation totalement ou partiellement inexécutée au secours du praticien" in S. STIJS en P. WERY (eds.), *Le juge et le contrat - De rol van de rechter in het contract*, Brugge, Die Keure, 2014, (409) 409, nr.1.

inroepen wanneer ze vaststellen dat sommige of alle bewijselementen in handen zijn van de tegenpartij.⁴

Het bovenstaande toont aan dat de dynamiek van het proces op het vlak van bewijs verschillende dimensies kent. Dat geldt des te meer sinds de invoering van het Gerechtelijk Wetboek. Die creëert de mogelijkheid voor de rechter om een actievere rol op te nemen. Bovendien wordt van partijen verwacht dat ze in wederzijdse loyauteit meewerken aan de bewijsvoering.⁵ Hoewel de bewegingsvrijheid van de rechter en de medewerkingsplicht van partijen los staan van de eigenlijke bewijslastverdeling, hebben ze er wel een invloed op. Ze kunnen ervoor zorgen dat bepaalde bewijselementen gedurende de procedure naar boven komen. In bepaalde gevallen gebeurt dat zelfs door de partij op wie de bewijslast niet rust, waardoor het belang van art. 1315 BW en 870 Ger.W. afneemt.

3. Onderzoeksoptzet - Deze bijdrage beoogt in te gaan op één specifieke kwestie die verband houdt met de dynamiek van het proces. Het gaat om de vraag of beide partijen bewijs naar voor moeten brengen ter ondersteuning van hun vordering of verweer, dan wel of de partij op wie de bewijslast aanvankelijk niet rust, zich kan beperken tot een puur afwachterende houding. In de meeste gevallen gaat het dus om het gedrag van de verweerder.⁶ Die partij zou de neiging kunnen hebben om zich te beperken tot een loutere ontkenning van de feiten. Tegelijk kan zij dan afwachten tot haar tegenstander slaagt in de op haar rustende bewijslast. De hoofdonderzoeksvraag is dus de volgende: *“Geldt er in de burgerlijke procedure een dynamische bewijslastverdeling, waarbij beide partijen bewijs naar voor brengen ter ondersteuning van hun vordering of verweer?”*

In een inleidend deel worden de kernbegrippen ‘bewijslast’ en ‘bewijsrisico’ gedefinieerd en afgebakend ten opzichte van andere relevante concepten (I). Nadien geven we een overzicht van de verschillende opvattingen in de Belgische rechtsleer over de toepassing van art. 1315 BW en 870 Ger.W. en nemen we een eigen stelling in (II). Aansluitend wordt in het meest omvattende deel een meer concreet antwoord op de onderzoeksvraag geformuleerd (III). In dit derde deel analyseren we eerst de verschillende houdingen die een partij op wie de bewijslast

⁴ B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 144, nr. 139 en 146, 142; B. SAMYN, "De bewijslast: Rechtsleer getoetst aan 10 jaar Cassatierechtspraak (Deel 1)", *P&B* 2010, (3) 6, nr. 12; W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Het algemeen deel veertig jaar later*, Mechelen, Kluwer, 2010, 215-216; B. VANLERBERGHE, "Het bewijs in burgerlijke en handelszaken", in *CBR-jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (63) 75, nr. 16.

⁵ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 349-351, nr. 34-35; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 31, nr. 66; D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 80, nr. 13; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2005, 185, nr. 134; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Université de Liège, Luik, 1987, 352, nr. 475; S. RUTTEN, "Beginselen van behoorlijke bewijsvoering in het burgerlijk proces: enkele aandachtspunten" in A. DE BOECK, S. STIJS en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, Die Keure, 2008, (19) 29; S. STIJS, *Verbintenissenrecht, II*, Brugge, Die Keure, 2009, 157, nr. 208

⁶ Hoewel dat niet altijd het geval is. Het is ook mogelijk dat de verweerder iets aanvoert en daarvan de bewijslast draagt. Daarom wordt in deze bijdrage het gebruik van de termen “eiser” – “verweerder” zoveel mogelijk beperkt en eerder gebruik gemaakt van “de tegenpartij”, “de betwistende partij” of “de partij op wie de bewijslast oorspronkelijk niet rust” (zie ook F. FERRAND, v° *Preuve, Rép.pr. civ. Dalloz*, 2006, nr. 122).

oorspronkelijk niet rust, kan aannemen.⁷ Daarna wordt specifiek ingegaan op de louter afwachtende houding, waarbij we onderzoeken of zo'n gedrag nog geoorloofd is en of er geen minimumvereisten bestaan met betrekking tot deelname aan de bewijsvoering.

4. Onderzoeksmethode – Deze bijdrage vormt een tussenstop in een ruimer doctoraatsonderzoek over ‘de omkering van het bewijsrisico in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht’. Het is een eerste weergave van het onderdeel waarin de toepassing van art. 1315 BW en 870 BW in de burgerlijke procedure wordt onderzocht. Specifiek voor deze bijdrage wordt een oriënterend rechtsvergelijkend onderzoek met het Nederlandse rechtstelsel uitgevoerd. Die keuze is ingegeven door het feit dat het Nederlandse bewijsrecht recent een aantal wijzigingen heeft ondergaan en een groter aantal regels over de bewijsvoering wettelijk verankerd zijn.⁸ Daarnaast vindt voor het Belgische recht een rechtspraakanalyse plaats van de gepubliceerde arresten van het Hof van Cassatie en de hoven van beroep die handelen over ‘bewijslast’. Daarbij ligt de focus voornamelijk op de periode tussen 1999 en 2014. Die korte tijdsperiode is ingegeven door de positief-inhoudelijke keuze om de meest recente ontwikkelingen in kaart te brengen. Ten slotte gebeurt een literatuurstudie van de verbintenis-, proces- en bewijsrechtelijke doctrine van de periode tussen 1957 en 2014.

I. Begripsbepaling

A. Definities

1. Bewijslast

5. Principe – In de meest algemene zin staat de ‘bewijslast’ voor de last die op een partij rust om in een procedure ten aanzien van de rechter het bewijs van welbepaalde feiten te leveren.⁹ De opsplitsing van het begrip bewijslast in zijn twee componenten is dus richtinggevend. Eerst en vooral gaat het over ‘bewijs’, wat betekent dat een partij de rechter zal proberen te overtuigen van het vaststaan van één of meer feiten.¹⁰ Feiten moeten in de

⁷ Het scenario waarbij de tegenpartij verstek laat gaan, blijft buiten het bestek van deze bijdrage. Zie daarvoor R. DE CORTE en J. LAENENS, "De verstekprocedure en de taak van de rechter bij verstek", *TPR* 1980, (447) 493, nr. 114 e.v.; B. SAMYN, "De bewijslast: Rechtsleer getoetst aan 10 jaar Cassatierechtspraak (Deel 2)", *P&B* 2010, (50) 51, nr. 2; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 131, nr. 121; M.E. STORME, "Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding?", *TPR* 1990, (353) 494, nr. 100.

⁸ A.I.M. Van Mierlo en F.M. Bart, *Parlementaire geschiedenis: herziening van het burgerlijk procesrecht voor burgerlijke zaken*, Deventer, Kluwer, 2002, 351-376; G.R. Rutgers en R.J.C. Flach, *Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken*, Deventer, Kluwer, 1988, 75-119.

⁹ W.D.H. ASSER, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 3. Bewijs*, Deventer, Kluwer, 2013, 301, nr. 270.

¹⁰ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 325-326, nr. 3; R. DE CORTE en B. DE GROOTE, *Handboek civiel recht*, Gent, Larcier, 2010, 324, nr. 935; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Université de Liège, Luik, 1987, 349, nr. 468; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, "Het bewijsrecht in burgerlijke zaken" in J. ROODHOOFT (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, (VI.1-2) VI.1-5, nr. 5008; D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 69, nr. 2.

ruime zin worden begrepen.¹¹ Het gaat om alle relevante en betwiste feiten (de zogenaamde rechtsfeiten *sensu lato*). Daarmee worden zowel rechtshandelingen, rechtsfeiten *sensu stricto* als louter materiële feiten bedoeld.¹² Ze hoeven niet rechtstreeks een aanspraak te verantwoorden, maar kunnen ook behoren tot de context. Ten tweede gaat het om een processuele ‘last’ van een partij die zich op bepaalde rechtsgevolgen of excepties wil beroepen.¹³ Die last bestaat erin dat die partij concrete bewijselementen (bv. een foto, een document of een verklaring van een getuige) naar voor zal brengen om de waarachtigheid van haar aanspraken aan te tonen.¹⁴

6. Subjectieve versus objectieve bewijslast - Aangezien de rechtsleer de vraag ‘wie het bewijs moet leveren’ koppelt aan ‘wat bewezen moet worden’¹⁵, ontstaat een tweeledig onderscheid tussen de subjectieve en de objectieve bewijslast. De subjectieve (of formele) bewijslast geeft aan welke partij de last draagt om het noodzakelijke bewijs van een rechtsfeit *sensu lato* aan te brengen.¹⁶ De objectieve (of materiële) bewijslast bepaalt wat juist door een partij bewezen moet worden opdat de rechter uitspraak zou doen ten voordele van die procespartij.¹⁷

Binnen het bestek van deze bijdrage zal ‘bewijslast’ enkel in de meest algemene en overkoepelende zin worden gebruikt, met name het bewijs dat door een bepaalde procespartij moet worden geleverd.¹⁸ Belangrijker voor het onderzoek zijn de nauw verwante begrippen bewijsrisico (B) en bewijsvoeringslast (C), die verder bouwen op het tweeledig onderscheid tussen de objectieve en subjectieve bewijslast.

¹¹ D. MOUGENOT, "Les incidents relatifs à la preuve", in *Droit Judiciaire. Commentaire pratique*, Waterloo, Kluwer, 2010, (VI.1-1) VI.1-2.2; B. SAMYN, "De bewijslast: Rechtsleer getoetst aan 10 jaar Cassatierechtspraak (Deel 1)", *P&B* 2010, (3) 9, nr. 22.

¹² S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, die Keure, 2009, 160, nr. 214; P. VAN ORSHOVEN en B. ALLEMEERSCH, *Gerechtigd Recht. Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen*, Leuven, Acco, 2013, 204, nr. 261.

¹³ J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, et al., *Handboek Gerechtigd Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 537, nr. 1318; J. LAENENS, "Rechtscultuur en bewijs in civiele zaken" in R. DE CORTE (ed.), *Hulde aan Prof. Dr. Jean Laenens*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (289) 292 en J. LAENENS, "Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen" in G. DE LEVAL en B. TILLEMEN (eds.), *Gerechtigd deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingsconsulent*, Brugge, Die Keure, 2003, (39) 45, nr. 20.

¹⁴ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 325-326, nr. 3.

¹⁵ Dus het ‘voorwerp van bewijs’, zie B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 39, nr. 72; D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not.*, IV, *Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 99, nr. 19; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 124, nr. 113.

¹⁶ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 353, nr.41; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 7, nr. 19; R. DE CORTE en B. DE GROOTE, *Handboek civiel recht*, Gent, Larcier, 2010, 328, nr. 949; J. LAENENS, "Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen" in G. DE LEVAL en B. TILLEMEN (eds.), *Gerechtigd deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingsconsulent*, Brugge, Die Keure, 2003, (39), 45, nr. 21; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 124, nr. 113; M.E. STORME, "Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding ?", *TPR* 1990, (353) 511, nr. 114; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 47, nr. 31.

¹⁷ B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 7, nr. 19; J. LAENENS, "Rechtscultuur en bewijs in civiele zaken" in R. DE CORTE (ed.), *Hulde aan Prof. Dr. Jean Laenens*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (289) 292-293; SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 124, nr. 113.

¹⁸ Cf. de titel van deze bijdrage, zie ook M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 47, nr. 30; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 124, nr. 11; K. WAGNER, "Actualia burgerlijk bewijsrecht", *P&B* 2009, (153) 157, nr. 8.

2. Bewijsrisico

7. Principe - De term 'bewijsrisico' duidt aan welke partij het risico draagt om bij gebrek aan bewijs het proces te verliezen of minstens enige verzwakking van haar rechtspositie te ondervinden. Het gaat om de vraag wie op een bepaald punt in het ongelijk zal worden gesteld indien de rechter oordeelt dat een bepaald feit niet bewezen is.¹⁹ Het principe biedt een oplossing voor situaties van 'non liquet' of 'Beweislosigkeit' wanneer de rechter zelfs na de bewijsvoering nog steeds twijfelt om een bepaald feit al dan niet als vaststaand te beschouwen.²⁰

De finale uitwerking van het bewijsrisico vormt de tegenhanger van het verbod op rechtsweigering (art. 5 Ger.W.). Wanneer de bewijselementen van het dossier onvoldoende zijn of hem geen zekerheid geven over het bestaan of de kwalificatie van een recht, kan de rechter niet weigeren om uitspraak te doen. Hij is verplicht om een beslissing te nemen.²¹ Het bewijsrisico vormt dus als het ware het 'sluitstuk van het bewijsrecht'.²² Onder invloed van het Duitse recht²³ stellen bepaalde auteurs de objectieve bewijslast (cf. randnr. 6) gelijk aan het bewijsrisico.²⁴ Dat is terecht, omdat beide principes de grens bepalen wat nu juist door een partij moet worden bewezen opdat die in het (on)gelijk zou worden gesteld.

3. Bewijsvoeringslast

¹⁹ B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, Die Keure, 2010, (35) 35, nr. 3; W.D.H. ASSER, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 3. Bewijs*, Deventer, Kluwer, 2013, 311-312, nr. 283; D. MOUGENOT, "La preuve en matière civile - Chronique de Jurisprudence 2002-2010", *JT* 2011, (593) 596, nr. 11; D. MOUGENOT, "Les incidents relatifs à la preuve", in *Droit Judiciaire. Commentaire pratique*, Waterloo, Kluwer, 2010, (VI.1-1) VI.1-2.2; G.R. RUTGERS en H.B. KRANS, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 7. Bewijs*, Deventer, Kluwer, 2014, 38, nr. 32; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 145, nr. 140; K. WAGNER, *Burgerlijk procesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2013, 546, nr. 607.

²⁰ B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, Die Keure, 2010, (35) 37, nr. 5; W.D.H. Asser, "Een Neder-Duitse hybride", *Ars Aequi* 2014, 536, nr. 1; I. GIESEN, *Bewijs en aansprakelijkheid: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2001, 4 en 12.

²¹ F. BOULANGER, "Réflexions sur le problème de la charge de la preuve", *Rev.trim.dr.civ.* 1966, (736), 741, nr. 6; H. GEENS, "De verdeling van de bewijslast over de partijen in het verzekeringsrecht en het gemeen verbintenissenrecht" in B. ALLEMEERSCH, P. LONDERS en S. SROKA (eds.), *Bewijsrecht*, Brussel, Larcier, 2007, (159) 173, nr. 20; O. MICHIELS, "L'article 1315 du Code civil: contours et alentours", *Act. dr.* 1998, (363) 370; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, "Het bewijsrecht in burgerlijke zaken" in J. ROODHOOF (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, (VI.1-2) VI.2-3, nr. 5104; D. MOUGENOT, "La preuve en matière civile - Chronique de Jurisprudence 2002-2010", *JT* 2011, (593) 596, nr. 11.

²² B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 466, nr. 167.

²³ In het Duitse recht gebruikt men de begrippen 'Objektive Beweislast' of 'Feststellungslast' (zie H.-W. LAUMEN, "§ 286" in H. PRÜTTING en M. GEHRLEIN (eds.), *ZPO Kommentar*, Köln, Luchterhand, 2012, (2876), nr. 54 en L. ROSENBERG, K.H. SCHWAB en P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, München, C.H. Beck, 2010, 645, nr. 3).

²⁴ B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, die Keure, 2010, (35) 35, nr. 3; M.E. STORME, "Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding ?", *TPR* 1990, (353) 505, nr. 10 en M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 48, nr. 32.

8. Principe – De bewijsvoeringslast staat voor de last die op een partij rust om tijdens de procedure bewijs naar voor te brengen om de rechter van haar gelijk te overtuigen. In tegenstelling tot in het Nederlandse rechtsstelsel²⁵, komt dit begrip niet voor in het Belgische bewijsrecht. Dat is voornamelijk een terminologische kwestie, omdat de bewijsvoeringslast hetzelfde betekent als de subjectieve bewijslast (cf. randnr. 6) en meestal onder die benaming wordt gehanteerd.²⁶ Bepaalde auteurs gebruiken zelfs de term ‘bewijslast’ als synoniem voor de bewijsleveringslast²⁷, wat in dit onderzoek om redenen van duidelijkheid niet zal gebeuren.

B. Afbakening

1. De aanvoerings- en betwistingslast

9. De aanvoeringslast – In elk geding rust in eerste instantie een aanvoeringslast op de eiser. Die partij voert de feiten aan die haar vordering ondersteunen en de toepassing van de ingeroepen norm mogelijk maken.²⁸ In Nederland spreekt men in dat verband over de stelplicht.²⁹ Ondanks het gebruik van de term ‘plicht’ komt het principe in beide rechtsstelsels op hetzelfde neer.³⁰

De aanvoeringslast maakt een iets beperkter begrip uit dan de libelleringslast, die zowel gaat over het formuleren van het voorwerp van de eis als het aanbrengen van de gronden of middelen ervoor.³¹ Die libelleringslast moet op zijn beurt worden onderscheiden van de libelleringsplicht, die een geldigheidsvoorwaarde vormt voor de gedinginleidende akte (art.

²⁵ In het Nederlandse recht ook soms aangeduid als bewijsleveringslast: W.D.H. ASSER, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 3. Bewijs*, Deventer, Kluwer, 2013, 301, nr. 270; I. GIESEN, *Bewijs en aansprakelijkheid: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2001, 13..

²⁶ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 353, nr. 39; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 70, nr. 117 en 130, nr. 248; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, *et al.*, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012; 538, nr. 1319; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 47, nr. 30.

²⁷ B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 145, nr. 141 en 151-152; K. WAGNER, *Burgerlijk procesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2013, 545, nr. 606.

²⁸ J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, *et al.*, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 528, nr. 1322; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 5, nr. 8; S. STIJS, "Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhoudingen met de bewijsvoering", *RW* 1989-90, (1003) 1007; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 37, nr. 15.

²⁹ W.D.H. ASSER, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 3. Bewijs*, Deventer, Kluwer, 2013, 316, nr. 288; D.J. BEENDERS, "Art. 149 Rv." in A.I.M. VAN MIERLO, C.J.J.G. VAN NISPEN en M.V. POLAK (eds.), *Burgerlijke rechtsvordering: tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2012, (386) 388; H.J. SNIJDERS, C.J.M. KLAASSEN en G.J. MEIJER, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 215, nr. 205.

³⁰ W.D.H. ASSER, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 3. Bewijs*, Deventer, Kluwer, 2013, 301, nr. 271; F.G. SCHELTEMA, *Nederlands burgerlijk bewijsrecht*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1940, 53; B.T.M. VAN DER WIEL, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, Deventer, Kluwer, 2004, 220, nr. 232.

³¹ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 121, nr. 3.

702, 3° Ger.W.). Op grond van die plicht moeten partijen het onderwerp en een korte samenvatting van hun middelen vermelden in de dagvaarding.³²

10. De betwistingslast - Tegenover de aanvoeringslast staat de last voor de verweerder om de eis te bestrijden, de betwistingslast of de verweerlast genoemd. Beide partijen moeten dus een stelling innemen omtrent de feiten die in het geding zijn.³³ Indien dat niet gebeurt, kan de rechter voor wie een eis rechtsgeldig is ingesteld, die niet afwijzen.³⁴ Een niet-betwisting zou dezelfde gevolgen teweegbrengen als een bekentenis.³⁵ Bovendien kan die omstandigheid procesrechtelijk worden gelijkgesteld met het uitsluiten van elke betwisting.³⁶ In het Nederlandse recht bepaalt art. 149 Wetboek Burgerlijke Rechtsvordering (hierna verkort: Rv.) zelfs uitdrukkelijk dat de feiten die door de ene partij zijn gesteld en door de wederpartij niet of niet voldoende zijn betwist, als vaststaand moeten worden beschouwd.³⁷

11. Relevantie - Het voornaamste verband met de bewijslast en het bewijsrisico bestaat erin dat enkel aangevoerde en betwiste feiten moeten worden bewezen.³⁸ Afhankelijk van de houding van de tegenpartij, zal de betwistingslast de bewijslast soms overbodig maken.³⁹ Daarnaast komt de bewijslast ook niet aan de orde wanneer een partij onvoldoende feitelijke elementen heeft aangevoerd die de toepassing van de ingeroepen norm mogelijk maken. In dat geval kan de rechter haar vordering of middel als ongegrond afwijzen.⁴⁰ Aldus komt de

³² Cf. M.E. STORME, "Algemene beginselen van bewijs in het vermogensrecht" in B. ALLEMEERSCH, P. LONDERS en S. SROKA (eds.), *Bewijsrecht*, Brussel, Larcier, 2007, (1) 3, nr. 4; M.E. STORME, "Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding?", *TPR* 1990, (353) 493, nr. 99.

³³ R. DE CORTE en J. LAENENS, "De verstekprocedure en de taak van de rechter bij verstek", *TPR* 1980, (447) 492, nr. 111; M.E. STORME, "Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding?", *TPR* 1990, (353) 508, nr. 112.

³⁴ M.E. STORME, "Algemene beginselen van bewijs in het vermogensrecht" in B. ALLEMEERSCH, P. LONDERS en S. SROKA (eds.), *Bewijsrecht*, Brussel, Larcier, 2007, (1) 3, nr. 4; M.E. STORME, "Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding?", *TPR* 1990, (353) 493, nr. 99; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 45, nr. 26.

³⁵ J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, et al., *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012; 544, nr. 1334; J. LAENENS, "Rechtscultuur en bewijs in civiele zaken" in R. DE CORTE (ed.), *Hulde aan Prof. Dr. Jean Laenens*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (289) 295; S. STIJNS, "Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhoudingen met de bewijsvoering", *RW* 1989-90, (1003) 1012. Bepaalde auteurs waarschuwen ervoor dat dit niet automatisch het geval is en dat er minstens ook moet worden voldaan aan de voorwaarden van de bekentenis. Indien dat niet het geval is, kan het gebrek aan betwisting weerhouden worden als een feitelijk vermoeden (B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 392, nr. 80; P. VAN OMMESLAGHE, *Les Obligations, III, Régime général de l'obligation. Théorie des preuves in De Page: Traité de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 2013, 2367-23688, nr. 1654)

³⁶ Op grond van het beschikkingsbeginsel zou de rechter daardoor gebonden zijn (B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 392, nr. 80).

³⁷ Hoewel ASSER daar wel een nuancering op aanbrengt, zie W.D.H. ASSER, "Art. 149 Rv: Niet (voldoende) betwiste feiten moet de rechter als vaststaand beschouwen. Waarom eigenlijk?" in X (ed.), *Uit de praktijk. Liber Amicorum mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt*, Deventer, Kluwer, 2012, (33) 33-46.

³⁸ Behalve in het geval van 'feiten van algemene bekendheid', die worden vrijgesteld van bewijs (zie B. ALLEMEERSCH, *De naakte grijsaard: over de rechter en zijn persoonlijke kennis(sen)*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 13-18; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 51, nr. 88; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 106-107, nr. 95).

³⁹ Cass. 18 april 2008, *Pas.* 2008, 936. Zie ook S. STIJNS, "Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhoudingen met de bewijsvoering", *RW* 1989-90, (1003) 1007; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 42-43, nr. 23.

⁴⁰ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 126, nr. 8; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 53, nr. 91; J. LAENENS, K. BROECKX, D.

bewijslast slechts ter sprake nadat alle rechtens relevante of juridische draagkrachtige feiten zijn aangevoerd.⁴¹

2. De bewijsvoering

12. Principe - Het begrip bewijsvoering kan in tweeledige zin worden opgevat. In brede zin gaat het om de gehele bedrijvigheid van de procespartijen aangaande het bodemgeschied, wat zowel neerkomt op het aanvoeren en betwisten van rechtsfeiten *sensu lato* als op het verzamelen van de noodzakelijke bewijselementen.⁴² In enge zin gaat het enkel over het bijbrengen van bewijsmateriaal.⁴³ Dat gebeurt tijdens de ingereedheidbrenging van de zaak, uiterlijk bij de neerlegging van de conclusies (art. 740 Ger.W.).⁴⁴ Niet alleen de partijen, maar ook de rechter kan - in sommige gevallen zelfs ambtshalve - initiatieven nemen met betrekking tot de bewijsvoering. In dat laatste geval spreekt men van bewijsgaring door de rechter.⁴⁵

13. Relevantie - Hoewel de bewijslast en de bewijsvoering een nauwe band vertonen, moet toch een duidelijk onderscheid worden gemaakt. De bewijslast zal altijd maar op één van de partijen rusten, terwijl alle partijen en zelfs derden kunnen bijdragen aan de bewijsvoering.⁴⁶ Bovendien kan de rechter een partij op wie de bewijslast niet rust, dwingen om aan de bewijsvoering mee te werken (art. 871 Ger.W.).⁴⁷ Ook het bewijsrisico en de bewijsvoering staan los van elkaar, hoewel er onrechtstreeks ook sprake is van een onderlinge verband. Hoe meer bewijselementen er verzameld zijn in het licht van de bewijsvoering, hoe

SCHEERS, *et al.*, *Handboek Gerechdelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 538, nr. 1322; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 42-43, nr. 23.

⁴¹ A. DE BOECK en H. GEENS, "De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van de E-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?" in A. DE BOECK, S. STUINS en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, Die Keure, 2008, (43) 77; K. WAGNER, *Burgerlijk procesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2013, 546, nr. 607.

⁴² B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 335, nr. 16 en M.E. STORME, "Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding?", *TPR* 1990, (353) 491, nr. 97.

⁴³ M. CLAVIE, "La charge de la preuve: questions choisies en matière contractuelle", in *La preuve*, Luik, CUP, 2002, (9) 12, nr. 3; K. WAGNER, "Recente ontwikkelingen met betrekking tot het bewijs in burgerlijke zaken", in *Actualia gerechdelijk recht*, Brussel, Larcier, 2008, (141) 152, nr. 14; K. WAGNER, "Actualia burgerlijk bewijsrecht", *P&B* 2009, (153) 158, nr. 14.

⁴⁴ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 210, nr. 173; P. VAN ORSHOVEN en B. ALLEMEERSCH, *Gerechdelijk Recht. Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen*, Leuven, Acco, 2013, 259, nr. 341.

⁴⁵ M.E. STORME, "Algemene beginselen van bewijs in het vermogensrecht" in B. ALLEMEERSCH, P. LONDERS en S. SROKA (eds.), *Bewijsrecht*, Brussel, Larcier, 2007, (1) 15, nr. 20; K. WAGNER, "Recente ontwikkelingen met betrekking tot het bewijs in burgerlijke zaken", in *Actualia gerechdelijk recht*, Brussel, Larcier, 2008, (141) 152, nr. 15 en K. WAGNER, "Actualia burgerlijk bewijsrecht", *P&B* 2009, (153) 158, nr. 15.

⁴⁶ B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 130, nr. 248; D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 109, nr. 27.

⁴⁷ D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 109, nr. 27; D. MOUGENOT, "Les incidents relatifs à la preuve", in *Droit Judiciaire. Commentaire pratique*, Waterloo, Kluwer, 2010, (VI.1-1) VI.1-2.2; D. MOUGENOT, "La preuve: évolution et révolution" in P. WERY (ed.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Brussel, Die Keure, 2004, (121) 131, nr. 19.

kleiner de onduidelijkheid die omtrent de betwiste feiten overblijft en hoe kleiner de kans dat de rechter oordeelt dat er geen afdoende bewijs is geleverd.⁴⁸

3. De bewijswaardering

14. Principe – De bewijswaardering vormt de laatste fase van de bewijsprocedure, waarin de voorgebrachte bewijzen worden geëvalueerd door de rechter.⁴⁹ De rechter interpreteert en waardeert de aangevoerde bewijzen met eerbiediging van hun bewijskracht. Daarna stelt hij vast of de ingeroepen feiten al dan niet bewezen zijn.⁵⁰ Na deze fase zal de rechter meestal overgaan tot de beslechting van het geschil.⁵¹ Hij kan ook beslissen om een tussenvonnis te vellen en een onderzoeksmaatregel te bevelen (art. 19 Ger.W.) of om de debatten te heropenen (art. 774 Ger.W.)⁵²

15. Relevantie – Het verband tussen de bewijswaardering enerzijds en de bewijslast en het bewijsrisico anderzijds ligt in het feit dat de rechter tijdens de fase van de bewijswaardering een beslissing kan nemen over de toekenning van het bewijsrisico. Indien hij vaststelt dat er onvoldoende bewijs naar voor is gebracht, kan hij bepalen dat één partij daarvan de negatieve gevolgen moet ondergaan.

II. De stromingen binnen de Belgische rechtsleer omtrent de toepassing van de regels inzake de bewijslastverdeling

16. Principe - Over de concrete toepassing van art. 1315 BW en 870 Ger.W. bestaat geen eensgezindheid in de Belgische doctrine. De discussie vindt zijn oorsprong in de interpretatie van het wettelijke kader als staande in de eerste plaats voor een strikte verdeling van de bewijslast dan wel voor de toedeling van het bewijsrisico. Dat heeft op zijn beurt implicaties voor het verloop van de bewijsvoering. Indien art. 1315 BW en 870 Ger.W. veeleer zouden aanduiden wie het bewijsrisico draagt op het einde van de procedure, dan krijgt het bewijsproces een heel andere dynamiek dan dat er strikt wordt vastgehouden aan een bewijsrangorde, waarbij de verweerder pas aan zet komt wanneer de eiser slaagt in zijn bewijslast.

⁴⁸ B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 130, nr. 249.

⁴⁹ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 335, nr. 16

⁵⁰ B. ALLEMEERSCH en W. VANDENBUSSCHE, "De rol van de rechter bij bewijsafspraken tussen partijen" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *Le juge et le contrat - De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2014, (143) 149, nr. 10; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 470, nr. 170; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 154, nr. 291; O. MICHIELS, "L'article 1315 du Code civil: contours et alentours", *Act.dr.* 1998, (363) 370; K. WAGNER, *Burgerlijk procesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2013, 548, nr. 610.

⁵¹ H. GEENS, "De verdeling van de bewijslast over de partijen in het verzekeringsrecht en het gemeen verbintenissenrecht" in B. ALLEMEERSCH, P. LONDERS en S. SROKA (eds.), *Bewijsrecht*, Brussel, Larcier, 2007, (159) 173, nr. 20.

⁵² J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, *et al.*, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 469, nr. 1125 en 444, nr. 1062; P. VAN ORSHOVEN en B. ALLEMEERSCH, *Gerechtelijk Recht. Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen*, Leuven, Acco, 2013, 283, nr. 387 en 280, nr. 383.

Het Hof van Cassatie heeft daaromtrent nog steeds geen eenduidig standpunt ingenomen, maar heeft wel de krijtlijnen uitgetekend waarbinnen het debat in de rechtsleer plaatsvindt. In een arrest van 17 september 1999 oordeelde het Hof van Cassatie dat krachtens art. 1315 BW “*de onzekerheid of de twijfel die blijven bestaan na de bewijsvoering in aanmerking moeten worden genomen tegen degene die de bewijslast draagt*”.⁵³ Die beslissing kwam dus neer op een interpretatie in de zin van het bewijsrisico, maar zonder dat het Hof van Cassatie daarbij aangaf of die interpretatie exclusief is, of de bewijsrangorde nog moet worden gerespecteerd en of een initieel afwachtende houding van de verweerder nog mogelijk is.

17. Drie stromingen - De Belgische rechtsleer kan omtrent de concrete toepassing van art. 1315 BW en 870 Ger.W. in drie strekkingen worden opgedeeld. Binnen het kader van deze bijdrage worden de strekkingen benoemd aan de hand van hun kernidee. De eerste is gebaseerd op de Latijnse vertaling van ‘veeleer’. Deze auteurs gaan ervan uit dat de wettelijke regels voornamelijk de toekenning van het bewijsrisico regelen (de *potius*-strekking). De aanhangers van de tweede stroming geloven daarentegen dat art. 1315 BW en 870 Ger.W. zowel het bewijsrisico als een strikte verdeling van de subjectieve bewijslast regelen. Beide interpretaties zijn dus gelijkwaardig (de *aequus*-strekking). De derde opvatting, die minder navolging krijgt, doet uitschijnen dat de bewijslast en bewijsrisico onafhankelijk van elkaar kunnen werken (de *dissimilis*-strekking). Na een analyse van die verschillende stromingen wordt een eigen stelling ingenomen, die het meest verwantschap vertoont met de *potius*-strekking.

18. Eensgezindheid in Nederland – De discussie in de Belgische doctrine staat in schril contrast met de Nederlandse rechtsleer, waar eensgezindheid bestaat dat de hoofdregel van bewijslastverdeling (art. 150 Rv.) in de eerste plaats de toekenning van het bewijsrisico regelt (cf. randnr. 26).⁵⁴ Deze basisregel bepaalt “*De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten*”. De uitzonderingen daarop zijn meteen in de wet ingeschreven: “*tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit.*”

⁵³ Cass. 17 september 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1119; *Bull.* 1999, 1164 en *Verkeersrecht* 2000, 14. Het Hof herhaalde dat in identieke bewoordingen in 2006, zie Cass. 20 maart 2006, *Pas.* 2006, 629 en *Soc.Kron.* 2007, 332. Daarnaast verwijzen sommige auteurs ook naar Cass. 21 januari 1965, *Pas.* 1965, 502; Cass. 19 februari 1971, *Arr.Cass.* 1971, 594 en Cass. 10 december 1976, *Arr.Cass.* 1977, 406 en *Pas.* 1977, 410. De idee dat “*indien de rechter na de bewijsvoering nog twijfelt, hij de vordering ongegrond moet verklaren*” is evenwel niet terug te vinden in de overwegingen of het obiter dicta.

⁵⁴ W.H.D. ASSER, *Bewijs in Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht.* 3, Deventer, Kluwer, 2013, 301-302, nr. 272; D.J. BEENDERS, "Art. 149 Rv." in A.I.M. VAN MIERLO, C.J.J.G. VAN NISPEN en M.V. POLAK (eds.), *Burgerlijke rechtsvordering: tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2012, (386) 388; G.R. RUTGERS en H.B. KRANS, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 7. Bewijs*, Deventer, Kluwer, 2014, 38; F.G. SCHELTEMA, *Nederlands burgerlijk bewijsrecht*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1940, 53-54; H.J. SNIJDERS, C.J.M. KLAASSEN en G.J. MEIJER, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 222, nr. 211.

A. De drie strekkingen

1. De *potius*-strekking

20. Principe - Volgens de aanhangers van deze stroming (o.a. ALLEMEERSCH, MOUGENOT, VAN OMMESLAGHE) vindt de regeling van art. 1315 BW en 870 Ger.W. geen strikte toepassing meer. Het is voornamelijk met betrekking tot de toekenning van het bewijsrisico dat de gemeenschappelijke bewijslastverdeling nog van belang is.⁵⁵ Het wettelijk kader kan aan een tweevoudige lezing worden onderworpen, waarbij de betere en meest fundamentele deze is waarbij men bij twijfel het bewijsrisico toebedeelt.⁵⁶ In ieder geval zou een letterlijke lezing van art. 1315 BW en 870 Ger.W. de verkeerde indruk wekken dat de bewijsvoering in rechte bijzonder strak zou verlopen, volgens het rigide schema van opeenvolgend bewijzen door eiser en verweerder, terwijl dat in realiteit niet het geval is.⁵⁷ De theorie van de bewijslast is dus in zekere zin die van het bewijsrisico geworden.⁵⁸

⁵⁵ B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, Die Keure, 2010, (35) 36-37, nr. 5; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 354, nr. 40; A. DE BOECK en H. GEENS, "De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van de *E-commerce anno 2008*: geruisloze overgang van oud naar nieuw?" in A. DE BOECK, S. STIJNS en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, Die Keure, 2008, (43) 88; R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht, III*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 384, nr. 676; G. DE LEVAL, "Les techniques d'approche de la vérité judiciaire en matière civile" in G. DE LEVAL (ed.), *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, Luik, Anthemis, 2011, (26) 34; H. GEENS, "De verdeling van de bewijslast over de partijen in het verzekeringrecht en het gemeen verbintenissenrecht" in B. ALLEMEERSCH, P. LONDERS en S. SROKA (eds.), *Bewijsrecht*, Brussel, Larcier, 2007, (159) 170, nr. 14; O. MICHIELS, "L'article 1315 du Code civil: contours et alentours", *Act. dr.* 1998, (363) 366; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, "Het bewijsrecht in burgerlijke zaken" in J. ROODHOOF (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, (VI.1-2) VI.2-3, nr. 5104; D. MOUGENOT, "La charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle: la distinction entre l'obligation totalement ou partiellement inexécutée au secours du praticien" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *Le juge et le contrat - De rol van de rechter in het contract*, Brugge, Die Keure, 2014, (409) 409, nr. 1; D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 109, nr. 27; D. MOUGENOT, "La preuve en matière civile - Chronique de Jurisprudence 2002-2010", *JT* 2011, (593) 596, nr. 11; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2009, 162, nr. 216; S. STIJNS, "Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhoudingen met de bewijsvoering", *RW* 1989-90, (1003) 1015; B. VANLERBERGHE, "Het bewijs in burgerlijke en handelszaken", in *CBR-jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (63) 73, nr. 15; P. VAN OMMESLAGHE, *Les Obligations, III, Régime général de l'obligation. Théorie des preuves* in *De Page: Traité de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 2013, 2363, nr. 1652; P. VAN OMMESLAGHE, "L'exécution de bonne foi, principe général de droit?", *TBBR* 1987, (101) 108, nr. 15; P. VAN OMMESLAGHE, "Examen de Jurisprudence (1974-1982). Les Obligations (partie 2)", *RCJB* 1988, (33) 153; W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 662; N. VERHEYDEN-JEANMART, "La charge de la preuve", in *La preuve, Colloque organisé les 12 et 13 mars 1987*, Louvain-la-Neuve, UCL, 1987, (1) 7, nr. 8.

⁵⁶ M. CLAVIE, "La charge de la preuve: questions choisies en matière contractuelle", in *La preuve*, Luik, CUP, 2002, (9) 12, nr. 3; D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 109, nr. 27

⁵⁷ B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 78, nr. 136. "Il n'y a pas de succession de monologues, mais souvent de dialogue", zie N. VERHEYDEN-JEANMART, "La charge de la preuve", in *La preuve, Colloque organisé les 12 et 13 mars 1987*, Louvain-la-Neuve, UCL, 1987, (1) 3-4, nr. 4.

⁵⁸ B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, Die Keure, 2010, (35) 36-37, nr. 5; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 354, nr. 40 en B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 69, nr. 117.

De bewijslast *an sich* krijgt dus nog slechts een vrij beperkte rol toebedeeld. Alle partijen voeren hun bewijzen aan en pogen de zaak op te helderen voor de rechter.⁵⁹ Indien de rechter van mening is dat hij genoeg weet, oordeelt hij door te steunen op alle bewijselementen die voldoende overtuigend zijn. Dan doet het er eigenlijk nog maar weinig toe op wie de bewijslast oorspronkelijk rustte.⁶⁰ Volgens deze theorie ligt de focus eerder op de bewijsvoering als tegenhanger van het bewijsrisico. Wel zou er nog sprake zijn van een ‘getemperde’ subjectieve bewijslast (cf. randnr. 6). Het is nog steeds vereist dat een partij het bewijs bijbrengt van de ontstaansvoorwaarden van haar recht.⁶¹ Anders loopt ze het risico bij gebrek aan bewijs het proces op dat punt te verliezen.

21. Argumentatie – Deze stroming haalt zijn voornaamste argumenten uit de gewijzigde verhoudingen tussen rechter en partijen sinds de invoering van het Gerechtelijk Wetboek.⁶² De lijdelijkheid van de rechter zou definitief tot het verleden behoren. Er heeft zich een evolutie voorgedaan in de richting van een meer actieve rechter.⁶³ Die rechter hoeft niet langer uitspraak te doen op basis van fictieve verslagen en onvolledig voorgestelde of vermomde feiten.⁶⁴ Hij kan zelf onderzoeksmaatregelen bevelen indien hij geen genoegen wil nemen met de aan hem voorgelegde bewijselementen.⁶⁵ Daarnaast moeten de partijen zich inzetten voor een correcte, waarheidsgetrouwe en proceseconomische rechtspleging.⁶⁶ Ze

⁵⁹ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 348, nr. 33; M. CLAVIE, "La charge de la preuve: questions choisies en matière contractuelle", in *La preuve*, Luik, CUP, 2002, (9) 14, nr. 4; D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012 109, nr. 27; N. VERHEYDEN-JEANMART, "La charge de la preuve", in *La preuve, Colloque organisé les 12 et 13 mars 1987*, Louvain-la-Neuve, UCL, 1987, (1) 11, nr. 15.

⁶⁰ D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 109, nr. 27 ; L. SIMONT, "La charge de la preuve. Jurisprudence récente de la Cour de Cassation" in P.A. FORRIER (ed.), *Actualité du droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2005, (23) 23, nr. 1 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Brussel, Larcier, 1991, 46, nr. 74.

⁶¹ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 354, nr. 41; J. KIRKPATRICK, "Essai sur les règles régissant la charge de la preuve en droit belge" in X. (ed.), *Liber amicorum Lucien Simont*, Brussel, Bruylant, 2002, (105) 106, nr.3 en B. VANLERBERGHE, "Het bewijs in burgerlijke en handelszaken", in *CBR-jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (63) 74, nr. 16.

⁶² Een zelfde tendens doet zich voor in het Nederlandse recht, zie o.a. W.D.H. ASSER, H.A. GROEN en J.B.M. VRANKEN, *Een nieuwe balans : interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2003, 77-84.

⁶³ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 349-350, nr. 34; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 31-35, nr. 65-67; R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht, III*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 381, nr. 673; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Université de Liège, Luik, 1987, 351-352, nr. 474-475; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, et al., *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 55, nr. 82; D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 80, nr. 13-b; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht, II*, Brugge, Die Keure, 2009, 157, nr. 208 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Les Obligations, III, Régime général de l'obligation. Théorie des preuves* in *De Page: Traité de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 2013, 2355, nr. 1647.

⁶⁴ Verslag Van Reepinghen, *Parl. St. Senaat* 1963-64, nr. 60, 162.

⁶⁵ B. ALLEMEERSCH en W. VANDENBUSSCHE, "De rol van de rechter bij bewijsafspraken tussen partijen" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *Le juge et le contrat - De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2014, (143) 150, nr. 11; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 31, nr. 66; D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 80, nr. 13.

⁶⁶ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 396, nr. 83.

moeten loyaal meewerken aan de bewijsvoering en aan de maatregelen die de rechter heeft bevolen.⁶⁷

Aldus wordt het bewijs vaak geleverd door degene op wie de bewijslast oorspronkelijk niet rustte.⁶⁸ Bovendien kan de rechter zijn initiatiefrecht uitoefenen zelfs indien het resultaat ervan ten gunste komt van de partij die op basis van de wettelijke bepalingen de bewijslast draagt.⁶⁹ Het feit dat de rechter maatregelen beveelt om de waarheid aan het licht te doen komen, betreft immers enkel de bewijsvoering. Het heeft geen enkele invloed op het bewijsrisico.⁷⁰

2. De *aequus*-strekking

22. Principe - De kerngedachte van de *aequus*-stroming (o.a. CORNELIS, MOURLON-BEERNAERT, SAMYN) is dat het wettelijk kader zowel het bewijsrisico als een strikte verdeling van de bewijslast regelt. Art. 1315 BW en art. 870 Ger.W. zouden niet te vernauwen zijn tot het bewijsrisico. Ze spelen daadwerkelijk een rol tijdens de procedure, in die zin dat ze een bewijsrangorde voorschrijven die niet louter theoretisch van aard is.⁷¹ Het komt in de eerste plaats aan de eisende partij toe om het bestaan van haar recht te bewijzen. Slechts wanneer zij daar overtuigend in slaagt, komt de verwerende partij aan zet.⁷²

23. Argumentatie - Het voornaamste argument van deze strekking is dat de bewoordingen van art. 1315 BW geen aanknopingspunten aanreiken voor een ander besluit dan dat de bewijslastprincipes nog wel degelijk van belang zijn tijdens de procedure. De teksten lenen zich niet tot interpretaties die partijen in eenzelfde positie plaatsen ongeacht hun hoedanigheid van eiser of verweerder.⁷³ Ze reiken integendeel de partijen in hun vordering of verweer een middel aan waarmee behoedzaam moet worden omgesprongen.⁷⁴ Het is in het belang van de rechtszekerheid dat er duidelijke richtlijnen bestaan voor de partijen inzake het aanbrenge van bewijs. MOURLON-BEERNAERT waarschuwt er zelfs voor dat anders niet alleen op nadelige wijze afbreuk wordt gedaan aan de belangen van de procespartijen, maar

⁶⁷ Verslag Van Reepinghen, *Parl. St.* Senaat 1963-64, nr. 60, 162 en 211.

⁶⁸ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 354, nr. 40; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 115, nr. 225 en O. MICHIELS, "L'article 1315 du Code civil: contours et alentours", *Act. dr.* 1998, (363) 382. Die gedachte was voordien zelfs al aanwezig (zie M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 51, nr. 35).

⁶⁹ B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis Gerechdelijk Recht*, Brugge, Die Keure, 2010, (35) 38, nr. 5.

⁷⁰ D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 110, nr. 27.

⁷¹ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 212, nr. 175; F. MOURLON BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, Waterloo, Kluwer, 2011, 37, nr. 30; F. MOURLON BEERNAERT, "Charge de la preuve" in X. (ed.), *Pratique des obligations*, Waterloo, Kluwer, 2006, (VI.1.3-1) VI.1.3-2, nr. 1.1; B. SAMYN, *Privaatrechdelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 147, nr. 143 en 151, nr. 147 en B. SAMYN, "De bewijslast: Rechtsleer getoetst aan 10 jaar Cassatierechtspraak (Deel 2)", *P&B* 2010, (50) 59, nr. 25.

⁷² B. SAMYN, "Bewijslast. *Bezint eer ge begint*", (noot onder Brussel 12 februari 2013), *RABG* 2014, (308) 308.

⁷³ B. SAMYN, "De bewijslast: Rechtsleer getoetst aan 10 jaar Cassatierechtspraak (Deel 2)", *P&B* 2010, (50) 54, nr. 11.

⁷⁴ B. SAMYN, *Privaatrechdelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 152, nr. 148 en B. SAMYN, "De bewijslast: Rechtsleer getoetst aan 10 jaar Cassatierechtspraak (Deel 2)", *P&B* 2010, (50) 58, nr. 24.

ook aan de politieke, economische en sociale orde waarop de rechtsstaat steunt.⁷⁵ Bovendien zou het Hof van Cassatie strikt toezien op de correcte toepassing van de regels uit artikel 1315 BW⁷⁶ of in ieder geval veel strikter dan wat de *potius*-stroming voorhoudt.⁷⁷

3. De *dissimilis*-strekking

24. Principe - De derde opvatting (o.a. LAENENS, RUTTEN, M.E. STORME) neemt als uitgangspunt dat het bewijsrisico en de bewijslast niet noodzakelijk op dezelfde partij hoeven te rusten. Volgens M.E. STORME worden de twee vaak ten onrechte niet onderscheiden. Men zou het bewijsrisico verkeerdelijk als de keerzijde van 'de' subjectieve bewijslast aanzien.⁷⁸ In zijn omvangrijke bijdrage "*Goede trouw in geding en bewijs*" pleit hij ervoor om af te stappen van de idee dat de bewijslast en het bewijsrisico in beginsel bepaald worden door de aanvoeringslast.⁷⁹ Hij stelt voor om de bewijslast te laten afhangen van de geschiktheid van een partij om zich het bewijs van welbepaalde feiten te verschaffen. Het bewijsrisico zou eveneens op basis van die geschiktheid kunnen worden toegekend. Toch kan dat laatste nog worden aangepast in het licht van de normaliteit en de waarschijnlijkheid die tijdens de procedure groeit.⁸⁰

LAENENS en RUTTEN volgen die gedachtegang in een meer gematigde vorm. Zij gaan ervan uit dat art. 1315 BW en 870 Ger.W. in beginsel de bewijslast regelen. Toch moet die regel die over en weer geldt niet absoluut worden opgevat.⁸¹ De rechter kan de bewijslast ook bepalen aan de hand van de geschiktheid van een procespartij om zich bewijsmateriaal te verschaffen. In dat geval onderzoekt hij voor welke partij het leveren van bewijs onder de gegeven omstandigheden het minst bezwaarlijk is.⁸² Het bewijsrisico zou daarentegen niet afhankelijk zijn van de vraag welke partij het bewijs moet leveren.⁸³

⁷⁵ F. MOURLON BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, Waterloo, Kluwer, 2011, 45, nr. 36; F. MOURLON BEERNAERT, "Charge de la preuve" in X. (ed.), *Pratique des obligations*, Waterloo, Kluwer, 2006, (VI.1.3-1) VI.1.3-5, nr. 2.4.

⁷⁶ Als voorbeeld wordt het arrest van het Hof van Cassatie van 6 maart 2006 over het ontslag van een werknemer aangehaald (zie Cass. 6 maart 2006, *JTT* 2007, 6, *Pas.* 2006, 534, *RW* 2006-07, 682 en *Soc.Kron.* 2008313).

⁷⁷ F. MOURLON BEERNAERT, "Charge de la preuve" in X. (ed.), *Pratique des obligations*, Waterloo, Kluwer, 2006, (VI.1.3-1) VI.1.3-4, nr. 2.2; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 126, nr. 117 en B. SAMYN, "De bewijslast: Rechtsleer getoetst aan 10 jaar Cassatierechtspraak (Deel 1)", *P&B* 2010, (3) 3, nr. 1. Oudere rechtsleer verdedigde ook dat het Hof van Cassatie, zowel in Frankrijk als in België, vasthoudt aan een strikte toepassing van de richtlijnen uit art. 1315 BW (zie G. STEVIGNY, "De bewijslast in het burgerlijk proces", *RW* 1957-58, afl. 3, (129) 135, nr. 15).

⁷⁸ M.E. STORME, "Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding?", *TPR* 1990, (353) 505, nr. 110.

⁷⁹ M.E. STORME, "Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding?", *TPR* 1990, (353) 509, nr. 113 en 512, nr. 115.

⁸⁰ M.E. STORME, "Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding?", *TPR* 1990, (353), 509-510, nr. 113.

⁸¹ R. DE CORTE en J. LAENENS, "De verstekprocedure en de taak van de rechter bij verstek", *TPR* 1980, (447) 491, nr. 108, J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, *et al.*, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 539, nr. 1329-1330; J. LAENENS, "Rechtscultuur en bewijs in civiele zaken" in R. DE CORTE (ed.), *Hulde aan Prof. Dr. Jean Laenens*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (289) 293.

⁸² J. LAENENS, "Rechtscultuur en bewijs in civiele zaken" in R. DE CORTE (ed.), *Hulde aan Prof. Dr. Jean Laenens*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (289) 294; J. LAENENS, "Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen" in G. DE LEVAL en B. TILLEMEN (eds.), *Gerechtelijk deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de*

25. Argumentatie – Het voornaamste argument van deze stroming is dat de bewijslast en het bewijsrisico niet mogen afhangen van de toevallige processuele positie als eiser of verweerder, omdat dit de kwade trouw in de hand zou werken.⁸⁴ In het Belgische recht is men meer dan in de andere stelsels geneigd om de bewijslastverdeling vast te knopen aan de processuele positie van de partijen en de aanspraken die ze maken.⁸⁵ Ten gevolge daarvan zou iedere procespartij kunnen proberen om zijn tegenpartij voor voldongen feiten te stellen door zich in de positie van verweerder te verschansen.⁸⁶

B. Eigen stellingname

26. De doorwerking van het bewijsrisico - Als uitgangspunt sluiten we ons aan bij de *potius*-strekking. Art. 1315 BW en 870 Ger.W. regelen in eerste instantie de toekenning van het bewijsrisico. Ze vormen een middel voor de rechter om aan het einde van de procedure een beslissing te nemen “*als de feiten zich in nevelen hullen*”.⁸⁷

Toch mag het belang van het wettelijk kader voor de partijen tijdens de bewijsvoering niet worden onderschat. De mogelijke toekenning van het bewijsrisico zal richtinggevend zijn bij het aanbrengen van bewijs. Dat is ook de visie van VAN GERVEN en COVEMAEKER wanneer zij argumenteren dat het omwille van het bewijsrisico is dat gedingpartijen op een zo geloofwaardig mogelijke manier als hun belang toestaat aan de bewijsvoering deelnemen.⁸⁸ Partijen moeten in elke stand van de procedure, zelfs voor de start van het geding, rekening houden met de toedeling van het bewijsrisico wanneer ze hun bewijsvoering organiseren.⁸⁹

belastingsconsulent, Brugge, Die Keure, 2003, (39) 48, nr. 31 en S. RUTTEN, "Beginselen van behoorlijke bewijsvoering in het burgerlijk proces: enkele aandachtspunten" in A. DE BOECK, S. STIJNS en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, Die Keure, 2008, (19) 22.

⁸³ J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, *et al.*, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 539, nr. 1323.

⁸⁴ J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, *et al.*, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 540, nr. 1327; J. LAENENS, "Rechtscultuur en bewijs in civiele zaken" in R. DE CORTE (ed.), *Hulde aan Prof. Dr. Jean Laenens*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (289) 293-294; J. LAENENS, "Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen" in G. DE LEVAL en B. TILLEMANS (eds.), *Gerechtelijk deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingsconsulent*, Brugge, Die Keure, 2003, (39) 48, nr. 31 en M.E. STORME, "Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding ?", *TPR* 1990, (353) 509, nr. 113.

⁸⁵ W.D.H. ASSER, "Een Neder-Duitse hybride", *Ars Aequi* 2014, (536) 538-539.

⁸⁶ M.E. STORME, "Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding ?", *TPR* 1990, (353) 509, nr. 113. STEVIGNY merkt wel op dat art. 1315 BW zich eigenlijk heel weinig bekommert om de procesrechtelijke hoedanigheid van de partijen (zie G. STEVIGNY, "De bewijslast in het burgerlijk proces", *RW* 1957-58, afl. 3, (129) 134, nr. 13). Daarnaast is een procedure meestal een veel ingewikkelder facet door de incidentele vorderingen ingesteld door de ene of andere partij (zie O. MICHIELS, "L'article 1315 du Code civil: contours et alentours", *Act. dr.* 1998, (363) 383). Het onderscheid tussen eiser en verweerder kan inderdaad artificieel zijn (zie B. ALLEMEERSCH en W. VANDENBUSSCHE, "Bewijs versus geheim in het aansprakelijkheidscontentieux", *TBH* 2013, (1057) 1066, nr. 24).

⁸⁷ B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, die Keure, 2010, (35) 37, nr. 5.

⁸⁸ W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 662.

⁸⁹ M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 33, nr. 7.

In bepaalde gevallen zal het bewijsrisico zelfs een rol spelen bij de beslissing of het de moeite loont om te procederen, wat de proceskansen zijn en wat het procesrisico is.⁹⁰

Het bewijsrisico zal dus als het ware ‘doorwerken’ op de verdeling van de bewijsvoeringslast tussen de procespartijen. Partijen beseffen dat wanneer bepaalde feiten die zij hebben aangevoerd niet bewezen worden, ze daarvan de negatieve gevolgen zullen ondergaan. Bijgevolg zullen ze tijdens de procedure zoveel als mogelijk aan hun bewijsvoeringslast proberen te voldoen.⁹¹ Dat uitgangspunt vindt trouwens ook aansluiting bij de Nederlandse rechtsleer. Volgens SCHELTEMA is het niet zo dat wanneer “*op één of andere manier is vastgesteld op welke partij de bewijslast rust, daaraan de consequentie wordt gehecht dat zij ook het risico voor het vaststaan van dat feit draagt*”.⁹² Hij verdedigt terecht het omgekeerde, namelijk “*als vaststaat ten aanzien van welke feiten een partij het bewijsrisico draagt, daaruit volgt dat de bewijslast van die feiten op haar rust*”.⁹³

27. Bewijsvoeringslast valt initieel samen met bewijsrisico – De eigen stellingname neemt ook afstand van de *dissimilis*-strekking. De bewijsvoeringslast zal als doorwerking van het bewijsrisico er bij aanvang van de procedure steeds mee samenvallen. Bovendien rusten beiden in beginsel op de aanvoerende partij. Het Hof van Cassatie laat dat in een arrest van 19 januari 2001 ook expliciet uitschijnen. De zaak betrof een oude dame die een authentiek testament had opgesteld en twee jaar later een eigenhandig testament maakt. Na haar overlijden betwistten de legatarissen, aangeduid als erfgenamen in het authentieke testament, dat het onderhandse testament door haarzelf was opgesteld. Het Hof van Cassatie oordeelde dat een eigenhandig testament slechts de bewijswaarde heeft van een onderhandse akte, wat betekent dat de echtheid ervan moet worden erkend of bewezen. Krachtens art. 1323 BW konden de erfgenamen volstaan met te verklaren dat zij het schrift of de handtekening van hun rechtsvoorganger (*in casu* de oude dame) niet kenden. Bijgevolg kwam het Hof tot de conclusie dat ‘de bewijslast’ en ‘het bewijsrisico’ nopens de echtheid van het eigenhandig testament rustte op diegene die daar een beroep op deed.⁹⁴ Het Hof van Cassatie nam dus duidelijk de bewijslast en het bewijsrisico samen in één overweging.⁹⁵

28. Bewijsgeschiktheid geen uitgangspunt - Het lijkt niet opportuun om als algemene regel de bewijsvoeringslast en het bewijsrisico toe te kennen op basis van de

⁹⁰ W.H.D. ASSER, *Bewijs in Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht*. 3, Deventer, Kluwer, 2013, 303, nr. 276.

⁹¹ In die zin sluit de eigen stellingname aan bij STORME die verdedigt dat de bewijslast de partijwerkzaamheid is van diegene die het bewijsrisico draagt (zie M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 51, nr. 35).

⁹² Wat ook een aantal Belgische auteurs doen uitschijnen: L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 211, nr. 174 vs. 212, nr. 175; R. DE CORTE en B. DE GROOTE, *Handboek civiel recht*, Gent, Larcier, 2010, 326, nr. 941; H. GEENS, "De verdeling van de bewijslast over de partijen in het verzekeringrecht en het gemeen verbintenissenrecht" in B. ALLEMEERSCH, P. LONDERS en S. SROKA (eds.), *Bewijsrecht*, Brussel, Larcier, 2007, (159) 173, nr. 20.

⁹³ F.G. SCHELTEMA, *Nederlands burgerlijk bewijsrecht*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1940, 54-55.

⁹⁴ Cass. 19 januari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 127, concl. BRESSELEERS, *AJT* 2001-02, 702, *JT* 2001, 613, *Pas.* 2001, 130, concl. BRESSELEERS, *RTDF* 2003, 221 en *RW* 2000-01, 1277, concl. BRESSELEERS.

⁹⁵ Het Hof van Cassatie hanteert de term bewijslast, waarmee volgens onze terminologische indeling de bewijsvoeringslast wordt bedoeld (*cf.* randnr. 8)

bewijsgeschiktheid van partijen.⁹⁶ In 2001 werd de theorie van ‘de betere bewijsgeschiktheid’ zelfs uitdrukkelijk afgewezen door het hof van beroep te Gent. Een investeerder argumenteerde dat de eerste rechter ten onrechte de bewijslast van de omvang van een gegeven beursopdracht bij hem had gelegd. De rechter had immers geen aandacht geschonken aan de betere geschiktheid tot bewijsvoering van de bank. Het hof van beroep te Gent antwoordde dat de ‘betere geschiktheid’ van de bank tot het leveren van bewijs geen afbreuk deed aan het feit dat het in de eerste plaats aan de investeerder toekwam om de contractuele tekortkoming van de bank aan te tonen.⁹⁷ De bewijsgeschiktheid is in het Belgische recht dus geen uitgangspunt voor de verdeling van de bewijslast.⁹⁸ Eventueel zou het wel als correctiemechanisme kunnen worden gebruikt om uitzonderlijke situaties van bewijsnood te ondervangen.⁹⁹

29. Praktische consequentie – Net zoals de *potius*-strekking verdedigt (*cf.* randnr. 20), betekent het voorgaande dat de bewijsvoeringslast nog slechts een beperkte rol zal spelen in de burgerlijke procedure. De bewijsvoeringslast bestaat er enkel in dat een partij meer moeite zal doen in het onderbouwen van haar stellingen met bewijselementen wanneer het bewijsrisico op haar rust. Die beperkte betekenis wordt geïllustreerd in het verdere verloop van deze bijdrage, waar de term ‘bewijsvoeringslast’ nog slechts zijdelings aan bod komt.¹⁰⁰ De begrippen ‘bewijsrisico’ en het ‘leveren van bewijs’ zijn voldoende om de dynamiek van het burgerlijk proces inzake bewijs weer te geven.

III. De houding van de tegenpartij inzake bewijs

30. Principe – Op basis van art. 1315, lid 1 BW en 870 Ger.W. moet de partij die voor de rechter een aantal feitelijke elementen heeft aangevoerd (zoals het bestaan van een verbintenis), het bewijs daarvan leveren. Zo vermijdt zij dat zij de negatieve gevolgen van het bewijsrisico moet ondergaan. Nadien is de dynamiek van het proces in grote mate afhankelijk van de houding van de tegenpartij. Hieronder wordt uitgegaan van de hypothese waarin die partij de aangevoerde feiten betwist. Indien dat niet het geval is, erkent zij de feiten en komt de vraag van bewijs zelfs niet meer aan de orde (*cf.* randnr. 11).

Een procespartij die de aangevoerde feiten van haar tegenstander betwist, kan eerst en vooral een dynamische houding aannemen (A) door het opwerpen van een verweer in de zin van art. 1315, lid 2 BW of door de feiten gemotiveerd te betwisten. Daarnaast is het ook denkbaar dat zij een puur afwachtende houding aanneemt. In dat geval argumenteert ze dat de andere partij eerst al haar aanvoeringen moet bewijzen, alvorens zij zelf enig initiatief zal ondernemen (B).

⁹⁶ Ook STIJS stelt zich die vraag, maar komt tot een negatief antwoord (zie S. STIJS, "Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhoudingen met de bewijsvoering", *RW* 1989-90, (1003) 1015).

⁹⁷ Gent 13 december 2001, *Bank Fin.R.* 2002, 167, noot S. DEJONGHE.

⁹⁸ In dezelfde zin, J. DE MOT, "De verdeling van de bewijslast economisch bekeken" in J. DE MOT (ed.), *Liber Amicorum Boudewijn Bouckaert. Vrank en Vrij*, Brugge, Die Keure, 2012, (17) 19.

⁹⁹ Daarover dient evenwel nog verder onderzoek te worden uitgevoerd (*cf.* randnr. 4).

¹⁰⁰ Met name in de gevallen waarin het Hof van Cassatie de term ‘bewijslast’ *expressis verbis* gebruikt, hoewel het in onze visie daarmee het bewijsrisico bedoelt.

A. Een dynamische houding

31. De meest voorkomende situatie - In de meeste gevallen zal een procespartij als antwoord op de aanvoeringen van haar tegenstander spontaan met een eigen versie van de feiten naar voor komen en die ondersteunen met bewijselementen. Partijen zijn zich ervan bewust dat het eenvoudiger is om te verhinderen dat de overtuiging van de rechter wordt gevormd dan dat ze een reeds gevormde overtuiging moeten terugschroeven.¹⁰¹ Concreet komt het er op neer dat elk van de partijen een eigen versie van de feiten uitschrijft en een aantal bewijsstukken aan het dossier toevoegt. Daaruit moet de rechter dan afleiden wat volgens hem gesteld en bewezen is.

32. Twee deelscenario's - De bewijsvoering verloopt dus niet zo chronologisch als de regels van art. 1315 BW op het eerste zicht doen uitschijnen. Toch is het voor een theoretische analyse van de bewijslast noodzakelijk om de houding van de tegenpartij als een op zichzelf staand gegeven te analyseren. Uit die analyse blijkt dat de dynamische houding in twee deelscenario's kan worden opgesplitst. Ten eerste kan die partij een verweer in de zin van art. 1315, lid 2 BW opwerpen.¹⁰² Dat betekent dat ze een grond van bevrijding inroept en een aantal bewijselementen naar voor brengt om de waarheid daarvan te doen blijken (1). Daarnaast kan ze ook argumenteren dat hetgeen de andere partij heeft aangevoerd gewoonweg niet correct is. In dat geval werpt ze geen verweer op, maar ontkent ze de aanvoeringen op gemotiveerde wijze. Dat kan ze doen in combinatie met het leveren van tegenbewijs (2).

Het grote onderscheid tussen beide scenario's is dat enkel in het eerste geval het bewijsrisico zich verplaatst naar de tegenpartij.¹⁰³ In het andere geval blijft het bewijsrisico rusten op de aanvoerende partij. Die zal dan de negatieve gevolgen moeten ondergaan wanneer de rechter vaststelt dat het door haar aangevoerde feit niet bewezen is.

1. Het opwerpen van een verweer.

33. Principe - Wanneer een partij als reactie op de aanvoeringen van haar tegenstander een aantal feitelijke elementen inroept die haar bevrijding inhouden, werpt zij een verweer in de zin van art. 1315, lid 2 BW op.¹⁰⁴ Zo'n verweer moet niet worden opgevat als een exceptie

¹⁰¹ B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 78, nr. 136; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, "Het bewijsrecht in burgerlijke zaken" in J. ROODHOOF (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, (VI.1-2) VI.2-2, nr. 5103; M.E. STORME, "Algemene beginselen van bewijs in het vermogensrecht" in B. ALLEMEERSCH, P. LONDERS en S. SROKA (eds.), *Bewijsrecht*, Brussel, Larcier, 2007, (1) 10, nr. 14; N. VERHEYDEN-JEANMART, "La charge de la preuve", in *La preuve, Colloque organisé les 12 et 13 mars 1987*, Louvain-la-Neuve, UCL, 1987, (1) 9, nr. 12.

¹⁰² De term 'verweer' krijgt de voorkeur op exceptie, omdat ook kan gaan om puur feitelijke argumenten (zie P. VAN ORSHOVEN en B. ALLEMEERSCH, *Gerechtigd Recht. Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen*, Leuven, Acco, 2013, 205-206, nr. 264).

¹⁰³ R.O. DALCQ, "Réflexions au sujet de la charge de la preuve", in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Brussel, Bruylant, 2000, (53) 54, nr. 2; N. VERHEYDEN-JEANMART, "La charge de la preuve", in *La preuve, Colloque organisé les 12 et 13 mars 1987*, Louvain-la-Neuve, UCL, 1987, (1) 52, nr. 63.

¹⁰⁴ R.O. DALCQ, "Réflexions au sujet de la charge de la preuve", in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Brussel, Bruylant, 2000, (53) 54, nr. 2.

zoals uitgedrukt in hoofdstuk VII van boek II, titel III van het Gerechtelijk Wetboek.¹⁰⁵ Daarnaast mag het ook niet te nauw worden ingevuld. Hoewel het Burgerlijk Wetboek enkel melding maakt van de betaling of van het feit dat het tenietgaan van de verbintenis heeft teweeggebracht, zou het gaan om alle verweermiddelen die tot doel hebben om aan te tonen dat de situatie zoals die door de eerste partij wordt voorgesteld, niet meer bestaat.¹⁰⁶ DE PAGE drukt het in de volgende woorden uit: “*C'est à celui qui prétend qu'elle n'existe plus (libération, cause d'exonération, prescription acquisitive, interversion du titre, etc.) à établir les éléments dont résulte l'interversion de la situation.*”¹⁰⁷

34. Gelijkaardig in Nederland – In het Nederlandse rechtsstelsel gebruikt men de term ‘bevrijdend’ of ‘zelfstandig’ verweer om de situatie aan te duiden waarin het bewijsrisico zich verplaatst naar de tegenpartij. Indien een procespartij een zelfstandig verweer inroept, erkent zij weliswaar de door de andere partij gestelde feiten, maar beroept zij zich op feiten met rechtsgevolgen die de toewijzing van de vordering tegenhouden.¹⁰⁸ Dat is hetzelfde principe als het inroepen van een verweer op basis art. 1315, lid 2 BW in het Belgische recht. Het enige verschil is dat er in het Nederlandse recht geen wettelijke tegenhanger van het tweede lid van art. 1315 BW bestaat. Bijgevolg wordt het zelfstandig verweer gegrond op iedere materiële rechtsnorm die een andere feitenconstellatie veronderstelt dan de oorspronkelijk aangevoerde wettelijke bepaling.

35. Complex onderscheid - Bepaalde auteurs merken op dat het niet steeds eenvoudig is om een onderscheid te maken tussen de ontkenning van één van de bestaansvoorwaarden van het recht waarvan de ene partij de bevestiging vordert en het opwerpen van een verweer door de andere partij.¹⁰⁹ Uiteraard bestaan er gevallen die weinig ruimte laten voor discussie. Voor de hand liggende toepassingen van art. 1315, lid 2 BW zijn het inroepen van de bevrijding door de betaling van een postassignatie in handen van de gerechtigde¹¹⁰ of door de contante terugbetaling van een geldsom kort na het afsluiten van de lening.¹¹¹ Toch bestaan ook heel wat complexere gevallen die niet zo glashelder zijn. Hieronder beschrijven we eerst enkele

¹⁰⁵ J. KIRKPATRICK, "Essai sur les règles régissant la charge de la preuve en droit belge" in X. (ed.), *Liber amicorum Lucien Simont*, Brussel, Bruylant, 2002, (105) 107, nr. 3; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, *et al.*, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 97, nr. 176; P. VAN ORSHOVEN en B. ALLEMEERSCH, *Gerechtelijk Recht. Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen*, Leuven, Acco, 2013, 205, nr. 264.

¹⁰⁶ L. SIMONT, "La charge de la preuve. Jurisprudence récente de la Cour de Cassation" in P.A. FORRIER (ed.), *Actualité du droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2005, (23) 33, nr. 13; B. VANLERBERGHE, "Het bewijs in burgerlijke en handelszaken", in *CBR-jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (63) 74, nr. 16.

¹⁰⁷ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 731, nr. 726.

¹⁰⁸ W.H.D. ASSER, *Bewijs in Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht*, 3, Deventer, Kluwer, 2013, 54, nr. 57; D.J. BEENDERS, "Art. 149 Rv." in A.I.M. VAN MIERLO, C.J.J.G. VAN NISPEN en M.V. POLAK (eds.), *Burgerlijke rechtsoverdracht: tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2012, (386) 388; G.R. RUTGERS en H.B. KRANS, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 7. Bewijs*, Deventer, Kluwer, 2014, 44; H.W.B. THOE SCHWARTZENBERG, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraktijk*, Apeldoorn, Maklu, 2013, 80.

¹⁰⁹ M. CLAVIE, "La charge de la preuve: questions choisies en matière contractuelle", in *La preuve*, Luik, CUP, 2002, (9) 12; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Brussel, Larcier, 1991, 95, nr. 173; N. VERHEYDEN-JEANMART, "La charge de la preuve", in *La preuve, Colloque organisé les 12 et 13 mars 1987*, Louvain-la-Neuve, UCL, 1987, (1) 53, nr. 64.

¹¹⁰ Arbh. Brussel 5 november 2009 *JTT* 2010, 101.

¹¹¹ Antwerpen 9 januari 2001, *RGDC* 2002, 400.

situaties waarin het Hof van Cassatie de toepasselijkheid van een verweer heeft aanvaard (i.). Daarna wordt ingegaan op een aantal gevallen waarin de toepassing van art. 1315, lid 2 BW werd afgewezen (ii.).¹¹²

Een analyse van die gevallen leert ons dat het soms bijzonder moeilijk is om in te schatten waarom de kwalificatie van verweer in de zin van art. 1315, lid 2 BW in een concreet geval al dan niet wordt aanvaard.¹¹³ Een mogelijke verklaring hiervoor is dat de rechter in bepaalde omstandigheden de neiging heeft om de regels van de bewijslastverdeling op een pragmatische manier toe te passen. Op die manier kan hij proberen tegemoet te komen aan de onderliggende doelstellingen die hij nastreeft (rechtszekerheid, bescherming van de zwakkere partij, ...).¹¹⁴

a. Toepassing van art. 1315, lid 2 BW

36. Een grond van bevrijding in de brede zin – Een eerste type gevallen waarin art. 1315, lid 2 BW toepasselijk is, doet zich voor wanneer een tegenpartij de situatie zoals voorgesteld door de aanvoerende partij in beginsel erkent, maar een grond van bevrijding inroept die het ingaan van het rechtsgevolg belemmert. Dit type kan misschien zelfs als de standaard situatie worden beschouwd. In het Nederlandse recht noemt men dat simplistisch uitgedrukt het “ja, maar”-verweer.¹¹⁵ Een procespartij spreekt hetgeen de tegenpartij aanvoert niet tegen (“ja”), maar brengt een nieuw element in het debat dat haar bevrijding inhoudt (“maar”).

Een mooie illustratie daarvan is te vinden in een zaak waarin een werkgever na een periode van afwezigheid een aangetekende brief stuurde naar zijn werknemer. Daarin meldde hij dat hij had vastgesteld dat die laatste door zijn afwezigheid de arbeidsovereenkomst vrijwillig had beëindigd. Volgens de werknemer was dat onterecht, omdat zijn afwezigheid op zichzelf geen einde maakte aan het contract. Voor de feitenrechter vorderde hij dan ook een verbrekingsvergoeding en eindejaarspremie. De werkgever betwistte dat hij daar recht op had. Hij meende dat het aan de werknemer toekwam om te bewijzen dat hij niet de wil had om de

¹¹² Dat overzicht is zeker niet allesomvattend, maar hoopt aan de hand van een hernieuwde focus op de invulling art. 1315, lid 2 BW een eerste aanzet te geven om de onzekerheid over de toekenning van het bewijsrisico te verminderen.

¹¹³ Recente standaardwerken over burgerlijk bewijsrecht besteden dan ook weinig aandacht aan de invulling van art. 1315, lid 2 BW, zie B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 97, nr. 178; D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 108, nr. 26; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 125, nr. 116.

¹¹⁴ J. DEVEZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Grenoble, SRT, 1980, nr. 516, onder andere aangehaald door D. MOUGENOT, "La charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle: la distinction entre l'obligation totalement ou partiellement inexécutée au secours du praticien" in S. STUNS en P. WERY (eds.), *Le juge et le contrat - De rol van de rechter in het contract*, Brugge, Die Keure, 2014, (409) 410, nr. 1.

¹¹⁵ D.J. BEENDERS, "Art. 149 Rv." in A.I.M. VAN MIERLO, C.J.J.G. VAN NISPEN en M.V. POLAK (eds.), *Burgerlijke rechtsvordering: tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2012, (386), 388; I. GIESEN, *Bewijs en aansprakelijkheid : een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2001, 82; G.R. RUTGERS en H.B. KRANS, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 7. Bewijs*, Deventer, Kluwer, 2014, 45; H.W.B. THOE SCHWARTZENBERG, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraak*, Apeldoorn, Maklu, 2013, 81.

arbeidsovereenkomst te beëindigen. Het Hof van Cassatie volgde de werkgever daarin niet. Het oordeelde dat een partij die beweert bevrijd te zijn, omdat de andere partij in gebreke is gebleven en dus haar wil te kennen heeft gegeven om de arbeidsovereenkomst te beëindigen, overeenkomstig artikel 1315, lid 2 BW het bewijs moet leveren van die wil van de andere partij.¹¹⁶

In deze zaak erkent de werkgever dat de loutere afwezigheid niet voldoende was om de arbeidsovereenkomst te beëindigen (“ja”). Hij voegt een nieuw element aan het debat toe dat voor hem een grond van bevrijding inhoudt. Dat is de intentie van de werknemer om de overeenkomst te beëindigen (“maar”).¹¹⁷ Bijgevolg verschoof het bewijsrisico overeenkomstig art. 1315, lid 2 BW naar de werkgever.

37. Het inroepen van een uitsluitings- of vervalclausule – Een tweede type gevallen is te vinden in de sfeer van de exoneratiebedingen. Een verzekeraar die inroept dat voldaan is aan de voorwaarden voor de toepassing van een vervalbeding, werpt luidens vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie een verweer in de zin van art. 1315, lid 2 BW op. Daardoor komt het bewijsrisico bij hem te liggen.¹¹⁸

Verzekeraars roepen bijvoorbeeld een vervalclausule in wanneer ze vermoeden dat er sprake is van een opzettelijke brandstichting. Ze proberen de rechter dan te overtuigen dat het bewijs van het niet voorhanden zijn van opzet aan de verzekerde toekomt. De verzekerde zou op basis van art. 1315, lid 1 BW de ontstaansvoorwaarden van zijn recht moeten bewijzen. Zo argumenteerde een verzekeraar in 2005 dat *‘wanneer hij als verweerder in de rechtsvordering staande houdt dat de verzekerde niet bewijst dat voldaan is aan alle voorwaarden voor het ingaan van zijn recht en de brand voor hem een onzekere gebeurtenis uitmaakt, hij “geen eiser op exceptie” wordt en op basis van artikel 1315, tweede lid BW de bewijslast niet dient te dragen.’* Toch was dat argument tevergeefs. Het Hof van Cassatie herhaalde zijn vaste rechtspraak dat de verzekeraar die op basis van art. 1315, lid 2 BW van de dekking beweert

¹¹⁶ Cass. 22 oktober 2012, concl. J. GENICOT, JTT 2013, afl. 1150, 85

¹¹⁷ In een gelijkaardig arrest werd de zelfstandige grond van bevrijding door de werknemer in het debat gebracht. Nadat de werkgever had aangetoond dat de reden tot ontslag de niet-gerechtigde afwezigheid van de werknemer was gedurende een bepaalde periode, voerde die werknemer aan dat hij in die periode vakantie mocht nemen. Dat laatste vormde een verweer in de zin van art. 1315, lid 2 BW, waardoor het bewijsrisico op de werknemer kwam te liggen (Cass. 6 maart 2006, JTT 2007, 6, Pas. 2006, 534, RW 2006-07, 682 en Soc.Kron. 2008, 313). Zie ook B. SAMYN, "De bewijslast: Rechtsleer getoetst aan 10 jaar Cassatierechtspraak (Deel 1)", P&B 2010, (3) 19 en B. VANLERBERGHE, "Het bewijs in burgerlijke en handelszaken" in *CBR-jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 75, nr. 16.

¹¹⁸ Cass. 7 juni 2001, Arr.Cass. 2001, 1111, Pas. 2001, 1073, Eur.Vervoerr. 2005, 823, JLMB 2001, 1117, RCJB 2003, 5, noot M. FONTAINE, RW 2001-02, 890, noot G. JOCQUÉ; Cass. 18 januari 2002, Arr.Cass. 2002, 212, concl. Henkes, Pas. 2002, 201, Eur.Vervoerr. 2005, 831, concl. HENKES, noot M. FONTAINE, JT 2002, 322, noot, RGAR 2003, 13.659; Cass. 2 april 2004, Pas. 2004, 567. Zie ook Verslag van het Hof van Cassatie 2001, 65 en Verslag van het Hof van Cassatie 2002, 328; L. SIMONT, "La charge de la preuve. Jurisprudence récente de la Cour de Cassation" in P.A. FORRIERS (ed.), *Actualité du droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2005, (23) 34; L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 645.

bevrijd te zijn, moet bewijzen dat de verzekerde een opzettelijke daad heeft begaan waardoor hij het voordeel van de verzekering heeft verloren.¹¹⁹

b. Geen toepassing van art. 1315, lid 2 BW

38. Tekortkoming aan informatieverplichting - In aansprakelijkheidsprocedures naar aanleiding van schendingen van informatieverplichtingen door een professioneel (zoals een arts, advocaat of kredietgever), komt de problematiek van de bewijslastverdeling ook geregeld aan bod. Het uitgangspunt is doorgaans dat de professioneel onvoldoende informatie heeft verstrekt, waardoor een aanzienlijke schade is ontstaan. In dat geval rijst de vraag of het voldoende is dat de informatiegerechtigde op basis van art. 1315, lid 1 BW aantoont dat de professioneel een wettelijke informatieverplichting had. Daarna zou het aan die laatste toekomen om op basis van art. 1315, lid 2 BW het tenietgaan van die verbintenis door de uitvoering ervan te bewijzen.

In een arrest van 16 december 2004 heeft het Hof van Cassatie die vraag negatief beantwoord. Een patiënt had na een heupoperatie het ziekenhuis vroegtijdig verlaten en kreeg te kampen met een aantal complicatierisico's. Hij verweet zijn arts dat hij zijn informatieverplichting niet was nagekomen. Het Hof van Cassatie oordeelde dat bij een civielrechtelijke betwisting over de te vergoeden schade, de bewijslast van fout, schade en oorzakelijk verband rust op degene die vergoeding voor die schade vordert. Het Hof overwoog uitdrukkelijk dat daaraan geen afbreuk werd gedaan door art. 1315, lid 2 BW. *In casu* moest de patiënt die aanvoerde dat zijn arts niet aan zijn informatieplicht had voldaan, het bewijs daarvan leveren.¹²⁰ Bovendien oordeelde het Hof op dezelfde dag nog in een andere uitspraak dat de informatieverplichting van de arts geen resultaatsverbintenis uitmaakt.¹²¹

39. Wat met tekortkoming aan wettelijke verplichting - Ondanks het ondubbelzinnige antwoord in 2004 lijkt een – in die context onopgemerkt¹²² – cassatiearrest van 20 maart 2006 de deur te openen voor de tegengestelde zienswijze. Die zaak handelde over de echtgenote van een in een arbeidsongeval overleden werknemer die een aansprakelijkheidsvordering had ingesteld tegen de wetsverzekeraar. Ze verweet hem dat hij het afschrift van de gehomologeerde overeenkomst betreffende de voor het arbeidsongeval verschuldigde vergoedingen niet binnen de twee weken had overgemaakt aan het Fonds voor

¹¹⁹ Cass. 19 mei 2005, *Pas.* 2005, 1065, *Amén.* 2005, 307, *JT* 2005, 553, *JLMB* 2007, 419, *RGAR* 2006, nr. 14124, noot O. DELOGNE, *RW* 2007-08, 982, noot en *TBH* 2006, 748. P. COLLE blijft tot op heden voor de omgekeerde visie pleiten (zie P. COLLE, "Opzet en bewijs van het recht op verzekeringsprestatie" in X (ed.), *Over grenzen. Liber amicorum Herman Cousy*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (399) 406)

¹²⁰ Cass. 16 december 2004, AR C.03.0407.N, *Arr.Cass.* 2004, 2081, *JLMB* 2006, 1168, *NJW* 2006, 316, *Pas.* 2004, 2022, *RGAR* 2006, nr. 14161, noot, *RW* 2004-05, 1553, noot H. NYS en *T.Gez.* 2004-05, 299, noot S. LIERMAN.

¹²¹ Cass. 16 december 2004, *T.Gez.* 2004-05, 298, noot S. LIERMAN. Die kwalificatie als middelen- dan wel resultaatsverbintenis heeft in eerste instantie een invloed op het voorwerp van bewijs, maar maakt geen grond uit om het bewijsrisico te verschuiven (S. LIERMAN, "Het pleit beslecht: de partiënt draagt de bewijslast van de informatiemiskening door de arts", (noot onder Cass. 16 december 2004), *T. Gez.* 2004, (302) 306).

¹²² De zaak wordt wel telkens vermeld in de context van de erkenning van het bewijsrisico, omdat het Hof van Cassatie de overwegingen van het arrest van 17 september 1999 herhaalt, met name dat krachtens art. 1315 BW en 870 Ger.W. "de onzekerheid of de twijfel die blijven bestaan na de bewijsvoering in aanmerking moeten worden genomen tegen degene die de bewijslast draagt" (cf. randnr. 16)

Arbeidsongevallen. Nochtans was de verzekeraar daar op basis van art. 6ter van het KB van 21 december 1971 wettelijk toe verplicht. De feitenrechter besliste dat de echtgenote het bewijs moest leveren van de niet-overlegging. De loutere negatie of bewering door het Fonds voor Arbeidsongevallen vormde daartoe geen afdoende bewijs. Het Hof van Cassatie oordeelde dat de feitenrechter, na te hebben vastgesteld dat op de wetsverzekeraar een wettelijke verbintenis rustte, ten onrechte de bewijslast dat die verbintenis niet was nagekomen bij de echtgenote had gelegd. Het kwam daarentegen aan de wetsverzekeraar toe om “*het bewijs te leveren van het tenietgaan van die verbintenis door de uitvoering ervan*”. Het Hof maakte dus - zonder het te expliciteren - toepassing van art. 1315, lid 2 BW.¹²³

Hoewel vanuit billijkheidsoogpunt begrip kan worden opgebracht voor de oplossing waarvoor het Hof van Cassatie in het arrest van 20 maart 2006 heeft geopteerd, kan ze juridisch-technisch worden bekritiseerd. Het tweede lid van art. 1315 BW vat aan met de term “omgekeerd”. Dat is een verwijzing naar het eerste lid dat handelt over de uitvoering van een verbintenis.¹²⁴ Via de aansprakelijkheidsprocedure vordert een partij niet de uitvoering (met name om de gehomologeerde overeenkomst alsnog over te maken aan het Fonds voor Arbeidsongevallen), maar eist ze een schadevergoeding voor de tekortkoming daaraan. Enkel in het eerste geval kunnen we spreken van een verweer in de zin van art. 1315, lid 2 BW wanneer de verzekeraar aanvoert dat hij het document tijdig heeft overgemaakt.¹²⁵

40. Reikwijdte van het cassatiearrest – Ondanks het feit dat het arrest van 20 maart 2006 kan worden bekritiseerd, rijst de vraag of we de redenering van het Hof over “*het tenietgaan van de verbintenis door de uitvoering ervan*” toch niet kunnen extrapoleren naar de procedures over schendingen van een informatieverplichting.¹²⁶ Op een professioneel rust eveneens een wettelijke verplichting om iets te doen, met name om informatie te verschaffen. Hoewel het cassatiearrest ongetwijfeld een nieuwe dimensie toevoegt aan het debat, lijkt een veralgemening niet zo voor de hand liggend. De reden daarvoor is dat een informatiegerechtigde zich in een andere positie bevindt dan de echtgenote van de overleden werknemer in de desbetreffende zaak.

Ten eerste maakt de verplichting van een professioneel om voldoende informatie te verstrekken een middelenverbintenis uit (*cf.* randnr. 38). In de zaak onderliggend aan het cassatiearrest rust daarentegen een resultaatsverbintenis op de wetsverzekeraar (met name om het afschrift van de gehomologeerde overeenkomst aan het Fonds voor Arbeidsongevallen over te maken). Het extrapoleren van de redenering zou het volledige systeem van aansprakelijkheid voor inbreuk op middelenverbintenissen op zijn kop zetten. De fout zou

¹²³ Cass. 20 maart 2006, *Pas.* 2006, 629 en *Soc.Kron.* 2007, 332.

¹²⁴ In dezelfde zin F. CHABAS, "La preuve de l'information en matière médicale" in C. PUIGELIER (ed.), *La Preuve*, Paris, Economica, 2004, (6) 9.

¹²⁵ Voor een gelijkaardig voorbeeld, zie I. GIESEN, *Bewijs en aansprakelijkheid : een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2001, 105.

¹²⁶ De hoven van beroep laten in ieder geval ook na 20 maart 2006 het bewijsrisico van de tekortkoming aan een informatieverplichting op de informatiegerechtigde rusten (zie Brussel 17 november 2009, *RABG* 2012, 35, noot A. DE BOECK en *T.Not.* 2010, 473; Gent 27 september 2007, *T.Gez.* 2008-09, 404, noot TV; Gent 28 juni 2006, *T.Gez.* 2008-09, 408, noot R.V.).

altijd vermoed worden. Het zou steeds aan de tegenpartij toekomen om te bewijzen dat zij zich als een goed huisvader heeft gedragen.¹²⁷

Een tweede verschilpunt is dat tevens het oorzakelijk verband bij schendingen van een informatieverplichting niet zo evident is. De informatiegerechtigde moet niet alleen bewijzen dat hij onvoldoende inlichtingen heeft gekregen, maar ook dat de schade zich niet zou hebben voorgedaan indien hij voldoende was geïnformeerd.¹²⁸ Aldus moet hij aantonen dat hij in dat geval een andere beslissing zou hebben genomen.¹²⁹ Het probleem van oorzakelijk verband speelt niet in de procedure waar het arrest van 20 maart 2006 uit voortvloeit.

2. Het gemotiveerd betwisten en leveren van tegenbewijs

41. Principe - Het is ook mogelijk dat een tegenpartij betoogt dat de vordering van de aanvoerende partij ongegrond is en een aantal bewijselementen naar voor brengt om dat standpunt te ondersteunen. In dat geval werpt ze geen verweer op in de zin van art. 1315, lid 2 BW, maar betwist ze de gestelde feiten nauwkeurig en gemotiveerd.¹³⁰ Dat doet ze desgevallend in combinatie met het leveren van tegenbewijs. Zo kan ze stukken naar voor brengen die het tegendeel van het standpunt van de aanvoerende partij zwart op wit bewijzen.¹³¹

In Nederlandse rechtstelsel is het eveneens mogelijk voor de gedaagde om de aanvoeringen van de andere partij te ontkennen en die ontkenning te staven met bewijs. In dat geval brengt ze enkel feiten naar voor die direct verband houden met de door de eerste partij gestelde feiten (bijvoorbeeld dat er geen tekortkoming was). Door het leveren van tegenbewijs *an sich* komt het bewijsrisico niet op haar te rusten.¹³²

42. Geen verschuiving bewijsrisico – Het Hof van Cassatie bevestigde reeds in 1970 dat het bewijsrisico zich in geval van ontkenning niet automatisch naar de betwistende partij verplaatst. Aanleiding van de zaak was een betwisting over de eigendom van aandelen van een welbepaalde vennootschap. De eiser beweerde dat de verweerder aandelen had ontvangen, wat evenwel door die laatste werd ontkend. Het Hof van Cassatie overwoog in

¹²⁷ F. CHABAS, "La preuve de l'information en matière médicale" in C. PUIGELIER (ed.), *La Preuve*, Paris, Economica, 2004, (6) 9; X. DIEUX en J.-Q. DE CUYPER, "Questions de responsabilité civile en matière de bancassurfinance" in J.-L. FAGNART (ed.), *Bancassurfinance*, Brussel, Bruylant, 2005, (183) 189, nr. 6.

¹²⁸ C. PARMENTIER, "La théorie de l'alternative légitime" (noot onder Cass. 18 december 2008), *JLMB* 2010, 2009; P. VAN OMMESLAGHE, "Le concept de l' "alternative légitime" en droit de la responsabilité civile" in X (ed.), *Justitie: vraagstukken en perspectieven voor morgen*, Brugge, Die Keure, 2013, (131) 135, nr. 5.

¹²⁹ I. GIESEN en K. MAES, "Omgaan met bewijsnood bij vaststelling causaal verband", *NTBR* 2014/27, nr. 1; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 808, nr. 1278.

¹³⁰ R. DE CORTE en J. LAENENS, "De verstekprocedure en de taak van de rechter bij verstek", *TPR* 1980, (447) 492, nr. 111; M.E. STORME, "Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding ?", *TPR* 1990, (353) 502, nr. 107.

¹³¹ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 397-398, nr. 84.

¹³² I. GIESEN, *Bewijs en aansprakelijkheid: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2001, 104; G.R. RUTGERS en H.B. KRANS, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 7. Bewijs*, Deventer, Kluwer, 2014, 45.

uitdrukkelijke bewoordingen dat de verweerder die voor de feitenrechter staande houdt dat de eiser het bewijs van de gegrondheid van zijn eis niet levert, niet als ‘eiser op exceptie’ kon worden beschouwd.¹³³

Het voorgaande leidt tot een belangrijke vaststelling. Het bewijsrisico gaat dus niet voortdurend over en weer naargelang de door de partijen aangevoerde feiten.¹³⁴ Het is slechts wanneer de betwistende partij een verweer in de zin van art. 1315, lid 2 BW opwerpt dat het bewijsrisico zich verplaatst. Het feit dat een partij de feiten ontkent en bewijs naar voor brengt om de stelling van de aanvoerende partij te ontcrachten, mag daar niet toe leiden.¹³⁵ Anders zou dat de passiviteit van de tegenpartij teveel in de hand werken.¹³⁶

43. Geen afstand door leveren tegenbewijs - De vrees dat het spontaan leveren van tegenbewijs door de rechter zou worden geïnterpreteerd als een afstand van het voordeel dat uit art. 1315 BW en 870 Ger.W. voortvloeit¹³⁷, is niet terecht. Eerst en vooral bestaan er een aantal juridisch-technische argumenten tegen die stelling. Een stilzwijgende afstand moet restrictief worden geïnterpreteerd. Dat betekent dat de houding van de tegenpartij niet vatbaar mag zijn voor een andere interpretatie.¹³⁸ Bij het leveren van tegenbewijs is dat betwifelbaar. Bovendien zou de afstand voortvloeien uit de conclusies van de advocaat. Dat doet de vraag rijzen of zo'n tussenkomst geen bijzonder mandaat vereist.¹³⁹ Ten slotte en nog belangrijker kunnen we ons afvragen of er eigenlijk wel iets is waarvan een partij die tegenbewijs levert,

¹³³ Cass. 9 oktober 1970, *Arr.Cass.* 1971, 131.

¹³⁴ Wat bepaalde auteurs doen uitschijnen, zie bv. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 212, nr. 175; B. VANLERBERGHE, "Het bewijs in burgerlijke en handelszaken", in *CBR-jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (63) 75, nr. 16 en in zekere zin ook Verslag Van Reepinghen, *Parl. St. Senaat* 1963-64, nr. 60, 211.

¹³⁵ B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 79, nr. 137; M. CLAVIE, "La charge de la preuve: questions choisies en matière contractuelle", in *La preuve*, Luik, CUP, 2002, (9) 14, nr. 4; O. MICHIELS, "L'article 1315 du Code civil: contours et alentours", *Act. dr.* 1998, (363) 371; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESCHE, "Het bewijsrecht in burgerlijke zaken" in J. ROODHOOF (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, (VI.1-2) VI.2-3, nr. 5105; D. MOUGENOT, "Les incidents relatifs à la preuve", in *Droit Judiciaire. Commentaire pratique*, Waterloo, Kluwer, 2010, (VI.1-1) VI.1-2.4; D. MOUGENOT, "La preuve: évolution et révolution" in P. WERY (ed.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Brussel, Die Keure, 2004, (121) 132, nr. 19; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Brussel, Larcier, 1991, 46, nr. 74; N. VERHEYDEN-JEANMART, "La charge de la preuve", in *La preuve, Colloque organisé les 12 et 13 mars 1987*, Louvain-la-Neuve, UCL, 1987, (1) 10, nr. 14 en 16, nr. 22.

¹³⁶ S. STIJNS, "Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhoudingen met de bewijsvoering", *RW* 1989-90, (1003) 1016.

¹³⁷ M. CLAVIE, "La charge de la preuve: questions choisies en matière contractuelle", in *La preuve*, Luik, CUP, 2002, (9) 14; F. MOURLON BEERNAERT, "Charge de la preuve" in X. (ed.), *Pratique des obligations*, Waterloo, Kluwer, 2006, (VI.1.3-1) VI.1.3-3, nr. 1.3; P. VAN OMMESLAGHE, *Les Obligations, III, Régime général de l'obligation. Théorie des preuves* in *De Page: Traité de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 2013, 2362, nr. 1651.

¹³⁸ A. DE BOECK en H. GEENS, "De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van de E-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?" in A. DE BOECK, S. STIJNS en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag*, Brugge, Die Keure, 2008, (43) 89; S. STIJNS, "Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhoudingen met de bewijsvoering", *RW* 1989-90, (1003) 1015; A. VAN OEVLEN, "Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht" in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, (95) 146.

¹³⁹ N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Brussel, Larcier, 1991, 48, nr. 80; N. VERHEYDEN-JEANMART, "La charge de la preuve", in *La preuve, Colloque organisé les 12 et 13 mars 1987*, Louvain-la-Neuve, UCL, 1987, (1) 13, nr. 17.

afstand zou kunnen doen. Het bewijsrisico is geen recht, maar enkel een logisch gevolg van de normale toepassing van art. 1315 BW en 870 Ger.W. als er op het einde van de procedure nog onduidelijkheid bestaat.

44. Loyale medewerking aan de bewijsvoering – Wanneer een tegenpartij bepaalde feiten betwist en tegenbewijs levert zonder dat het bewijsrisico op haar rust, werkt zij op loyale wijze mee aan de bewijsvoering. Ze spreekt zich immers uit over de juistheid van de door haar tegenstander voorgestelde feitenweergave, geeft aan hoe de feiten wel in elkaar zitten¹⁴⁰ en brengt bewijselementen naar voor die haar eigen stelling ondersteunen.¹⁴¹

De aanhangers van de *potius*-strekking (cf. randnr. 20) verdedigen dat dit beginsel van loyale medewerking aan de bewijsvoering geen mogelijkheid is, maar een verplichting.¹⁴² Uit art. 871 Ger.W. en het beginsel van de goede trouw zou voortvloeien dat partijen zich moeten engageren voor een proceseconomische rechtspleging en volwaardige waarheidsvinding.¹⁴³ Ze hebben niet langer een onbeperkte vrijheid in het debat dat zich afspeelt voor de rechter. Net zoals de aanvoerende partij verplicht is om de feiten te schetsen waarop zij haar vordering steunt, moet de betwistende partij ook duidelijk aangeven hoe de feiten dan wel in elkaar zitten.¹⁴⁴ Deze auteurs voelen zich in hun overtuiging gesterkt door recente rechtspraak van het Hof van Cassatie. Daarin heeft het Hof geoordeeld dat alle partijen zich op grond van de

¹⁴⁰ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 396, nr. 83; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 129, nr. 247.

¹⁴¹ P. VAN OMMESLAGHE, *Les Obligations, III, Régime général de l'obligation. Théorie des preuves in De Page: Traité de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 2013, 2360, nr. 1651. Wel is het natuurlijk steeds mogelijk dat een procespartij door het leveren van tegenbewijs ongewild feitelijke elementen ter hand stelt van de wederpartij. Die kunnen dan samen met de bewijsstukken van de aanvoerende partij bijdragen tot het bewijs van het standpunt van die laatste (B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 79, nr. 138).

¹⁴² B. ALLEMEERSCH en W. VANDENBUSSCHE, "Bewijs versus geheim in het aansprakelijkheidscontentieux", *TBH* 2013, (1057) 1063, nr. 17; B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, Die Keure, 2010, (35) 40, nr. 9; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 127-128, nr. 246; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2005, 181, nr. 132; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Université de Liège, Luik, 1987, 353, nr. 476; A. KOHL, "L'obligation de bonne foi en matière d'allégations et de réception des preuves dans le procès civil" in S. DAVID-CONSTANT (ed.), *La bonne foi*, Luik, Jeune barreau, 1990, (411) 423; D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 119, nr. 31; P. VAN OMMESLAGHE, *Les Obligations, III, Régime général de l'obligation. Théorie des preuves in De Page: Traité de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 2013, 2361, nr. 1651.

¹⁴³ Verslag Van Reepinghen, *Parl. St. Senaat* 1963-64, nr. 60, 212. Zie ook B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, die Keure, 2010, (35) 39, nr. 8; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 396-397, nr. 83; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 128, nr. 246.

¹⁴⁴ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 396-397, nr. 83; R. DE CORTE en J. LAENENS, "De verstekprocedure en de taak van de rechter bij verstek", *TPR* 1980, (447) 492, nr. 111. Bepaalde auteurs gaan nog verder en argumenteren dat er een verplichting tot bewijssamenwerking bestaat, namelijk dat partijen een onevenwicht op bewijsrechtelijk vlak moeten herstellen door de tegenpartij waar mogelijk te helpen in de bewijsvoering (B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, die Keure, 2010, (35) 39-40, nr. 9; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 127-128, nr. 246; D. MOUGENOT, "La charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle: la distinction entre l'obligation totalement ou partiellement inexécutée au secours du praticien" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *Le juge et le contrat - De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2014, (409) 410, nr. 3).

verplichting tot medewerking aan de bewijsvoering moeten uitspreken over de feiten die aan een geschil ten grondslag liggen.¹⁴⁵

De *aequus*-strekking (cf. randnr. 22) argumenteert daarentegen dat het beginsel van loyale medewerking enkel een verplichting inhoudt om op een faire wijze mee te werken aan de onderzoeksmaatregelen die de rechter heeft bevolen.¹⁴⁶ De tegenpartij kan zich in dat geval niet verschuilen achter het beginsel van ‘*nemo tenetur edere contra se*’ of het argument dat het bewijsrisico op de andere partij rust.¹⁴⁷ Volgens die opvatting staat daar wel tegenover dat indien de rechter geen maatregelen heeft bevolen, de tegenpartij geen enkel initiatief in de bewijsvoering hoeft te nemen.

B. Een puur afwachtende houding

45. De uitzonderingssituatie – In dit deel wordt ingegaan op de situatie waarin de tegenpartij beslist om een puur passieve houding aan te nemen door alles te ontkennen en te vereisen dat de andere partij eerst zelf haar aanvoeringen bewijst. Artikel 1315 BW en 870 Ger.W. leggen het bewijsrisico op diegene die het feit heeft aangevoerd. Indien de tegenpartij weet dat er weinig bewijs voorhanden is, kan die in de verleiding komen om daarop in te spelen door alles te ontkennen of zelf geen enkele uitleg te verschaffen.¹⁴⁸

Die problematiek was aan de orde in een procedure tot geldigverklaring van een huuropzegging voor de vrederechter te Nijvel. Ter discussie stond de datum van de ingang van een mondelinge huurovereenkomst die was afgesloten tussen de huurder en de vorige eigenaar van het onroerend goed. De huurder meende dat hij als verwerende partij een puur passieve houding mocht aannemen en de precieze datum niet moest aanvoeren. Het bewijs van de ingang van de huurovereenkomst kwam volgens hem aan de nieuwe eigenaar toe, die de eiser was in deze zaak.¹⁴⁹ De vrederechter stond dus voor het dilemma of hij zo'n houding toelaatbaar zou verklaren of niet (cf. randnr. 46).

In de Belgische doctrine is al redelijk wat inkt gevloeid over de vraag of de louter afwachtende houding legitiem is. Hieronder wordt eerst een overzicht gegeven van het debat in de rechtsleer (1). Nadien nemen we een eigen stelling in, waarbij we als uitgangspunt nemen dat een passieve houding niet *ipso facto* foutief is, maar wel aan bepaalde beperkingen

¹⁴⁵ Cass. 14 november 2013, *Not.Fisc.M.* 2014, 47; Cass. 18 januari 2007, *Res.Jur.Imm.* 2007, 27.

¹⁴⁶ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 214; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 135; B. SAMYN, "De bewijslast: Rechtsleer getoetst aan 10 jaar Cassatierechtspraak (Deel 2)", *P&B* 2010, (50) 52, nr. 8-9.

¹⁴⁷ Cass. 25 september 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1424, *Bull.* 2000, 1394, *P&B* 2001, 114, noot K.WAGNER en *RW* 2000-01, 1590 (overlegging van stukken); Gent 8 januari 2004, *NJW* 2004, 561 (getuigenverhoor); art. 972bis Ger.W. (deskundigenonderzoek).

¹⁴⁸ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 374, nr. 62; W.D.H. ASSER, H.A. GROEN en J.B.M. VRANKEN, *Een nieuwe balans : interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2003, 77; I. GIESEN, *Bewijs en aansprakelijkheid : een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2001, 8.

¹⁴⁹ Vred. Nijvel 18 oktober 1995, *JLMB* 1995, 1669.

moeten worden onderworpen (2). Dat alles wordt ondersteund met enkele beschouwingen over het Nederlandse recht.

1. Het debat in de rechtsleer

a. Eensgezindheid in *aequus*-strekking

46. Logisch gevolg van bewijsrangorde uit art. 1315 BW - Volgens de aanhangers van de *aequus*-strekking (*cf.* randnr. 22-23) reikt de wetgeving geen argumenten aan die een passieve houding van een partij in de bewijsprocedure zouden verbieden.¹⁵⁰ Die mogelijkheid zou integendeel een logisch gevolg zijn van de rangorde uit art. 1315 BW. Eerst en vooral komt het aan de eiser toe om de realiteit van zijn aanvoeringen aan te tonen. Pas als hij daarin slaagt, komt de verweerder aan de beurt om zijn eigen verweermiddelen naar voor te brengen.¹⁵¹

Een arrest van het Hof van beroep te Luik van 8 maart 2004 lijkt die visie te ondersteunen. *In casu* oordeelde het Hof dat het niet was omdat de verweerder inriep dat er een schenking was geweest, dat de eiser zou worden vrijgesteld van het leveren van het bewijs van de lening die hij aanvoerde. In eerste instantie kwam het aan de eiser toe om het bestaan van de lening en dus de verplichting tot teruggave in hoofde van de verweerder te bewijzen. Alleen in het geval dat de lening zou worden bewezen, zou de verweerder het bewijs moeten leveren van ofwel de bevrijding, ofwel het bestaan van een rechtvaardigingsgrond.¹⁵²

47. Vrijheid van proceshouding - In dat verband wijzen de auteurs van de *aequus*-strekking ook op de vrijheid van proceshouding. Dat betekent dat een procespartij de vrijheid moet hebben om haar verweer naar eigen goeddunken te organiseren. Het wachten tot de aanvoerende partij de op haar rustende bewijslast is nagekomen, kan voordelig zijn wanneer de rechter oordeelt dat die partij onvoldoende bewijs naar voor heeft gebracht.¹⁵³ Daarnaast vernauwt een partij die met een eigen versie van de feiten naar voor komt, onvermijdelijk het bewijsdebat ten voordele van de aanvoerende partij. Die laatste kan haar bewijsvoering dan concentreren op de punten waartegen de tegenpartij tegenbewijs heeft aangevoerd.¹⁵⁴

¹⁵⁰ In de wetgeving met betrekking tot het schriftonderzoek zou de passieve houding zelfs algemeen erkend zijn (zie B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012; 146, nr. 143 en B. SAMYN, "De bewijslast: Rechtsleer getoetst aan 10 jaar Cassatierechtspraak (Deel 2)", *P&B* 2010, (50) 57, nr. 20).

¹⁵¹ B. SAMYN, "Bewijslast. *Bezint eer ge begint*", (noot onder Brussel 12 februari 2013), *RABG* 2014, (308) 308; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 151, nr. 146-147; B. SAMYN, "De bewijslast: Rechtsleer getoetst aan 10 jaar Cassatierechtspraak (Deel 2)", *P&B* 2010, (50) 59, nr. 26. Ook CATTOIR, nochtans een aanhanger van de *potius*-strekking, lijkt te insinueren dat er inzake de subjectieve bewijslast nog steeds een rangorde bestaat (B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 70-71, nr. 120).

¹⁵² Luik 8 maart 2004, *JT* 2004, 599.

¹⁵³ B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012; 146, nr. 143 en B. SAMYN, "De bewijslast: Rechtsleer getoetst aan 10 jaar Cassatierechtspraak (Deel 2)", *P&B* 2010, (50) 57, nr. 20

¹⁵⁴ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 211, nr. 174.

Niettemin beseft men dat de passieve houding ook een risico inhoudt. De rechter kan oordelen dat de aanvoerende partij voldoende bewijs heeft geleverd of uit het gedrag van de louter passieve tegenpartij een vermoeden of bekentenis afleiden dat ze gewoonweg niet in staat is om de aanvoeringen te betwisten.¹⁵⁵

b. Verdeeldheid in potius-strekking

48. Afwachtende houding ongeoorloofd - De *potius*-strekking (*cf.* randnr. 20-21) toont verdeeldheid over de aanvaardbaarheid van een puur afwachtende houding. Volgens bepaalde auteurs zijn de verhoudingen tussen partijen en rechter sinds de invoering van het Gerechtelijk Wetboek in grote mate veranderd. De verplichting tot loyale medewerking van partijen aan de bewijsvoering zou definitief haar intrede hebben gedaan in het Belgische recht (*cf.* randnr. 44). Niemand kan zich nog achter de bewijslast verschuilen en oordelen dat het bewijs van de eiser onvoldoende is.¹⁵⁶ Een daadwerkelijke bescherming van het rechtmatig belang van degene op wie het bewijsrisico rust, vereist een verbod op een volstrekt passieve houding door de wederpartij.¹⁵⁷ Die partij moet integendeel de omstandigheden van de zaak volledig en naar waarheid meedelen en de bewijsstukken naar voor brengen waarover zij beschikt.¹⁵⁸

De voorgaande visie vloeit ook voort uit het verslag VAN REEPINGHEN: “*geen partij kan zich voortaan nog in stilzwijgen en onthouding terugtrekken onder het voorwendsel dat de bewijslast op haar tegenpartij rust, indien zij beschikt over elementen van bewijzen waarvan deze laatste nuttig gebruik zou kunnen maken.*”¹⁵⁹ Een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Gent van 14 september 2010 sluit zich daar in ondubbelzinnige bewoordingen bij aan: “*De botte/negatieve houding van de verkopers stuit de rechtbank ten zeerste tegen de borst. [...] Waar het vanzelf spreekt dat zij zich mogen verweren, moeten zij inzien dat zij de*

¹⁵⁵ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 211, nr. 174 en B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 147, nr. 143. Dat was het geval in het hierboven beschreven vonnis van de vrederechter te Nijvel, waar de vrederechter uit het stilzwijgen een feitelijk vermoeden afleidde dat de huur al langer dan 18 jaar duurde (Vred. Nijvel 18 oktober 1995, *JLMB* 1995, 1669). Zie ook Rb. Gent 14 september 2010, *P&B* 2011, 76 en Arbrb. Brussel 7 december 2010, *JTT* 2011, 317.

¹⁵⁶ B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, Die Keure, 2010, (35) 37, nr. 5. Ook voor de invoering van het Gerechtelijk Wetboek voerde M. STORME in zijn theorie over de bewijslast aan dat de verweerder niet meer kan volstaan met een eenvoudige ontkenning, maar tegenbewijs moet leveren om opnieuw onzekerheid over de rechtscheppende feiten te doen ontstaan (M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 173, nr. 181).

¹⁵⁷ Niet alleen art. 871 en 877 Ger.W., maar ook andere bepalingen voorzien dat partijen meewerken aan de bewijsgaring en dat de rechter zich niet meer beperkt tot bewijswaardering: art. 972bis, §1 Ger.W., art. 1253quinquies Ger.W. en art. 1214, §4 Ger.W. (zie B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 115, nr. 225 en W. VANDENBUSSCHE en I. SAMOY, "Uitkeringen tot onderhoud na echtscheiding en het recht op bewijs", *T.Fam.* 2012, (152) 156, nr. 10).

¹⁵⁸ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 470, nr. 170; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 127-128, nr. 246; D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 119, nr. 131.

¹⁵⁹ Verslag Van Reepinghen, *Parl. St.* Senaat 1963-64, nr. 60, 357.

hoofden niet zondermeer in het zand kunnen steken. [...] kunnen deze laatsten bezwaarlijk van kromme haas gebaren om vervolgens in essentie alleen maar tegen te werken."¹⁶⁰

Bovendien zou de bewijsrangorde waarvan de aanhangers van de *aequus*-strekking gewag maken puur theoretisch zijn. Alle partijen voeren hun bewijzen aan en pogen de zaak op te helderen voor de rechter.¹⁶¹ Sinds de invoering van het Gerechtelijk Wetboek is de formele uitwisseling van bewijsaanbod en bewijsopdracht, die in het oude bewijsrecht de bewijslevering structureerde, ook grotendeels uit de procedure gelicht.¹⁶²

49. Afwachtende houding niet noodzakelijk foutief - Andere aanhangers van de *potius*-strekking menen dat het louter passief blijven van een partij in de bewijsprocedure niet noodzakelijk foutief is. Een partij mag zich beperken tot het standpunt dat de aanvoerende partij haar vordering geenszins bewijst.¹⁶³ Ze vinden daarvoor steun in het adagium '*Negantis, naturali ratione, nulla est probatio*', dat voorschrijft dat degene die zich beperkt tot ontkennen, niets hoeft te bewijzen. Volgens DE PAGE is dat adagium immers een logische consequentie van de twee regels uit art. 1315 BW. Als het aan de aanvoerende partij toekomt om te bewijzen, en in dezelfde mate aan de tegenpartij om een verweer in te roepen, is het precies omdat die partij zich kan tevredenstellen met een passieve houding en niets moet aantonen.¹⁶⁴ Daarnaast zou het recht van verdediging ook inhouden dat een procespartij zijn verdediging vrij mag organiseren.¹⁶⁵

2. Eigen stellingname

50. Principe – In deze bijdrage nemen wij als uitgangspunt dat een afwachtende houding van de tegenpartij niet langer zonder meer geoorloofd is in het Belgische recht. Dat betekent evenwel niet dat een dergelijke houding *ipso facto* foutief is. De beslissing van de tegenpartij om niet aan de bewijsprocedure deel te nemen, kent in ieder geval drie beperkingen. Ten eerste moet er los van het bewijsvraagstuk sprake zijn van een voldoende gemotiveerde betwisting (a). Ten tweede is er een verbod om stukken of informatie bedrieglijk achter te houden (b). Ten derde zou die puur passieve houding inzake bewijs onderworpen moeten worden aan een controle van de rechter (c), waarbij die laatste kan nagaan of de afwachtende houding gelegitimeerd is.

¹⁶⁰ Rb. Gent 14 september 2010, *P&B* 2011, 76.

¹⁶¹ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 348, nr. 33; D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012 109, nr. 27; N. VERHEYDEN-JEANMART, "La charge de la preuve", in *La preuve, Colloque organisé les 12 et 13 mars 1987*, Louvain-la-Neuve, UCL, 1987, (1) 11, nr. 15.

¹⁶² B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 348, nr. 33.

¹⁶³ H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, "Het bewijsrecht in burgerlijke zaken" in J. ROODHOOF (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, (VI.1-2) VI.2-2, nr. 5103; B. VANLERBERGHE, "Het bewijs in burgerlijke en handelszaken", in *CBR-jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (63) 74, nr. 15; N. VERHEYDEN-JEANMART, "La charge de la preuve", in *La preuve, Colloque organisé les 12 et 13 mars 1987*, Louvain-la-Neuve, UCL, 1987, (1) 8, nr. 10.

¹⁶⁴ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 731, nr. 726.

¹⁶⁵ B. VANLERBERGHE, "Het bewijs in burgerlijke en handelszaken", in *CBR-jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (63) 74, nr. 15.

a. Voldoende gemotiveerde betwisting

52. De betwistingslast - Indien een tegenpartij beslist om een puur afwachtende houding aan te nemen, mag ze niet uit het oog verliezen dat er nog steeds een betwistingslast op haar rust (*cf.* randnr. 10). Slechts een minderheidsstrekking in de doctrine gelooft dat een loutere ontkenning als betwisting kan volstaan.¹⁶⁶ Wij sluiten ons aan bij de visie dat de betwisting redelijk en ernstig moet zijn. Een tegenpartij moet preciseren welke feiten ze betwist en de motieven aangeven waarom ze die betwist.¹⁶⁷ Ze kan zich niet beperken tot een algemene nietszeggende ontkenning in de zin van “*ik betwist alles wat de eiser beweert*”.¹⁶⁸ Op basis van de goede trouw moet ze daarentegen de gestelde rechtsfeiten *sensu lato* nauwkeurig en gemotiveerd betwisten.¹⁶⁹

Ook uit de analyse van de rechtspraak blijkt dat partijen hun eisen of verweer minstens “*met elementaire feiten moeten stofferen*”.¹⁷⁰ Zo wees de rechtbank van koophandel te Dendermonde recent zelfs een vordering toe op grond van een onvoldoende gemotiveerde betwisting. *In casu* vorderde een onderneming de betaling van een factuur voor de opbouw van een zwembad. De rechtbank stelde vast dat de verwerende partij de gegrondheid van haar vordering weliswaar betwistte, maar haar - louter formele - betwisting op geen enkele manier had toegelicht. Volgens de rechtbank had die partij daarentegen de nodige initiatieven moeten nemen om haar betwisting uit te werken en te onderbouwen in haar conclusies. Aangezien ze haar betwistingslast dus niet was nagekomen en geen enkele inhoudelijke betwisting had opgeworpen, kende de rechtbank de vordering van de onderneming dan ook toe.¹⁷¹

53. Gelijkaardig in Nederland – Ook in Nederland wordt een loutere ontkenning van de stellingen van de wederpartij als onvoldoende beschouwd.¹⁷² Ten gevolge van de eisen van de

¹⁶⁶ Daarbij zou dan niet moeten worden aangegeven of en in welke mate de vordering wordt betwist (zie O. MICHELS, "L'article 1315 du Code civil: contours et alentours", *Act.dr.* 1998, (363) 365; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 147, nr. 143; B. SAMYN, "De bewijslast: Rechtsleer getoetst aan 10 jaar Cassatierechtspraak (Deel 2)", *P&B* 2010, (50) 50, nr. 2 en 57, nr. 20)

¹⁶⁷ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 126, nr. 9 en 396-397, nr. 83; A. KOHL, "L'obligation de bonne foi en matière d'allégations et de réception des preuves dans le procès civil" in S. DAVID-CONSTANT (ed.), *La bonne foi*, Luik, Jeune barreau, 1990, (411) 418; M.E. STORME, "Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding ?", *TPR* 1990, (353) 502-503, nr. 107.

¹⁶⁸ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 126-127, nr. 9.

¹⁶⁹ A. KOHL, "L'obligation de bonne foi en matière d'allégations et de réception des preuves dans le procès civil" in S. DAVID-CONSTANT (ed.), *La bonne foi*, Luik, Jeune barreau, 1990, (411) 418; M.E. STORME, "Algemene beginselen van bewijs in het vermogensrecht" in B. ALLEMEERSCH, P. LONDERS en S. SROKA (eds.), *Bewijsrecht*, Brussel, Larcier, 2007, (1) 11.

¹⁷⁰ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 376, nr. 67, die daarbij o.a. verwijst naar Antwerpen 21 november 1984, *Limb.Rechtsl.* 1986, 189, noot P. VAN HELMONT.

¹⁷¹ Kh. Dendermonde 7 juni 2012, *P&B* 2013, 130. Daarnaast kan in die context gedacht worden aan twee arresten van het Hof van Cassatie, waarin het Hof heeft bevestigd dat de rechter een vordering kan toewijzen wanneer de betwistende partij zich beperkt tot het opwerpen van het verweer dat de aanvoerende partij geen enkel element heeft aangetoond. Een belangrijke nuance is dat de feitenrechter in die zaken juist wel had geoordeeld dat de aanvoerende partij het bewijs had geleverd van zijn aanspraken (Cass. 9 april 1976, *Pas.* 1976, I, 889 en Cass. 15 oktober 1964, *Pas.* 1965, I, 165)

¹⁷² D.J. BEENDERS, "Art. 149 Rv." in A.I.M. VAN MIERLO, C.J.J.G. VAN NISPEN en M.V. POLAK (eds.), *Burgerlijke rechtsvordering: tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2012, (386) 389; G.R.J. KALSBEK en P.N. MALANCZUK, "Mogelijkheden van bewijsvergaring; recente ontwikkelingen", *O&F* 2011, (42) 43; B.T.M.

goede procesorde moet een gedaagde een vordering voldoende gemotiveerd betwisten.¹⁷³ Bepaalde auteurs verdedigen zelfs dat een partij haar betwisting niet alleen moet motiveren, maar daarnaast ook voldoende feitelijke gegevens moet verschaffen.¹⁷⁴ In dat verband dient te worden opgemerkt dat de processuele mededelingsplichten in het Nederlandse rechtsstelsel sinds 2002 aanzienlijk zijn verscherpt.¹⁷⁵ Zo werd in art. 128 Rv. een motiverings- en substantiëringsplicht voor de gedaagde opgenomen. Op grond van deze bepaling dient een conclusie van antwoord met redenen te worden omkleed, zodat de eiser weet op welke punten hij zijn stellingen zal moeten bewijzen.¹⁷⁶

In bepaalde gevallen stelt de Nederlandse rechter zelfs nog zwaardere eisen aan de gemotiveerde betwisting van een partij. Dat is de zogenaamde verzwaarde of aanvullende stelplicht. Een partij op wie het bewijsrisico niet rust, moet dan feitelijke gegevens naar voor brengen om haar betwisting van een door de andere partij gesteld feit nader te motiveren. Op die manier verschaft ze de wederpartij aanknopingspunten voor een eventuele bewijslevering.¹⁷⁷ De verzwaarde stelplicht wordt slechts onder bepaalde omstandigheden door de rechtspraak en rechtsleer aanvaard, met name om een te zware bewijslast van een procespartij te verlichten.¹⁷⁸ In het Belgische rechtsstelsel lijkt de aanvullende stelplicht niet te bestaan. Een enkel spoor kan worden teruggevonden in het verslag VAN REEPINGHEN. Daarin staat vermeld dat een partij zich niet langer in stilzwijgen en onthouding kan terugtrekken onder het voorwendsel dat de bewijslast op haar tegenpartij rust. Wat met de aanvullende stelplicht in verband kan worden gebracht, is dat het daar de voorwaarde aan koppelt dat ze “*beschikt over elementen van bewijzen waarvan deze laatste nuttig gebruik zou kunnen maken.*”¹⁷⁹

b. Verbod op bedrieglijk achterhouden van informatie of stukken

54. Verbod op het plegen van bedrog – Een tweede beperking bestaat erin dat partijen zich tijdens de bewijsvoering niet mogen schuldig maken aan het bedrieglijk achterhouden

VAN DER WIEL, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, Deventer, Kluwer, 2004, 235, nr. 248; J.B.M. VRANKEN, "Aansprakelijkheden en bewijsrecht" in M.J.G.C. RAAJMAKERS (ed.), *Aansprakelijkheden*, Deventer, Kluwer, 1990, (225) 227.

¹⁷³ E. GRAS, "Goede procesorde en redelijkheid en billijkheid in het burgerlijk proces" in M.W. HESSELINK, C.E. DU PERRON en A.F. SALOMONS (eds.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2003, (39) 60; B.T.M. VAN DER WIEL, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, Deventer, Kluwer, 2004, 234, nr. 247.

¹⁷⁴ R.P.L.J. TJIJTES, "Een mededelingsplicht voor een procespartij als tegemoetkoming aan een onredelijk bewijsrisico voor diens wederpartij", *NJB* 1988, (1128) 1128; J.B.M. VRANKEN, "Aansprakelijkheden en bewijsrecht" in M.J.G.C. RAAJMAKERS (ed.), *Aansprakelijkheden*, Deventer, Kluwer, 1990, (225) 227.

¹⁷⁵ H.W.B. THOE SCHWARTZENBERG, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraak*, Apeldoorn, Maklu, 2013, 33.

¹⁷⁶ W.D.H. ASSER, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 3. Bewijs*, Deventer, Kluwer, 2013, 41, nr. 40.

¹⁷⁷ D.J. BEENDERS, "Art. 149 Rv." in A.I.M. VAN MIERLO, C.J.J.G. VAN NISPEN en M.V. POLAK (eds.), *Burgerlijke rechtsvordering: tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2012, (386) 389.

¹⁷⁸ W.D.H. ASSER, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 3. Bewijs*, Deventer, Kluwer, 2013, 235, nr. 219; I. GIESEN, *Bewijs en aansprakelijkheid: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2001, 40.

¹⁷⁹ Verslag Van Reepinghen, *Parl. St. Senaat* 1963-64, nr. 60, 357. Zie ook M.E. STORME, "Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding?", *TPR* 1990, (353) 513, nr. 117.

van informatie of bewijs. Die ondergrens speelt in de eerste plaats op het niveau van de betwistingslast. Bepaalde auteurs verdedigen dat het op basis van de goede trouw verboden is om feiten te ontkennen waarvan men de exactheid kent.¹⁸⁰ Andere auteurs brengen daar de nuancering op aan dat het verzwijgen van feiten slechts in bepaalde gevallen bedrieglijk is, met name wanneer daardoor het gesteld zijn van andere feiten tot een leugen wordt.¹⁸¹

Daarnaast heeft het verbod ook een directe implicatie op de bewijsvoering. Het is voor een partij niet toegestaan om bepaalde bewijsstukken bedrieglijk achter te houden.¹⁸² De grondslag daarvoor kan gevonden worden in art. 1133, 2° Ger.W. Die bepaling maakt een herroeping van het gewijsde mogelijk wanneer er na de uitspraak beslissende stukken aan het licht zijn gekomen die door toedoen van een procespartij waren achtergehouden.

55. Nog sterker in Nederland – Op het eerste zicht lijkt het Nederlandse recht verregaander op dit punt. Op basis van art. 21 Rv. zijn partijen verplicht “*de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren*”. Men wil vermijden dat partijen relevante feiten achterhouden waardoor het voor de rechter moeilijk of zelfs onmogelijk wordt om een beslissing te nemen.¹⁸³ In ieder geval is de bewuste leugen of het welbewust verdraaien van feiten verboden.¹⁸⁴ Volgens VAN DER WIEL gaat die verplichting zelfs nog verder en zou ze ook inhouden dat partijen niet zo onvolledig mogen zijn dat er in feite gelogen wordt.¹⁸⁵

56. Nuance - Toch moet de praktische waarde van deze tweede beperking genuanceerd worden. Noch de rechter noch de andere partij zijn op de hoogte van de informatie en/of stukken waarover de tegenpartij beschikt. Daarom is het heel moeilijk om na te gaan of er al dan niet een inbreuk werd gepleegd op het verbod op het plegen van bedrog.¹⁸⁶ Daarnaast zal

¹⁸⁰ Ook de procestechnische ontkenning, waarbij een partij bepaalde feiten exact weet, maar ze ontkent met de enkele bedoeling om te vermijden dat het bewijsrisico op haar komt te rusten, zou bewust valse aanvoering zijn (zie E. HAMMERSTEIN, "Te goeder trouw procederen", *TPR* 1989, (1595) 1600, nr. 5; A. KOHL, "L'obligation de bonne foi en matière d'allégations et de réception des preuves dans le procès civil" in S. DAVID-CONSTANT (ed.), *La bonne foi*, Luik, Jeune barreau, 1990, (411) 417; W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Het algemeen deel veertig jaar later*, Mechelen, Kluwer, 2010, 217).

¹⁸¹ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 377, nr. 67; J.-P. BUYLE, "Les devoirs de loyauté et de probité de l'avocat à l'égard de la partie adverse", *JLMB* 2005, (310) 310; M.E. STORME, "Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding ?", *TPR* 1990, (353) 471, nr. 81; W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Het algemeen deel veertig jaar later*, Mechelen, Kluwer, 2010, 217, nr. 76

¹⁸² M.E. STORME, "Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding ?", *TPR* 1990, (353) 474, nr. 83; B. VANLERBERGHE, "Het bewijs in burgerlijke en handelszaken", in *CBR-jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (63) 74, nr. 15

¹⁸³ A.I.M. VAN MIERLO, "Art. 21 Rv." in A.I.M. VAN MIERLO, C.J.J.G. VAN NISPEN en M.V. POLAK (eds.), *Burgerlijke rechtsvordering: tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2012, (96) 96; H.W.B. THOE SCHWARTZENBERG, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraak*, Apeldoorn, Maklu, 2013, 49-50

¹⁸⁴ W.D.H. ASSER, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 3. Bewijs*, Deventer, Kluwer, 2013, 40, nr. 40; I. GIESEN, *Bewijs en aansprakelijkheid : een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2001, 24; G.R.J. KALSBEK en P.N. MALANCZUK, "Mogelijkheden van bewijsvergaring; recente ontwikkelingen", *O&F* 2011, (42) 44.

¹⁸⁵ B.T.M. VAN DER WIEL, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, Deventer, Kluwer, 2004, 39, nr. 39.

¹⁸⁶ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 379, nr. 69

het ook niet eenvoudig zijn om de leugen of fraude aan te tonen van de partij die ontkent een bepaald stuk in haar bezit te hebben waarvan men de overlegging wil bevelen.¹⁸⁷

c. Controle door de rechter

57. Principe – Zelfs in geval van een voldoende gemotiveerde betwisting en er geen sprake was van het bedrieglijk achterhouden van informatie, zou een louter passieve houding bij het aanbrengen van bewijs nog steeds moeten worden onderworpen aan een controle van de rechter. Een louter afwachtende houding kan immers grote nadelen met zich meebrengen voor de andere partij. Anderzijds kan het aannemen van zo'n houding in bepaalde omstandigheden ook legitiem zijn. Zo kan een procespartij het risico lopen dat ze vertrouwelijke informatie moet vrijgeven teneinde zich te verweren tegen al te lichtzinnig geformuleerde claims.¹⁸⁸ Daarnaast is het ook mogelijk dat de tegenpartij gewoonweg over onvoldoende gegevens beschikt om de aangevoerde feiten op gemotiveerde wijze te betwisten.¹⁸⁹ Ten slotte heeft de wetgever in bepaalde omstandigheden erin voorzien dat een partij zich terughoudend kan opstellen. Dat is bijvoorbeeld het geval bij het bewijsrechtelijk vermoeden van art. 2279 BW.¹⁹⁰

58. Aard van de controle - Voor de concrete invulling van de controle op een passieve houding zou eventueel aansluiting kunnen worden gevonden bij de leer van (proces)rechtsmisbruik. De loyale medewerking aan de bewijsvoering kan in verband worden gebracht met het beginsel van de goede trouw in de gerechtelijke procedure (*cf.* randnr. 44).¹⁹¹ Rekening houdend met de nauwe band die er bestaat tussen de matigende functie van de goede trouw en de controle op rechtsmisbruik,¹⁹² zou de louter afwachtende houding onderworpen kunnen worden aan de criteria van het verbod op rechtsmisbruik. Op basis van het algemeen criterium zou de rechter dan kunnen nagaan of de betwistende partij zijn recht uitoefent op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bezorgd persoon.¹⁹³ Daarnaast zouden ook de bijzondere

¹⁸⁷ D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 121, nr. 31; W. VANDENBUSSCHE en I. SAMOY, "Uitkeringen tot onderhoud na echtscheiding en het recht op bewijs", (noot onder Cass. 24 juni 2011), *T.Fam.* 2012, (152) 154, nr. 5.

¹⁸⁸ B. ALLEMEERSCH en W. VANDENBUSSCHE, "Bewijs versus geheim in het aansprakelijkheidscontentieux", *TBH* 2013, (1057) 1072, nr. 42. Opmerkelijk is het mentaliteitsverschil met een kleine 40 jaar geleden waar zakengeheim nog werd afgedaan als "een vage en onduidelijke notie die men in het licht van de feitelijke omstandigheden moet appreciëren, maar die geenszins een passieve houding van de verwerende partij kan rechtvaardigen" (Kh. Luik 3 februari 1978, *RCJB* 1979, 455, noot E. CEREXHE)

¹⁸⁹ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 398, nr. 84.

¹⁹⁰ H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 733-734, nr. 727; O. Michiels, "L'article 1315 du Code civil: contours et alentours", *Act. dr.* 1998, (363) 372; D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 119, nr. 30.

¹⁹¹ P. VAN OMMESLAGHE, *Les Obligations, III, Régime général de l'obligation. Théorie des preuves in De Page: Traité de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 2013, 2361, nr. 1651; P. VAN OMMESLAGHE, "L'exécution de bonne foi, principe général de droit?", *TBBR* 1987, (101) 108, nr. 15.

¹⁹² Cass. 19 september 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 52, *JT* 1985, 56, noot S. Dufrene, *Pas.* 1984, I, 55, *RCJB* 1986, 282, noot J.L. Fagnart, *RW* 1983-84, 1480, noot *TBH* 1984, 244, noot W. Rauws en *TSR* 1983, 486.

¹⁹³ Cass. 10 september 1971, *Arr. Cass.* 1972, 31, concl. GANSHOF VAN DER MEERSCH; Cass. 19 november 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 1060 en Cass. 10 juni 2004, *Arr. Cass.* 2004, 1031, concl. THIJS.

criteria richtinggevend kunnen zijn, zoals het handelen zonder redelijk en voldoende belang of het proportionaliteitscriterium.¹⁹⁴

Hierover is het laatste woord in ieder geval nog niet geschreven. Het Hof van Cassatie heeft het bestaan van een algemeen rechtsbeginsel van goede trouw in het proces nog steeds niet erkend.¹⁹⁵ Daarnaast wordt de werking van de goede trouw in de burgerlijke procedure ook in de rechtsleer niet unaniem aanvaard. Sommige auteurs waarschuwen ervoor dat de goede trouw niet mag verworden tot een vage blanco norm die rechtsonzekere situaties in het leven zou roepen.¹⁹⁶ Ten slotte kunnen we ons afvragen welk recht een afwachtende partij precies zou misbruiken. Er kan gedacht worden aan het recht van die partij dat het bewijsrisico niet op haar rust, maar dan rijst opnieuw de vraag of dat wel een volwaardig recht is (*cf.* randnr. 43).¹⁹⁷ Daar staat wel tegenover dat het Hof van Cassatie in zijn arrest van 7 oktober 2011 de mogelijkheid heeft geopend om misbruik van vrijheden onder het verbod op rechtsmisbruik te doen vallen, wat de overstap naar een controle op de passieve houding van tegenpartij dichterbij brengt.¹⁹⁸

Besluit

59. De dynamische bewijslastverdeling – Deze bijdrage beoogde te onderzoeken of we in de burgerlijke procedure steeds mogen uitgaan van een dynamische bewijslastverdeling, waarbij beide partijen bewijs naar voor brengen ter ondersteuning van hun vordering of verweer. Daarvoor moesten we in de eerste plaats nagaan hoe art. 1315 BW en 870 Ger.W. worden toegepast in het burgerlijk proces. Er werden drie strekkingen onderscheiden (*potius*-strekking, *aequus*-strekking en *dissimilis*-strekking), waarna wij als uitgangspunt namen dat het wettelijk kader in eerste instantie het bewijsrisico regelt. Het is een hulpmiddel voor de rechter om aan het einde van het proces een beslissing te nemen wanneer bepaalde feiten nog onduidelijk zijn. Omwille van dat bewijsrisico zal de aanvoerende partij op een zo geloofwaardig mogelijke manier aan de bewijsvoering proberen te voldoen. Het bewijsrisico ‘werkt’ dus als het ware ‘door’ op de bewijsvoeringslast.

¹⁹⁴ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, Die Keure, 2005, 68-69, nr. 91; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 101; P. VAN OMMESLAGHE, *Les Obligations, I, Introduction. Source des obligations* in *De Page: Traité de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 2013, 89-90, nr. 32-34; P. WERY, *Droit des obligations*, Brussel, Larcier, 2011, 138, nr. 114.

¹⁹⁵ Cass. 6 december 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 315; *Pas.* 1992, I, 266, *Bull.* 1992, 266.

¹⁹⁶ E. FORRIER, "Goede trouw in geding en bewijs. Een reactie op het rapport van Prof. Dr. M.E. Storme", *TPR* 1990, (503) 505-506; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 140, nr. 133; B. SAMYN, "De bewijslast: Rechtsleer getoetst aan 10 jaar Cassatierechtspraak (Deel 2)", *P&B* 2010, (50) 55, nr. 13.

¹⁹⁷ R. DEKKERS, "De la collaboration des plaideurs dans l'administration de la preuve", (noot onder Luik 31 januari 1956), *RCJB* 1959, (148) 156, nr. 21. Ook is het opmerkelijk dat VAN DER WIEL in zijn studie van misbruik van processuele bevoegdheden de louter afwachtende houding niet behandelt (zie B.T.M. VAN DER WIEL, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, Deventer, Kluwer, 2004, 79-167).

¹⁹⁸ Cass. 7 oktober 2011, *Juristenkrant* 2011, *Pas.* 2011, 2148, concl. HENKES, *RCJB* 2013, 537, noot T. LEONARD, *RW* 2012-13, 1181, noot S. JANSEN en S. STIJNS en *TBBR* 2012, 489, noot A. DE BOECK.

Vervolgens werd als uitgangspunt genomen dat de dynamiek van het burgerlijk proces inzake bewijs in grote mate afhankelijk is van de houding van de tegenpartij. We kwamen tot de vaststelling dat die partij in de grote meerderheid van de gevallen een dynamische houding aanneemt. Dat is in de eerste plaats het geval wanneer ze een verweer in de zin van art. 1315, lid 2 BW opwerpt. Dan komt het bewijsrisico op haar te rusten. Daarnaast is het ook mogelijk dat de tegenpartij de aangevoerde feiten op gemotiveerde wijze betwist en tegenbewijs levert. Dan gaat het niet om een dynamische ‘bewijslastverdeling’ in de letterlijke zin van het woord, omdat het bewijsrisico ongewijzigd blijft. Niettemin geven beide partijen hun versie van de feiten en brengen ze bewijs aan om op een welbepaald punt gelijk te krijgen. Op die manier werken ze op loyale wijze mee aan een efficiënte en waarheidsgetrouwe rechtspleging.

In het laatste deel werd gefocust op de tegenpartij die verkiest om een puur afwachtende houding aan te nemen. Hoewel zo’n houding niet *ipso facto* ongeoorloofd is, zou ze aan drie beperkingen kunnen worden onderworpen. Eerst en vooral moet de vordering van de aanvoerende partij op voldoende gemotiveerde wijze worden betwist. Daarnaast mogen informatie of bewijsstukken niet op een bedrieglijke manier worden achtergehouden. Ten slotte lijkt het ons een goede zaak dat een puur afwachtende houding in de bewijsvoering aan een controle van de rechter wordt onderworpen. Daarbij werd de suggestie gedaan om aansluiting te zoeken bij de leer van het verbod op (proces)rechtsmisbruik.