RIJKSUNIVERSITEIT GENT
FACULTEIT DER RECHTEN

DE BEWIJSLAST IN HET BELGISCH PRIVAATRECHT

DOOR

MARCEL STORME
Advocaat bij het Hof van Beroep
te Gent

Proefschrift tot het verkrijgen van de graad van geaggregeerde van het hoger onderwijs.

DE BEWIJSLAST IN HET
BELGISCH PRIVAATRECHT

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK GENT
000000551826

Gen 212 ALG 664/CBE

RIJKSUNIVERSITEIT GENT
FACULTEIT DER RECHTEN

DE BEWIJSLAST IN HET BELGISCH PRIVAATRECHT

DOOR

MARCEL STORME
Advocaat bij het Hof van Beroep
te Gent



De Faculteit der Rechten van de Rijksuniversiteit te Gent heeft op 12 mei 1962 toelating verleend tot het drukken van dit proefschrift.

Proefschrift tot het verkrijgen van de graad van geaggregeerde van het hoger onderwijs.

TER INLEIDING

In tal van geschillen ondervinden de rechtspractici bijna dagelijks dat de bewijslast zeer ernstige problemen kan stellen. Bij de oplossing ervan moeten zij meestal hun toevlucht nemen tot artikel 1315 van het burgerlijk wetboek, het enige artikel dat in zekere mate een algemeen beginsel ter zake vooropstelt : « Hij die de uitvoering van een verbintenis vordert, moet het bestaan daarvan bewijzen. 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 ».

Toch is gebleken dat in dit artikel onvoldoende elementen voorhanden zijn om hieruit een nauwkeurig afgelijnde regeling van de bewijslast te kunnen aflezen. De rechtspraak en de rechtsleer hebben zich weliswaar beijverd om, naar aanleiding van concrete gevallen, dit probleem praktisch op te lossen, doch in tegenstelling met andere landen, zoals bv. Nederland en Duitsland, heeft men in België en Frankrijk onvoldoende de doctrine van de bewijslast uitgebouwd.

In een tweevoudig opzicht, praktijk en doctrine nl., is het dus wenselijk gebleken aan de bewijslast een studie te wijden, waarbij, om begrijpelijke redenen, aan de rechtsvergelijking als methode voor de rechtsvinding van het eigen recht een belangrijke plaats werd ingeruimd. In de volgende bladzijden zal hiertoe een bescheiden poging gedaan worden.

⁂

Het was uiteraard noodzakelijk een onderwerp als dat van de bewijslast ook beschrijvend te behandelen. Inderdaad, een dergelijke beschrijving is niet alleen geboden om de leer van de bewijslast op te bouwen, maar ook om tal van begrippen en bepalingen te verduidelijken. Daarom zullen in de inleidende titel voornamelijk het begrip en de betekenis van de bewijslast alsmede het karakter van de wettelijke regeling ervan, nader belicht worden (titel I).

Bij het zoeken naar de grondprincipes die de verdeling van de

bewijslast tussen de partijen moeten beheersen (titel II), viel het op dat in de wet tal van leemten voorkomen, zodat een gedetailleerde bespreking van de verschillende theorieën waardoor gepoogd werd deze leemten te vullen, zich opdrong. Aan de hand van dit onderzoek zal vastgesteld worden dat, met erkenning van de waardevolle elementen van elk dezer theorieën, aan de zogenaamde objectiefrechtelijke theorie de voorkeur moet gegeven worden.

De grondprincipes van de bewijslastverdeling moeten nochtans toegepast worden in het concrete geding dat zich tussen de partijen vóór de rechter afspeelt. Bij deze toepassing blijkt dat, hoewel van de principiële en strakke bewijslastverdeling zoals zij door de objectiefrechtelijke theorie wordt voorgehouden niet mag afgeweken worden, een versoepeling van deze theorie zich in de praktijk opdringt. Er zal dan ook aangetoond worden dat deze versoepeling kan geschieden dank zij de medewerking van de partijen bij de bewijsvoering (titel III), dank zij de herwaardering van de taak van de rechter (titel IV) en dank zij de wettelijke vereenvoudiging van de bewijsrechtelijke principes (titel V).

Het is pas na het voorgaand onderzoek dat de verdedigde stellingen in een synthese zullen kunnen samengevat worden, nadat zij aan de hand van verschillende toepassingsgevallen geïllustreerd werden (titel VI).

INHOUDSTAFEL

LIJST VAN DE GEBRUIKTE AFKORTINGEN

BIBLIOGRAFIE

Nr

Titel I. Inleidende begrippen 1

Hoofdstuk I. Belang van de studie van de bewijslast 1

Hoofdstuk II. Begrip en betekenis van de bewijslast 15

Afdeling I. De aanvoeringslast 16

1 §. Begrip en terminologie 16

2 §. Vrijstellingen 20

3 §. Aanvoeringslast en bewijslast 23

Afdeling II. De bewijslast 28

1 §. Het begrip bewijslast 30

2 §. Voorwerp van de bewijslast 36

Hoofdstuk III. Karakter van de bewijslastregeling 39

Afdeling I. Probleemstelling en voorgestelde oplossingen . . . 39

Afdeling II. Belang van het probleem 49

Hoofdstuk IV. De bewijslastovereenkomsten 56

Afdeling I. Begripsomschrijving 56

Afdeling II. Geldigheidsvereisten 63

Afdeling III. Belang van de bewijslastovereenkomst 69

Titel II. Grondprincipes betreffende de bewijslastverdeling . . 74

Hoofdstuk I. De wettelijke regeling van de bewijslast 74

Afdeling I. Bedoelingen van de wetgever en wettelijke inkleding 75

Afdeling II. Toepassingsgebied 80

Afdeling III. Rechtvaardiging van de bewijslast van de eiser . 90

Hoofdstuk II. De verdeling van de bewijslast 100

Afdeling I. Het principe van de verdeling : gronden van rechtvaardiging 100

Afdeling II. De verdelingstheorieën 107

1 §. De theorie van de bloot-affirmatieve bewijslast 109

A. Samenvatting van deze theorie 109
B. Negatief feit : begrip en betekenis 111
C. Probleemstelling en voorgestelde oplossingen . . . 114
1. Omkering van de bewijslast 117
2. Verplaatsing van het bewijsobject 122
2 §. De subjectiefrechtelijke theorie 124
3 §. De objectiefrechtelijke theorie 129
A. Uiteenzetting van deze theorie 129
B. Bewijswaardering 139
C. Beoordeling van deze theorie 144
4 §. De publiekrechtelijke theorie 153
5 §. De procesrechtelijke theorie of billijkheidsleer 161
6 §. De logisch-juridische theorie 171
7 §. Slotbeschouwingen 177

Titel III. De taak van de gedingvoerende partijen . . . 183

Hoofdstuk I. De partijwerkzaamheid 185

Hoofdstuk II. De medewerking van de partijen 192
Afdeling I. Fair play in het privaatrechtelijk geding 193
Afdeling II. Medewerking van de partijen bij de bewijsvoering 205

Hoofdstuk III. Van het recht op bewijs 217
Afdeling I. Recht om de tegenpartij tot bewijslevering te dwingen 218
Afdeling II. Recht om zelf de feiten te stellen en te bewijzen 219
1 §. Begrip van dit recht 219
2 §. Beperkingen 220
Afdeling III. De vordering tot overlegging 229
1 §. Begrip en terminologie 229
2 §. Het vraagstuk 232
A. Wetgeving 232
B. Rechtspraak 242
C. Rechtsleer 244
D. Rechtsvergelijking 246
3 §. Proeve van oplossing 256
4 §. De vordering tot overlegging tegenover derden . . . 262
5 §. Praktische toepassing van de vordering tot overlegging 267
6 §. Besluit 271
Afdeling IV. Het briefgeheim 272
1 §. Vrijwillige overlegging van brieven 275
2 §. Vordering tot overlegging van brieven 282
3 §. Aanverwante gevallen 283
Afdeling V. Algemeen besluit 285

Titel IV. De taak van de rechter ten aanzien van de bewijsvoering in het privaatrechtelijk geschil 286

Hoofdstuk I. De klassieke opvatting 287

Hoofdstuk II. De zogenaamde lijdelijkheid van de rechter 295

Hoofdstuk III. Hulpmiddelen bij de vervulling van de taak van de rechter 306
Afdeling I. Kennis van het objectieve recht 307
1 §. Buitenlands recht 308
2 §. Gewoonterecht 311
Afdeling II. Kennis van de ervaringsregelen 313
1 §. Begrip en betekenis 313
2 §. Gevolgen 316
Afdeling III. Kennis van de feiten 322
1 §. Processuele feiten 323
2 §. Algemeen bekende feiten 325
3 §. Feiten waarvan het bewijs overbodig is 329

Hoofdstuk IV. Besluit 338

Titel V. De taak van de wetgever bij de vastlegging van de bewijslastprincipes 348

Hoofdstuk I. Algemene beschouwingen over de taak van de wetgever 348

Hoofdstuk II. De vermoedens 353
Afdeling I. Inleidende beschouwingen en begripsverduidelijking 353
Afdeling II. De feitelijke vermoedens 364
Afdeling III. De wettelijke vermoedens 374
1 §. Onwederlegbare vermoedens 376
2 §. Wederlegbare vermoedens 383
A. Begripsomschrijving 383
B. Werking 387
3 §. Slotbeschouwingen 392

Titel VI. Toepassingsgevallen, samenvatting en besluiten . . 395

Hoofdstuk I. Toepassingsgevallen 395
Afdeling I. Bewijslast van de goede trouw bij het vermeende huwelijk 396
Afdeling II. Bewijslast in verband met het ontstaan en de inhoud van een rechtshandeling 400
Afdeling III. Bewijslast in verband met de uitvoering van een overeenkomst (aansprakelijkheidsgeschillen) 416
1 §. Niet-uitvoering van de verbintenis uit overeenkomst (algemene principes) 416

2 §. Speciale gevallen 423
A. Gedeeltelijke of slechte uitvoering van de uitslagverbintenis 423
B. Niet-uitvoering van de middelverbintenis 441
C. Niet-uitvoering van de verbintenis niet te doen . . 449
3 §. Besluit 450
Afdeling IV. Bewijslast en verzekering 453
1 §. Algemene principes 453
2 §. Toepassingsgevallen 462
3 §. Milderingen 465
Hoofdstuk II. Samenvatting en besluiten 467
RESUME FRANÇAIS
DEUTSCHE ZUSAMMENFASSUNG
ZAKENREGISTER

LIJST VAN DE GEBRUIKTE AFKORTINGEN

A.C. (*)	Appeal Cases (Law Reports, 1891-heden).
A.c.P.	Archiv für zivilistische Praxis.
Ann. Dr. comm.	Annales de droit commercial.
Ann. Not. Enreg.	Annales du notariat et de l'Enregistrement.
Ann. Rg. Sw.	Annalen van Rechtsgeleerdheid en Staatswetenschappen. — Annales de droit et de sciences politiques.
App. Cas.	Appeal Cases (Law Reports, 1875-1890).
A.P.R.	Algemene practische rechtsverzameling.
Arr.	Arrondissement.
Arr. Verbr.	Arresten van het Hof van Cassatie.
Art.	Artikel.
A.T.F.	Arrêts du tribunal fédéral (zie ook B.G.E.) (Zwitserland).
B.G.B.	Bürgerliches Gesetzbuch (Duitsland).
B.G.E.	Entscheidungen des Bundesgerichts (zie ook A.T.F.) (Zwitserland).
B.G.H.	Bundesgerichtshof.
B.G.H.Z.	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen.
B.J.	Belgique judiciaire.
bl.	bladzijde.
Brussel.	Hof van Beroep te Brussel.
Bull. Ass.	Bulletin des assurances.
Bull. Cour Cass.	Bulletin de la Cour de Cassation (Frankrijk).
B.W.	Burgerlijk Wetboek.
C.	Codex Justinianus.
Can.	Canon van de Codex juris canonici.
Cass. fr.	Cour de Cassation (Frankrijk).
Cass. it.	Italiaans Hof van Cassatie.
C. civ.	Code civil (Frankrijk).
C.c.it.	Codice civile italiano.
Ch.	Chancery Division (Law Reports, 1891-heden).
Ch.D.	Chancery Division (Law Reports, 1875-1890).
Chr.	Chronique.
Cl. et B.	Jurisprudence des tribunaux de première instance (Cloes et Bonjean).

(*) Voor een uitstekende index van de Engelse afkortingen, zie Osborn, P.G., *A concise law dictionary,* 4de uitg., London, 1954, bl. 361 e.v. Nadere uitleg wordt ook verstrekt in Glanville Williams, *Learning the law,* 5de uitg., London, 1954, bl. 31 e.v.

Clunet.	Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée.
Comm.	Code de commerce (Frankrijk).
Corr.	Correctionele rechtbank.
Cowper	Cowper (King's Bench, 1774-1778).
C.P.	Common Pleas Cases (Law Reports, 1865-1875).
C.pr.c.it.	Codice di procedura civile.
C.pr.civ.	Code de procédure civile (Frankrijk).
D.	Recueil Dalloz (vanaf 1945).
D.A.	Recueil analytique Dalloz (1941-1944).
D.C.	Recueil critique Dalloz (1941-1944).
d.d.	de dato.
D.H.	Recueil hebdomadaire Dalloz (1924-1940).
Dig.	Digesta.
dl.	deel.
D.P.	Recueil périodique et critique Dalloz (vóór 1941).
D.R.	Deutsches Recht.
East.	East's Term Reports (King's Bench, 1801-1812).
e.v.	en volgende.
Fl. J.	La Flandre judiciaire.
Fr.	Frans.
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais (Paris).
Gent.	Hof van Beroep te Gent.
H. & C.	Hurlstone and Coltman (Exchequer, 1862-1866).
Hgb.	Handelsgesetzbuch (Duitsland).
H.R.	Hoge Raad der Nederlanden.
Hrb.	Rechtbank van koophandel (handelsrechtbank).
H.W.	Wetboek van koophandel (handelswetboek).
I.	Institutiones Justiniani.
ib.	ibidem.
id.	idem.
Ing. Cons.	Revue de droit intellectuel, l'Ingénieur Conseil.
Inst. B. Dr. Comp.	Revue de droit international et de droit comparé. (Voortzetting van het Bulletin trimestriel de l'Institut Belge de Droit Comparé).
J.	Jurisprudence.
J.C.P.	Jurisclasseur périodique.
Journ. prat. dr. fisc.	Journal pratique de droit fiscal et financier.
J.T.	Journal des Tribunaux.
Jur. Liège	Jurisprudence de la Cour d'appel de Liège.
Jur. Comm. Brux.	Jurisprudence commerciale de Bruxelles.
Jur. Comm. Fl.	Jurisprudence commerciale des Flandres.
Jur. Comm. Verviers	Jurisprudence du tribunal de commerce de Verviers.
J.W.	Juristische Wochenschrift.
J.Z.	Juristenzeitung.
Kant.	Kanton.
K.B.	King's Bench (Law Raports, 1891-heden).
K.B.	Koninklijk Besluit.

kol.	kolom.
Kortged.	Kortgeding.
l.c.	loco citato.
L.J.Q.B.	Law Journal Reports, Queen's Bench (1831-1949).
L.R.	Law Reports (1865-heden).
L.R.Q.B.	Queen's Bench (Law Reports, 1865-1875).
L.T.	Law Times Reports (1859-1947).
Luik.	Hof van Beroep te Luik.
L.Z.	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.
M.B.	Ministerieel besluit.
Moody & Rob.	Moody and Robinson (Nisi prius, 1830-1844).
M. & S.	Maule and Selwyn (King's Bench, 1813-1817).
Ned.	Nederlands.
Ned.B.W.	Nederlands Burgerlijk Wetboek.
Ned. Rv.	Nederlands wetboek voor burgerlijke rechtsvordering.
N.J.	Nederlandse Jurisprudentie (het cijfer na de jaargang verwijst naar de bladzijde tot 1935 en naar het nummer vanaf 1936).
N.J.B.	Nederlands Juristenblad.
Nov.	Les Novelles.
nr.	nummer.
o.c.	opere citato.
O.L.G.	Oberlandesgericht.
O.R.	Obligationenrecht (Zwitserland).
P.A.	Jurisprudence du Port d'Anvers.
Pand.fr.	Pandectes françaises.
Parlem. Besch.	Parlementaire Bescheiden (Kamer-Senaat).
Parlem. Hand.	Parlementaire Handelingen (Kamer-Senaat).
Pas.	Pasicrisie belge.
Pas. fr.	Pasicrisie française.
P.B.	Pandectes belges.
Pol.	Politierechtbank.
P.P.	Pandectes périodiques.
pr.	principium (eerste paragraaf).
Proefschr.	Proefschrift.
Q.B.	Queen's Bench (Law Reports, 1891-heden).
Q.B.D.	Queen's Bench Division (Law Reports, 1875-1890).
Rabels Z.	Zeitschrift für ausländisches Recht und internationales Privatrecht.
Rb.	Rechtbank van eerste aanleg.
R.C.J.B.	Revue critique de jurisprudence belge.
R.D.P.	Revue de droit pénal et de criminologie.
R.D.B.	Revue de droit belge.
Recht.	Das Recht.
Rec. gén.	Recueil général de l'enregistrement et du notariat.
Rev. Ban.	Revue de la banque.
Rev. crit.	Revue critique de législation et de jurisprudence.
Rev. Dr. B.	Revue de Droit belge.

Rev. dr. int. priv.	Revue de Droit International Privé.
Rev. Dr. Int. Lég. comp.	Revue de Droit International et de Législation comparée.
Rev. Faill.	Revue des Faillites, Concordats et Liquidations.
Rev. gén. ass. terr.	Revue générale des assurances terrestres.
Rev. gén. dr. lég. jur.	Revue générale de droit, de législation et de jurisprudence.
Rev. Int. Dr. Comp.	Revue internationale de Droit comparé.
Rev. prat. Not.	Revue pratique du Notariat belge.
Rev. Trim. Dr. Civ.	Revue trimestrielle de Droit civil.
Rev. Trim. Dr. Comm.	Revue trimestrielle de Droit commercial.
R.G.	Reichsgericht.
R.G.A.R.	Revue générale des Assurances et des Responsabilités.
R.G.Z.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Riv. dir. proc. civ.	Rivista di diritto di procedura civile.
Riv. dir. comm.	Rivista di diritto commerciale.
R.J.D.A.	Recueil de Jurisprudence du Droit administratif et du Conseil d'Etat.
R.M.	Rechtsgeleerd Magazijn.
R.M.Themis.	Rechtsgeleerd Magazijn Themis (vanaf 1939).
R.P.D.B.	Répertoire pratique de Droit belge.
R.T.	Rechtskundig Tijdschrift.
Rv.	Wetboek voor Burgerlijke Rechtsvordering.
R. v. St.	Raad van State.
R.W.	Rechtskundig Weekblad.
S.	Recueil Général des Lois et Arrêts (Sirey, Paris).
Scheidsr. besliss.	Scheidsrechterlijke beslissing.
s.d.	sine dato.
Sem. Jur.	La Semaine juridique.
Somm.	Recueil des Sommaires.
Sv.	Wetboek van Strafvordering.
S.W.	Strafwetboek.
S.W.I.B.	Samengeschakelde wetten op de inkomstenbelastingen.
Themis.	Themis, Regtskundig Tijdschrift.
Tijd.R.Gesch.	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis.
T. Not.	Tijdschrift voor Notarissen.
Trib. féd.	Tribunal fédéral (Zwitserland).
T.S.R.	Rechtspraak omtrent Werk- en Dienstverhuring, Tijdschrift voor Sociaal Recht en van Arbeidsgerechten. — Jurisprudence du Louage d'Ouvrage, Revue de Droit Social et des Tribunaux du Travail.
T. Vred.	Tijdschrift voor Vrederechters. — Journal des Juges de Paix.
Tw.	Trefwoord.
uitg.	uitgave.
v.	versus (against, and).
Verbr.	Hof van Cassatie.
Vert.	Vertaling.

Vgl.	Vergelijk.
Vred.	Vredegerecht.
W.	Weekblad van het recht.
Warn.	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts.
W.P.N.R.	Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie.
W.R.	Werkrechtersraad.
W.R.Ber.	Werkrechtersraad in beroep.
Z.G.B.	Zivilgesetzbuch (Zwitserland).
Z.P.O.	Zivilprozessordnung (Duitsland).
Z.Z.P.	Zeitschrift für Zivilprozess.

BIBLIOGRAFIE

In deze Bibliografie worden van de klassieke handboeken slechts de delen vermeld die het bewijsrecht behandelen; werken die de behandelde stof niet hoofdzakelijk tot voorwerp hebben, worden in deze Bibliografie niet opgenomen.

A. BELGIE

I. Verhandelingen, Repertoria en Proefschriften.

BRAAS. — *Précis de procédure civile,* 3de uitg., 2 dln. — Brussel - Luik, 1944.

DABIN, J. — *La technique de l'élaboration du droit positif, specialement du droit privé.* — Brussel-Paris, 1935.

DAUBRESSE, E. — *De la preuve des engagements commerciaux, Nov., Droit commercial,* dl. I. — Brussel, 1931.

DEKKERS, R. — *Précis de droit civil belge,* dl. II : *Les obligations, Les preuves, Les contrats, Les sûretés.* — Brussel, 1955.

DE PAGE, H. — *Traité élémentaire de droit civil belge,* dl. III : *Les obligations,* 2de uitg. — Brussel, 1950.

FREDERICQ, L. — *Traité de droit commercial belge,* dln. I en III. — Gent, 1946-1947.

KLUYSKENS, A. — *Beginselen van burgerlijk recht,* dl. I : *De Verbintenissen,* 5de uitg. — Brussel, 1948.

LAURENT, F. — *Principes de droit civil,* dln. XIX en XX. — Brussel, 1876.

P.B. — Tw. *Action ad exhibendum.*
Communication de pièces.
Preuve (en général).
Preuve au civil.
Preuve (matières commerciales).

R.P.D.B. — Tw. *Lettre missive.*
Preuve.
Requête civile.
Serment.

STUDIECENTRUM TOT HERVORMING VAN DE STAAT. — *Hervorming van de rechtspleging,* dl. I. — Brussel, 1938.

VAN LENNEP, R. — *Belgisch burgerlijk procesrecht,* dl. II : *Bewijslevering.* — Brussel, s.d.

VAN RIJN, J. — *Principes de droit commercial,* dl. II. — Brussel, 1957.

II. Tijdschriftartikelen en noten.

COPPENS, P. — *Le fardeau de la preuve en cas de refus d'agréation de la marchandise.* Noot onder Luik, 16 november 1948. — *R.C.J.B.,* 1950, bl. 123 e.v.

DABIN, J. — *La technique de la preuve juridique specialement en droit civil.* — *B.J.,* 1932, bl. 353 e.v.

DABIN, J. — *Les dérogations aux règles de preuve prévues par le Code civil.* Noot onder Verbr., 30 januari 1947. — *R.C.J.B.,* 1947, bl. 215 e.v.

DE BERSAQUES, A. — *Du fardeau de la preuve dans la désagréation de marchandises livrées.* — *Jur. Comm. Fl.,* 1927, nr. 4745, bl. 83 e.v.

DE BERSAQUES, A. — *De la preuve de l'inexécution d'une convention synallagmatique.* Noot onder Verbr., 24 april 1947. — *R.C.J.B.,* 1949, bl. 127 e.v.

DEKKERS, R. — *De la collaboration des plaideurs dans l'administration de la preuve.* Noot onder Luik, 31 januari 1956. — *R.C.J.B.,* 1959, bl. 148 e.v.

DE PAGE, H. — *L'aveu complexe et son indivisibilité.* Noot onder Verbr., 2 juni 1949. — *R.C.J.B.,* 1950, bl. 7 e.v.

DRION, R. — *La charge de la preuve en matière d'assurance-vol.* — *R.G.A.R.,* 1949, 4497.

DRION, R. — *La charge de la preuve en matière d'assurance-vol.* — Noot onder Brussel, 20 mei 1949. — *R.G.A.R.,* 1949, 4643.

FALLY, J. — *La valeur probante des lettres missives et la preuve du mandat par un tiers.* Noot onder Luik, 28 oktober 1946. — *R.C.J.B.,* 1948, bl. 70 e.v.

HEENEN, J. — *Preuve de la conformité des marchandises vendues.* Noot onder Gent, 1 februari 1952. — *R.C.J.B.,* 1952, bl. 202 e.v.

KIRKPATRICK, J. — *L'article 1315 du Code civil et la preuve des faits négatifs (Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle).* Noot onder Verbr., 27 februari 1958. — *R.C.J.B.,* 1959, bl. 46 e.v.

LIMPENS, J. — *Examen de jurisprudence* (1939-48). *Les obligations.* — *R.C.J.B.,* 1949, bl. 350 e.v.; — *id.,* (1948-52). — *R.C.J.B.,* 1953, bl 48 e.v.

LIMPENS, J., et VAN DAMME, J. — *Examen de jurisprudence* (1953-55). *Les obligations.* — *R.C.J.B.,* 1956, bl. 199 e.v.; — *id.,* (1956-59). — *R.C.J.B.,* 1960, bl. 337 e.v. en *R.C.J.B.,* 1961, bl. 56 e.v.

MAHILLON, P., et FREDERICQ, S. — *Notions sur l'essence et la forme du serment.* — *Ann. not. enreg.,* 1950, bl. 152 e.v.

MALTER, O. — *La preuve du vol.* Noot onder Gent, 3 maart 1932. — *R.G.A.R.,* 1932, 1094.

NUSSBAUM, S. — *L'étendue de la preuve à fournir par l'assuré en cas de vol.* Noot onder Hrb. Brussel, 4 december 1936. — *R.G.A.R.,* 1937, 2358.

PERELMAN, Ch. — *La spécificité de la preuve juridique.* — *J.T.,* 1959, bl. 661 e.v.

RENARD, C. — *L'article 1165 du Code civil et la preuve du droit de propriété.* — *B.J.,* 1938, bl. 97 e.v.

RENARD, C. — *La preuve à fournir par la victime en cas de responsabilité du fait des choses.* Noot onder Verbr., 18 januari 1945. — *R.C.J.B.,* 1947, bl. 84 e.v.

SCHEUER, P. — *De la preuve en matière d'assurance-vol.* — *Bull. Ass.,* 1943, bl. 359 e.v.

STEVIGNY, G. — *De bewijslast in het burgerlijk proces.* — *R.W.,* 1957-58, kol. 129 e.v.

VAUTHIER, M. — *Le débat judiciaire, étude de philosophie juridique.* — *Rev. dr. int. lég. Comp.,* 1906, bl. 247 e.v.

VICTOR, R. — *Over de formule « door alle middelen van recht, getuigen inbegrepen ».* — *R.W.,* 1957-58, kol. 1163 e.v.

XXX. — *De l'indivisibilité de l'aveu. Déclaration comprenant reconnaissance d'une dette et affirmation de l'extinction de cette dette.* — *B.J.,* 1919, bl. 647 e.v.

B. DUITSLAND

BECKH, H. — *Die Beweislast nach dem B.G.B.* — München, 1899.

BERNHARDT, W. — *Grundrisz des Zivilprozessrechts.* — Tübingen, 1951.

BETZINGER, B. — *Die Beweislast im Zivilprozess,* 3de uitg. — Berlin, 1910.

BLOMEYER, A. — *Die Umkehr der Beweislast.* — *A.c.P.,* 1960, bl. 97 e.v.

CUPPERS, J. — *Beiträge zur Lehre von der Beweislast,* Proefschr. — Düsseldorf, 1902.

EHRLICH, E. — *Die Juristische Logik.* — *A.c.P.,* 1917, bl. 125 e.v.

FITTING, H. — *Die Grundlagen der Beweislast.* — Berlin, 1888.

GOLDSCHMIDT, J. — *Der Prozess als Rechtslage.* — Berlin, 1925.

HEDEMANN, J.W. — *Die Vermutung nach dem Recht des Deutschen Reichs.* — Jena, 1904.

HELLWIG, K. — *System des Deutschen Zivilprozessrechts,* dl. I. — Leipzig, 1912.

HELLWIG, K. — *Anspruch und Klagrecht.* — Leipzig, 1910.

HOCHE, U. — *Bürgerliches Recht und Verfahrensrecht,* 3de uitg. — München-Berlin, 1952.

KORSCH, K. — *Die Anwendung der Beweislastregeln im Zivilprozess und das qualifizierte Geständnis.* — Bonn, 1911.

KRESS, H. — *Zur Lehre von der Beweislast nach dem B.G.B.* — Würzburg, 1899.

LENT, F. — *Zivilprozessrecht,* 4de uitg. — München-Berlin, 1952.

LEONHARD, F. — *Die Beweislast,* 2de uitg. — Berlin, 1926.

MARTINIUS. — *Behauptungs- und Beweislast bei der Negative und dem bedingten Vertrage.* — Berlin, 1902.

MAXEN. — *Ueber Beweislast, Einreden und Exceptionen.* — Göttingen, 1861.

REINHOLD. — *Die Lehre von dem Klaggrunde, den Einreden und der Beweislast.* — Berlin, 1888.

RIEZLER, E. — *Internationales Zivilprozessrecht.* — Berlin - Tübingen, 1949.

ROSENBERG, L. — *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts,* 7de uitg. — München-Berlin, 1956.

ROSENBERG, L. — *Die Beweislast auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung,* 3de uitg. — München-Berlin, 1953.

SCHMIDT, R. — *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts,* 2de uitg. — 1906.

SCHNEIDER, E. — *Die Beweiswürdiging in Prüfung und Praxis.* — Berlin-Frankfurt, 1960.

SCHNEIDER, E. — *Die Bedeutung der Beweislast für die Relationstechnik.* — *J.Z.,* 1957, bl. 617 e.v.

STEIN, F. — *Das private Wissen des Richters.* — 1890.

WACH, A. — *Die Beweislast nach dem B.G.B.* — Leipzig, 1901.

WASSERMEYER, H. — *Der prima facie Beweis und die benachtbarten Erscheinungen.* — Münster-Westfalen, 1954.

WINDSCHEID, B. — *Lehrbuch des Pandektenrechts,* dl. I, 2de uitg. — Düsseldorf, 1867.

C. ENGELAND

BENTHAM, J. — *Rationale of judicial evidence, specially applied to English practice,* 5 dln. — London, 1827.

BENTHAM, J. — *Traité des preuves judiciaires* (uittreksels uit het werk van Bentham, samengesteld en vertaald door Et. Dumont), 2 dln. — Paris, 1823.

CROOM-JOHNSON, R.P., and BRIDGMAN, C.F.L. — *Treatise on the Law of Evidence,* 2 dln., 12de uitg. — London, 1931.

DARGENT, J. — *La doctrine de l'estoppel : une théorie originale du droit anglais en matière de preuve,* Proefschr. — Tourcoing, 1943.

MOHANNA, M.F.I. — *Le rôle du juge dans le droit anglais et dans le droit de l'Islam Comparés,* Proefschr. — Paris, 1929.

NEWMAN, K.M. — *Das Englisch-Amerikanische Beweisrecht.* — Heidelberg, s.d.

NOKES, G.D. — *An introduction to Evidence.* — London, 1952.

PHIPSON, S.L. — *Manual of the Law of Evidence,* 7de uitg. door R. Burrows. — London, 1950.

PHIPSON, S.L. — *On the law of evidence,* 9de uitg. door R. Burrows. — London, 1952.

ROSS. — *The law of discovery.* — London, 1912.

STEPHEN, J.F. — *A digest of the Law of Evidence,* 12de uitg. door H. L. Stephen and L.F. Sturge. — London, 1936.

STURGE, L.F. — *Cockle's Cases and Statutes on Evidence,* 8de uitg. — London, 1952.

WILSHERE, A.M. — *The outlines of procedure in an action in the King's Bench Division,* 3de uitg. — London, 1923.

D. FRANKRIJK

I. Verhandelingen, Repertoria en Proefschriften.

AMIOT, M. — *Essai sur la faute contractuelle et la charge de la preuve en droit français,* Proefschr. (dact.). — Paris, 1945.

ANDRE, G. — *Du principe de la neutralité du juge dans l'instruction des affaires civiles,* Proefschr. — Paris, 1910.

ARON, G. — *Théorie générale des présomptions légales en droit privé,* Proefschr. — Paris, 1895.

AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français,* dl. XII, 5de uitg. door E. Bartin. — Paris, 1922.

AYRAUD, J. — *La production des livres de commerce en justice,* Proefschr. — Toulouse, 1923.

BARRAINE, R. — *Théorie générale des présomptions en droit privé,* Proefschr. — Paris, 1942.

BAUDRY-LACANTINERIE, G., et BARDE, L. — *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations,* dln. III en IV, 3de uitg. — Paris, 1908.

BECHARRA EL KHOURY. — *Essai sur la théorie des preuves en droit musulman. Aperçu de droit comparé avec le législation française.* — Beyrouth, 1926.

BEUDANT, Ch. — *Cours de droit civil français,* 2de uitg. door R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, dl. IX²: *Les contrats et les obligations* door Lagarde, G. et Perrot, R. — Paris, 1953.

BONNIER, E. — *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel,* 4de uitg. — Paris, 1873.

COCURAL, M. — *Etude théorique et jurisprudentielle des conventions des parties en matière de preuve, en droit civil français,* Proefschr. — Toulouse, 1933.

CORNU, G., et FOYER, J. — *Procédure civile.* — Paris, 1958.

COSTES, L. — *De la distinction des faits juridiques et des faits matériels et de ses applications, principalement en matière de preuve, en droit romain et en droit français,* Proefschr. — Toulouse, 1887.

DALLOZ. — *Répertoire de Droit civil,* Tw. *Preuve,* door R. Perrot. — Paris, 1954.

DECOTTIGNIES, R. — *Les présomptions en droit privé,* Proefschr. — Paris, 1950.

DEMOGUE, R. — *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique.* — Paris, 1911.

DEMOLOMBE, C. — *Cours de Code Napoléon, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général,* dl. VI. — Paris, 1876.

DEMONTES, E. — *L'action ad exhibendum en droit moderne. Essai sur le droit à la preuve,* Proefschr. — Beaugency, 1922.

DUMORA, J. — *Etude sur les présomptions en droit civil,* Proefschr. — Bordeaux, 1901.

ESMEIN, P. — *Remarques sur de nouvelles classifications des obligations,* in *Etudes de droit civil à la memoire de Henri Capitant,* bl. 235 e.v. — Paris, 1939.

ESMEIN, P. — *L'obligation et la responsabilité contractuelles,* in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Etudes offertes à Georges Ripert,* dl. II, bl. 101 e.v. — Paris, 1950.

FABREGUETTES, M.P. — *La logique judiciaire et l'art de juger,* 2de uitg. — Paris, 1926.

FERRARI, R. — *Comparaison du système anglo-américain des règles de preuve et de la procédure dans les tribunaux de première instance en France,* in *Bulletin de la société d'études législatives,* 1917-18, bl. 238 e.v.

GABRIEL. — *Essai sur la nature, les différentes espèces et les divers degrés de force des preuves,* nieuwe uitg. herzien en aangevuld door Solon. — Toulouse, 1824.

GARSONNET, E., et CEZAR-BRU, Ch. — *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale,* dl. II, 3de uitg. — Paris, 1912.

GEFFROY, P. — *Essai sur les présomptions légales en matiere civile,* Proefschr. — Paris, 1891.

GENY, F. — *Science et technique en droit privé positif,* 4 dln. — Paris, 1914-24.

GENY, F. — *Des droits sur les lettres missives,* 2 dln. — Paris, 1911.

GILLY, G. — *Contribution à l'étude du système actuel des preuves en droit civil,* Proefschr. — Lyon, 1910.

GLASSON, E., TISSIER, A., et MOREL, R. — *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile,* dl. II, 3de uitg. — Paris, 1926.

GORPHE, F. — *Les décisions de justice.* — Paris, 1952.

GORPHE, F. — *L'appréciation des preuves en justice. Essai d'une méthode technique.* — Paris, 1947.

LE BALLE, R. — *Des conventions sur le procédé de preuve en droit civil,* Proefschr. — Meulan, 1923.

LEGEAIS, R. — *Les règles de preuve en droit civil - Permanences et Transformations.* — Paris, 1955.

LEVY, E. — *La preuve par titre du droit de propriété immobilière,* Proefschr. — Paris, 1896.

MAZEAUD, L. — *La preuve intrinsèque,* Proefschr. — Amiens, 1921.

MENDELSOHN, P. — *De la preuve de la propriété immobilière,* Proefschr. — Paris, 1922.

MOREL, R. — *Traité élémentaire de procédure civile,* 2de uitg. — Paris, 1949.

MOTULSKY, H. — *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs.* — Paris, 1948.

MOTULSKY, H. — *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits,* in *Etudes de droit contemporain, Contributions françaises aux IIIe et IVe Congrès internationaux de Droit comparé,* dl. II, bl. 355 e.v. — Paris, 1959.

PACTET, P. — *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative.* — Paris, 1952.

PERROT, R. — Tw. *Lettres missives* (in *Encyclopédie Dalloz).*

PICARD, M. — *De la preuve par commune renommée,* Proefschr. — Paris, 1911.

PLANIOL, M., et RIPERT, G. — *Traité pratique de droit civil français,* dl. VII² : *Les Obligations,* met de medewerking van Esmein, P., Radouant, J., et Gabolde G., 2de uitg. — Paris, 1954.

PORRE, G. — *Le fait pertinent,* Proefschr. — Aix, 1937.

RIPERT, G. — *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol,* met de medewerking van J. Boulanger, dl. II : *Les obligations,* 4de uitg. — Paris, 1952.

SADEK-FAHMY, M. — *Le fait pertinent et admissible dans ses rapports avec la théorie générale des preuves comme élément probatoire en droit civil comparé,* Proefschr. — Paris, 1923.

SESCIOREANO, G.M. — *Des conventions relatives à la preuve de la libération du débiteur,* Proefschr. — Paris, 1920.

SICARD, J. — *La preuve en justice après la réforme judiciaire.* — Paris, 1960.

SOLUS, H. — *Les réformes de procédure civile,* in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Etudes offertes à Georges Ripert,* dl. I, bl. 193 e.v. — Paris, 1950.

SOLUS, H. — *Le rôle du juge dans l'administration de la preuve,* in *Travaux de l'Association Henri Capitant* 1949, bl. 128 e.v. — Paris, 1950.

SOLUS, H., et PERROT, R. — *Droit judiciaire privé,* dl. I. — Paris, 1961.

THEVENET, J. — *Essai d'une théorie de la charge de la preuve en matière civile et commerciale,* Proefschr. — Lyon, 1921.

VILLEGAS-LOPEZ, J.A. — *Etude pour une théorie de la charge de la preuve en droit civil,* Proefschr. (dact.) — Paris, 1951.

II. Tijdschriftartikelen en noten.

ARMINJON, P. — *La preuve en droit international privé. — Rev. dr. int. priv.,* 1929, bl. 385 e.v.

BEINEIX, R. — *La charge de la preuve de l'exécution en matière de responsabilité contractuelle. — Rev. crit.,* 1938, bl. 657 e.v.

COLOMBINI, A. — Noot onder Corr. Seine, 5 maart 1948. — *J.C.P.,* 1948, II, 4251.

DEMOGUE, R. — *Du droit à la preuve.* Noot onder Cass. fr., 16 maart 1921. — *Rev. trim. dr. civ.,* 1921, bl. 740.

ESMEIN, P. — *Le fondement de la responsabilité contractuelle, rapprochée de la responsabilité délictuelle. — Rev. trim. dr. civ.,* 1933, bl. 627 e.v.

HOUIN, R. — *La distinction des déchéances et des exclusions de risque dans les assurances terrestres, au point de vue de la charge de la preuve.* Noot onder Cass. fr., 17 april 1947. — *S.,* 1948, 1, 125.

HOUIN, R. — *Le progrès de la science et le droit de la preuve. — Rev. int. dr. comp.,* 1953, bl. 69 e.v.

LABBE, J.E. — Noot onder Verbr., 8 januari 1886. — *S.,* 1886, 4, 25.

LARGUIER, J. — *La preuve d'un fait négatif. — Rev. trim. dr. civ.,* 1953, bl. 1 e.v.

MAZEAUD, H. — Noot onder Cass. fr., 5 mei 1942. — *S.,* 1942, 1, 125.

MIMIN, P. — Noot onder Cass. fr., 10 april 1941. — *D.C.,* 1942, *J.,* 35.

MIMIN, P. — *Les formules dangereuses. — J.C.P.,* 1946, I, 579.

MIMIN, P. — *Les présomptions quasi-légales. — J.C.P.,* 1946, I, 578.

NIBOYET, J.P. — *Qu'est-ce que la loi étrangère aux yeux d'un juge d'un pays déterminé? — Rev. dr. int. lég. comp.,* 1928, bl. 753 e.v.

PERROT, R. — Noot onder Cass. fr., 29 mei 1951. — *J.C.P.,* 1951, II, 6421.

PERROT, R. — *Le régime des preuves en droit international privé français. — J.T.,* 1962, 273 e.v.

PICARD, M. — Noot onder Cass. fr., 7 januari 1936. — *Rev. gén. ass. terr.,* 1936, bl. 355 e.v.

P.L.P. — Noot onder Cass. fr., 4 augustus 1942. — *J.C.P.,* 1942, II, 2006.

P.L.P. — Noot onder Cass. fr., 9 januari 1940. — *D.P.,* 1940, 1, 49.

ROUSSEAU, H. — Noot onder Cass. fr., 15 mei 1934. — *S.,* 1935, 1, 9.

R.V. — *Preuve et atteintes à la personne. — J.C.P.,* 1949, I, 758.

SAVATIER, R. — Noot onder Angers, 4 maart 1947. — *D.,* 1948, *J.,* 298.

SAVATIER, R. — Noot onder Cass. fr., 29 mei 1951. — *D.,* 1952, *J.,* 53.

THEVENET, J. — *Une nouvelle retouche légale de la théorie classique de la preuve. — Rev. gén. dr. lég. jur.,* 1924, bl. 127 e.v.

THEVENET, J. — *Un essai d'interprétation de l'article 1315 du Code civil. — Rev. gén. dr. lég. jur.,* 1921, bl. 279 e.v.

TISSIER, A. — *Le centenaire du Code de procédure et les projets de réforme. — Rev. trim. dr. civ.,* 1906, bl. 625 e.v.

TISSIER, A. — Noot onder Paris, 26 januari 1910. — *S.,* 1911, 2, 185.

VITALI, G., — *Au sujet de la charge de la preuve. — Rev. gén. dr. lèg. jur.,* 1922, bl. 193 e.v.

VOIRIN, P. — Noot onder Nancy, 17 november 1949. — *J.C.P.,* 1950, II, 5596.

XXX. — Noot onder Angers, 12 juni 1945. — *J.C.P.,* 1946, II, 3055.

E. ITALIE

CARNELUTTI, F. — *La prova civile,* 2de uitg. — Roma, 1947.

LESSONA, C. — *L'azione esibitoria.* — Napoli, 1903.

LESSONA, C. — *Trattato delle prove in materia civile,* 3de uitg. — Firenze, 1916.

MICHELI, G.A. — *L'onere della prova.* — Padova, 1942.

NUOVO DIGESTO ITALIANO. — Tw. *Prova in genere.* — Torino, 1939.

VITALI, G. — *In tema di onere della prova. — Il monitore dei tribunali,* 1922, bl. 193 e.v.

F. NEDERLAND

ANEMA, A. — *Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht,* dl. V : *Van Bewijs* (met de medewerking van P.J. Verdam), 5de uitg. — Zwolle, 1953.

BEEKHUIS, C.H. — *Het nieuw ontwerp bewijsrecht. — R.M. Themis,* 1960, bl. 573 e.v.

CLAVAREAU, P.J.A. — *Enige hulpovereenkomsten.* — Leiden, 1947.

DE BLECOURT, A.S. — *Historisch en juridisch bewijs.* — Groningen, 1936.

DE SAVORNIN LOHMAN, W.H. — *De bewijslast in het burgerlijk geding. — R.M.,* 1904, bl. 89 e.v.

DIEPHUIS, G. — *Het Nederlandsch burgerlijk recht,* dln. II en III, 2de uitg. — Groningen, 1885.

DIJSTRA, C. — *De jurisprudentie op de bewijslast,* Proefschr. — Amsterdam, 1918.

DRION, H. — *Enige bedenkingen tegen het nieuwe ontwerp bewijsrecht. — W.P.N.R.,* 1959, 4593.

DRUCKER, H.L. — *Eigen wetenschap des rechters. — R.M.,* 1914, 58 e.v.

EGGENS, J. — *De beginselen van het burgerlijk bewijs,* Preadvies in *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging,* 1951, I. — Zwolle, 1951.

GERBRANDY, S. — *Het waarheidsprobleem in het burgerlijk procesrecht,* Preadvies in *Handelingen van de Vereniging voor Wijsbegeerte des Rechts,* 1961, I. — Zwolle, 1961.

GERBRANDY, S. — *Rechtspraak over de deugdelijkheid van het verweer in burgerlijke zaken. — N. J.B.,* 1952, bl. 369 e.v. en 385 e.v.

GRÜNEBAUM, A. — *Het karakter van den bewijslast in het burgerlijk geding,* Proefschr. — Amsterdam, 1904.

GRÜNEBAUM, A. — *De verhouding tussen wettelijke vermoedens en de verdeling van de bewijslast. — R.M.,* 1905, 77 e.v.

HAARDT, W.L. — *De beginselen van het burgerlijk bewijs,* Preadvies in *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging,* 1951, I. — Zwolle, 1951.

HAARDT, W.L. — *Fair play in het burgerlijk geding.* — Zwolle, 1958.

HAARDT, W.L. — *Het ontwerp bewijsrecht. — N.J.B.,* 1959, bl. 465 e.v. en bl. 496 e.v.

HAMAKER, H.J. — *Verspreide geschriften,* dl. V : *Bewijsrecht.* — Haarlem, 1912.

HOUWING, J.F. — *De maatschappelijke betekenis van het burgerlijk proces,* Rectorale rede. — Amsterdam, 1906.

KAN, M.L. — *Bewijslast en bewijswaardering,* Proefschr. — Amsterdam, 1921.

LAND, N.K.F. — *Verklaring van het burgerlijk uetboek,* dl. VI, 2de uitg. door J. Eggens. — Haarlem, 1933.

LIGTENBERG, H. — *De exhibitieplicht in het Nederlandsche recht,* Proefschr. — Leiden, 1893.

MEIJERS, E.M. — *Bijdrage tot de leer van het middellijk bewijs (W.P.N.R.,* 1913, 2290, 2291, en *W.P.N.R.,* 1914, 2303, 2304, 2312, 2313, 2355, 2356) in *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen,* dl. II, bl. 209 e.v. — Leiden, 1955.

MEIJERS, E.M. — *De jongste ontwikkeling van de leer der onsplitsbaarheid van de bekentenis (W.P.N.R.,* 1923, 2808 en 2809), in *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen,* dl. II, bl. 271 e.v. — Leiden, 1955.

MEIJERS, E.M. — *Het mysterie der gequalificeerde bekentenis (W.P.N.R.,* 1948, 4017 en 4018), in *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen,* dl. II, bl. 291 e.v. — Leiden, 1955.

MEILINK, J.G. — *De hoofdbeginselen van het bewijsrecht in het ontwerp burgerlijke rechtsvordering van de Staatscommissie - Gratama,* in *Handelingen Nederlandse Juristen - Vereniging,* 1924, I. — Den Haag, 1924.

MOLTZER, J.P. — *Van bewijs in het algemeen en van schriftelijk bewijs.* — Den Haag, 1904.

MOLTZER, J.P. — *Behoort het bepaalde in art. 1302 B.W. bij de herziening van ons bewijsrecht gehandhaafd te blijven? — Themis,* 1903, bl. 518 e.v.

PITLO, A. — *Bewijs en verjaring naar het Nederlands burgerlijk wetboek,* 3de uitg. — Haarlem, 1953.

POLAK, J.M. — *Theorie en practijk der Rechtsvinding.* — Zwolle, 1953.

POLENAAR, B.J. — *Schets van het Nederlandsche burgerlijk procesrecht,* 7de uitg. herzien door J.H. Polenaar. — Haarlem, 1937.

POST, J.C. — *De leer van den bewijslast in rechtspraktijk en wetgeving,* Proefschr. — Amsterdam, 1893.

SCHELTEMA, F.G. — *Het Nederlandsch burgerlijk bewijsrecht.* — Zwolle, 1934.

SCHELTEMA, F.G. — *Contractuele regelingen omtrent de toelaatbaarheid en de waardering van bewijsmiddelen en omtrent de uitsluiting van tegenbewijs.* — *W.P.N.R.,* (1935), nr. 3427-3431.

STAR BUSMANN, C.W. — *Het burgerlijk wetboek en het burgerlijk proces (bewijs),* in *Gedenkboek van het burgerlijk wetboek 1838-1938* onder redactie van P. Scholten en E.M. Meijers. — Zwolle, 1938.

SUIJLING, J. Ph. — *Inleiding tot het burgerlijk recht,* 1ste stuk, 2de gedeelte, 2de uitg. — Haarlem, 1928.

THESINGH, H. — *De grondslagen van de bewijslast in de civiele procedure,* Proefschr. — Den Haag, 1961.

VAN KUYK, J. — *De betekenis van « gemeen » in art. 1922 en 1923 B.W.* — *W.P.N.R.,* 2690.

VIGELIUS, C.C. — *De leer der bekentenis volgens Nederlandsch burgerlijk procesrecht,* Proefschr. — Den Haag, 1932.

VÖLLMAR, H.F.A. — *Nederlands burgerlijk recht,* dl. III : *Verbintenissen en bewijsrecht,* 2de uitg. — Zwolle, 1952.

WIJERS, G. — *Een civiele procedure zonder strijd.* — *R.M. Themis,* 1953, bl. 355 e.v.

G. OOSTENRIJK

TSCHADEK, O. — *Der Beweis, Eine Betrachtung über Beweismittel und Beweiswürdigung.* — Wien, 1958.

H. RUSLAND

WYSCHINSKY, A.J. — *Theorie der gerichtlichen Beweise im Sowjetischen Recht,* vert. E. Friedenthal, 3de uitg. — Berlin, 1955.

I. U. S. A.

CACHARD, H. — *Note sur la preuve en matière civile aux Etats-Unis.* — *Bulletin de la société de législation comparée,* 1898-99, bl. 295 e.v.

GREENLEAF. — *Treatise on the law of evidence,* 2 dln. — Boston, 1846.

TRACY, J.E. — *Handbook of the law of evidence.* — New York, 1952.

J. ZUID-AFRIKA

SCOBLE, N. — *The law of evidence in South Africa,* 3de uitg — Durban, 1952.

K. ZWITSERLAND

GAUTSCHI, W. — *Beweislast und Beweiswürdigung bei freiem richterlichem Ermessen.* — Zürich, 1913.

GRAVEN, J. — *Le rôle du juge et des parties dans le procès civil en Suisse.* — *J.T.,* 1960, bl. 333 e.v.

GULDENER, M. — *Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht.* — Zürich, 1955.

KUHN, H. — *Die Beweislast insbesondere im Schweizerischem Zivilgesetzbuch.* — Bern, 1912.

MEYERHOFER, E. — *Zur Lehre von der Beweislast, insbesondere bei bedingten und befristeten Verträgen.* — *Zeitschrift für Schweizerisches Recht,* 1933, (Bd. 44), bl. 313 e.v.

SIEGRIST, E. — *Grundfragen aus dem Beweisrecht des Zivilprozesses,* Proefschr. — Bern, 1938.

TUOR, P. — *Le code civil suisse,* 2de Franse uitg. naar de 5de Duitse uitg. door H. Deschenaux. — Zürich, 1950.

TITEL I.

INLEIDENDE BEGRIPPEN

HOOFDSTUK I.

BELANG VAN DE STUDIE VAN DE BEWIJSLAST

1. — In elk proces moet nagegaan worden, of de feiten en uiterlijke gebeurtenissen die door de partijen aangevoerd of gesteld worden (1) en die tot de door de wetgever bepaalde rechtsgevolgen aanleiding geven, ter zake vaststaan.

Inderdaad, de taak van de rechter bestaat erin, het objectieve recht toe te passen op een concreet geval : « De rechter moet onderzoeken, of toetsing van de door de partijen gestelde concrete verhoudingen aan het door hem, behoudens uitzonderingsgevallen, ambtshalve toe te passen objectieve recht leidt tot de door de eiser geformuleerde conclusie » (2). Om tot deze toepassing te kunnen overgaan, moet hij dus eerst het bestaan van een f e i t v a s t s t e l l e n (3).

En het is juist wanneer men uitgaat van de taak van de rechter, dat het belang van het bewijs in het algemeen en van de bewijslast in het bijzonder dadelijk in het oog springt. De rechter zal immers slechts een beslissing kunnen nemen, van zodra hij vastgesteld heeft dat de door de wet vereiste feiten al dan niet voorhanden zijn.

2. — Daar de rechter, onafhankelijk van de medewerking der partijen, op de hoogte is van het objectieve recht (zie hierover verder, nr. 307 e.v.), moeten hem dus enkel de feiten van het geding ter kennis gebracht worden. Behoudens in sommige uitzonderingsgevallen, waarin bepaalde feiten als vaststaande mogen beschouwd worden (zie verder, nr. 322 e.v.), zullen de feiten moeten gesteld en hun bestaan eventueel b e w e z e n worden.

Het zijn de partijen die de nodige bewijzen moeten aanbrengen.

---

(1) Voor de aanvoeringslast, zie verder, nr. 16 e.v.

(2) Scheltema, F.G., *Nederlandsch burgerlijk bewijsrecht,* bl. 8.

(3) Demogue, R., *Les notions fondamentales du droit privé,* bl. 523. Deze auteur kent de rechter een dubbele taak toe : *constater et donner des ordres.* In werkelijkheid, doet hij nog meer, zoals P. Scholten in zijn *Algemeen deel* zeer te recht deed opmerken : hij waardeert *(Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht,* 2de uitg., Zwolle, 1934, bl. 10).

Inderdaad, ingevolge het principe van de neutraliteit van de rechter (zie verder, nr. 343 e.v.), mag deze laatste bij het vormen van zijn overtuiging, in principe, geen persoonlijke kennis inroepen, doch is hij aangewezen op hetgeen de partijen zullen bewijzen.

Herhaaldelijk heeft de rechtspraak beklemtoond dat niet de rechter, doch de partijen de bewijzen moeten bijbrengen van die feiten waaruit zij het al dan niet bestaan van enig subjectief recht willen doen afleiden. Men herleze in dit verband verschillende arresten van het hoogste gerechtshof, zowel in België als in Frankrijk en in Nederland (1).

3. — Doch er is meer. De gedingvoerende partijen zijn ook menselijke wezens, die in hun kennismiddelen beperkt zijn en dus niet steeds en zelfs meestal niet in staat zijn alle gegevens van de zaak volledig te bewijzen. Dit komt trouwens dagelijks in de praktijk voor, zowel in burgerlijke zaken als in strafzaken.

Deze moeilijkheid om de werkelijkheid te bewijzen of de waarheid te vinden, bestaat weliswaar niet alleen op het gebied van het gerechtelijk bewijs maar ook op dat van het wetenschappelijk bewijs, hoewel er natuurlijk belangrijke verschilpunten tussen beiden bestaan (2).

In grote trekken komt het verschil hierop neer. In de wetenschap zijn de bewijsmiddelen en het bewijsobject volledig vrij, terwijl het juridisch bewijs gereglementeerd is omdat de partijen in hun duel anders al te zeer de waarheid zouden trachten te verdraaien.

Anderzijds kan de wetenschappelijke navorser zich onthouden een besluit te trekken of kan hij nadien zijn stelling bekritiseren. In een geding moet de rechter een besluit trekken : hij moet oordelen, omdat de sociale orde een oplossing van het conflict vereist; daarenboven verzet het gezag van gerechtelijk gewijsde zich tegen latere kritiek.

Uit dit alles volgt dat, gezien de beperktheid van de menselijke kennis en daarenboven van de te gebruiken gerechtelijke bewijsmiddelen, zelden alle gegevens voorhanden zijn om de rechter van het al dan niet werkelijk bestaan of gebeurd zijn te overtuigen. Men kan trouwens moeilijk door het gerechtelijk bewijs de volledige en

(1) Zie o.m. Verbr., 3 juli 1941, *Pas.*, 1941, I, 269; — Cass. fr., 6 januari 1950, *D.*, 1950, *J.*, 279; — H.R., 10 november 1916, *N.J.*, 1916, 1283.

(2) Bartin in Aubry et Rau, *Cours de droit civil français,* XII, § 749, voetnoot 2^{bis}. bl. 63-65, heeft een zeer klare parallel getrokken tussen het juridisch bewijs en het wetenschappelijk of historisch bewijs en zeer uitdrukkelijk op de belangrijke verschilpunten gewezen.

Dabin heeft dit onderscheid hernomen en uitstekend geresumeerd : *La technique de l'élaboration du droit positif spécialement du droit privé,* bl. 79.

Voor het onderscheid tussen het historisch en het juridisch bewijs, zie De Blécourt, A.S., *Historisch en juridisch bewijs,* Groningen, 1936.

absolute waarheid aan het licht brengen, voor zover deze menselijk gesproken mogelijk zou zijn (1).

4. — In deze gedachtengang beseft men dadelijk welke de betekenis is van het woord bewijzen in een proces.

Bewijzen in de juridische zin betekent niet het leveren van een logisch en wetenschappelijk bewijs. Door het logisch verbinden van waarnemingen (feiten) en axioma's (regelen) verkrijgt men een wetenschappelijke zekerheid, die slechts aantastbaar is voorzover de feiten of de regelen wijzigingen ondergaan. Een dergelijke zekerheid is voor de rechter moeilijk verkrijgbaar, tenzij misschien na een omslachtige en tijdrovende procedure.

Daarom veroorlooft het begrip *bewijzen* in de procesrechtelijke zin dat zou genoegen genomen worden met een minder hoge graad van zekerheid. Bewijzen in rechte betekent dus « de rechter een redelijke mate van zekerheid omtrent het bestaan van zekere, te bewijzen feiten, verschaffen » (2).

Soms heeft men een onderscheid gemaakt tussen het vrij bewijs en het gebonden bewijs, waarvan het eerste enkel als echt bewijs kan worden aangemerkt in de zin van het verschaffen van een op redelijke gronden gefundeerde overtuiging; het gebonden bewijs heeft veeleer betrekking op de verplichte aanvaarding van een feitelijk oordeel (3).

Hierbij moet aangestipt worden dat het bewijzen behoort tot de taak van de partijen : « Bewijzen is het wekken van een op ervaring en redelijk betoog steunende overtuiging. In het proces geschiedt dit door partijen; werkt de rechter er aan mee, dan doet hij *zich* bewijzen, maar hij bewijst niet » (4).

Dit betekent evenwel niet dat voor de rechter geen belangrijke taak zou weggelegd zijn, vermits de medewerking van deze laatste niet uitsluitend kan bestaan in het passief ontvangen van indrukken (5).

Bij het bewijzen wordt dus hoofdzakelijk de nadruk gelegd op het waarschijnlijk maken van de gestelde feiten. Vele Franse auteurs

(1) De Hoge Raad der Nederlanden beklemtoonde te recht dat er nooit wetenschappelijke zekerheid vereist is : H.R., 9 juni 1911, *W.*, 9196.

(2) Scheltema, F.G., *o.c.*, bl. 36; — Zie ook : Asser, C., Anema, A. en Verdam, P.J., *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht,* V, *Van bewijs,* bl. 35 e.v.; — H.R., 5 november 1936, *N.J.*, 1937, 250.

(3) Suijling, J.Ph., *Inleiding tot het burgerlijk recht,* 1ste stuk, 2de gedeelte, nr. 392 e.v., bl. 124 e.v. Deze auteur vermeldt als bewijsmiddelen met verplichte bewijskracht : de akte, de gerechtelijke bekentenis en de gedingbeslissende eed. Zie ook verder, nr. 289.

(4) Scholten, P., *Eggens' bewijsrecht,* in *Verzamelde geschriften P. Scholten,* IV, Zwolle, 1954, bl. 358.

(5) Thesingh, H., *De grondslagen van de bewijslast in de civiele procedure,* nr. 8, bl. 25-26.

hebben al te zeer beklemtoond dat bewijzen gelijkstond met het doen vaststellen van de waarheid (1); in werkelijkheid moet de rechter eerst en vooral overtuigd worden (2). Dit betekent evenwel niet dat de rechter niet alles in het werk moet stellen om de waarheid te achterhalen (3); doch de partijen zullen meestal in hun bewijslevering geslaagd zijn, wanneer zij een grote waarschijnlijkheid van de gestelde feiten aangetoond hebben.

5. — Doch zelfs wanneer die waarschijnlijkheid niet afdoende is en de rechter zich dus geen redelijke overtuiging heeft kunnen vormen, moet er toch een e i n d e a a n h e t g e s c h i l worden gesteld.

Men vergete immers niet dat de rechter moet uitspreken en de door de partijen gevraagde rechtswerking moet bevestigen of ontkennen. Onze rechtsordening kent geen *non liquet*.

Artikel 4 van het burgerlijk wetboek bepaalt immers uitdrukkelijk, dat de rechter niet mag weigeren uit te spreken; hierdoor zou hij tekort komen aan zijn voornaamste taak, nl. die van recht te spreken (4).

Deze rechtsweigering wordt trouwens gesanctioneerd op een dubbele manier : burgerlijk, door het verhaal op de rechter (art. 505 Rv.) en strafrechtelijk, door de straffen voorzien in artikel 258 van het Strafwetboek.

Soms zou de rechter zich immers kunnen verschuilen achter de onduidelijkheid of de onvolledigheid van sommige wetteksten ten einde niet te moeten uitspreken; doch het kan ook gebeuren dat hij noch de ene noch de andere procespartij kan gelijk geven, omdat geen van de voorgebrachte stellingen en bewijzen hem voldoende overtuigd hebben. Het is steeds mogelijk dat de rechter twijfelt, of de voor de rechtsaanwending noodzakelijke elementen vaststaan; vermits hij toch moet uitspreken, moet hij dan ook weten in welke zin.

De rechter zal dus een oordeel moeten vellen en zich niet mogen beroepen op een onvoldoende bewijslevering. Hij zal moeten rekening

(1) Beudant, Ch., *Cours de droit civil français,* IX², 2de uitg., nr. 1137, bl. 205; — Planiol, M. et Ripert, G., *Traité pratique de droit civil français,* VII², 2de uitg., nr. 1407, bl. 828; — Aubry et Rau, XII, § 749, bl. 62.

(2) Zie in deze zin : Becquart, J., *Les mots à sens multiples en droit civil français,* Proefschr., Paris, 1928, nr. 92, bl. 129.

(3) Hierop zal later de nadruk gelegd worden bij het behandelen van de taak van de rechter : zie verder, nr. 340 e.v.

(4) Garsonnet, E., et Cézar-Bru, Ch., *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale,* I, 3de uitg., Paris, 1912, nr. 150, bl. 132. Vgl. met andere rechtsregelen, die eveneens ingegeven zijn om aan een geschil een einde te stellen en het niet jarenlang te laten aanslepen : de verjaring en het gezag van gerechtelijk gewijsde.

houden met hetgeen door de gedingvoerende partijen is voorgebracht om de ingestelde vordering toe te kennen of af te wijzen (1).

6. — In die omstandigheden moet de vraag gesteld worden w e l k e p a r t i j h e t n a d e e l v a n d e t w i j f e l zal moeten dragen. Het gaat immers niet op te verklaren dat in een dergelijk geval — evenmin als bij afwezigheid van een wettekst (2) — de eiser moet afgewezen worden (zie verder, nr. 100 e.v.).

Meteen wordt het probleem van de bewijslast gesteld, nl. wie zal moeten bewijzen, wat zal men moeten bewijzen en hoe moet men dit doen om de rechter te overtuigen?

Het belang van deze vragen blijkt uit de oplossing die, zelfs in geval van twijfel, door de rechter aan het geschil zal moeten gegeven worden. De rechter moet immers de vordering afwijzen, zowel wanneer hij van het niet-voorhanden zijn van de vooropgestelde feiten overtuigd is, als wanneer hij nog twijfelt aan het al dan niet voorhanden zijn dier feiten. Het blijft dus tenslotte hetzelfde of de rechter iets voor onwaar aanneemt ofwel aan de waarheid ervan twijfelt; het resultaat blijft identiek, hetgeen nogmaals het belang van de bewijslast in het licht stelt.

Het probleem van de bewijslast is dus uiteindelijk ook het probleem van de *Beweislosigkeit*. Deze term is van Friedrich Lent, die hiervan de volgende kernachtige samenvatting gaf : « Die Beweislast bedeutet daher eine Regelung nicht des Beweises, sondern der Beweislosigkeit. Durch sie wird festgelegt, welche Partei die Folgen der Beweislosigkeit treffen. Ihre Bedeutung ist demgemäsz auf Ausnahmefälle beschränkt, die allerdings unvermeidbar immer wieder vorkommen. Sie stellt keine Verpflichtung einer Partei dar, sondern nur eine Last, d.h. die Anknüpfung von Nachteilen an einen bestimmten Zustand, so dasz die Partei allen Anlasz hat, sich um die Vermeidung der Beweislosigkeit zu bemühen » (3).

7. — Het vraagstuk van de bewijslast geeft dus a.h.w. het w e r k e l i j k e b e l a n g v a n h e t b e w i j s weer. Inderdaad, men

(1) Blomeyer, A., *Non liquet, J.Z.,* 1955, bl. 605 e.v.

(2) Verregaande bewering, die o.m. door Demolombe werd vooropgezet, en waarvan De Page *(Traité élémentaire de droit civil belge,* I, 2de uitg., Brussel, 1948, nr. 11, bl. 22, voetnoot 1) te recht het gekke aan de kaak heeft gesteld.

(3) *Zivilprozessrecht,* § 47, bl. 124; — Vgl. Legeais, R., die een onderscheid maakt tussen *l'imputation du risque de la preuve* en *la charge de la preuve : Les règles de preuve en droit civil,* bl. 100; — Zie ook : *Amos* v. *Hughes,* (1835), 1 Moody & Rob. 464; — *Wakelin* v. *London and South Western Railway,* (1886), 12 App. Cas. 41. Voor een toepassingsgeval, zie o.m. : Brussel, 27 maart 1928, *P.A.,* 1929, 187.

heeft zeer dikwijls in de theorie het bewijs als één der belangrijkste problemen van het recht aangezien, doch in het kader van een methodische verwezenlijking van het privaat recht (1) wordt het belang ervan juist geïllustreerd door de regeling van de bewijslast.

Vele auteurs hebben beklemtoond dat een recht zonder bewijs niets betekende. De bekende slagzin van von Jhering weze hier nogmaals in herinnering gebracht : « La preuve, c'est la rançon des droits que l'on demande à la justice de consacrer » (2). Deze idee werd zeker geïnspireerd door het adagium *idem est non esse et non probari* (3).

Maar is het niet juist omdat de partij die moet bewijzen en het niet doet, zal bezwijken, dat deze bewijsregeling belangrijk wordt? M.a.w. het bewijs vertoont een praktisch nut tengevolge van de vraag naar de bewijslast : men verzamelt bewijzen, omdat men in geval van geschil eventueel de bewijslast zal moeten dragen. Dan begrijpt men ook beter de uitlating van von Jhering wanneer hij zegt dat het bewijs moet vergemakkelijkt worden. Dit dient evenwel te geschieden niet alleen bij de vorming van subjectieve rechten, maar ook en vooral bij de verwezenlijking ervan; daarom is zijn zienswijze te beperkt, wanneer hij schrijft : « Faciliter la preuve dans la plus large mesure possible est un des points les plus importants qui, dans la *formation* des droits ait à fixer l'attention du législateur et à attirer les regards de la science » (4).

De regelen van de bewijslast moeten de rechter richtlijnen geven over de inhoud van de te vellen uitspraak, zelfs ingeval de waarheid van de aangevoerde feiten niet vaststaat (5).

Inderdaad, de rechter zal moeten uitspreken tegen die partij, die de bewijslast draagt van de onzeker gebleven feitelijke beweringen. Dit is trouwens de betekenis van de door de wetgever gebruikte uitdrukkingen zoals bv. in het burgerlijk wetboek in de artikelen 135,

(1) Vgl. Motulsky, H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé,* Paris, 1948; — Zie ook Gény, F., *Science et technique en droit privé positif,* III, nr. 231, bl. 271 : « La théorie juridique de la preuve est de celles où se révèle au mieux le besoin de cette réalisabilité formelle du droit, qui nous est apparue comme le but capital et essentiel de la technique juridique ».

(2) *L'esprit du droit romain,* vert. van 3de Duitse uitgave door O. de Meulenaere, IV, Paris, 1878, § 65, bl. 200.

(3) J. Bonnecase schreef in het Supplément II van de *Traité théorique et pratique de droit civil* van Baudry-Lacantinerie, Paris, 1925, nr. 7, bl. 8 : « Le droit civil tout entier repose, quant à son application, sur la notion de la preuve »; — Zie ook Dabin, J., *o.c.,* bl. 80 : « Principes et règles de preuve ne manquent pas de conditionner, dans leur mise en œuvre, et jusque dans leur structure foncière, chacune des parties du droit ».

(4) *o.c., l.c.*

(5) Leonhard, F., *Die Beweislast,* bl. 128 e.v.; — Rosenberg, L., *Die Beweislast auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung,* bl. 3.

271, 274, 285, 312, 553, 693, 1116, 1241, 1302, 1312, 1315, 1327, 1336, 1356, 1384, 1402, 1450, 1640, 1704, 1731, 1732, 1733, 1734, 1784, 1808, 1946, 2268 (1) : de eis moet ingewilligd worden, *tenzij de verweerder bewijst, behoudens tegenbewijs, tenzij het bewezen is, dat...*; de eis zal slechts ingewilligd worden, zo *bewezen wordt, indien de eiser bewijst,...*; de eis zal niet ingewilligd worden, *zolang niet bewezen is,...*

Het is daarom dat men zeer juist de leer van de bewijslast betiteld heeft als de ruggegraat van het burgerlijk geding (2).

Het zijn immers niet alleen de partijen die de regelen betreffende de verdeling van de bewijslast voor ogen moeten hebben, maar ook en vooral de rechter die in elke stand van het geding hiermede moet rekening houden.

8. — Zeer te recht werd opgemerkt dat de bewijslast o o k b u i t e n h e t g e d i n g belangrijk is, juist om de procesrechtelijke gevolgen die eraan verbonden zijn. De partijen zullen, met het oog op de mogelijke betwistingen, trachten de nodige bewijzen in handen te krijgen — reden waarom het voorafgemaakt bewijs zo belangrijk is (zie verder, nr. 206) — ofwel tot een dading overgaan, omdat zij vrezen bij gebrek aan bewijs in hun vordering te zullen mislukken (3).

9. — De bewijslastprincipes geven het antwoord op de vraag, welke feiten moeten bewezen worden en wie voor het bewijs ervan moet worden aangesproken. Zij geven dienvolgens aan de rechter niet alleen de mogelijkheid om de rechtsweigering te ontlopen, maar verschaffen hem daarenboven ook aanwijzingen over de juiste inhoud van de te vellen uitspraak.

Zoals verder (zie nr. 75 e.v.) zal worden aangetoond, omvatten de bestaande wetteksten slechts een algemene regeling van de bewijslast zonder voldoende klaarheid en volledigheid. Men kan daarom moeilijk begrijpen dat nog vele gezaghebbende auteurs het belang van een uitgewerkte theorie van de bewijslast hebben onderschat (4) voornamelijk in België (5) en in Frankrijk (6); deze opmerking doet niets af van de

(1) Vgl. §§ 282, 363, 542 III, 636 II B.G.B., waar de term *Beweislast* uitdrukkelijk gebezigd wordt.

(2) Aldus Hamm, aangehaald door Rosenberg, *o.c.,* § 6, bl. 60.

(3) Rosenberg, L., *o.c.,* § 6, bl. 61.

(4) Rosenberg, L., *o.c.,* § 6, bl. 62, voetnoot 1.

(5) Zie nochtans een recente studie van G. Stévigny, *De bewijslast in het burgerlijk geding, R.W.,* 1957-58, 1163 e.v.

(6) Het was Meijers reeds opgevallen hoezeer de behandeling van de bewijslast door de rechtsleer verschilde in Nederland en in Frankrijk; de bespreking in Asser-Anema-Verdam (30 bladzijden) en bij Josserand (5 regels) is hiervan een sprekend voorbeeld. Hij wijt dit aan de grote invloed van de Duitse rechtswetenschap in Nederland : *Uitlegging en toepassing in Nederland van de aan de Code civil ontleende wetsvoorschriften,* in *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen,* I, Leiden, 1954, bl. 48-50. Toch

10. — De bewijslastnormen geven de rechtbank een echte leidraad over de inhoud van de te vellen beslissing.

Men zou kunnen beweren dat het principe van de vrije bewijswaardering door de rechter (zie verder, nr. 142, 289 e.v.) de betekenis van de bewijslast tot nul herleidt, doch deze opvatting kan bezwaarlijk aanvaard worden.

De vrije bewijswaardering geeft de rechter de mogelijkheid om zich vrijelijk te overtuigen van de waarheid of onwaarheid der door de partijen voorgebrachte beweringen, dit o.m. op grond van zijn levenservaringen (zie hierover uitvoerig verder, nr. 313 e.v.). De bewijslast daarentegen leert hem een oordeel te vellen, wanneer de vrije bewijswaardering geen oplossing gebracht heeft : « Da, wo das Reich der freien Beweiswürdigung aufhört, beginnt die Herrschaft der Beweislast » (2).

De vrije bewijswaardering kan immers geen antwoord geven op de vraag welke feiten in een geding moeten vaststaan opdat een uitspraak in een welbepaalde zin zou volgen, noch wie de gevolgen draagt van de onzekerheid dezer feiten. Hoe zal bv. de rechter uitspreken wanneer twijfelachtig is, of de tegen een ongeval verzekerde al dan niet zelfmoord pleegde (zie verder, nr. 464), of de geleverde goederen conform de bestelde waren (zie verder, nr. 424 e.v.), of er overmacht was bij het niet-uitvoeren van een verbintenis, of de contracterende partijen bekwaam waren,...

11. — Daarenboven hoeft de rechter in geval van twijfel over het bestaan der feiten geen *non liquet* uit te spreken, doch kent hij dank zij de bewijslastnormen de juiste inhoud van de te vellen beslissing : de twijfel zal immers ten voordele van de ene en ten nadele van de andere partij uitvallen. Hier ligt voornamelijk de grote waarde van de bewijslastregeling, zowel voor de partijen als

zijn er zekere recente werken aan te duiden, waarin aan de bewijslast een ruimere plaats wordt toebedeeld : Beudant, *o.c.;* — Legeais, R., *o.c.;* — Motulsky, H., *o.c.*

(1) Zie o.m. in verband met de niet-conformiteit van de koopwaar : Coppens, P., *Le fardeau de la preuve en cas de refus d'agréation de la marchandise,* noot onder Luik, 16 november 1948, *R.C.J.B.,* 1950, 123 e.v.; — Heenen, J., *Preuve de la conformité des marchandises vendues,* noot onder Gent, 1 februari 1952, *R.C.J.B.,* 1952, 202 e.v.; — R.P.D.B., Tw. *Vente,* nr. 453 e.v. en 1212 e.v.; — zie hierover verder, nr. 424 e.v.

(2) Rosenberg, L., *o.c.,* § 6, bl. 62; — zie § 286, 1ste lid, Z.P.O. : « Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Uberzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei ».

voor de rechter. Een vrije verdeling van de bewijslast, zogezegd op grond van de bewijswaardering of zelfs van de belangenwaardering, is onmogelijk.

De regeling van de bewijslast moet een zekere en stabiele wegwijzer zijn en mag niet afhankelijk gesteld worden van de toevallige omstandigheden van het geding of van de willekeur van de rechtbank.

De partijen moeten bij voorbaat weten waaraan zich te houden : een gelijkmatige en gelijkblijvende verdeling van de bewijslast is een postulaat van de rechtszekerheid (1).

12. — Zelfs wanneer men zou aannemen dat de gedingvoerende partijen verplicht zijn de waarheid te zeggen (2), of dat ze bij de bewijsvoering moeten medewerken (zie nr. 205 e.v.), of minstens de tegenpartij hierbij niet mogen hinderen (zie verder, nr. 200 e.v.), dan nog is de regeling van de bewijslast niet overbodig (3). Dit alles kan immers niet verhinderen, dat de rechtbank uitspraak moet verlenen in betwistingen waarvan sommige feitelijke gegevens onvoldoende vaststaan.

13. — Doch er is meer. Niet alleen behoudt de bewijslast zijn waarde ondanks de vrije waardering door de rechter, doch daarenboven beïnvloedt zij zelf op haar beurt die bewijswaardering (4). In een zelfde geval zal de rechtbank anders oordelen en dus waarderen, naargelang het bestaan of het niet-bestaan van een rechtsverhouding, de fout of het gebrek aan fout, enz., door de wetgever als voorwaarde voor de toepassing van een rechtsregel werden vooropgesteld en dus voorwerp van bewijs worden. Wanneer een procespartij in haar bewijsopdracht niet slaagt, dan betekent dit immers nog niet dat de tegenpartij in de hare zou slagen. Een verkeerde bewijslastverdeling kan tot verkeerde gevolgtrekkingen en dus tot een verkeerd oordeel leiden : het beoordelen van een

(1) Leonhard, F., *o.c.,* bl. 100; — vgl. Scholten, P., *Algemeen deel,* bl. 122, waar hij een uitspraak van Blackstone aanhaalt : « to keep the scale of justice even and steady and not liable to waver with every new judge's opinion ».

(2) Zie aldus in Duitsland, waar er ingevolge § 138, 1ste lid, Z.P.O. een *Wahrheitspflicht* bestaat : « Die Parteien haben ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäsz abzugeben ».

Die *Wahrheitspflicht* moet in werkelijkheid in negatieve zin uitgelegd worden; wanneer de partijen weten dat iets onwaar is, mogen zij het niet aanvoeren, evenmin mogen zij bestrijden datgene waarvan zij weten dat het waar is. Dit betekent dus dat de partijen alles moeten vermijden wat het opsporen van de waarheid zou kunnen verzwaren of onmogelijk maken. Zie desbetreffend : von Hippel, P., *Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess,* Frankfurt, 1939; — Rosenberg, L., *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts,* § 61, bl. 278 e.v.

(3) Hellwig, K., *System des Deutschen Zivilprozessrechts,* I, Leipzig, 1912, bl. 403 en 467.

(4) Rosenberg, L., *Die Beweislast,* § 6, bl. 67; — vgl. Capitant, H., *Introduction à l'étude du droit civil,* 4de uitg., Paris, 1923, nr. 335, bl. 405.

rechtsverhouding verschilt dikwijls naargelang het de ene of de andere partij is die het al dan niet bestaan van de betwiste verhouding moet bewijzen.

In geval van vermeend huwelijk (zie verder, nr. 396 e.v.) zal, naargelang het bewijs van de goede trouw of van de kwade trouw vereist wordt, niet alleen de uitspraak kunnen verschillen maar de bewijswaardering soms heel anders opgevat worden. Het is immers duidelijk dat de rechter het bewijs van de goede trouw op een andere manier zal beoordelen dan het bewijs van de kwade trouw.

14. — Boven werd gezegd dat de bewijslast de ruggegraat van het burgerlijk geding is (zie boven, nr. 7).

Dit betekent dat ook t i j d e n s h e t p r o c e s en dus niet alleen bij het vellen van de eindbeslissing, de bewijslast belang heeft, omdat de beweringen en aanvoeringen van de partijen hiervan zullen afhangen (exceptie, repliek,...) en ook omdat elke gewetensvolle rechter slechts op een aanbod van bewijs zal ingaan, nadat hij eerst een klare kijk op de bewijslastverdeling zal verkregen hebben (1); elke nodeloze en tijdrovende bewijslevering zal aldus vermeden worden.

(1) Vgl. met hetgeen verder zal gezegd worden over de objectieve en subjectieve bewijslast : zie nr. 30 e.v.

HOOFDSTUK II.

BEGRIP EN BETEKENIS VAN DE BEWIJSLAST

15. — Wanneer de gedingvoerende partijen voor de rechter verschijnen, dan moeten zij achtereenvolgens de feitelijke elementen die zij tot staving van hun eis of verweer inroepen, aanvoeren en dan eventueel bewijzen.

Het past dan ook vooraf een algemene begripsomschrijving te geven van de dubbele taak waarvoor de partijen geplaatst staan : aanvoeren en bewijzen (1).

AFDELING I. DE AANVOERINGSLAST

1 § Begrip en terminologie.

16. — In elk geding gaat het aanvoeren elke vraag naar de bewijslast vooraf : op de eiser rust in eerste instantie de a a n v o e r i n g s l a s t.

Vele Nederlandse auteurs spreken in dit verband van stelplicht (2); deze term lijkt minder juist, omdat men moeilijk van een werkelijke plicht kan spreken. Er bestaat inderdaad geen positieve verplichting voor een gedingvoerende partij om de feiten te stellen; een tekortkoming zal eenvoudig een ongunstige beslissing meebrengen (3).

Daarom moet de uitdrukking aanvoeringsl a s t verkozen worden, zoals trouwens in Frankrijk en Duitsland gebruikelijk is. Men spreekt er van *charge de l'allégation* (4) en van *Behauptungslast* of *Anführungslast* (5).

(1) Over de taak van de partijen, zie ook nog verder, nr. 176 e.v.
(2) Zie o.m. : Scheltema, F.G., *o.c.*, bl. 55 e.v.; — Suyling, J.Ph., *o.c.*, nr. 364, bl. 77 e.v.
(3) Men vergelijke met de begrippen bewijslast en bewijsplicht : zie verder, nr. 218.
(4) Motulsky, H., *o.c.*, nr. 85, bl. 86 e.v. : deze auteur is trouwens een van de weinige Franse rechtsgeleerden die — blijkbaar in navolging van de Duitse rechtsleer — op het belang van de aanvoeringslast gewezen heeft. Het begrip *charge* wordt a.v. door Becquart *(o.c.*, nr. 42) omschreven : « Il s'agit ici d'actes, non pas à proprement parler obligatoires mais dont la loi exige l'accomplissement si l'on veut obtenir certains effets de droit ».
(5) Rosenberg, L., *o.c.*, § 4, bl. 43 e.v.

Het is een feit dat de aanvoeringslast zelden of nooit besproken wordt in de klassieke handboeken van Belgisch en Frans recht. Motulsky (1) houdt voor dat dit te wijten is aan de primauteit van het schriftelijk bewijs.

In de meeste gevallen beperken de partijen zich tot het stellen van de feiten, zodat de eis eigenlijk *de plano* toegewezen of afgewezen wordt, zonder dat tot een nadere bewijslevering (door getuigen bv.) wordt overgegaan.

17. — Het is dus alleszins noodzakelijk, dat men eerst de vraag stelt naar de aanvoeringslast, vermits deze logisch en chronologisch de bewijslast voorafgaat. Het probleem van de bewijslast stelt zich pas nadat men juist weet welke feiten moeten aangevoerd worden (2).

Alle feiten, die de aanwending van de ingeroepen norm mogelijk maken, moeten gesteld worden. Men vergelijke met de bepaling gegeven door Motulsky (3) : « La charge de l'allégation est la nécessité pour toute partie faisant valoir un droit subjectief en justice d'alléguer, sous peine d'être déboutée de sa prétention, toutes les circonstances de fait répondant aux éléments générateurs de ce droit » (4).

18. — Voor de ontvankelijkheid van de vordering is het noodzakelijk dat de eiser de feiten zou aanvoeren, waarop zijn eis gesteund is.

Dat de aanvoeringslast belangrijk is, blijkt uit het feit dat de rechter zich niet mag beroepen op elementen die niet door de partijen werden voorgedragen (5). Niet alle feitelijke elementen moeten bewezen worden (6), maar alle belangrijke feiten moeten gesteld zijn, opdat zij voor de beoordeling van het geschil in aanmerking zouden kunnen komen.

Welke feiten de aanwending van de ingeroepen norm mogelijk maken, zal blijken aan de hand van enkele voorbeelden.

---

(1) *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits,* in *Etudes de droit contemporain (Contributions françaises aux IIIe et IVe Congrès internationaux de droit comparé),* bl. 368-369, nr. 22.

(2) Windscheid, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts,* I, § 133, bl. 362, voetnoot 4; — Rosenberg, L., *o.c.,* § 4, bl. 49; — Motulsky, H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé,* nr. 83, bl. 84.

(3) *o.c.,* nr. 85, bl. 87.

(4) Het is duidelijk dat deze bepaling nauw aansluit bij de subjectiefrechtelijke theorie van de bewijslast : zie hierover, nr. 124 e.v., en nr. 147.

(5) Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 7; — Rosenberg, L., *o.c.,* § 4, bl. 43; — Grünebaum, A., *Het karakter van de bewijslast in het burgerlijk geding,* bl. 46-47; — Verbr., 16 december 1943, *Pas.,* 1944, I, 117; — H.R., 22 juni 1928, *N.J.,* 1928, 1486; — H.R., 12 februari 1931, *N.J.,* 1931, 785; *W.,* 12270; — zie ook nr. 287 e.v.

(6) Zo bv. wanneer ze niet betwist worden (argument : art. 253 Rv.). Zie hierover *in extenso* verder, nr. 322 e.v.

Zo wordt in artikel 1382 van het burgerlijk wetboek het samen aanwezig zijn ondersteld van alle bestanddelen van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, nl. schade door een onrechtmatige daad veroorzaakt. Dienvolgens moeten onrechtmatige daad, schade en oorzakelijk verband gesteld zijn (1).

Even duidelijk is het geval van de vermogensverschuiving zonder oorzaak, vooral wanneer men als uitgangspunt neemt de tekst van het Italiaanse burgerlijk wetboek, waar deze rechtsfiguur uitdrukkelijk wordt behandeld. Artikel 2041, 1ste lid, C.c.it. zegt : « Chi senza une giusta causa si è arricchito a danno di un' altra persona, è tenuto, nei limiti dell'arrichimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale ». Vier voorwaarden zijn dus vereist, wil men van een vermogensverschuiving zonder oorzaak gewagen : verrijking, verarming, het oorzakelijk verband tussen beide, en tenslotte de afwezigheid van een oorzaak voor deze verschuiving. De feitelijke bestanddelen van deze vier vereisten moeten dus gesteld worden.

19. — Deze feiten moeten ten processe gesteld worden (2). De vraag in welk stadium van het proces dit moet geschieden, is een vraag van procesrecht, waarop hier niet hoeft geantwoord te worden (zie ook verder, nr. 36).

Nochtans moet rekening gehouden worden met artikel 61, 3de lid, van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering, volgens hetwelk de eiser in zijn dagvaarding het voorwerp van de vordering moet aanduiden met een beknopte opgave van de feiten, die aan de eis ten grondslag liggen. Het niet-vervullen van dit vereiste zou immers aanleiding kunnen geven tot het opwerpen van de *exceptio obscuri libelli* (3).

In werkelijkheid werd deze bepaling niet streng geïnterpreteerd, voornamelijk sinds de wijziging van artikel 173 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering (K.B. 30 maart 1936). Volgens gemeld artikel zal immers een nietigheid in de procedure slechts aanvaard worden, wanneer de belangen van de tegenpartij hierdoor werden geschaad. Daarom volstaat het meestal dat de gedaagde kan weten, waarop de eis gesteund is (4).

---

(1) Men raadplege voor een meer uitvoerige behandeling van de aanvoeringslast van één dezer bestanddelen, nl. de schade : Ronse, J., A.P.R., Tw. *Schade en schadeloosstelling,* nr. 57 e.v.

(2) Wanneer bv. een eis wordt ingesteld tot betaling van « de door de wet op de arbeidsongevallen bepaalde vergoedingen », volstaat deze omschrijving van de eis, wanneer de eiser evenwel nadien in zijn eerste besluiten de aard en het bedrag van deze vergoeding heeft gepreciseerd (Vred. Bilsen, 15 maart 1939, R.W., 1939-40, 1251).

(3) Zo is ook een blote ontkenning geen voldoende motivering voor een verzetsakte : Hrb. Kortrijk, 2 januari 1954, *R.W.,* 1956-57, 1476.

(4) Braas, *Précis de procédure civile,* II, nr. 830, bl. 439; — Hrb. St.-Niklaas, 19 februari 1952, *R.W.,* 1951-52, 1399; — Rb. Antwerpen, 17 mei 1956, *J.T.,* 1957, 170;

2 §. Vrijstellingen.

20. — Op het principe dat alle rechtsfeiten (1) moeten gesteld worden, zijn er nochtans enkele uitzonderingen die om praktische redenen dienen aanvaard te worden.

Men kan immers moeilijk vragen dat alle — ook de algemene — rechtsfeiten, die aan de vordering ten grondslag liggen, zouden gesteld worden. Wanneer bv. een contract werd gesloten, mag men toch niet vereisen dat ook de algemene voorwaarden, zoals omschreven door artikel 1108 van het burgerlijk wetboek, zouden aangevoerd worden.

Daarom werd voorgesteld dat de aanvoeringslast in zekere mate zou beperkt blijven. Sommige vrijstellingen dringen zich op, hetzij op grond van de redelijkheid (2), hetzij op grond van een of andere wettekst.

Van deze vrijstellingen kan hiernavolgende samenvatting worden gegeven (3).

21. — In de categorie van de redelijke vrijstellingen *(dispenses rationnelles)* moeten eerst de gewone vereisten om in rechte op te treden (belang, hoedanigheid en bekwaamheid) vermeld worden, omdat deze vereisten in zekere zin impliciet bevestigd worden door het enkel feit van het instellen van een eis. Wanneer de eiser uitdrukkelijk de feiten aangeeft, die de aard en de omvang van zijn vordering behoorlijk doen kennen, dan kan hij worden geacht stilzwijgend te hebben gesteld al hetgeen verder naar objectief recht als feitelijk element onmisbaar is.

Daarenboven bestaan er volgens Motulsky sommige complexe begrippen, waarvan men moeilijk kan vereisen dat zij met al hun bestanddelen zouden aangevoerd worden : « *prima facie,* le juge est fondé à croire que le terme complexe représente l'ensemble des notions simples dont il se compose » (4). Dergelijke complexe begrippen zijn bv. *bediende, huwelijk, verkoop,...*, waarvan de samen-

—vgl. Garsonnet, E. et Cezar-Bru, Ch., *o.c.,* II, nr. 190, bl. 309 met uitgebreide rechtspraak in voetnoot 2.

(1) Deze term werd o.m. gebezigd door Van Apeldoorn, L.J., *Inleiding tot de studie van het Nederlandse recht,* 9de uitg., Zwolle, 1950, bl. 158, en a.v. omschreven : « Zodanige feiten waaraan het objectieve recht het ontstaan of tenietgaan van subjectieve rechten (of andere rechtsgevolgen) verbindt ». Nadien werd hij overgenomen door F.G. Scheltema, *o.c.,* bl. 7.

(2) Motulsky noemt dit *le sentiment d'évidence : o.c.,* nr. 93, bl. 94.

(3) Zie desbetreffend : Motulsky, H., *o.c.,* nr. 89 e.v., bl. 90 e.v.; — Leonhard, F., *o.c.,* bl. 201 e.v.; — Thesingh, H., *o.c.,* nr. 21, bl. 47.

(4) *o.c.,* nr. 92, bl. 93.

stellende elementen niet moeten aangevoerd worden. Ook technische begrippen, die gemeengoed geworden zijn of minstens door de beide gedingvoerende partijen zijn gekend, behoeven geen nadere ontleding.

Zo zal bv. het complex begrip *werd verborgen gehouden* van artikel 313 van het burgerlijk wetboek omvatten dat de man opzettelijk onkundig is gehouden; het is dus niet nodig, wanneer men de voormelde wettelijke uitdrukking bezigt, ook nog de *opzettelijke* verheimelijking te stellen (1).

Tenslotte zouden hieraan nog moeten toegevoegd worden de feiten die, volgens de ervaring of de gewone gang van zaken, uit de gestelde feiten kunnen afgeleid worden (2).

Om ontvankelijk te zijn in zijn vordering, kan de eiser volstaan met als oorzaak voor een ongeval aan te geven die feiten, die volgens de ervaring zodanig ongeval als gevolg hebben. Men moet dus niet stellen dat de aangevoerde feiten alleszins en in alle omstandigheden het gestelde ongeval moesten veroorzaken (3).

Het spreekt vanzelf dat wanneer de tegenpartij sommige feiten, die ingevolge vermelde vrijstellingen niet aangevoerd werden, betwist, de eiser dadelijk deze feiten zal moeten stellen en bewijzen. Meestal is dit niet het geval, zodat deze vrijstellingen merkelijk de taak der partijen verlichten.

22. — Een tweede reeks vrijstellingen is gebaseerd op de uitdrukkelijke wil van de wetgever *(dispenses légales),* hetzij rechtstreeks, hetzij onrechtstreeks. Aldus is artikel 2268 van het burgerlijk wetboek een voorbeeld van directe wettelijke vrijstelling : « Goede trouw wordt steeds vermoed, en hij die zich op kwade trouw beroept, moet die bewijzen ».

Voor de vrijstellingen die onrechtstreeks door de wetgever zouden aangeduid zijn, werd volgende formule voorgesteld : « Il y a une dispense légale de l'allégation relative à un élément générateur lorsqu'une réglementation légale est consacrée à un phénomène qui représente *l'inverse* de cet élément » (4). Artikel 1123 van het burgerlijk wetboek volgens hetwelk iedere persoon kan contracteren, *tenzij* hij hiertoe door de wet *onbekwaam* zou verklaard zijn, geeft hiervan een

(1) Arr. Rb. Den Haag, 1 maart 1932, *W.,* 12452; — H.R., 21 april 1932, *W.,* 12525; — vgl. De Page, H., I, nr. 1084, bl. 1097, kleine tekst.

(2) Zie voor een nadere omschrijving van deze begrippen, verder nr. 313 e.v.

(3) H.R., 19 december 1929, *W.,* 12129; — vgl. o.m. met de tendens in de Belgische rechtspraak om in geval van aansprakelijkheid wegens het gebrek van de zaak, het slachtoffer niet te belasten met het rechtstreeks en positief *bewijs* van dit gebrek : Dabin, J., *Examen de jurisprudence, La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle,* (1955-1959), nr. 66, *R.C.J.B.,* 1959, 214-215.

(4) Motulsky, H., *o.c.,* nr. 95, bl. 96.

duidelijk voorbeeld. De wetgever heeft voornamelijk de aandacht gevestigd op de onbekwaamheid (tegengesteld fenomeen), zodat men hierin een bewijs mag zien, dat de bekwaamheid niet moet gesteld worden. Een dergelijke interpretatie vindt men vooral terug in Duitsland, waar het *Bürgerliches Gesetzbuch* door een combinatie van formules en zinswendingen bepaaldelijk getracht heeft een juiste verdeling van de bewijslast te omschrijven (1).

Nog andere voorbeelden kunnen aangehaald worden.

Vermits inzake verjaring, de stuiting en de schorsing uitdrukkelijk worden gereglementeerd (art. 2242 e.v. en 2251 e.v. B.W.), moet diegene die de verjaring inroept niet meer aanvoeren dat deze noch gestuit noch geschorst werd.

Daar de verbintenis onder voorwaarde eveneens uitdrukkelijk werd gereglementeerd (art. 1168 e.v. B.W.) moet diegene die zich op een verbintenis beroept, er niet meer aan toevoegen dat die verbintenis onvoorwaardelijk was (zie ook verder, nr. 409 e.v.).

Een interessant toepassingsgeval vindt men in de wet van 10 februari 1958, houdende wijziging van artikel 313 van het burgerlijk wetboek en volgens dewelke o.m. de vordering tot ontkenning van vaderschap *niet* kan ingewilligd worden *indien* is komen vast te staan dat de echtgenoten feitelijk herenigd zijn geweest. Uit die tekst zou men kunnen afleiden dat de wetgever hier op onrechtstreekse wijze een vrijstelling ten gunste van de eiser heeft ingevoerd, daar hij niet zal moeten stellen dat er geen hereniging geschiedde (2).

3 §. Aanvoeringslast en bewijslast.

23. — Het belang van de aanvoeringslast werd lange tijd onderschat; dit is voornamelijk te wijten aan het feit dat er geen voldoende onderscheid werd gemaakt tussen de aanvoeringslast en de bewijslast. Er is een adagium dat — in aansluiting met het principe van de neutraliteit van de rechter — duidelijk het onderscheid maakt : « secundum allegata et probata judex judicare debet » (3).

In sommige gevallen zal de aanvoeringslast zelfs elke bewijslast overbodig maken. Het probleem van het bewijs stelt zich niet, wan-

(1) Saleilles, R., *Introduction à l'étude du droit civil allemand,* Paris, 1904, bl. 115-117; — Planck, G., *Bürgerliches Gesetzbuch,* dl. I, 2de uitg., Berlin, 1898, bl. 43-47; — Endemann, F., *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts,* dl. I, 8ste uitg., Berlin, 1903, bl. 483-491; — Gény, F., *La technique legislative dans la codification civile moderne,* in *Le Code civil. Livre du centenaire,* dl. II, Paris, 1904, bl. 1025; — zie verder, nr. 138.

(2) Zie desbetreffend : Rb. Brugge, 20 juni 1960, *R.W.,* 1960-61, 646.

(3) Artikel 123 van de *ordonnance de Montils-les-Tours d'avril* 1453 (uitg. de Brequigny, *Ordonnances des rois de France de la troisième race,* XIV, Paris, 1790, bl. 312); — Loisel, A., *Institutes coutumières,* L. VI, T. III, Reg. XI, nieuwe uitg. door M. Dupin en E. Laboulaye, Paris, 1846, dl. II, bl. 228-229; — zie ook art. 1347, 2de lid, B.W.

neer de eiser onvoldoende feitelijke elementen aangevoerd heeft, of wanneer de verweerder deze elementen niet betwist (1); in het eerste geval is de eis onontvankelijk (2), in het tweede geval zal de verweerder afgewezen worden bij gebrek aan voldoende betwisting. Daarnaast zijn er natuurlijk nog tal van andere omstandigheden waarin elk bewijs overbodig blijkt (zie hierover verder nr. 329 e.v.).

Er is trouwens een specifiek geval, waarin de feitenrechter zich meestal uitsluitend met het onderzoek van het gestelde bezig houdt : de gedaagde laat verstek aan (art. 19 en 149 Rv.). De rechter kan de alleen-verschijnende partij het voordeel van haar exploot van rechtsingang slechts toekennen wanneer de feiten waarop de vordering gesteund is, gesteld zijn; hij moet weliswaar nagaan of de vordering ontvankelijk en gegrond voorkomt, vermits hij aan de verschijnende partij het voordeel van haar besluiten slechts mag toekennen, wanneer deze goed werden onderzocht (art. 150 Rv.) (3). Dit onderzoek heeft dan betrekking op de aanvoering en het bewijs der gestelde feiten (4). Soms werd er aan toegevoegd dat de verstekmakende partij vermoed wordt de eis te betwisten (5) en dat de taak van de rechter in geval van verstek veel ruimer is dan bij een rechtspleging op tegenspraak (6); in werkelijkheid zal dit onderzoek meestal oppervlakkig zijn, tenzij het een geding betreft waarbij de openbare orde betrokken is, zoals bv. inzake echtscheiding (zie verder, nr. 335).

(1) De verweerder kan immers vóór hij werkelijk op zijn beurt de elementen van een door hem ingeroepen rechtsnorm aanvoert, zich beperken tot het betwisten van de door eiser gestelde feiten (Motulsky gewaagt in dat verband van *la charge de la contestation : o.c.,* nr. 110, bl. 119).

(2) Er weze aan herinnerd dat het aanvoeren behoort tot de ontvankelijkheidsvereisten, vermits hierdoor de rechtbank in staat wordt gesteld de grond van de zaak te onderzoeken : Rb. Aarlen, 28 juli 1955, *Jur. Liège,* 1955-56, 93. Aldus is een rechtstreekse dagvaarding ontvankelijk, van zodra bv. het bestaan van de schade, die door de strafbare inbreuk veroorzaakt werd, gesteld is : Corr. Antwerpen, 3 oktober 1956, *J.T.,* 1956, 730.

(3) Hoewel in Duitsland § 331 Z.P.O. bepaalt dat de tegen de niet-verschenen gedaagde aangevoerde feiten voor erkend zullen gehouden worden, valt op te merken dat de Duitse rechter sinds de invoering in 1933 van de *waarheidsplicht* der partijen (§ 138 Z.P.O.; — zie boven, nr. 12) de vrijheid neemt deze fictie niet te laten gelden als hem de door de eiser gestelde feiten als bewust onwaar voorkomen.

(4) Verbr., 30 april 1936, *Pas.,* 1936, I, 228, met noot; — Cass. fr., 3 april 1933, *D.H.,* 1933, 299.

(5) Pierret, P., *Précis de la procédure civile devant le juge de paix,* Brussel, 1957, nr. 204, bl. 219; — R.P.D.B., Tw. *Jugement,* nr. 429; — Vred. Neerpelt, 21 mei 1957, *R.W.,* 1957-58, 877; — Vred. Antwerpen, 1ste kant., 26 november 1958, *R.W.,* 1958-59, 1573; — Vred. Mechelen-Zuid, 19 december 1958, *R.W.,* 1959-60, 217.

(6) Vred. Rochefort, 22 november 1940, *T.Vred.,* 1940-41, 158; — Vred. Mechelen-Zuid, 30 oktober 1952, *R.W.,* 1952-53, 900; — Hrb. Luik, 29 oktober 1953, *Jur. Liège,* 1953-54, 117.

In Duitsland is het begrip aanvoeringslast minder belangrijk geworden, sinds de invoering van de *Vollständigkeitspflicht* (§ 138 Z.P.O.); de partijen moeten er zo volledig mogelijk zowel de gunstige als ongunstige elementen aanvoeren (1).

De feiten moeten er dus ongetwijfeld ook gesteld zijn, maar het heeft geen belang door welke partij dit geschiedt, behalve voor zekere uitzonderingen door het Duitse burgerlijk wetboek bepaald (2).

24. — In het algemeen stemmen de principes van aanvoerings- en bewijslast overeen. Zo zal de partij die de bewijslast draagt, ook en vooraf de feiten moeten stellen. Zo zal de aanvoeringslast ook aanvoeringsrisico zijn, hetgeen betekent dat de partijen moeten aanvoeren omdat zij anders de nadelen van hun nalatigheid zullen dragen (vgl. verder, nr. 30 e.v.). Dit belet evenwel niet dat de feiten kunnen gesteld worden door een partij die de last ervan niet draagt (3).

Hoewel men beide lasten duidelijk moet onderscheiden, hebben ze toch dezelfde grondslagen en vormen in werkelijkheid twee aspecten van eenzelfde vaststelling, nl. dat de leiding van het proces in de handen van de gedingvoerende partijen ligt.

Inderdaad, slechts de feiten die kunnen leiden tot de vaststelling van de gewenste rechtsgevolgen moeten door elke partij aangevoerd en in geval van betwisting bewezen worden. Hieruit volgt dat voorwerp en omvang van de aanvoerings- en bewijslast in hoofdtrekken moeten overeenstemmen : de feiten die nodig zijn ter aanwending van de ingeroepen rechtsnorm moeten immers gesteld en in geval van betwisting bewezen worden (4).

25. — Er zijn weliswaar omstandigheden, waarin de aanvoeringslast en de bewijslast niet volledig overeenstemmen.

Zo is het o.m. duidelijk dat er voor de bewijslast geen redelijke vrijstellingen kunnen zijn; wanneer men bv. vrijgesteld wordt van de verplichting om alle feitelijke en juridische elementen van het begrip *verkoop* te stellen (redelijke vrijstelling van de aanvoeringslast), dan zal men nadien toch, wanneer enkele dezer elementen door de tegenpartij worden betwist, het bewijs hiervan moeten aanbrengen (5).

(1) Vgl. met hetgeen gezegd werd over de *Wahrheitspflicht :* zie nr. 12.
(2) Lent, F., *o.c.,* § 47, bl. 123.
(3) Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 56-57; — Motulsky, H., *o.c.,* nr. 108, bl. 117. In dit verband is § 286, I, Z.P.O. zeer duidelijk, vermits het bepaalt dat de feitenrechter moet oordelen « unter Berücksichtigung des *gesamten* Inhalts der Verhandlungen ».
(4) Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 56; — Rosenberg, L., *o.c.,* § 4, bl. 49; — Hedemann, J.W., *Die Vermutung nach dem Recht des Deutschen Reichs,* bl. 293; — Leonhard, F., *o.c.,* bl. 371; — H.R., 10 juni 1930, *W.,* 12153.
(5) Motulsky, H., *o.c.,* nr. 118, bl. 131-132.

Wettelijke vrijstellingen van bewijs bestaan er daarentegen evengoed als voor de aanvoeringslast (zie verder, nr. 134 e.v.).

Ook kan het gebeuren dat de wetgever zelf bepaald heeft dat aanvoeringslast en bewijslast niet op dezelfde partij zullen rusten (1).

26. — Indien men de praktische uitwerking van de aanvoeringslast in een proces zou moeten voorstellen, dan kan hiervan volgend schematisch overzicht gegeven worden.

Zo de eiser zekere feiten gesteld heeft, dan kan de verweerder deze feiten al dan niet betwisten of zelfs andere feiten stellen, die betrekking hebben op een zelfstandige tegennorm.

Ingeval de gestelde feiten niet betwist worden, is elk verder bewijs in hoofde van de eiser overbodig.

In geval van betwisting, moeten dergelijke feiten (2) door de eiser bewezen worden.

Het kan evenwel gebeuren dat de verweerder impliciet het recht om de door de eiser gestelde feiten te betwisten verzaakt, doch op zijn beurt feiten aanvoert, die de aanwending van een andere rechtsnorm mogelijk maken. Wanneer de eiser bv. de prijs vordert van een gesloten verkoop, dan kan de verweerder antwoorden dat de prijs betaald werd, dat hij werd kwijtgescholden, dat er schuldvergelijking is,... (zie o.m. art. 1234 B.W.).

In dit laatste geval worden de rollen omgekeerd en kan de eiser op zijn beurt één van de drie vermelde houdingen aannemen, zodat het geschetste procesverloop weer herbegint.

27. — Het ware tenslotte meestal een herhaling, indien men de principes van de aanvoeringslast en van de bewijslast uitvoerig afzonderlijk zou behandelen (3).

Heeft men eenmaal duidelijk het onderscheid ingezien (zie boven, nr. 23), dan kan men verder voor de praktische aanwending van de regelen betreffende de aanvoeringslast, verwijzen naar de principes van de bewijslast. Dit is des te meer een noodwendigheid, daar zoals

(1) Zie hetgeen verder over de vermoedens en de bewijslastregelen zal gezegd worden : nr. 374 e.v. In het Duitse burgerlijk wetboek zijn er verschillende artikelen die uitdrukkelijk bepalen dat de schuldeiser van zekere verbintenissen enkel de niet-uitvoering moet aanvoeren, terwijl de schuldenaar de uitvoering moet bewijzen (§§ 345, 358, 542 III, 636 II B.G.B.) : Rosenberg, L., *o.c.,* § 4, bl. 52. Hetzelfde kan ook gezegd worden van bepaalde artikelen van het Zwitserse Z.G.B. en O.R. : Guldener, M., *Beweiswürdigung und Beweislast nach Schweizerischem Zivilprozessrecht,* bl. 21-22.
(2) Het kan ook gebeuren dat de verweerder zekere feiten betwist, hoewel ze door de eiser niet werden aangevoerd omdat ze behoren tot de categorie van de redelijke vrijstellingen : zie boven, nr. 21.
(3) Rosenberg, L., *o.c.,* § 4, bl. 49; — Anders : Motulsky, H., *o.c.,* nr. 83 e.v., bl. 84 e.v.

gebleken is, in België en in Frankrijk, noch de wetgeving, noch de rechtsleer en rechtspraak, het onderscheid tussen de aanvoeringslast en de bewijslast zelden nauwkeurig hebben geformuleerd.

AFDELING II. DE BEWIJSLAST

28. — De term *bewijs* heeft verschillende betekenissen, zoals trouwens herhaaldelijk door tal van auteurs werd bevestigd (1).

In de eerste plaats bedoelt men hiermede de *actus probandi :* het feit van overtuigingselementen voor te leggen ten einde de werkelijkheid van een bewering aan te tonen. Het is de handeling van *het bewijzen.*

Verder kan die term ook betrekking hebben op de aangewende bewijsmiddelen, d.w.z. de middelen die dienen om de rechter de gewenste zekerheid te verschaffen.

Tenslotte betekent bewijs ook het bekomen resultaat, nl. de overtuiging van de rechter : het bewijs werd geleverd.

Het probleem van de bewijslast stelt zich ter gelegenheid van de *actus probandi;* dit zal dus de hoofdbrok van deze studie uitmaken. Daar evenwel deze handeling gericht is op het te bekomen resultaat, nl. de overtuiging van de rechter, kan men moeilijk aan de belangrijke taak van de rechter stilzwijgend voorbijgaan (zie Titel IV). De bewijsmiddelen vallen nochtans buiten het kader van deze verhandeling; zij zullen slechts bestudeerd worden in zoverre de bewijslast er eng mee samenhangt.

29. — Wanneer een onderzoek wordt ingesteld naar de bewijslast, dan stellen zich hoofdzakelijk twee problemen: wie moet bewijzen en wat moet hij bewijzen?

Zoals herhaaldelijk zal worden beklemtoond is het immers onmogelijk inhoud, omvang en voorwerp van het bewijs af te scheiden van de persoon die de bewijslast draagt. Het heeft geen zin voor te houden dat de bewijslast op de eiser of op de verweerder rust, wanneer men niet weet welke feiten (alle? een deel en welke?) door die partijen zullen moeten bewezen worden. Dit zal nog verduidelijkt worden bij de ontleding van het begrip bewijslast (zie verder, nr. 30 e.v.).

Vooraleer dus dit inleidend gedeelte af te sluiten, past het nog even stil te staan bij die twee aspecten van het probleem.

(1) Zie dienaangaande o.m. : Aubry et Rau, XII, § 749, bl. 62; — Beudant, IX², nr. 1137, bl. 205; — Becquart, J., *o.c.,* nr. 92, bl. 128-129; — Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 35 e.v.

1 §. Het begrip bewijslast.

30. — De bewijslast *stricto sensu* geeft een antwoord op de vraag welke procespartij de feitelijke elementen van het geschil moet bewijzen.

In Duitsland en Oostenrijk werd soms een onderscheid gemaakt tussen objectieve of materiële bewijslast en subjectieve of formele bewijslast (1).

Hoewel dit onderscheid meer van theoretisch dan wel van praktisch belang is, kunnen deze begrippen toch bij nadere ontleding een belangrijke verduidelijking van de problemen van de bewijslast brengen, zoals verder zal worden aangetoond.

In Nederland hebben sommige auteurs in navolging van de Duitse rechtsleer ten dele dit onderscheid overgenomen door de aandacht te vestigen op het feit dat bewijslast ook bewijsrisico (objectieve bewijslast) betekent (2).

Slechts één auteur in Frankrijk heeft dit onderscheid ook duidelijk geformuleerd, hoewel vermoedelijk niet onder invloed van de Duitse doctrine; het is Raymond Legeais in zijn reeds vermeld werk *Les règles de preuve en droit civil.* Zeer uitdrukkelijk maakt hij het onderscheid tussen bewijsrisico *(imputation légale du risque de la preuve)* en bewijslast *(charge de la preuve)* (3).

31. — De subjectieve of formele bewijslast *(Beweisführungslast)* is de last voor een gedingvoerende partij om het bewijs van een betwist feit te leveren, wil ze in het hangend geding niet in het ongelijk worden gesteld (4).

Hier wordt dus hoofdzakelijk de vraag gesteld : wie moet bewijzen? In België en in Frankrijk heeft men blijkbaar alleen oog gehad voor dit aspect van de bewijslast (zie nochtans voorgaand nr. 30).

De regeling van de subjectieve bewijslast geeft dus aan welke partij de feitelijke elementen van een of ander twistpunt zal moeten bewijzen; daarenboven weet de rechtbank aldus tot wie zij zich moet

(1) Voor de eerste maal werd tussen de materiële en formele bewijslast een onderscheid gemaakt door Julius Glaser in zijn werk *Handbuch des Strafprozesses,* dl. I, Leipzig, 1883, bl. 364 e.v. In Oostenrijk gebruikte men de termen objectieve en subjectieve bewijslast : Wehli, A., *Die Beweislast im neuen Zivilprozesse,* overdruk van nr. 39, 40 en 45 der *Juristische Blätter* (Wien), 1896, bl. 1 e.v.

(2) Grünebaum, A., *o.c.,* bl. 47 e.v.; — Suyling, J.Ph., *o.c.,* nr. 371, bl. 91; — Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 53 e.v. Over de afwijkende opvatting van Thesingh, zie verder nr. 171.

(3) *o.c.,* bl. 100 e.v., bl. 169 e.v.

(4) Rosenberg, L., *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts,* § 114, bl. 536; — Betzinger, B., *Die Beweislast im Zivilprozess,* bl. 1.

wenden om bepaalde opklaringen en nadere bewijsvoeringen te bekomen.

Soms is men in het andere extreem gevallen en heeft men beweerd dat de subjectieve bewijslast weinig of geen belang heeft, doordat de rechter toch uitspreekt op grond van de hele inhoud van het proces en hierbij uiteindelijk slechts rekening houdt met h e t g e e n bewezen werd en niet zozeer met de p a r t i j die het bewijs leverde. De vraag naar de bewijslast heeft immers slechts praktische betekenis van zodra zekere feitelijke gegevens twijfelachtig blijven (1).

Deze zienswijze is eveneens te verregaand. Het is immers een feit dat een welbepaalde procespartij voor het bewijs van sommige gegevens moet instaan, zodat zij zich hieraan niet kan onttrekken, zelfs zo de tegenpartij niet verschijnt en dus de hoofdeis niet betwist (art. 150 Rv. : zie boven, nr. 23) of zelf aanbiedt het bewijs van de onwaarheid van het gestelde te leveren(zie verder, nr. 141).

32. — De o b j e c t i e v e o f m a t e r i ë l e b e w i j s l a s t *(Feststellungslast)* is een begrip dat zelden gebezigd werd (zie boven, nr. 30). De regeling ervan geeft een antwoord op de vraag naar de gevolgen van het niet-vaststaan ener feitelijke bewering; zij bepaalt dus hoofdzakelijk w a t positief moet vaststaan opdat de rechter uitspraak zou kunnen verlenen ten voordele van de partij die zich op de toepasselijkheid van een rechtsnorm beroept. In de plaats dus van het antwoord te geven op de vraag *wie moet bewijzen* (subjectieve bewijslast), wordt veeleer de oplossing gegeven voor de vraag aan wie de rechter voldoening moet geven, wanneer sommige feiten niet vaststaan en dus in het geschil niet alle gewenste klaarheid gekomen is (2).

Hier wordt de nadruk gelegd op het b e w i j s r i s i c o (3) : wie draagt het nadeel wanneer sommige feiten niet bewezen zijn of hieromtrent nog twijfel overblijft?

33. — Het b e l a n g v a n h e t o n d e r s c h e i d kan best geïllustreerd worden aan de hand van enkele problemen, die verder uitvoeriger zullen belicht worden, doch die slechts begrijpelijk zijn zo men vermeld onderscheid gemaakt heeft.

De vraag of men van een bewijsplicht dan wel van een bewijsrecht

(1) Aldus Korsch, K., *Die Anwendung der Beweislastregeln im Zivilprozess und das qualifizierte Geständnis,* bl. 10, 29 e.v.; — Leonhard, F., *o.c.,* bl. 132 e.v.; — vgl. Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 54.
(2) Legeais, R., *o.c.,* bl. 101.
(3) Zie Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 53-55.

(zie verder, nr. 218) mag spreken, kan enkel gesteld worden in het kader van de subjectieve bewijslast der gedingvoerende partijen; de objectieve bewijslast heeft immers weinig uitstaans met de werkzaamheid der partijen.

Het gevaar dat de vrije bewijswaardering van de rechter soms afbreuk zou kunnen doen aan de normale verdeling van de bewijslast (zie nr. 142 e.v.), is slechts denkbaar ten aanzien van een subjectieve bewijslast. Inderdaad, zo er ondanks die bewijswaardering nog twijfel overblijft, zal deze twijfel ten nadele van een der partijen uitvallen, zodat het bewijsrisico (objectieve bewijslast) een rol blijft spelen (zie boven, nr. 10). Tenslotte moet er op gewezen worden dat, zelfs in een rechtssysteem waar aan de rechter alle vrijheid zou worden gegeven om zelf en eigenmachtig de werkelijke toedracht van de zaak na te gaan (1), de objectieve bewijslast haar betekenis behoudt, terwijl de subjectieve bewijslast slechts kan begrepen worden in een stelsel, waarin de gedingvoerende partijen de *domini litis* zijn.

In sommige civielrechtelijke procedures kunnen partijen geheel of ten dele van de subjectieve bewijslast ontheven worden, doordat de rechter ambtshalve inlichtingen inwint of een onderzoek opdraagt aan daartoe aangewezen personen of instellingen. Dit is bv. het geval met de aannemingsprocedure (artikel 355, 3de en 4de lid, B.W.).

Bij dit alles kan men een sprekend voorbeeld aanhalen, nl. wanneer de toepassing gevraagd wordt van buitenlands recht. Hoewel de partijen hierover aan de rechtbank nadere inlichtingen kunnen verstrekken, zal de rechter normaal zelf het vreemde recht onderzoeken (zie verder, nr. 308 e.v.); hoewel er hier dus geen subjectieve bewijslast op de partijen weegt, zal de gevraagde toepassing toch moeten geweigerd worden zo tengevolge van allerlei omstandigheden de gelding van het vreemde recht onvoldoende vaststaat. De partij wier aanspraak afgewezen wordt, draagt dan toch de objectieve bewijslast (2).

34. — Voor een beter begrip van de verdere uiteenzetting en meer speciaal van de verdelingstheorieën (zie verder, nr. 124 e.v.), is het nodig sommige standpunten ten aanzien van dit onderscheid nader toe te lichten en tevens enkele b e g r i p s v e r w a r r i n g e n te voorkomen.

(1) De Duitsers spreken in een dergelijk geval van *Untersuchungsmaxime* (Rosenberg, L., *Zivilprozessrecht,* § 63, bl. 282 e.v.), in tegenstelling met de *Verhandlungsmaxime* of zgn. lijdelijkheid van de rechter (zie verder, nr. 183).
(2) Rosenberg, L., *Beweislast,* § 3, bl. 34.

Er zijn immers auteurs die van oordeel zijn dat beide begrippen, hoewel theoretisch te scheiden, praktisch overeenstemmen.

Zo zijn er die voorhouden dat de subjectieve bewijslast bepaald wordt door en noodzakelijkerwijze voortvloeit uit het bewijsrisico (objectieve bewijslast) : geen bewijslast zonder bewijsrisico (1). Dit betekent meteen dat een partij slechts de bewijslast zal dragen wanneer haar het nadeel van de onzekerheid treft. Men zal nochtans moeten toegeven dat er bewijsrisico kan zijn zonder subjectieve bewijslast. Een partij kan immers het nadeel van de onzekerheid dragen zonder daarom zelf bewijsmateriaal te moeten aanbrengen, zoniet zou die partij zich niet mogen beroepen op feiten die zonder bewijs komen vast te staan (zie verder, nr. 322 e.v.), op feiten die door de tegenpartij werden bekend (zie verder, nr. 330) of op feiten die voor waar worden gehouden ingevolge een door de rechtbank bevolen onderzoek (zie verder, nr. 294 e.v.).

Andere rechtsgeleerden (2) zijn daarentegen van oordeel dat de feitenrechter vrijelijk de bewijslast en meteen ook het bewijsrisico bepaalt : de partij die volgens de rechter moet bewijzen (subjectieve bewijslast), zal dienvolgens in het ongelijk gesteld worden wanneer er twijfel of onzekerheid blijft heersen (bewijsrisico of objectieve bewijslast). Hier wordt dus het bewijsrisico uit de (subjectieve) bewijslast afgeleid.

In strijd met deze opvattingen werd onlangs de stelling verdedigd dat objectieve en subjectieve bewijslast duidelijk uit elkaar moeten gehouden worden. Zo zou de eiser alleen het volledige bewijsrisico moeten dragen, omdat hij het is die uiteindelijk het door hem ingestelde proces wint of verliest (3). Het is duidelijk dat een dergelijke voorstelling zuiver theoretisch is; wanneer immers de verweerder volgens deze theorie soms de bewijslast zal dragen (subjectieve bewijslast in de zin van partijwerkzaamheid), hoewel de onzekerheid steeds ten nadele van de eiser moet uitvallen, dan is een dergelijke bewijslast slechts denkbaar indien de verweerder zich rekenschap geeft van het feit dat, zo hij niet bewijst, dit de eiser ten goede zal komen. De subjectieve bewijslast van de verweerder wordt dus ook beïnvloed door het bewijsrisico dat hij loopt.

(1) Dit is de opvatting van diegenen die men gewoonlijk onderbrengt bij de objectiefrechtelijke theorie : zie verder, nr. 129 e.v.; — zie bv. ook : Legeais, R., *o.c.*, bl. 182-183; — Ronse, J., *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad*, nr. 167, bl. 137.

(2) Meestal diegenen die voorstander zijn van de billijkheidsleer : zie verder, nr. 161 e.v.

(3) Thesingh, H., *o.c.*, nr. 23 e.v., bl. 49 e.v.; — zie ook verder, nr. 171 e.v.

35. — Uiteindelijk is dit verschil in opvatting te herleiden tot een verschil in terminologie. Om elk misverstand ter zake te vermijden, kan worden vooropgesteld dat de subjectieve bewijslast voornamelijk bepaald wordt door de objectieve bewijslast (bewijsrisico); zonder daarom beide begrippen volledig gelijk te schakelen (1), zal in de verdere uiteenzettingen de term *bewijslast* gebezigd worden in de zin van *partijwerkzaamheid van diegene die het bewijsrisico draagt.*

Het kan nochtans gebeuren dat een partij moet bewijzen, hoewel zij het bewijsrisico *stricto sensu* (objectieve bewijslast) niet draagt : dit zal het geval zijn telkens wanneer een gedingvoerende partij gehouden is bewijsmateriaal aan te brengen, zonder dat zij uiteindelijk het nadeel draagt van de onzekerheid over de door de tegenpartij gestelde doch niet bewezen feiten. Zo is het zeer goed mogelijk dat de eiser bepaalde feiten moet bewijzen, wil hij het proces niet verliezen (nadeel van de twijfel over die feiten), doch dat de verweerder op zijn beurt verplicht wordt zijn medewerking hierbij te verlenen (2), ten einde te vermijden dat de rechtbank uit zijn weigering dit te doen bepaalde hem nadelige conclusies zou kunnen afleiden.

Wanneer A bv. een vordering instelt tot betaling van de door hem aan B geleverde koopwaar en deze laatste opwerpt dat de geleverde koopwaar niet overeenstemt met de gekochte, dan zal A (3) moeten bewijzen dat de geleverde goederen wel degelijk overeenstemmen met de bestelde.

A draagt dus de bewijslast in de zopas omschreven betekenis van het woord : hij moet bewijzen omdat, indien er bij de rechtbank enige twijfel overblijft omtrent de conformiteit van de koopwaar, deze twijfel ten zijnen nadele zal uitvallen. Nochtans zal B zeer dikwijls moeten medewerken aan de oplossing van het geschil, alleen reeds omdat hij gemakkelijk de goederen, die hij gewoonlijk nog in zijn bezit heeft, kan voorleggen aan de rechtbank of aan een deskundige ten einde de niet-conformiteit te doen vaststellen. Doet hij dit niet, dan kan de rechtbank eventueel hieruit afleiden dat zijn verweer ongegrond is en dat de beweringen van de eiser A met de werkelijkheid overeenstemmen.

B zal dus moeten bewijzen, wil hij die nadelige beoordeling vermijden. Toch zal A in het ongelijk gesteld worden, wanneer de onzekerheid omtrent het al dan niet conform zijn blijft voortduren.

In dit geval dient de voorkeur gegeven te worden aan de term *bewijslevering* of *bewijsvoering* (4) *(administration de la preuve,*

(1) Zie desbetreffend nr. 33 en de opmerkingen die zopas gemaakt werden.

(2) Bv. door het overleggen van stukken : zie verder, nr. 229 e.v.

(3) Op grond van de principes, die verder uitvoerig zullen toegelicht worden : nr. 433 e.v.

(4) Kan spreekt alsdan van *oneigenlijke bewijslast : Bewijslast en bewijswaardering*, bl. 37.

Beweisführung) (1) : partijwerkzaamheid van diegene die moet bewijzen, omdat de rechter anders op grond van zijn bewijswaardering *(principe de l'intime conviction, Beweiswürdigung)* (zie verder, nr. 142 e.v. en nr. 289 e.v.) sommige voor deze partij nadelige conclusies zou kunnen trekken.

Samenvattend kan dus gezegd worden dat beide elementen (objectief en subjectief) van de bewijslast gezamenlijk voor ogen moeten gehouden worden en hoewel zij meestal tot één geheel versmelten, noodzakelijk zijn voor een beter begrip van de problemen die verder zullen behandeld worden.

2 §. Voorwerp van de bewijslast.

36. — Boven werd er reeds op gewezen dat de vraag naar de bewijslast noodzakelijkerwijze slechts volledig kan onderzocht worden, zo men weet welke feiten door de gedingvoerende partijen respectievelijk moeten bewezen worden (zie boven, nr. 29 en 32).

Dit werd trouwens reeds duidelijk bij het onderscheid tussen objectieve en subjectieve bewijslast.

Van meet af aan moet onderstreept worden dat het bewijzen alleen plaats heeft ten aanzien van f e i t e n (2).

Er werd zeer dikwijls getwist over de vraag of ook s u b j e c t i e v e r e c h t e n bewijsvoorwerp kunnen zijn (3). Zonder het begrip subjectieve rechten meer dan voor het begrijpen van hetgeen volgt nodig is te ontleden, laat staan de wezenlijke aard ervan te bepalen (4), kan toch gezegd worden dat het subjectief recht de verhouding aangeeft tussen de feiten en het objectieve recht. Wie beweert een subjectief recht te bezitten, bedoelt hiermede dat de concrete omstandigheden voorhanden zijn waardoor, ingevolge het objectieve recht, een subjectief recht ontstaat (5).

(1) Zie ook : De Page, III, nr. 729 A, voetnoot 4, bl. 709.

(2) W e l k e feiten blijft hier voorlopig buiten beschouwing.

(3) Over het bewijs van het objectieve recht, zie verder, nr. 307 e.v. Het onderscheid wordt zelden gemaakt, daar men zich meestal beperkt tot het bewijs van het objectieve recht.

(4) Zie hierover o.m. : Dabin, J., *Le droit subjectif,* Paris, 1952, speciaal bl. 80 e.v.; — zie ook : Motulsky, H., *o.c.,* nr. 23 e.v., bl. 26 e.v.

(5) Op de vraag of de eiser verplicht is in de inleidende dagvaarding gewag te maken van een subjectief recht, dan wel of het volstaat de feiten aan te halen waaruit hij meent zijn subjectief recht te mogen afleiden, — vraag die verband houdt met de aanvoeringslast (zie hierover : boven, nr. 18 e.v.), doch die de gestelde vraag moet voorafgaan —, kan geantwoord worden dat beide mogelijk zijn. De eiser kan in de dagvaarding de feiten doen opnemen die voldoende zijn om te beantwoorden aan het vereiste van artikel 61, 3de lid, van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering; in de latere stadia van de procedure, kunnen dan ook de gestelde feiten aangevuld worden.

37. — Men dient dus te onderzoeken of een subjectief recht ook kan bewezen worden.

In Nederland hebben de meeste auteurs gemeend op deze vraag positief te mogen antwoorden en hierbij tal van spitsvondige redeneringen te kunnen naar voren brengen (1).

Hoewel Kan (2) ook deze mening is toegedaan, is zijn betiteling van deze twistvraag, nl. *het subjectief recht als doel van de bewijsvoering* (3), toch wel meer genuanceerd.

In werkelijkheid moet het antwoord negatief luiden (4) om twee redenen, die als doorslaggevend kunnen aangezien worden.

Vooreerst kunnen slechts feiten het voorwerp van een bewijsvoering zijn, omdat alleen zij tot de zintuigelijke wereld behoren. Feiten zijn immers concrete, naar plaats en tijd bepaalde, voorbije of actuele gebeurtenissen en toestanden van de buitenwereld of van het menselijke zieleleven (5).

Voor gebeurtenissen of toestanden van het menselijke zieleleven kunnen als voorbeelden aangehaald worden : de wil, het voornemen, de overeenstemming.

Wanneer de rechter tot het aanwezig zijn van een subjectief recht concludeert, dan is het omdat hem feiten werden aangebracht die door het objectieve recht voor het ontstaan van een subjectief recht noodzakelijk worden geacht. Uit de door de partijen bewezen feiten leidt hij dus het subjectief recht af.

Beroept de eiser zich in de dagvaarding op een subjectief recht (bv. het eigendomsrecht) dan doet hij het bestaan van feiten veronderstellen, waaruit het objectieve recht de aanwezigheid van een bepaald subjectief recht heeft afgeleid. Ook hierdoor wordt voldaan aan de vereisten van gemeld artikel 61. Een subjectief recht kan dus gesteld worden.

(1) Pitlo, A., *o.c.,* bl. 17 e.v.; — Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 41 e.v.; — Suyling, J. Ph., *o.c.,* nr. 407, bl. 139-140; — Eggens, J., *De beginselen van het burgerlijk bewijs,* in *Handelingen der Nederlandse Juristen - Vereniging 1951,* I, bl. 8 e.v.; — Meijers, E.M., *Bijdrage tot de leer van het middellijk bewijs,* in *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen,* II, bl. 213 e.v.; — zie ook : H.R., 16 april 1920, *N.J.,* 1920, 485; — H.R., 9 december 1921, *N.J.,* 1922, 219; — Anders : Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 40 e.v.; — Tieleman, C.C., *Wat is het voorwerp van bewijs in het burgerlijk geding?, Themis,* 1925, 219 e.v. Voor de toepassing van de door Tieleman gehouden stelling dat enkel feiten worden bewezen : Tieleman, C.C., *De bezitter wordt bij voorraad als eigenaar aangemerkt, Themis,* 1926, 124 e.v.

(2) *o.c.,* bl. 14 e.v.

(3) *o.c.,* bl. 14.

(4) Zie in dezelfde zin : Demolombe, C., *Cours de Code Napoléon, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général,* VI (XXIX), nr. 183, bl. 182; — Dabin, J., *La technique de l'élaboration du droit positif,* bl. 78 en bl. 235, voetnoot 4; — Garsonnet et Cézar-Bru, II, nr. 228, voetnoot 1, bl. 363; — vgl. : De Page, III, nr. 706, bl. 663 e.v.; — Luik, 23 november 1923, *Jur. Liège,* 1924, 65, volgens hetwelk de getuigen zich niet hoeven uit te spreken over de juridische aard van de feiten of over de juridische gevolgen ervan.

(5) Rosenberg, L., *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts,* § 112, bl. 526.

Daarenboven blijkt hieruit dat een subjectief recht — d.w.z. het actueel *bestaan* ervan — niet zou kunnen bewezen worden, vermits enkel het ontstaan van dat recht wordt aangetoond.

Er is geen wettekst — enkele uitzonderingen, die niet voor uitbreiding vatbaar zijn (1) niet te na gesproken — die het *bestaan* van een subjectief recht uit de feiten afleidt. Inderdaad, het *ontstaan* van een subjectief recht wordt bewezen aan de hand van feitelijke gegevens, die door het objectieve recht zijn bepaald, en waaruit de feitenrechter het subjectief recht kan afleiden, zolang geen elementen werden aangevoerd en bewezen, waaruit de wijziging, het teniet-gaan,... van dit subjectief recht zouden blijken. Weliswaar zal de rechter door vermoedenbewijs — dikwijls onbewust — concluderen tot het bestaan van het subjectief recht op grond van de bewezen ontstaansfeiten.

Het rechtstreekse bewijs van subjectieve rechten zonder het intermediaire bewijs van ontstaansfeiten of rechtsfeiten is dienvolgens een onmogelijkheid (2).

38. — Deze betwisting heeft niet alleen een theoretisch belang (3). Uit het voorgaande blijkt ook dat de leer van de bewijslast deel uitmaakt van de leer van de rechtsaanwending. Om te weten welke feiten al dan niet moeten bewezen worden, zal de rechter zich door de gegevens van het materiële recht laten leiden (zie nr. 47).

Hiermede is dan ook het kernprobleem van de bewijslast aangeraakt: welke feiten moeten bewezen worden? Daar nochtans voorafgaandelijk een onderzoek dient te worden gedaan naar het karakter van de bewijslastregeling, zal op deze vraag pas in het tweede gedeelte nader ingegaan worden (zie verder, nr. 100 e.v.).

(1) Zie bv. art. 653 en 654 B.W. Voor de interpretatie van deze artikelen, zie verder nr. 362.

(2) Thesingh, H., *o.c.*, nr. 7, bl. 21-23.

(3) Zo zal o.m. het argument betreffende het *ontstaan* en *bestaan* van subjectieve rechten nog verder te pas komen bij de bespreking van de subjectiefrechtelijke en objectiefrechtelijke theorieën : zie nr. 125 e.v. en nr. 134 e.v.

HOOFDSTUK III.

KARAKTER VAN DE BEWIJSLASTREGELING

AFDELING I. PROBLEEMSTELLING EN VOORGESTELDE OPLOSSINGEN

39. — Het is steeds een zeer omstreden vraag geweest te weten of de bewijslast tot het materiële recht — d.w.z. het niet-processuele objectieve recht (ter zake het privaatrecht en hoofdzakelijk het burgerlijk recht) (1) — dan wel tot het burgerlijk procesrecht behoort.

Er weze hier aan herinnerd dat de regelen betreffende het bewijs in burgerlijke betwistingen hoofdzakelijk opgenomen zijn in het burgerlijk wetboek, waar ze een afzonderlijk geheel vormen (art. 1315-1369 B.W.). Er zijn nog tal van andere verspreide bepalingen terug te vinden in het burgerlijk wetboek (zie o.m. art. 34 e.v., 115 e.v., 194 e.v., 319 e.v., 334 e.v., 653 e.v., 720 e.v., 967 e.v., 1116, 1132, 1147, 1187, 1202, 1273, 1282, 1283, 1302, 1499, 1504, 1588, 1715, 1731, 1733, 1734, 2268 B.W.). Hetzelfde geldt voor het wetboek van koophandel : artikel 25 van de wet van 15 december 1872, artikel 1 van de wet van 5 mei 1872 (handelspand), artikel 4 en 34 van de wet van 25 augustus 1891 (vervoer), artikel 25 van de wet van 11 juni 1874 (verzekering).

Daarnaast behelst het wetboek van burgerlijke rechtsvordering nog verschillende bepalingen die ook ten dele een geheel vormen : art. 34 e.v. (getuigenverhoor), 41 e.v. (plaatsbezoek), 193 e.v. (onderzoek van geschriften), 252 e.v. (getuigenverhoor), 295 e.v. (plaatsbezoek), 302 e.v. (deskundig onderzoek), 324 e.v. (verhoor nopens feiten en vraagpunten) (zie ook nog : art. 120 en 121, 846 e.v., 870 Rv.). Zij kunnen beschouwd worden als een nadere uitwerking van de algemene beginselen van het burgerlijk wetboek.

De plaats van de wettelijke regeling ter zake heeft trouwens geen belang; zij kan zeker niet bepalend zijn voor de wezenlijke

(1) Voor zover het geschil loopt over procesrechtelijke verhoudingen tussen partijen, is het vanzelfsprekend het objectieve procesrecht dat de materie voor de bewijslast zal leveren : « ...dasz mit dem materiellen Recht nicht gerade nur das bürgerliche Recht gemeint ist, sondern immer das Recht der Materie, über die entschieden wird » (Leonhard, F., *o.c.*, bl. 226); — zie ook verder, nr. 45 e.v.

aard van de bewijslastregeling. Dat men om praktische redenen alle bewijsregelen zou kunnen samenbundelen en overbrengen in het wetboek van burgerlijke rechtsvordering, is een overweging die hier verder buiten beschouwing mag blijven (1).

Op de gestelde vraag wordt nog steeds in verschillende zin geantwoord; men kan zeer duidelijk de uiteenlopende opvattingen in drie groepen onderbrengen. Doch vooraleer deze te bespreken, moet toch worden nagegaan of alle auteurs het burgerlijk procesrecht in dezelfde zin begrijpen.

40. — Beschouwt men het burgerlijk procesrecht als een geheel van regelen, dank zij dewelke de Staat kan zorgen voor de eerbiediging van het recht, dan is het opvallend dat de meeste discussies ontstaan naar aanleiding van het onderzoek naar de wezenlijke aard van de vordering waarover men beschikt om zijn subjectief recht te doen eerbiedigen. In de loop van de verdere uiteenzetting zal daarenboven blijken dat de meningsverschillen op dit punt meestal ook een verklaring geven voor de verschillende opvattingen in verband met de systematische plaats van de bewijslast.

Er zijn hoofdzakelijk drie belangrijke scholen, die zich beziggehouden hebben met een begripsomschrijving van de vordering *(action)*.

Lange tijd heeft men in navolging van de Franse school beweerd dat de vordering niets anders was dan het subjectief recht zelf *à l'état dynamique* (2). In die gedachtengang is aan elk subjectief recht een eigen rechtsvordering verbonden.

Een dergelijke opvatting kan, hoe aanlokkelijk ze ook weze, geen voldoening schenken. Er zijn niet alleen subjectieve rechten zonder vordering (de natuurlijke verbintenis (3), de verbintenis onder tijdsbepaling, waarvan de uitvoering slechts kan gevorderd worden na verloop van de voorziene termijn), maar ook vorderingen zonder subjectief recht : een eis kan ontvankelijk verklaard worden (bestaan van een vorderingsrecht), doch ongegrond bij afwezigheid van een subjectief recht; hoewel het bezit geen subjectief recht is, bestaat er toch een bezitsvordering (4).

---

(1) Men vergelijke desbetreffend met het ontwerp van wet met memorie van toelichting opgesteld door de Staatscommissie voor de Nederlandse burgerlijke wetgeving : *Bewijsrecht,* Den Haag, 1959, bl. 16. Tegen de door dit ontwerp voorgestelde overbrenging naar het wetboek van burgerlijke rechtsvordering werd nochtans kritiek uitgeoefend : Drion, H., *Enkele bedenkingen tegen het nieuwe ontwerp bewijsrecht, W.P.N.R.,* 1959, 4593.

(2) Deze en andere geliefkoosde uitdrukkingen zoals *le droit en mouvement, le droit casqué et armé en guerre, en état de lutte contre ceux qui le contestent,* worden door verschillende auteurs gebruikt : Roguin, E., *La science juridique pure,* III, Paris, 1923, bl. 964; — Garsonnet et Cézar-Bru, I, nr. 351, bl. 521; — Cuche, P., *Précis de procédure civile et commerciale,* 8ste uitg., Paris, 1939, nr. 124; — Demolombe, C., *o.c.,* IX, *Traité de la distinction des biens,* I, nr. 338, bl. 190 e.v.; — Demogue, R., *Les notions fondamentales du droit privé,* bl. 520; — Van Boneval Faure, R., *Het Nederlandsche burgerlijk procesrecht,* I, 3de uitg., Leiden, 1893, § 29, bl. 236; — zie ook : Del Vecchio, G., *Philosophie du droit,* vert. A. d'Aynac, Paris, 1953, bl. 327.

(3) Zie nochtans Dabin, J., noot onder Luik, 3 april 1947, *R.C.J.B.,* 1948, 87 e.v.

(4) Dabin, J., *Le droit subjectif,* bl. 102-103.

Daarenboven zou men, indien de vordering zich vereenzelvigt met het subjectief recht, moeten verzaken aan het begrip zelf van de vordering, een vordering die steeds gelijk is, welke ook de aard weze van het subjectief recht dat men inroept (1).

Deze stelling werd trouwens sinds lange tijd verlaten in Duitsland. Reeds in 1889 wees Wach (2) erop dat de vordering het recht is om van de Staat de juridische bescherming *(Rechtsschutzanspruch)* te bekomen (3). Aldus ontstond de opvatting dat de vordering een autonoom recht is.

Volledigheidshalve dient ook nog de Italiaanse school vermeld, volgens dewelke de vordering een recht is om van de rechtsprekende organen de toepassing van het objectieve recht te bekomen. Hier is de vordering een *diritto potestativo,* een gewone voorwaarde opdat de rechtsmacht zou kunnen tussenkomen (4).

Zonder daarom alle elementen van de Duitse theorie over te nemen (5), moet men toch erkennen dat de idee van de vordering als een autonoom subjectief recht, op een gelukkige wijze past in het kader van het burgerlijk procesrecht. Sommige Franse auteurs hebben trouwens later deze gedachten overgenomen en beklemtoond dat het ging om een *droit à part* (6): « Le pouvoir d'agir en justice ou droit d'action est le droit de réclamer la protection judiciaire et ensuite, s'il le faut, l'appui de la force publique, pour faire respecter le droit menacé ou violé. Il est distinct du droit pour la protection duquel il est donné : c'est un droit autonome » (7).

41. — Over de systematische plaats van de bewijslast, zijn hoofdzakelijk drie stellingen verdedigd geworden. Hoewel de meeste auteurs de procesrechtelijke opvatting zijn toegedaan, zijn er toch vele burgerlijke rechtsgeleerden die menen dat de

---

(1) Voor een kritiek van de opvattingen van de Franse school, zie vnl. : Cornu, G., et Foyer, J., *Procédure civile,* Paris, 1958, bl. 272 e.v.; — Motulsky, H., *o.c.,* nr. 31, bl. 34-35.

(2) Wach, A., *Der Feststellungsanspruch,* in *Leipziger Festgabe für Windscheid,* Leipzig, 1889.

(3) Zie ook Goldschmidt, J., *Materielles Justizrecht,* in *Berliner Festgabe für Hübler,* Berlin, 1905; — Goldschmidt, J., *Der Prozess als Rechtslage,* Berlin, 1925; — Suyling, J. Ph., *o.c.,* nr. 319, bl. 22 e.v. Men vergelijke met de opvatting van diegenen die in de vordering een *droit à la juridiction* of een *droit de pétition* zien : Couture, E.J., *Introduction à l'étude de la procédure civile,* Paris, 1950, bl. 20 e.v.; — zie ook van dezelfde auteur : *Fundamentos del derecho procesal civil,* Buenos-Aires, 1942.

(4) Zie vnl. Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritto,* in *Saggi di diritto processuale civile,* I, Roma, 1930, bl. 3 e.v.

(5) Men raadplege trouwens voor een breedvoerige kritiek van de *Rechtsschutzanspruch :* Rosenberg, L., *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts,* § 90, bl. 416 e.v.

(6) Motulsky, H., *o.c.,* nr. 31, bl. 35.

(7) Glasson, E., et Tissier, A., *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile,* I, 3de uitg., Paris, 1925, nr. 183, bl. 442; — zie ook Dabin, J., *Le droit subjectif,* bl. 101 e.v.; — vgl. Cornu, G. et Foyer, J., *o.c.,* bl. 275. Voor een grondige uiteenzetting kan thans ook verwezen worden naar Solus, H., et Perrot, R., *Droit judiciaire privé,* I, Paris, 1961, nr. 94 e.v., bl. 95 e.v. Deze auteurs voegen er evenwel te recht aan toe dat er desondanks nauwe banden tussen de rechtsvordering en het subjectief recht blijven bestaan *(o.c.,* nr. 103 e.v., bl. 103 e.v.).

bewijslast geheel of ten dele een aangelegenheid is van het materiële recht.

42. — De voorstanders van de procesrechtelijke opvatting hebben — op enkele uitzonderingen na (1) — hun mening vertolkt in de handboeken van burgerlijk procesrecht. Dat de regeling van het bewijs voornamelijk in het burgerlijk wetboek opgenomen werd, hebben deze auteurs meestal scherp bekritiseerd : « La nécessité de prouver un droit suppose, en effet, que ce droit est méconnu, qu'il est litigieux ou sur le point de l'être; la preuve sous-entend un procès et sa règlementation doit, par conséquent, faire l'objet d'une loi de procédure » (2).

Zonder het minste onderscheid te maken, verklaren zij dat de hele bewijsregeling — en dus ook de bewijslast — tot het burgerlijk procesrecht behoort (3).

Deze opvatting gaat eigenlijk uit van de vaststelling dat de regelen van de bewijslast slechts tot hun ware geldingskracht komen tijdens het geding : de uitwerking ervan zou enkel op het procesrechtelijke gebied liggen, omdat de beginselen van de bewijslast aan de rechter voorschrijven een bepaalde uitspraak te vellen, wanneer één der partijen in proces het vereiste bewijs niet levert (4). Het is opvallend dat deze stelling, die een direct verband legt tussen bewijs en proces, in zekere mate gelijkenis vertoont met de vroegere theorie van de Franse school, volgens dewelke de vordering slechts een subjectief recht in beweging is (zie boven, nr. 40, en verder, nr. 47); daarenboven schijnt deze theorie enigszins het begrip *objectieve bewijslast* (*wat* moet bewezen worden) uit het oog te verliezen (zie desbetreffend boven, nr. 32 en verder, nr. 46), vermits zij vooral de aandacht

(1) Zie o.m. Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 15 e.v., hoewel Anema in zijn voorwoord verklaart dat de wetenschappelijke bespreking van het bewijsrecht ook in een handboek voor procesrecht thuishoort : *o.c.*, bl. V.

(2) Cuche, P., *o.c.*, nr. 436, bl. 495.

(3) Garsonnet et Cézar-Bru, II, nr. 2, bl. 5-6, en nr. 227, bl. 363, voetnoot 4; — Glasson, Tissier et Morel, *o.c.*, II, nr. 592, bl. 654, die verklaren dat enkel de voorafgemaakte bewijzen in het burgerlijk wetboek thuis horen; — Hamaker, H.J., *Beschouwingen over Bewijsrecht*, in *Verspreide geschriften*, V, bl. 51; — Suyling, J.Ph., *o.c.*, nr. 370, bl. 90; — Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 15 e.v.; — Pitlo, A., *o.c.*, bl. 2-3; — Scheltema, F.G., *o.c.*, bl. 1 e.v.; — Bernhardt, W., *Grundrisz des Zivilprozessrechts*, § 30, bl. 113; — Lent, F., *o.c.*, § 47, bl. 124; — Hellwig, K., *o.c.*, I, bl. 468; — Portuondo y de Castro, J., *La preuve et la science*, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, Montréal, 1952, bl. 568.

(4) Lent, F., *o.c.*, *l.c.*,; — Rosenberg, L., in de eerste uitgave van zijn boek over de bewijslast, bl. 38; — vgl. met de procesrechtelijke theorie van de bewijslast : zie nr. 161 e.v.

zal vestigen op de processuele verhouding van de partijen (eiser-verweerder) en dus op de subjectieve bewijslast.

43. — Andere auteurs zijn, zoals reeds gezegd, de mening toegedaan dat de bewijslast tot het materiële recht behoort, omdat de grond van het recht met het bewijs zo innig verbonden is (1).

Het is zelfs zo waar dat het materiële recht innig verbonden is met het bewijs, dat in het spraakgebruik zeer dikwijls één woord én de rechtshandeling én het bewijsstuk aanduidt : bv. de termen *overeenkomst, contract, akte,...* (2).

Meestal wordt in het bewijsrecht een onderscheid gemaakt tussen de *ordinatoria litis* en de *decisoria litis* en rekent men de bewijslast tot deze laatste en bijgevolg tot het materiële recht (3).

44. — Sommigen hebben tenslotte verklaard dat de bewijslast deels tot het materiële, deels tot het procesrecht moet gerekend worden (4). Deze opvatting is gegrond op het gemengd karakter, dat volgens deze auteurs moet toegekend worden aan de bewijslast, die eensdeels afgeleid wordt van materieelrechtelijke normen en waarvan de beginselen anderdeels slechts toegepast worden tijdens een geding.

45. — Wil men nu het passende antwoord vinden op de vraag of de bewijslast behoort tot het materiële dan wel tot het formele (processuele) recht, dan is ongetwijfeld een verduidelijking van de onderscheidingen tussen materieel en formeel recht van groot nut. Het is zeker de verdienste geweest van Anema dit te hebben gezien, wanneer hij betoogde dat de tegenstelling van het complex van personen-, zaken- en verbintenissenrecht enerzijds en het burgerlijk procesrecht anderzijds, niet mag verward worden met de tegenstelling tussen het materiële element (inhoud) en het formele element (vormen) van het recht (5).

(1) Dabin, J., *La technique de l'élaboration du droit positif*, bl. 101; — Ripert, G. et Boulanger, J., *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol*, II, 4de uitg., nr. 2157, bl. 698; — Planiol et Ripert, VII², nr. 1406, bl. 825; — Beudant, IX², nr. 1140, bl. 208; — Capitant, H., *Introduction à l'étude du droit civil*, nr. 330, bl. 401-402; — Windscheid, B., *o.c.*, I, 2de uitg., § 133, bl. 361; — Leonhard, F., *o.c.*, bl. 225 e.v.; — Rosenberg, L., *Die Beweislast*, § 7, bl. 77 e.v.

(2) Zie Polenaar, B.J., *Schets van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, 7de uitg., bl. 53; — vgl. De Page, III, nr. 715, bl. 683-684.

(3) Dabin, J., *o.c.*, bl. 79-80; — Beudant, *o.c.*, *l.c.*; — Perrot, R., *Le régime des preuves en droit international privé français*, nr. 3, *J.T.*, 1962, 273.

(4) Endemann, F., *o.c.*, I, bl. 81; — Meyerhofer, E., *Zur Lehre von der Beweislast, insbesondere bei bedingten und befristeten Verträgen*, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1903, 331.

(5) Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 15.

Het is zonder meer duidelijk dat de bij het begin van dit hoofdstuk gestelde vraag enkel betrekking heeft op eerstgenoemde tegenstelling, vermits het bewijsrecht zowel materiële als formele elementen bevat. Nochtans hebben verschillende auteurs, die gemeend hebben zich te moeten uitspreken voor de materieelrechtelijke opvatting van de bewijslast, ongetwijfeld vooral het tweede onderscheid materieel recht — formeel recht voor ogen gehad.

Dit betekent evenwel niet dat, waar het procesrecht de bevoegdheden en plichten der private personen in litigieuse toestand regelt, het hele bewijsrecht — en dus ook de leer van de bewijslast — een onderdeel van dit procesrecht zou uitmaken.

46. — Het is weliswaar juist dat de bewijslast essentieel een proces onderstelt, doch hieruit afleiden dat de regeling van de bewijslast van processuele aard zou zijn, is een verkeerde gevolgtrekking.

Aansluitend bij die gedachtengang zou men dan verder kunnen redeneren en verklaren dat het hele burgerlijk recht tot het procesrecht komt te behoren, van zodra een geding een aanvang neemt en er aan rechtsaanwending wordt gedaan!

Daarenboven geeft de bewijslastregeling voornamelijk een antwoord op de vraag, hoe de rechter moet uitspreken wanneer een bepaald feit niet bewezen werd; het gaat dus niet alleen om de processuele werkzaamheid van de partijen, maar ook om een leidraad voor de rechter betreffende de i n h o u d van de te vellen uitspraak.

Tenslotte gaat het evenmin op te verklaren dat, vermits de bewijslastregeling een zekere gedraging aan de rechter voorschrijft, zij een procesrechtelijk karakter vertoont. Er kunnen immers tal van bepalingen uit het burgerlijk wetboek worden aangehaald, die de rechter aanwijzingen geven voor de oplossing van geschillen over tegenstrijdige rechtsverhoudingen tussen partijen : men denke bv. aan het recht tot matiging voorzien in de artikelen 1231 en 1374 van het burgerlijk wetboek, aan de mogelijkheid om uitstel of zekere termijnen van respijt toe te staan (art. 1244, 1655, 1900 en 1901 B.W.), aan het recht om aan de pachter vrijstelling van betaling der pacht te verlenen in geval van mislukte oogst (art. 1769 B.W.) of om de ontlener te verplichten de in bruikleen ontvangen zaken terug te geven (art. 1889 B.W.). Zekere artikelen geven zelfs zeer nauwkeurige richtlijnen, zoals betreffende het recht van natrekking (art. 565 e.v. B.W.) of in geval van betwistingen over het vruchtgebruik (art. 603 en 618 B.W.).

Men zou toch moeilijk kunnen beweren dat dergelijke en andere voorschriften uitsluitend tot het procesrecht behoren, hoewel ze een processuele partijenverhouding onderstellen.

47. — Het h o o f d a r g u m e n t ten voordele van de materieelrechtelijke opvatting is evenwel gelegen in de vaststelling dat de bewijslastregeling totaal kan verschillen naargelang de constructie en materieelrechtelijke inhoud der rechtsverhoudingen (1). Het is ongetwijfeld juist dat het procesrecht materiële en formele elementen inhoudt (2), maar wanneer blijkt dat de bewijslastnormen wezenlijk bepaald worden door de aard en inhoud der te bewijzen feiten (3) kan men moeilijk nog staande houden dat de bewijslast tot het procesrecht zou behoren.

Men vergelijke met hetgeen boven gezegd werd naar aanleiding van de opvattingen van de vroegere Franse school over de vordering (zie boven, nr. 40) : indien men de vordering vereenzelvigt met het subjectief recht, moet men verzaken aan het begrip zelf van de vordering, die toch steeds gelijk moet zijn, welke ook de aard weze van het subjectief recht waarop men zich beroept.

Zo ook kan men moeilijk aanvaarden dat de bewijslast tot het procesrecht behoort, wanneer blijkt dat de bewijslastregeling niet uniform is, maar grotendeels afhangt van de rechtsnorm waarvan men de aanwending vraagt.

De juiste zienswijze wordt vertolkt door Rosenberg, die hierin de opvatting van Bartin benadert : de bewijslastnormen behoren tot het rechtsgebied van het voorschrift tot wiens aanwending de te bewijzen feiten moeten dienen (4).

Inderdaad, het rechtsgebied dat de inhoud van de gerechtelijke beslissing bepaalt wanneer de feiten ter aanwending van een voorschrift bewezen zijn, bepaalt ook in welke zin de rechter moet uitspreken, wanneer vermelde feiten niet bewezen zijn.

Wanneer het om processuele problemen gaat, zal natuurlijk het procesrecht de bewijslastnormen bepalen, doch in de meeste gevallen zal het burgerlijk recht deze normen aanduiden, zodat de bewijslast tot het materiële recht en hoofdzakelijk tot het gebied van het burgerlijk recht behoort.

48. — Bij dit alles moet men zich nochtans ook hoeden voor een

(1) Zie verder, nr. 129 e.v., en de voorbeelden, o.m. aangehaald in nr. 395 e.v.
(2) Asser-Anema-Verdam, *o.c., l.c.*
(3) Bartin in Aubry et Rau, XII, § 749, voetnoot 20*bis*, bl. 90.
(4) Rosenberg, L., *o.c.*, § 7, bl. 81; — vgl. Kuhn, H., *Die Beweislast insbesondere im Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, bl. 17.

te enge opvatting van het procesrecht, dat enkel maar zou voorschrijven h o e — d.w.z. volgens welke vormvereisten (1) — de rechter zijn oordeel moet vinden. Hierbij wordt over het hoofd gezien, dat een gerechtelijke beslissing met een welbepaalde inhoud vereist wordt (2); de rechter doet dus ongetwijfeld meer dan de vaststelling van reeds bestaande concrete materieelrechtelijke verhoudingen. Tijdens het proces worden die verhoudingen immers nader en misschien ook anders geconcretiseerd, doordat de rechter aan de hand van hetgeen door de partijen betoogd werd, het concrete geval waardeert en uitwerkt in het kader van de algemene rechtsregelen. En daarbij geven de bewijslastnormen duidelijk richtlijnen betreffende de inhoud der te vellen uitspraak : zij duiden aan welke feiten door de eiser en welke door de verweerder moeten bewezen worden.

Men mag daarom de procesrechtelijke aspecten van de bewijslastregeling niet uitsluiten; vele aanverwante problemen zijn grotendeels processueel, zoals trouwens uit de verdere behandeling duidelijk zal blijken (3).

AFDELING II. BELANG VAN HET PROBLEEM

49. — De voorgaande bespreking van de vraag of de regeling van de bewijslast tot het procesrecht behoort, is niet louter theoretisch. Aan de voorgestelde oplossing zijn tal van b e l a n g r i j k e p r a k t i s c h e g e v o l g e n verbonden, waarvan de voornaamste hier behandeld worden.

Men denke o.m. aan de toepassing van de bewijslastprincipes in de tijd (terugwerkende kracht) en in de ruimte (internationaal privaatrecht). Ook op de vraag naar de geldigheid der bewijslastovereenkomsten zal een verschillend antwoord gegeven worden naargelang men de procesrechtelijke dan wel de materieelrechtelijke opvatting huldigd (4).

Een bevredigende oplossing van deze en andere praktische problemen kan slechts gegeven worden wanneer men de bewijslast tot het materiële recht rekent. Dit wordt zelfs erkend door diegenen, die de procesrechtelijke opvatting zijn toegedaan; aldus ontnemen deze laatsten elk praktisch nut aan de door hen voorgestelde theorie, hetgeen

(1) Vgl. ter zake de rake opmerking van Anema : zie boven, nr. 45.
(2) Zie in dit verband het verbod van rechtsweigering : zie boven, nr. 5 en 6.
(3) Men raadplege voor de algemene principes : Wolff, E., *Bürgerliches Recht und Prozessrecht in Wechselwirkung,* Tübingen, 1952, bl. 24 e.v.
(4) Over dit laatste punt, zie verder nr. 56 e.v.

tevens een argument te meer is ten voordele van de materieelrechtelijke stelling.

50. — In het i n t e r n a t i o n a a l p r i v a a t r e c h t geldt de algemene regel dat de procedure uitsluitend beheerst wordt door de principes van de *lex fori,* het nationaal procesrecht van de plaats waar het geding aanhangig is. Maar vermits, zoals boven werd aangetoond, de bewijslastnormen tot het materiële recht behoren, zal de wet die de rechtsbetrekking beheerst, toepasselijk zijn (1).

Daarenboven — en dit is in een zekere mate belangrijker, vermits de bewijslastprincipes van de meeste landen elkaar toch benaderen —, zal ook de regeling van de wettelijke vermoedens, die in werkelijkheid de bewijslast verlichten (zie verder, nr. 387 e.v.), afhangen van de wet, die de grond van het recht bepaalt (2).

Deze stelling wordt trouwens bevestigd door de auteurs van het internationaal privaatrecht, die er aan toevoegen dat een dergelijke oplossing billijk is, vermits men zich slechts bewijsmiddelen zal verschaffen, wanneer verwacht wordt dat men de bewijslast zal moeten dragen (3).

Tenslotte wordt — zoals boven gezegd — het principe van de *lex causae* zelfs gehuldigd door de tegenstanders van de materieelrechtelijke theorie (4).

Men vindt dit alles bevestigd in het ontwerp van eenvormige wet betreffende het internationaal privaatrecht, gevoegd bij het verdrag van 11 mei 1951 tussen België, Nederland en Luxemburg (art. 24) :

(1) Planiol et Ripert, VII², nr. 1431, bl. 860; — Aubry et Rau, I, 5de uitg., § 31, bl. 170; — Beudant, IX², nr. 1156, bl. 227; — Rosenberg, L., *o.c.,* § 7, bl. 84; — Leonhard, F., *o.c.,* bl. 228; — Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 61; — Perrot, R., *o.c.,* nr. 2, *J.T.,* 1962, 273.
(2) Bartin in Aubry et Rau, XII, § 750, bl. 100, voetnoot 1*bis;* — Decottignies, R., *Les présomptions en droit privé,* nr. 104, bl. 256 e.v.
(3) Batiffol, H., *Les conflits de lois en matière de contrats,* Paris, 1938, nr. 437, bl. 373; — Batiffol, H., *Traité élémentaire de droit international privé,* 2de uitg., Paris, 1955, nr. 727, bl. 803; — Arminjon, P., *La preuve en droit international privé, Rev. dr. int. priv.,* 1929, bl. 398-399; — Lerebours-Pigeonnière, P., *Précis de droit international privé,* 5de uitg., Paris, 1948, nr. 318, bl. 405; — Mulder, A., *Inleiding tot het Nederlands internationaal privaatrecht,* 2de uitg., Arnhem, 1947, bl. 228; — Schnitzer, A.F., *Handbuch des Internationalen Privatrechts,* 3de uitg., dl II, Basel, 1950, bl. 734; — Nussbaum, A., *Deutsches Internationales Privatrecht,* Tübingen, 1932, § 61, bl. 413; — Cheshire, C., *Private international law,* 4de uitg., London, 1952, bl. 646; — zie ook : Cass. fr., 6 februari 1905, *S.,* 1907, 1, 393; — Cass. fr., 10 januari 1951, *S.,* 1951, 1, 207; — Hof Amsterdam, 24 oktober 1946, *N.J.,* 1947, 229; — R.G., 6 februari 1930, *Warn.,* 1930, 144; — O.L.G. Hamburg, 21 februari 1930, *Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift,* 1930, B, nr. 153. Voor enkele toepassingsgevallen, zie o.m. : Brussel, 11 januari 1952, *Pas.,* 1953, II, 49; — Brussel, 28 juni 1957, *J.T.,* 1958, 253.
(4) Hellwig, K., *o.c.,* I, bl. 469; — Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 61.

«... De toelaatbaarheid en de kracht van wettelijke vermoedens, alsmede de bewijslast, worden beheerst door de wet, die op de rechtsbetrekking van toepassing is» (1).

Het spreekt vanzelf dat als algemeen correctief op dit principe het beginsel geldt, dat een regel van de bewijslast niet in strijd mag zijn met de territoriale internationale openbare orde van het land, waar de toepassing ervan wordt ingeroepen.

51. — Doch ook voor de vraag naar de toepasselijkheid van een nieuwe wet (intertemporaal recht), is het behandelde probleem van belang.

Men vergete immers niet dat het proces beheerst wordt door wetsbepalingen, die op het ogenblik van de dagvaarding of van de uitspraak gelden : de wetten inzake procedure hebben immers ogenblikkelijke toepassingskracht (oneigenlijke terugwerkende kracht), tenzij de wetgever het uitdrukkelijk anders heeft bepaald.

De bewijslastnormen daarentegen zullen, ingevolge de voorgestelde oplossing, beheerst worden door de wetsbepalingen die in werking waren bij het verrichten der handelingen, die tot het proces aanleiding gaven (2).

Een interessant toepassingsgeval vindt men in de wetgeving op de landpacht, zoals die gewijzigd werd door de wet van 7 juli 1951. Voor de pachtovereenkomsten gesloten vóór 8 augustus 1951 (datum van het van kracht worden van de nieuwe wet) geldt nog steeds de regel uitgedrukt in artikel 1731 van het burgerlijk wetboek, volgens dewelke de pachter geacht wordt — bij ontstentenis van plaatsbeschrijving — het pachtgoed in goede staat te hebben ontvangen. De bewijslast blijft dus in dergelijke gevallen nog steeds op de pachter rusten, welke ook de datum weze, waarop de betwisting ter zake ontstaan is.

Voor de pachtovereenkomsten na 8 augustus 1951 gesloten, is de toestand helemaal anders vermits de pachter, bij ontstentenis van een tegensprekelijke plaatsbeschrijving bij het begin van de pacht, ondersteld wordt het goed ontvangen te hebben in de staat waarin het zich bevindt op het

(1) *R.W.*, 1951-52, 1199. Voor de toelichting van dit artikel, zie het verslag van de commissie, *R.W.*, 1951-52, 1153 e.v.; — zie ook in dezelfde zin artikel 2 van de regelen opgesteld door het *Institut de droit international de Lausanne* in 1947, *Annuaire de l'institut de droit international*, 1947, 260; *J.T.*, 1962, 277.

(2) Rosenberg, L., *o.c.*, § 7, bl. 85; — Planiol et Ripert, VII², nr. 1430, bl. 859; — Zelfs Hellwig, K., *o.c.*, I, bl. 469, bevestigt dit; — Beudant, IX², nr. 1157, bl. 229 (impliciete oplossing); — vgl. Decottignies, R., *o.c.*, nr. 98 e.v., bl. 247 e.v.; — zie ook : Verbr., 12 maart 1936, *Pas.*, 1936, I, 189; — Anders, doch onvoldoende genuanceerd : Brussel, 23 oktober 1940, *Pas.*, 1941, II, 97. Voor een uitvoerige uiteenzetting van het probleem, zie Roubier, P., *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps*, 2de uitg., Paris, 1960, nr. 53, bl. 234 e.v.

einde van de gebruiksperiode, tenzij de verpachter het tegendeel bewijst (artikel 1778, § 6, B.W.) (1).

52. — Verder werd door sommige auteurs uit het processueel karakter van de bewijslast afgeleid dat de bewijslastregeling enkel van toepassing zou zijn in de gewone burgerlijke en handelsgedingen, en dus bv. niet in een procedure voor scheidslieden of in een procedure op verzoekschrift. Ook deze zienswijze kan niet aanvaard worden, omdat het vertrekpunt verkeerd is (2).

53. — Wanneer de bewijslast de grond van het recht raakt, zal zelfs een uitspraak die zich beperkt tot een regeling van de bewijslast, vatbaar zijn voor beroep, omdat ze interlocutoir is (3).

Het arrest van het Hof van beroep te Gent (4) is op dat stuk zeer interessant. Een eigenaar had opzeg gegeven aan de huurder van het goed en hem nadien gedagvaard; deze laatste betwistte het eigendomsrecht van de eiser. De eerste rechter had vooraleer ten gronde uit te spreken de bewijslast op de verweerder gelegd; hiertegen had de verweerder beroep aangetekend. Het Hof was van oordeel dat het eerste vonnis reeds gedeeltelijk ten gronde had uitgesproken en dus beroepbaar was. Vermits het beroep tegen een interlocutoir vonnis mogelijk is omdat het een *onmiddellijk voordeel* toekent aan één der partijen (5), blijkt hieruit eens te meer het belang van de bewijslast.

54. — Tenslotte heeft de stelling, volgens dewelke de bewijslastnormen behoren tot het rechtsgebied van het voorschrift tot wiens aanwending de te bewijzen feiten moeten dienen (zie boven, nr. 47), tot gevolg dat bij een voorziening in verbreking wegens inbreuk op de voorschriften betreffende de bewijslast, geen schending van artikel 1315 van het burgerlijk wetboek moet ingeroepen worden, maar slechts de schending van het ingeroepen rechtsvoorschrift (6).

55. — Doch ook voor andere nevenproblemen is het behandelde vraagstuk niet zonder belang. De geldigheid van de bewijslastovereenkomsten werd immers vooral betwist op grond van het zogezegd procesrechtelijk karakter van de bewijslast. Omdat dit probleem interessante aspecten vertoont, zal het thans ietwat uitvoeriger besproken worden.

(1) De Clercq, A., en Sevens, M., A.P.R., Tw. *Landpacht*, nr. 249-250.

(2) Zie over het toepassingsgebied van de bewijslastregelen, nr. 80 e.v.

(3) Gent, 16 juni 1909, *Pas.*, 1912, II, 309.

(4) *idem*.

(5) Brosens, W., A.P.R., Tw. *Beroep in burgerlijke zaken en in zaken van koophandel*, nr. 293.

(6) Zie voor de toepassing in verband met artikel 1382 B.W. : Ronse, J., *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad*, Proefschr., Brussel, 1954, nr. 169, bl. 139; — vgl. de objectiefrechtelijke theorie : zie verder, nr. 129 e.v.

HOOFDSTUK IV.

DE BEWIJSLASTOVEREENKOMSTEN

AFDELING I. BEGRIPSOMSCHRIJVING

56. — Zeer dikwijls werd de geldigheid van overeenkomsten nopens de bewijslast en in het algemeen nopens de bewijsregeling betwist. Ten einde dit probleem beter te kunnen bespreken, past het ook hier een begripsverwarring uit de weg te ruimen.

Door bewijslastovereenkomst wordt begrepen, een overeenkomst waarbij de partijen, in afwijking van de normale principes ter zake, de verdeling en omvang van de bewijslast regelen. In sommige gevallen, zoals bv. in geval van buitengerechtelijke bekentenis, kan men ook van een eenzijdige bewijslastregeling gewagen.

57. — Wanneer nu de opvattingen desbetreffend worden nagegaan, dan stelt men vast dat, waar sommigen deze overeenkomsten als nietig beschouwen, zeer dikwijls in werkelijkheid bewijsovereenkomsten bedoeld worden, die een regeling inhouden betreffende de bewijsmiddelen en hun bewijskracht of de rechter hoofdzakelijk dwingen de waarheid of onwaarheid van bepaalde feiten te aanvaarden en hem aldus beperken in zijn vrije bewijswaardering (1).

Als voorbeelden van dergelijke bewijsovereenkomsten kunnen aangehaald worden : de overeenkomst waarbij men bepaalt dat het getuigenbewijs zal toegelaten zijn boven het wettelijke bedrag of dat een schriftelijk bewijs zal noodzakelijk zijn zelfs zo de wet het getuigenbewijs of bewijs door vermoedens toelaatbaar acht.

Gezien deze voorkomende verwarring, is het aangewezen even de verschillende redenen waarom dergelijke overeenkomsten soms door de rechtsleer als nietig beschouwd worden, in herinnering te

(1) Dezelfde begripsverwarring vindt men terug bij de omschrijving van het recht op bewijs : zie verder, nr. 220.

brengen. Men heeft dikwijls de openbare orde en het imperatief karakter van de bewijswetgeving ingeroepen (1); ook werd soms verwezen naar de opvatting volgens dewelke al wat met het procesrecht samenhangt — en hierbij voegde men dan het hele bewijsrecht —, Staatszaak is en dus niet het voorwerp kan zijn van private overeenkomsten (2).

Sommige auteurs tenslotte hebben een onderscheid gemaakt : hoewel zij de nietigheid van de overeenkomsten nopens de bewijsprocédés en hun bewijskracht bevestigden, aanvaardden zij nochtans de geldigheid van de overeenkomsten die enkel de bewijslast of de te bewijzen feiten tot voorwerp hebben (3).

58. — Het argument van de openbare orde werd zeer dikwijls ingeroepen en is dan ook gedurende lange tijd het voorwerp van hevige discussies geweest.

Zeer dikwijls werd het probleem gesteld naar aanleiding van de toepasselijkheid van artikel 1341 van het burgerlijk wetboek, volgens hetwelk een schriftelijk bewijs noodzakelijk is voor alle geschillen die de waarde van 3.000 F overtreffen, doch meestal werd eraan toegevoegd dat het antwoord kan gelden voor het hele domein van het bewijs der verbintenissen (art. 1315 e.v. B.W.) (4).

Waar vroeger door de Belgische rechtspraak het karakter van openbare orde aan deze wettelijke bepalingen werd toegekend (5), werd sinds 1922 de tegenovergestelde opvatting gehuldigd (6). Trouwens, gezien de werke-

(1) Le Balle, R., *Des conventions sur le procédé de preuve en droit civil,* bl. 38 e.v.; — Legeais, R., *o.c.,* bl. 140 e.v.

(2) Hellwig, K., *o.c.,* I, bl. 469; — zie ook hetgeen verder zal gezegd worden over de publiekrechtelijke theorie : nr. 153 e.v.

(3) Sescioreano, *Des conventions relatives à la preuve de la libération du débiteur,* nr. 15, bl. 38; — Cocural, M., *Etude théorique et jurisprudentielle des conventions des parties en matière de preuve, en droit civil français,* bl. 44 e.v.; — vgl. Laurent, die van oordeel is dat artikel 1315 B.W. niet en artikel 1341 B.W. wel van openbare orde is : *Principes de droit civil,* XIX, nr. 94, bl. 92, en nr. 397 e.v., bl. 425 e.v.

(4) Er wordt weliswaar uitzondering gemaakt voor het extrapatrimoniale recht, waarvan gewoonlijk aanvaard wordt dat de aldaar voorziene bewijsregelen alleszins van dwingende aard zijn : De Page, III, nr. 737, A, bl. 719; — Dabin, J., noot onder Verbr., 30 januari 1947, *R.C.J.B.,* 1947, 238; — zie hierover verder, nr. 80.

(5) Zie o.m. Gent, 6 november 1841, *Pas.,* 1842, II, 43; — Luik, 3 december 1879, *Pas.,* 1880, II, 94.

(6) Verbr., 14 december 1922, *Pas.,* 1923, I, 111; —Verbr., 1 juli 1926, *Pas.,* 1927, I, 37; — Verbr., 6 januari 1927, *Pas.,* 1927, I, 119; — Verbr., 28 december 1944, *Pas.,* 1945, I, 76; — Verbr., 26 april 1945, *Pas.,* 1945, I, 149; — Verbr., 30 januari 1947, *R.C.J.B.,* 1947, 211, met noot J. Dabin; — Verbr., 30 september 1948, *Pas.,* 1948, I, 520; — Verbr., 26 oktober 1956, *Pas.,* 1957, I, 192; — Verbr., 20 juni 1957, *Pas.,* 1957, I, 1256; — Rb. Mechelen, 2 februari 1960, *R.W.,* 1959-60, 1407; — Cass. fr., 6 januari 1936, *D.H.,* 1936, 116; — Cass. fr., 24 maart 1942, *D.C.,* 1942, 64; — Cass. fr., 7 maart 1950, *Bull. Cour Cass.,* 1950, II, 61; — Cass. fr., 19 oktober 1950, *Bull. Cour Cass.,* 1950, III, 504; — Cass. fr., 5 november 1952, *Bull. Cour Cass.,* 1952, I, 235; — zie ook : *De Page,* III, nr. 737, bl. 718 e.v.; — Planiol et Ripert, VII², nr. 1428 e.v., bl. 856 e.v.; — Scheltema, F. G., *o.c.,* bl. 97; — Anders : Kluyskens, A., *De Verbintenissen,* nr. 313, bl. 461.

lijke betekenis van het bewijs (zie boven, nr. 7), is een overeenkomst over het bewijs in werkelijkheid een overeenkomst over een subjectief recht; wanneer men vrijelijk kan beschikken over zijn recht, dan kan men ook — mede ingevolge de zgn. lijdelijkheid van de rechter (1) — de toekenning of het verlies ervan conventioneel regelen en bijgevolg ondergeschikt maken aan een speciale bewijsovereenkomst (2).

Daaraan moet een essentiële vaststelling toegevoegd worden : men kan een algemene tendens van versoepeling van de strakke wettelijke bewijsregeling onderkennen (3).

Ook de auteurs, die voorstanders waren van het karakter van openbare orde omdat dit blijkbaar logisch en technisch het best overeenstemt met de *ratio legis* en niet kan ontzenuwd worden door de idee *bewijsregeling is privézaak,* hebben ten dele bovenvermelde vaststelling aanvaard en er de praktische besluiten uit getrokken (4).

59. — Zelfs indien men de geldigheid van de bewijsovereenkomsten zou betwisten — hetgeen in de huidige stand van rechtsleer en rechtspraak moeilijk nog kan gedaan worden — dan nog dient een uitzondering te worden gemaakt voor de o v e r e e n k o m s t e n d i e d e b e w i j s l a s t betreffen (5).

Door een bewijslastregeling heeft de wetgever sommige personen (zwakkeren, slachtoffers,...) of bepaalde toestanden (bezit, rechtsschijn,...) willen beschermen (6). Men kan weliswaar van oordeel zijn dat een dergelijke bescherming eerbiedwaardig is, doch daarom is ze nog niet van openbare orde (7).

(1) Planiol et Ripert, VII², nr. 1428, bl. 856.
(2) Ripert et Boulanger, II, nr. 2195, bl. 710; — Anders : Le Balle, *o.c.,* bl. 134.
(3) Dabin, J., noot onder Verbr., 30 januari 1947, *R.C.J.B.,* 1947, 235; — vgl. : Huc, Th., *Commentaire théorique et pratique du Code civil,* VIII, Paris, 1895, nr. 290, bl. 367 e.v.; — De Page, I, nr. 30, bl. 42. Voor een meer uitgebreide bespreking van deze algemene vaststelling, zie verder, titels IV en V.
(4) Vgl. o.m. Dabin, J., noot onder Verbr., 30 januari 1947, *R.C.J.B.,* 1947, 233 e.v. Deze auteur is weliswaar van oordeel dat de bewijsregeling belangen van sociale aard beschermt, zodat de partijen hierover niet vrij zouden kunnen beschikken, *a fortiori* niet wanneer zij hun geschil aan het oordeel van de rechtbank onderwerpen, die als openbare dienst gehouden is aan zekere regelen van openbare orde, zoals bv. inzake bewijs. Vgl. ook Legeais, R., *o.c.,* bl. 136.
(5) Zie zeer uitdrukkelijk : Verbr., 20 juni 1957, *Pas.,* 1957, I, 1256; — vgl. Verbr., 30 september 1948, *Pas.,* 1948, I, 520, waar verklaard wordt dat vermits de regeling van het bewijs niet tot de openbare orde behoort, het rechtsmiddel van de schending van artikel 1315 B.W. niet voor de eerste maal voor het Hof van Cassatie kan ingeroepen worden. Het Hof erkent dus impliciet dat de partijen tijdens het geding de normale verdeling van de bewijslast kunnen verzaken.
(6) Zie hierover verder, meer speciaal in verband met de vermoedens : nr. 379 en 385.
(7) Men vergelijke trouwens met sommige wettelijke bepalingen waaraan uitdrukkelijk wordt toegevoegd *niettegenstaande elk strijdig beding* (zie bv. artikel 1742, 1774 en 1775 B.W. : huur- en pachtwetgeving). Een dergelijke terminologie is meestal bedoeld om de wil van de zwakste partij te doen eerbiedigen, doch verleent daarom nog niet het karakter van openbare orde aan de wettelijke bepalingen waarin deze termen zijn opgenomen : De Page, I, nr. 91*bis,* B, bl. 108.

Daarenboven werd zeer juist opgemerkt dat in bepalingen van aanvullend recht, het streven naar gerechtigheid domineert boven dat naar rechtszekerheid (1). Welnu, voor de rechtszekerheid is het van geen belang welke van beide partijen de bewijslast draagt, van zodra vaststaat wie het uiteindelijk zijn zal. Evenmin is de graad van *behoren (Sollen)* zo sterk, dat het dwingend recht zou moeten zijn. Men staat hier dus voor aanvullend recht.

Tenslotte moet de aandacht ook gevestigd worden op het feit dat, zo de bewijslastregeling dwingend recht zou zijn, de partijen hieraan toch afbreuk zouden kunnen doen door een overeenkomst, waarin bepaald wordt dat de feiten, waarvan één der partijen de bewijslast zou moeten dragen, als vaststaande worden aanvaard. Dit is geen eigenlijke bewijslastovereenkomst, doch een eenvoudige vaststelling in onderling akkoord (2).

Een vaststellingsovereenkomst, d.w.z. een materieelrechtelijke overeenkomst waarbij, op grond van een tussen partijen getroffen beding, een vaststelling als juist moet worden aangenomen (3), is dus ook bewijsovereenkomst (4).

Een wijziging van de gewone bewijslastverdeling kan trouwens ook het gevolg zijn van andere overeenkomsten die tussen de partijen werden afgesloten.

Een afpaling bv. die zonder betwisting omtrent het eigendomsrecht geschied is, impliceert geen verzaking aan een recht; zij heeft evenwel als uitwerksel, ten laste van de opeiser het bewijs te leggen dat zijn recht zich verder dan de op tegenspraak geplaatste palen uitstrekt (5).

60. — Na deze uitweiding om beter de grenzen van dit hoofdstuk te beperken, kan thans een onderzoek gedaan worden betreffende de bewijslastovereenkomsten, die veeleer moeten beschouwd worden als overeenkomsten waardoor het risico van de onzekerheid nopens het bestaan van een of ander feit op één der partijen in proces wordt gelegd.

Dergelijke overeenkomsten bevatten dus een afwijking van de wettelijke regeling, die, in het betwiste geval, zekere feiten tot voorwaarde voor de erkenning van het begeerde rechtsgevolg heeft gesteld. De feiten waaromtrent de partijen wijziging van de bewijslast-

(1) Scholten, P., *Algemeen deel,* bl. 30.
(2) Vgl. met het onderscheid tussen omkering van de bewijslast en bewijswaardering door de rechter : zie nr. 143.
(3) Zie aldus : Meijers, E.M., noot onder H.R., 7 december 1934, *N.J.,* 1935, 443.
(4) Clavareau, P.J.A., *Enige hulpovereenkomsten,* bl. 108.
(5) Verbr., 29 mei 1959, *R.W.,* 1959-60, 1843.

verdeling wensen, worden dan a.h.w. uitgeschakeld als voorwaarde voor de erkenning van het rechtsgevolg en gewijzigd in zelfstandige feiten met een ander rechtsgevolg, waarvan de tegenpartij de bewijslast zal dragen (1). Wanneer de wet bv. een bepaald rechtsgevolg afhankelijk stelt van het bestaan der feiten a en b, dan kunnen de partijen overeenkomen, dat het slechts afhankelijk zal zijn van feit a, en dat, zo de tegenpartij het niet-bestaan van feit b zou kunnen bewijzen, het rechtsgevolg niet zal intreden.

61. — De vraag naar de geldigheid van dergelijke overeenkomsten houdt uiteindelijk verband met twee voorafgaande vaststellingen, die elders gedaan werden : de bewijslastregeling is niet van openbare orde (2) en behoort daarenboven tot het materiële recht (zie boven, nr. 46 e.v.).

Daar de bewijslast niet tot het domein der openbare orde behoort, mogen de gedingvoerende partijen de verdeling ervan bij overeenkomst vastleggen (3).

Daarenboven moeten deze overeenkomsten eveneens geldig worden verklaard, omdat de bewijslast tot het materiële recht en niet tot het procesrecht behoort : een regeling van de verdeling van de bewijslast grijpt alsdan niet in op de gewone gang van de rechtspleging vermits het geenszins in de bedoeling van de partijen lag te bepalen *wanneer* en *waarom* de feitenrechter iets als onzeker moest aanzien. Veeleer hebben zij door een bewijslastovereenkomst voorzorgen willen treffen voor het geval de rechter een bepaald feit noch als waar noch als onwaar zou erkennen (4).

De voorgaande vaststellingen zijn doorslaggevend; er zijn natuurlijk tal van nevenargumenten, die evenwel minder belangrijk zijn en trouwens ondergeschikt zijn aan de twee voorafgaande constatating. Zo

(1) Scheltema, F.G., *o.c.*, bl. 77.
(2) Zie boven, nr. 58; — vgl. Van Apeldoorn, die *a contrario* redeneert en het dwingend recht beschouwt als het geheel van die regelen, waarvan de belanghebbende partijen niet bij onderlinge overeenkomsten mogen afwijken : *Inleiding tot de studie van het Nederlands recht*, bl. 134.
(3) De Page, III, nr. 736, bl. 718; — Dekkers, R., *Précis de droit civil belge*, II, nr. 636, bl. 367; — Aubry et Rau, XII, § 749, bl. 94; — Planiol et Ripert, VII², nr. 1422, bl. 849-850; — Suyling, J.Ph., *o.c.*, nr. 380, bl. 108 e.v.; — Verbr., 30 september 1948, *Pas.*, 1948, I, 520; — Cass. fr., 17 mei 1909, *S.*, 1910, 1, 185; — Cass. fr., 6 maart 1912, *D.P.*, 1913, 1, 415; — Hof Amsterdam, 28 juni 1920, *W.*, 10632; — Arr. Rb. Groningen, 15 december 1922, *W.*, 11113; — Hof Amsterdam, 21 oktober 1954, *N.J.*, 1955, 324.
(4) Rosenberg, L., *o.c.*, § 7, bl. 87; — vgl. Asser-Anema-Verdam, die de grens trachten te bepalen tussen de bewijsovereenkomst als een overeenkomst van procesrechtelijke aard en de overeenkomst welke materieelrechtelijke verhoudingen regelt : *o.c.*, bl. 59.

hebben sommigen verwezen naar de vrijheid der partijen als *domini litis* om overeenkomsten nopens de bewijslast te sluiten (1). Anderen gewaagden van de noodzakelijkheid dergelijke overeenkomsten te aanvaarden ten einde, dank zij deze partijenregeling, de neutraliteit van de rechter beter te waarborgen : daar de partijen zelf bij voorbaat hebben bepaald wie de bewijslast zal dragen, bestaat er veel minder gevaar dat de rechter persoonlijk zou tussenkomen om eigenmachtig de bewijslast te regelen (2).

62. — De partijen mogen dus afwijken van de wettelijke verdeling en omvang van de bewijslast (3); deze afwijking kan zowel bij overeenkomst geschieden als door een eenzijdige verzaking (zie boven, nr. 56).

Men heeft het soms zo voorgesteld dat wanneer tijdens het geding één der partijen aanbiedt zelf het bewijs te leveren van het ontbreken van een bepaald feit, dat door de tegenpartij moet bewezen worden, of zich tevreden stelt met de waarschijnlijkheid van het aangevoerde feit, een dergelijke houding eveneens als een eenzijdige verzaking aan de bewijslastprincipes zou moeten beschouwd worden (4). Een dergelijke opvatting strookt niet met de principes waarop verder de aandacht zal worden gevestigd. Ongetwijfeld mogen de partijen een dergelijk aanbod doen, doch hierdoor wordt de bewijslastregeling niet gewijzigd : in geval van twijfel over dat feit, zal deze nog uitvallen ten nadele van de partij die hiervan oorspronkelijk de bewijslast moest dragen (zie hierover nog verder, nr. 141).

Door de bewijslastovereenkomsten wordt de aard van het bewijs niet gewijzigd, vermits de bewijslast enkel van de ene partij naar de andere overgaat, in afwijking van artikel 1315 van het burgerlijk wetboek of in afwijking van de objectiefrechtelijke norm die in het concrete geschil wordt toegepast en dus de bewijslastverdeling (zie verder, nr. 129 e.v.) bepaalt.

AFDELING II. GELDIGHEIDSVEREISTEN

63. — Eenmaal de geldigheid in het algemeen aanvaard, dient evenwel te worden nagegaan welke vereisten moeten aanwezig

(1) Sescioreano, *o.c.*, bl. 26 e.v.
(2) Cocural, *o.c.*, bl. 40 e.v.
(3) De rechter daarentegen zou hiervan ambtshalve niet mogen afwijken : Cass. fr., 3 maart 1926, *D.H.*, 1926, 252. Zie hierover verder : nr. 191 en nr. 289 e.v.
(4) Laurent, XIX, nr. 94, bl. 92-93; — Cass. fr., 1 april 1862, *S.*, 1863, 1, 86; — Cass. fr., 27 mei 1862, *D.P.*, 1862, 1, 433; — Cass. fr., 21 juli 1926, *S.*, 1926, 1, 319 (eiser had in zijn dagvaarding zelf reeds aangeboden om te bewijzen dat er geen verjaring was); — H.R., 16 juni 1843, *W.*, 406; — H.R., 10 november 1899, *W.*, 7357; — H.R., 24 mei 1901, *W.*, 7612; — H.R., 31 maart 1911, *W.*, 9168; — H.R., 31 maart 1916, *N.J.*, 1916, 777.

zijn bij het tot standkomen dezer overeenkomsten. De gewone wettelijke bepaling van artikel 1108 van het burgerlijk wetboek is ook ter zake toepasselijk, doch in de praktijk zal men hierop minder acht slaan omdat eerder uitzonderlijk van een uitdrukkelijke tweepartijenovereenkomst kan gesproken worden, daar waar de partijen zeer dikwijls stilzwijgend en ook soms eenzijdig, de wettelijke principes van de bewijslast verzaken.

64. — Dit alles belet evenwel niet dat aan deze contractuële vrijheid zekere b e p e r k i n g e n worden gesteld.

In de eerste plaats moeten de partijen de b e v o e g d h e i d hebben om over het voorwerp van de overeenkomst te beschikken. Artikel 2698 van het Italiaanse burgerlijk wetboek heeft deze voorwaarde uitdrukkelijk vastgelegd : « Sono nulli i patti con i quali è invertito ovvero è modificato l'onere della prova, quando si tratta di diritti di cui le parti non possono disporre o quando l'inversione o la modificazione hanno per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto ».

Artikel 180, 1ste lid, van het ontwerp van wet 1959, opgesteld door de Staatscommissie voor de Nederlandse burgerlijke wetgeving, voorziet dit ook uitdrukkelijk : « Overeenkomsten waarbij van het wettelijk bewijsrecht wordt afgeweken, mogen niet worden aangegaan voor zover zij zouden kunnen leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat ».

65. — Verder mogen de partijen bij het opstellen van dergelijke overeenkomsten geen voorschriften van d w i n g e n d r e c h t over het hoofd zien (1), zoals bv. in zaken van staat en bekwaamheid.

De echtscheiding behoort tot het domein van de openbare orde. Overeenkomsten die tot doel zouden hebben de bewijslast van de eisende partij te verlichten en aldus eventueel een echtscheiding door onderlinge toestemming te verduiken, zijn dan ook verboden (2).

Meer speciaal zijn er in het domein van het bewijsrecht, verschillende principes waaraan geen afbreuk mag worden gedaan (3).

66. — Men kan immers ten aanzien van overeenkomsten, die erop gericht zijn het b e w i j s t e v e r e e n v o u d i g e n, moeilijk aanvaarden dat zij uiteindelijk volledig afbreuk zouden doen aan de

(1) Rosenberg, L., *o.c.*, § 7, bl. 87; — Scheltema, F.G., *o.c.*, bl. 78; — Guldener, M., *o.c.*, bl. 70.
(2) De Page, I, nr. 875, bl. 951; — vgl. Kluyskens, A., *Personen- en Familierecht*, 2de uitg., Brussel, 1950, nr. 448, bl. 417 e.v.
(3) Vgl. Dabin, J., noot onder Verbr., 30 januari 1947, *R.C.J.B.*, 1947, 240.

basisprincipes van de rechterlijke organisatie, zoals bv. de neutraliteit van de rechter of de verplichting van de rechter om slechts te statueren op grond van regelmatig voorgebrachte bewijzen (1).

Zo kan men moeilijk volledig ontslagen worden van de verplichting om de ingeroepen rechtsfeiten te bewijzen. Evenmin kan aanvaard worden dat de partijen vooraf tot een akkoord zouden komen om de rechter toe te laten uit te spreken op grond van inlichtingen die door hem zouden ingewonnen worden buiten elke normale bewijsprocedure om (2), tenzij zij nog vooraf de gelegenheid zouden hebben om deze gegevens tegensprekelijk te onderzoeken.

Behoudens de eed en de bekentenis, kan geen tegenbewijs ingebracht worden ten aanzien van de wettelijke onwederlegbare vermoedens; een wijziging van deze regeling zou eveneens ongeoorloofd zijn (3).

Ook zou een overeenkomst, waarbij men zich onttrekt aan een bewijsvoering voor de gewone rechtbanken, als strijdig met de openbare orde moeten beschouwd worden (4).

67. — Anderzijds zijn er overeenkomsten, die bv. door een omkering van de bewijslast, de b e w i j s l e v e r i n g b e m o e i l i j k e n. Dergelijke overeenkomsten zijn ongetwijfeld geldig, zolang zij het bewijs niet onmogelijk maken (5).

Zo verzet het principe van een tegensprekelijk debat zich tegen een verzaking of een overeenkomst, die zou neerkomen op een uitsluiting van het tegenbewijs; de mogelijkheid van tegenbewijs is immers een der pijlers van een goed procesrecht en dient mede ter bescherming van de goede trouw (6).

(1) Le Balle, R., *o.c.*, bl. 78-79.
(2) Zie nochtans aldus : Cass. fr., 13 december 1911, *D.P.*, 1912, 1, 158.
(3) Dabin, J., noot onder Verbr., 30 januari 1947, *R.C.J.B.*, 1947, 239. Nochtans zouden de partijen vrij zijn een onwederlegbaar vermoeden, dat slechts het karakter van aanvullend recht heeft, bij overeenkomst buiten werking te stellen, hetgeen helemaal iets anders is dan het leveren van tegenbewijs : zie aldus Scheltema, F.G., *o.c.*, bl. 123, voetnoot 3. Zie hierover ook bij de bespreking van de onwederlegbare vermoedens : nr. 376 e.v.
(4) Cass. fr., 15 december 1930, *S.*, 1931, 1, 68. De feitenrechter had ter zake een advocaat aangesteld met als opdracht een uitgebreid onderzoek te doen naar de echtheid van een geschrift; het Hof van Cassatie oordeelde dat de partijen, hoewel zij vrijwillig voor de aangestelde advocaat waren verschenen, niet konden verzaken aan het recht om volgens de gewone procedure en voor de normale rechtbank hun zaak te doen beslechten. Zie ook : Cass. fr., 3 november 1936, *D.H.*, 1936, 569; — vgl. verder, nr. 291.
(5) Le Balle, R., *o.c.*, bl. 105-107; — Ripert et Boulanger, II, nr. 2195, bl. 711.
(6) Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 59; — Scheltema, F.G., *Contractuele regelingen omtrent de toelaatbaarheid en de waardering van bewijsmiddelen en omtrent de uitsluiting van tegenbewijs*, *W.P.N.R.*, 1935, nr. 3427/31; — Guldener, M., *o.c.*, *l.c.*,; — vgl. Cass. fr., 19 oktober 1937, *S.*, 1937, 1, 372; *D.H.*, 1937, 584 (de feitenrechter

Het geval beslecht door het Hof te Amsterdam d.d. 15 november 1933 geeft een specifiek voorbeeld hiervan. In een overeenkomst tussen een commissionair in effecten en zijn cliënten werd volgende clausule opgenomen : « Door of namens ons voor conform onze boeken getekende afschriften van geld- en andere rekeningen strekken tegenover onze cliënten tot bewijs van de juistheid der daarop gebrachte transacties, posten en bedragen, behoudens recht tot tegenbewijs, dat echter vervalt indien tegen een rekening niet binnen 14 dagen bij ons is gereclameerd ». Het Hof oordeelde dat een dergelijk beding nietig is, voor zover dit het tegenbewijs uitsluit, omdat aldus overeenkomsten, die aan de op rekening-courant voorkomende posten ten grondslag liggen en waaraan een *causa* ontbreekt, in strijd met de wet zouden gesanctioneerd worden.

Men vergelijke trouwens met artikel 2698 van het Italiaanse burgerlijk wetboek voormeld, volgens hetwelk een bewijslastovereenkomst nietig is, wanneer zij de uitoefening van een recht voor een van de gedingvoerende partijen uitzonderlijk moeilijk maakt.

68. — Tenslotte werd door sommige auteurs ook en te recht de aandacht gevestigd op het feit dat dergelijke bewijsbedingen onaanvaardbaar zijn, wanneer hierdoor de wezenlijke aard van de overeenkomst zou verminkt worden (1) of wanneer de partijen derwijze van de wet afwijken dat zij aan bepaalde door de wet voor het intreden van een rechtsgevolg vereiste feiten, elke betekenis ontzeggen (2).

Zo zullen bv. in bepaalde toetredingscontracten door de sterkste partij zekere bedingen ingelast worden die in werkelijkheid een misbruik zijn van een economisch monopolie. Deze bedingen vernietigen alsdan het voorwerp zelf van het contract of verminderen minstens aanzienlijk het nut ervan voor de toetredende partij (3).

Het is verboden in een vervoerovereenkomst te bedingen dat de vervoerder niet aansprakelijk kan worden gesteld, zelfs niet in geval van bedrog (4).

Het is trouwens duidelijk dat dergelijke verregaande contractuele regelingen veel vlugger in botsing zullen komen met het dwingende

---

mag niet uitspreken op grond van zijn persoonlijke kennis omdat er dan geen tegenbewijs mogelijk is); — Arr. Rb. Groningen, 15 december 1922, *W.*, 11113; — Hof Amsterdam, 15 november 1933, *W.*, 12756; — H.R., 7 december 1934, *N.J.*, 1935, 443; — vgl. ook : Scheltema, F.G., *o.c.*, bl. 105.

(1) De Page, III, nr. 736, bl. 718.

(2) Scheltema, F.G., *o.c.*, bl. 78.

(3) De Page, II, 2de uitg., Brussel, 1948, nr. 554, bl. 515. Deze auteur voegt eraan toe dat de rechter de draagwijdte van dergelijke bedingen mag milderen of zelfs de werking ervan kan uitsluiten.

(4) Frédericq, L., *Traité de droit commercial belge,* III, Gent, 1947, nr. 413 e.v., bl. 585 e.v.; — Verbr., 30 mei 1872, *Pas.*, 1872, I, 283; — Verbr., 22 februari 1900, *Pas.*, 1900, I, 159. — zie ook : Hof Amsterdam, 21 oktober 1954, *N.J.*, 1955, 324; — zie verder, nr. 422.

karakter van sommige wettelijke normen dan zuivere bewijslastverdeling-overeenkomsten (1).

In het reeds boven aangehaalde artikel 180 van het Nederlandse ontwerp bewijsrecht (zie nr. 64), wordt dit in het tweede lid a.v. geformuleerd : « Zij (de bewijsovereenkomsten) blijven buiten toepassing in gevallen waarin het in strijd is met de goede trouw zich er op te beroepen ».

AFDELING III. BELANG VAN DE BEWIJSLAST-OVEREENKOMST

69. — Het b e l a n g van overeenkomsten waarbij de verdeling van de bewijslast wordt geregeld, zal duidelijk blijken aan de hand van de verschillende voorbeelden, die ter zake kunnen aangehaald worden. Zeer dikwijls werd hierdoor een evenwicht hersteld, dat tengevolge van de normale toepassing der wettelijke bewijslastprincipes verbroken zou geweest zijn (2).

Zo gebeurt het herhaaldelijk dat partijen overeenkomen dat een omstandig stilzwijgen niet als een wilsverklaring mag aangezien worden of dat, in de gevallen waarin de waarschijnlijkheid der aangehaalde feiten zou volstaan, meer afdoende bewijzen moeten geleverd worden (3). Alsdan werd bedongen nopens de te bewijzen feiten, hetgeen in zekere mate een verzwaring van de omvang van de bewijslast meebracht.

Als v o o r b e e l d e n van dergelijke overeenkomsten kunnen aangehaald worden : de contractuele clausule waarbij elke stilzwijgende wederverhuring wordt uitgesloten, de vermelding in het lastenkohier dat een stilzwijgende aanvaarding uitgesloten is.

Inderdaad, normaal wordt deze stilzwijgende wederverhuring of aanvaarding volgens de feitelijke gegevens door de rechter beoordeeld. In geval van contractuele uitsluiting hiervan, kunnen de partijen zich niet meer op een feitelijke omstandigheid beroepen om een wederverhuring of een aanvaarding te bewijzen.

70. — Om nochtans het belang van de bewijslastovereenkomsten te belichten, moeten hier vooral enkele typische gevallen aangehaald worden, waarin de verdeling zelf van de bewijslast wordt gewijzigd.

Het best bekende voorbeeld is dat van sommige bedingen in v e r z e k e r i n g s c o n t r a c t e n. Zo kan bv. bedongen worden dat de verzekerde het bewijs zal moeten leveren dat het schadegeval noch

---

(1) Scheltema, F.G., *o.c.*, bl. 78 e.v., met enkele typische voorbeelden ter zake.

(2) Cocural, M., *o.c.*, bl. 92.

(3) Dekkers, R., II, nr. 636, bl. 367.

rechtstreeks noch onrechtstreeks met oorlog of oproer in verband staat (zie verder, nr. 466) (1).

In levensverzekeringspolissen kan ook overeengekomen worden dat de rechthebbenden zullen moeten bewijzen dat er geen zelfmoord geschiedde, waar normaal de bewijslast van de zelfmoord op de verzekeraar rust (zie verder, nr. 458).

71. — Een ander toepassingsgeval vindt men in de schuldbekentenis zonder vermelding van rechtsgrond. Normaal zou de schuldeiser het bestaan van de oorzaak, wanneer deze door de tegenpartij wordt betwist, ingevolge artikel 1131 van het burgerlijk wetboek, moeten bewijzen. Gezien de geldigheid van een overeenkomst zonder uitgedrukte oorzaak door de wetgever werd erkend (artikel 1132 B.W.), zal in een dergelijk geval de schuldenaar de werkelijke afwezigheid van een oorzaak of het bestaan van een ongeoorloofde oorzaak moeten bewijzen (2).

Men staat hier inderdaad voor een duidelijk toepassingsgeval van de formele of processuele abstractie *(Beweisabstraktheit),* waarbij de schuldeiser van aanvoerings- en bewijslast wordt ontslagen en de schuldenaar moet bewijzen dat hij niets verschuldigd is, dat hij zich zonder rechtsgrond heeft verbonden of dat de oorzaak van de verbintenis verdwenen is (3).

Hoewel thans meestal wordt aangenomen dat de schuldeiser de rechtsgrond niet moet bewijzen (4), is er hoofdzakelijk betwisting

(1) Ten onrechte gewaagt men in dat geval van vermoedens *juris tantum :* zie aldus o.m. Rb. Nijvel, 12 februari 1947, *R.G.A.R.,* 1948, 4296. Hoewel het onderscheid tussen bewijslastovereenkomst en vermoedens niet altijd zeer duidelijk is, (vgl. verder, nr. 385 e.v.) moet er ook op gewezen worden dat partijen toch moeilijk bij overeenkomst een vermoeden kunnen opstellen (zie nr. 393).

(2) Kluyskens, A., *De Verbintenissen,* nr. 59, bl. 114; — De Page, II, nr. 484, bl. 460; — Brussel, 20 juni 1893, *Pas.,* 1893, II, 411; — Brussel, 28 mei 1958, *J.T.,* 1958, 566; — Cass. fr., 22 januari 1913, *D.P.,* 1913, 1, 144.

(3) Zie voor het begrip *formele abstractie,* dat in België trouwens weinig bekend is : Ronse, J., *Le fondement et les limites de l'obligation abstraite en matière de lettre de change,* nr. 16 e.v., *Ann. Rg. Sw.,* 1959, bl. 316 e.v., met talrijke referenties.

(4) Zie nochtans anders : Duranton, M., *Cours de droit français suivant le code civil,* X, Paris, 1831, nr. 355, bl. 364 e.v.; — Aubry et Rau, IV, 5de uitg., Paris, 1902, § 345, voetnoot 20, bl. 558-559 en XII, § 749, bl. 93; — Arntz, E.R.N., *Cours de droit civil français,* III, Brussel, 1879, nr. 37, bl. 22. Deze auteurs beroepen zich op de algemene bewijslastprincipes van artikel 1315 B.W. Zie ook : Rb. Brussel, 1 april 1952, *J.T.,* 1952, 301. Vermeldenswaard is het feit dat in Nederland de bewijslast ook op de schuldeiser gelegd wordt, ditmaal ingevolge een andersluidende regeling van artikel 1372 Ned. B.W. : « Indien er geene oorzaak is uitgedrukt, en er echter eene geoorloofde aanwezig is, of ook indien er eene andere geoorloofde dan de uitgedrukte bestaat, is niettemin de overeenkomst van kracht ». Op deze regeling werd trouwens herhaaldelijk kritiek uitgeoefend : Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 187 e.v.

gerezen bij de bespreking van de vraag waarom de schuldeiser het vermelde bewijs niet moet leveren.

Er werd weliswaar soms voorgehouden dat de schuldbekentenis zonder rechtsgrond een volledig en rechtstreeks bewijs levert tegen de schuldenaar, doordat uit het geschrift een buitengerechtelijke bekentenis kan worden afgeleid (1), doch volgens de thans heersende opvatting zou artikel 1132 van het burgerlijk wetboek een vermoeden *juris tantum* van het bestaan van een rechtsgrond hebben ingesteld (2).

Deze heersende opvatting vertrekt van de gedachte dat uit het bestaan van een schuldbekentenis zonder rechtsgrond het vermoeden mag worden afgeleid dat er wel degelijk een oorzaak aanwezig is (3).

Wie een schuldbekentenis afgeeft, doet dit in de regel niet zonder schuldenaar te zijn; beweert hij het tegendeel, het is aan hem dit te staven. In dit verband kan de belangwekkende formulering van artikel 1988 van het Italiaanse burgerlijk wetboek aangehaald worden, waaruit een zeer nauwkeurige bewijslastregeling blijkt : « La promessa di pagamento o la ricognizione di un debito dispensa colui, a favore del quale è fatta, dall' onere di provare il rapporto fondamentale. L'esistenza di questo si presume fino a prova contraria ».

Men kan zich nochtans de vraag stellen of dit vermoeden in artikel 1132 van het burgerlijk wetboek kan teruggevonden worden; dit artikel moet immers hoofdzakelijk begrepen worden als een bepaling die de geldigheid van een schuldbekentenis zonder rechtsgrond als dusdanig erkent. Het is de partijen dienvolgens toegelaten een dergelijk geschrift op te stellen. Eenmaal de geldigheid ervan aanvaard, kan men trachten het inzicht van de partijen op te sporen; ongetwijfeld hebben zij door een dergelijke overeenkomst willen tot uitdrukking brengen dat een onderzoek naar de rechtsgrond niet meer moet geschieden en dat de vraag naar de oorzaak eenvoudigweg niet meer

(1) Laurent, F., XVI, Brussel, 1875, nr. 166 e.v., bl. 225 e.v.

(2) Kluyskens, A., *De Verbintenissen,* nr. 59, bl. 113 e.v.; — De Page, II, nr. 484, bl. 461; — Baudry-Lacantinerie, G., et Barde, L., *Des obligations,* I, 3de uitg., Paris, 1906, nr. 318, bl. 368 e.v.; — Luik, 31 december 1879, *Pas.,* 1880, II, 127; — Brussel, 28 april 1887, *Pas.,* 1887, II, 356; — Brussel, 20 juni 1893, *Pas.,* 1893, II, 411; — Luik, 31 januari 1939, *Rev. prat. not.,* 1942, 180; — Rb. Gent, 17 januari 1945, *T.Not.,* 1946, 187; — Cass. fr., 25 februari 1896, *S.,* 1896, 1, 280; — Cass. fr., 22 januari 1913, *D.P.,* 1913, 1, 144; — Paris, 29 december 1933, *S.,* 1934, 2, 138; — Cass. fr., 22 mei 1944, *D.A.,* 1944, *J.,* 106.

(3) Vgl. met de vermogensverschuiving zonder oorzaak, waar de schuldeiser ook de afwezigheid van oorzaak zal moeten bewijzen : Hrb. Luik, 28 juli 1924, *Jur. Liège,* 1925, 60; — Verbr., 15 september 1960, *Pas.,* 1961, I, 50; — Cass. fr., 21 november 1917, *S.,* 1920, 1, 293; — zie ook : De Page, III, nr. 40, C-3°, bl. 52 en nr. 42, bl. 56; — R.P.D.B., Tw. *Quasi-contrat,* nr. 168.

moet gesteld worden (1). Meteen hebben zij ook willen duidelijk maken dat het bestaan van een rechtsgrond dienvolgens geen bewijs behoeft.

Deze redenering sluit nauw aan bij de opvatting van diegenen die in de schuldbekentenis zonder rechtsgrond een bewijslastovereenkomst zien (2).

Wanneer de schuldenaar een schuldbekentenis ondertekent, zonder dat daarin van enige rechtsgrond sprake is, wil hij hierdoor ook de schuldeiser van de bewijslast ter zake ontslaan (3).

72. — Toch zal het soms moeilijk zijn een duidelijk onderscheid te maken tussen een bewijslastovereenkomst en een buitengerechtelijke bekentenis. Dergelijke grensgevallen kunnen zich voordoen, wanneer men staat voor de bevestiging van een uitgevoerde overeenkomst.

Zo kan het huwelijkscontract een beding bevatten waarin bevestigd wordt « dat de voltrekking van het voorgenomen huwelijk als kwijting van bruidschat geldt vanwege de aanstaande echtgenoot ». De geldigheid van dit beding wordt niet betwist, doch de waarde ervan ligt juist hierin, dat aldus een vermoeden wordt gevestigd dat de betaling geschiedde op de dag van het huwelijk, zodat de bewijslast werkelijk verplaatst wordt (4).

In werkelijkheid is het geen vermoeden (zie verder, nr. 385), doch een eigenlijke bewijslastovereenkomst, waardoor de belegger gedekt wordt en de bewijslast van het tegendeel aan de echtgenoten wordt opgedragen (5). Deze laatsten zullen dus moeten bewijzen dat de bruidschat niet betaald werd (6).

73. — Hoewel de verkoper normaal de levering moet bewijzen, houdt de stilzwijgende aanvaarding van een factuur waarin be-

(1) De motivering van deze handelwijze zal natuurlijk van geval tot geval verschillen en komt hier dan ook verder niet ter sprake.

(2) Decottignies, R., *o.c.*, nr. 93, bl. 230 e.v.; — vgl. : Bartin in Aubry et Rau, XII, § 749, voetnoot 21, bl. 93-94; — Planiol et Ripert, VI, 2de uitg., Paris, 1952, nr. 267, bl. 341.

(3) Blijkbaar in die zin : Hrb. Luik, 14 maart 1951, *Jur. Liège,* 1950-51, 207. Vgl. : Maeyens, L., *De abstracte verbintenis tegenover de trekker-houder, R.W.,* 1958-59, 1554.

(4) Delva, W., A.P.R., Tw. *Huwelijksvermogensstelsels : het Huwelijkscontract, Algemene beginselen,* nr. 126; — Cass. fr., 22 augustus 1882, *D.P.,* 1883, 1, 296; — Cass. fr., 21 oktober 1913, *S.,* 1914, 1, 390; — Cass. fr., 28 oktober 1925, *S.,* 1925, 1, 296;— Paris, 24 oktober 1938, *D.P.,* 1939, 2, 95, met noot L. Maguet.

(5) Decottignies, R., *o.c.*, nr. 90, B, bl. 226, voetnoot 5.

(6) Ripert et Boulanger, III, 4de uitg., Paris, 1951, nr. 189, bl. 65; — Cass. fr., 28 oktober 1925, *S.,* 1925, 1, 296.

vestigd wordt dat het bedrag door de cliënt verschuldigd is « voor verkoop en levering van hetgeen volgt : ... » de erkenning van de levering in; de bewijslast van het tegendeel wordt hierdoor op de koper gelegd (1).

(1) Cloquet, A., A.P.R., Tw *Factuur*, nr. 478

TITEL II.

GRONDPRINCIPES BETREFFENDE DE BEWIJSLASTVERDELING

HOOFDSTUK I.

DE WETTELIJKE REGELING VAN DE BEWIJSLAST

74. — Vooraleer de beginselen van de bewijslast, zoals die door tal van rechtsgeleerden in verschillende systemen werden ondergebracht, nader te bespreken, moeten de wettelijke bepalingen ter zake onderzocht worden in het licht van hun historische groei (1).

Het artikel 1315 van het burgerlijk wetboek wordt algemeen aangezien als de basis van de bewijslastregeling.

« Hij die de uitvoering van een verbintenis vordert, moet het bestaan daarvan bewijzen.

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 » (2).

Wanneer men deze tekst leest, dan is de draagwijdte hiervan niet altijd zeer duidelijk. Een onderzoek naar de historische samenhang kan wellicht sommige gegevens aan de hand doen nopens de werkelijke bedoelingen van de wetgever en het toepassingsgebied van vermeld artikel.

---

(1) Een geschiedkundig overzicht van de ontwikkeling van het bewijsrecht wordt hier nochtans niet gegeven; het moge volstaan te verwijzen naar enkele auteurs, die dit meer speciaal behandeld hebben : Endemann, F., *Die Beweislehre des Civilprozesses,* 1860, bl. 6 e.v. — zie ook : Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 1 e.v.; — Thévenet, J., *Essai d'une théorie de la charge de la preuve en matière civile et commerciale;* — Legeais, R., *o.c.,* bl. 7 e.v. Zie ook de algemene rechtshistorische werken : Wenger, L., *Institutes of the Roman law of civil procedure,* London, 1940; — Brunner, H., *Deutsche Rechtsgeschichte,* 2de uitg., bewerkt door C. von Schwerin, München en Berlin, 1928; — Esmein, A., *Cours élémentaire d'histoire du droit français,* 15de uitg., bewerkt door R. Genestal, Paris, 1925; — Engelmann, A., e.a., *A history of continental civil procedure (Continental legal history series,* VII), uitg. R.W. Millar, Boston, 1927; — *Adde :* Godding, Ph., *La preuve en matière civile du XIième au XVIIIième siècle,* in *Travaux et conférences de l'université libre de Bruxelles - Faculté de droit,* IX (1962), bl. 111 e.v.

(2) In de nieuwe Nederlandse tekst van het burgerlijk wetboek werd in het 1ste lid van artikel 1315 de term *bestaan* bijgevoegd; vermoedelijk heeft men hieraan nochtans geen specifieke betekenis willen hechten (zie boven, nr. 37).

AFDELING I. BEDOELINGEN VAN DE WETGEVER EN WETTELIJKE INKLEDING

75. — Bij de wordingsgeschiedenis zijn voornamelijk twee auteurs van belang, nl. Domat (1) en Pothier (2).

Bij D o m a t vindt men de eerste oorsprong van artikel 1315 van het burgerlijk wetboek, waarbij evenwel naar de Romeinse rechtsbronnen wordt verwezen. Zijn beschouwingen over het bewijs zijn opgenomen in Boek III *(Des suites qui ajoutent aux engagements, ou les affermissent),* Titel VI, Sectie I *(Des preuves en général).*

Aan het onderwerp worden enkele beschouwingen gewijd, die niet zonder belang zijn, vermits ze ongetwijfeld de opvattingen van die tijd, waarvan het burgerlijk wetboek de weergave was, illustreren.

In de eerste plaats verklaart de auteur dat niet alle feiten moeten bewezen worden : zo is bv. de handelingsbekwaamheid (meerderjarigheid, gezondheid van geest,...) *un fait naturellement certain* en behoeft als dusdanig geen bewijs.

Wanneer een feit betwist wordt dan luidt de regel : « celui qui l'avance, doit le prouver ». Maar wanneer de tegenpartij daarop feiten stelt ter staving van haar verweer, dan zal zij op haar beurt hiervan het bewijs moeten leveren.

Tenslotte worden de vrijheid en het recht van bewijslevering door elk der gedingvoerende partijen onderstreept : « Quoique celui contre qui on allègue un fait qu'il faut prouver, ne soit pas obligé de sa part à prouver le contraire, il peut néanmoins prouver la vérité du fait opposé ».

Uit de door Domat aangehaalde voorbeelden en ten dele ook uit de plaats van behandeling, blijkt de algemene toepasselijkheid van vermelde principes, die dus niet beperkt blijven tot het verbintenissenrecht.

Hoewel P o t h i e r nergens Domat aanhaalt, heeft hij ongetwijfeld diens invloed ondergaan. Te betreuren valt evenwel dat Pothier zeer summier de bewijslast behandelt; hij wijdt er nl. slechts vier regels aan : « Celui qui se prétend créancier de quelqu'un, est obligé de prouver le fait ou la convention qui a produit sa créance, lorsqu'elle est contestée : au contraire, lorsque l'obligation est prouvée, le débiteur qui prétend l'avoir acquittée, est obligé de prouver le paiement » (1).

(1) *Les lois civiles dans leur ordre naturel,* uitg. Durand, Paris, 1777.
(2) *Traité des obligations,* in *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle, (dl. II),* uitg. M. Bugnet, Paris, 1848.

Ondanks het feit dat Pothier daarenboven aan de hele regeling van het bewijsrecht een verkeerde plaats heeft toegekend door ze te behandelen in het kader van de contractuele verbintenissen, hebben de opstellers van het burgerlijk wetboek ongelukkiglijk deze auteur als leidraad genomen (2). Er blijkt verder uit de voorbereidende werken dat het huidige artikel 1315 van het burgerlijk wetboek zonder nadere bespreking werd vastgesteld (3); de ontworpen term *convention* werd enkel vervangen door *obligation,* omdat men de mening was toegedaan dat de bepaling van artikel 1315 van het burgerlijk wetboek voor het hele verbintenissenrecht moest gelden.

Naast de invloed van beide vermelde auteurs, dient nog gewezen op het c a n o n i e k r e c h t, dat voornamelijk het zgn. lijdelijkheidsbeginsel van de rechter invoerde : hierdoor werd de bewijslevering aan de partijen opgedragen en de legaliteit van de bewijsprincipes vastgelegd (4).

Zeer typisch voor het wantrouwen ten opzichte van de rechter is het feit dat in de uit de Franse revolutie gegroeide grondwet van 1793 de afschaffing voorgesteld werd van alle bestaande rechtbanken om ze door scheidsrechters te vervangen (5).

76. — Uit het voorgaande, hoewel uiterst beknopte, overzicht kunnen enkele v a s t s t e l l i n g e n worden afgeleid nopens de b e d o e l i n g e n van de wetgever.

In de eerste plaats voorziet artikel 1315 van het burgerlijk wetboek dat het bewijs voor de vordering uit verbintenissen gesplitst wordt in dat van het ontstaan der verbintenissen en dat van het tenietgaan der verbintenissen; van een bepaalde nauwkeurige verdeling van de bewijslast met aanduiding van de feiten die door elk van de beide partijen moeten bewezen worden, is hier evenwel weinig of geen sprake (6).

Dit wordt ook impliciet aanvaard door de meeste Franse auteurs,

(1) *o.c.,* nr. 728.
(2) Zeer te recht merken Ripert en Boulanger op, dat Domat een betere raadgever ware geweest : II, nr. 2155, bl. 683.
(3) Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle,* Brussel, 1836, dl. VI, bl. 72, 134 en 224.
(4) Zie verder, nr. 286; — zie ook : Gross, C., *Die Beweistheorie im canonischen Process,* dl. I, Wien, 1869, dl. II, Innsbruck, 1880.
(5) Locré, I, bl. 87.
(6) Vgl. : Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 88; — Hamaker, H.J., *Beschouwingen over Bewijsrecht,* in *Verspreide Geschriften,* V, bl. 79, in een nog engere zin; — Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 45; — Grünebaum, A., *o.c.,* bl. 5.

die zich met de vraag, hoeveel door de eiser en hoeveel door de gedaagde moet bewezen worden, in het geheel niet hebben bezig gehouden (1). Meestal neemt men genoegen met de vaststelling dat artikel 1315 de bewijslast eerst op de eiser legt : *actori incumbit probatio.*

Vervolgens blijkt hieruit dat ingevolge de zgn. lijdelijkheid van de rechter, de bewijslast overwegend op de partijen gelegd wordt.

Tenslotte wordt algemeen aanvaard dat de afwezigheid van de normale vereisten voor het ontstaan van elk subjectief recht door hem, die deze afwezigheid inroept, moeten bewezen worden (2).

Hieruit blijkt dat de wetgever geenszins het inzicht had een bepaalde theorie op te bouwen nopens de lijdelijkheid van de rechter of nopens een scherpe bewijslastverdeling; enkel de algemene grondtrekken van het bewijs werden hierdoor vastgelegd. De hoofdbekommernis van de wetgever was ongetwijfeld de legaliteit van de bewijsprincipes in het privaatrecht te huldigen; dank zij een strakke reglementering van de bewijsmiddelen zou men aldus de vrije bewijsvoering door de partijen en de vrije bewijswaardering door de rechter kunnen beperken.

Wat de bewijsmiddelen betreft, wordt nochtans in het handelsrecht eerder een gemengd systeem gehuldigd (3).

Het bewijs is hier ook wel gereglementeerd, doch op een minder strakke wijze (bv. inzake getuigenbewijs en vermoedens), reden waarom het bewijsrecht in zaken van koophandel ligt tussen dat van het burgerlijk recht (gereglementeerd) en dat van het strafrecht (systeem van het vrij bewijs) (4). In werkelijkheid is het onderscheid tussen het burgerlijk recht en het handelsrecht eerder kunstmatig : enerzijds versoepelt het bewijs in burgerlijke zaken, terwijl anderzijds in zaken van koophandel de bewijsmiddelen dikwijls beperkt worden (5).

(1) Zie o.m. Beudant, IX², nr. 1160 e.v., bl. 232 e.v.; — Anders : Moltzer, J.P., *Van bewijs in het algemeen en van schriftelijk bewijs,* bl. 27, die meent dat artikel 1902 Ned. B.W. een privaatrechtelijke plicht tot bewijslevering door de eiser vaststelt, terwijl de gedaagde het recht zou hebben zich te beperken tot een duidelijke ontkenning van de door de eiser gestelde feiten en aan de rechter verder alle gegevens mag onthouden, die daaromtrent te zijner beschikking staan; — zie hierover ook nog verder nr. 153 e.v.

(2) Domat : zie boven, nr. 75; — vgl. Aubry et Rau, XII, § 749, bl. 86.

(3) Art. 25 wet van 15 december 1872; — Dekkers, R., II, nr. 625, bl. 360, voetnoot 1.

(4) Verbr., 4 oktober 1948, *Pas.,* 1948, I, 542.

(5) Zie bv. de heersende rechtspraak volgens dewelke het getuigenbewijs niet toegelaten wordt, wanneer het gaat om belangrijke overeenkomsten waarvan het de partijen mogelijk was zich een schriftelijk bewijs te verschaffen : Nov., *Droit commercial,* I, *De la preuve des engagements commerciaux,* nr. 19; — Hrb. Kortrijk, 26 april 1958, *R.W.,* 1958-59, 1611; — Gent, 20 juni 1959, *R.W.,* 1959-60, 692; — zie ook Frédericq, S., *De eenmaking van het burgerlijk recht en het handelsrecht,* Proefschr., Antwerpen, 1957, nr. 122, bl. 150.

De legaliteit van de bewijsprincipes komt niet alleen tot uiting in de regeling van de bewijslast, maar ook in de vaststelling en onderschikking der verschillende bewijsmiddelen (1) : « la loi a créé une logique officielle » (2). Hier geldt dus het principe van de zekerheid van het bewijs : er zou gevaar bestaan voor fantasie, mochten de partijen vrij kunnen debatteren. De wetgever verkoos oorspronkelijk een bewijssysteem dat zeker en gemakkelijk was, ten einde in de maatschappij de principes, die door de rechtsregelen worden geformuleerd, te doen doordringen, soms ten nadele van de materiële waarheid (3).

77. — Heel anders was het gesteld in Duitsland, waar de wetgever wel degelijk een nader gepreciseerde bewijslasttheorie heeft uitgewerkt en in de wetteksten tot uitdrukking gebracht (zie boven, nr. 22).

78. — In Nederland heeft men herhaaldelijk getracht tot een nieuwe regeling van het bewijsrecht te komen, op meer zelfstandige grondslagen.

Reeds op 3 oktober 1804 werd o.m. een ontwerp ingediend van een wetboek omtrent het bewijs (4); het bleef evenwel bij een ontwerp, vermits enkele jaren nadien het wetboek-Napoleon in Nederland werd ingevoerd.

Doch inmiddels werden verdere pogingen aangewend : deze leidden tot het ontwerp van 1820, voornamelijk opgesteld door J. M. Kemper, hoogleraar te Leiden (5). In dit ontwerp was het bewijsrecht overgebracht naar het vierde boek, dat een vrij volledig actiënrecht invoerde. Toen er van een oorspronkelijk nationaal wetboek geen sprake meer kon zijn, werd dit actiënrecht tot een zeer kleine omvang herleid, en opgenomen in het vierde boek van het Nederlandse burgerlijk wetboek van 1838. Het thans geldende bewijsrecht is dus zo goed als geheel van Franse oorsprong; het enige belangrijke verschil is gelegen in het feit dat het bewijsrecht afzonderlijk behandeld wordt, los van de regeling der verbintenissen.

Een poging van veel ingrijpender betekenis werd gedaan door de Staatscommissie die op 25 oktober 1899 werd ingesteld om de herziening van het vierde boek voor te bereiden.

In 1901 was het ontwerp gereed; algemeen vindt men hierin een streven naar een vrije bewijstheorie (6). Het ontwerp dezer commissie werd haast in zijn geheel overgenomen door het Regeringsontwerp van 30 september 1903. Van een behandeling is echter nooit iets in huis gekomen (7); toch hebben

(1) De Page, III, nr. 708, C, bl. 667; — Dekkers, R., *o.c., l.c.;* — Laurent, XIX, nr. 83 en 84, bl. 79-81; — Legeais, R., *o.c.,* bl. 13-15.

(2) André, G., *Du principe de la neutralité du juge dans l'instruction des affaires civiles,* bl. 7.

(3) Dabin, J., *La technique de l'élaboration du droit positif,* bl. 84-85.

(4) Zie hieromtrent : Land, N.K.F., *Inleiding tot de verklaring van het burgerlijk wetboek,* Haarlem, 1899, bl. 95 e.v.

(5) Scholten, P., *Algemeen deel,* bl. 231 e.v.

(6) Uitg. Belinfante, Den Haag, 1901.

(7) Voor kritische beschouwingen over dit ontwerp zie o.m. : Moltzer, J.P., *Van bewijs in het algemeen en van schriftelijk bewijs;* — Hamaker, H.J., *o.c.,* bl. 50 e.v.

de gedeeltelijke wijzigingen door de wetten van 22 juni 1923 en 2 juli 1934 een grotere vrijheid ten aanzien van de toepassing der bewijsmiddelen gebracht.

Volledigheidshalve zou nog moeten verwezen worden naar de werking van de Nederlandse Juristen-Vereniging, die tot tweemaal toe getracht heeft sommige nieuwe ideeën nopens het bewijsrecht ingang te doen vinden (1).

Het ontwerp van wet, opgesteld door de Staatscommissie voor de Nederlandse burgerlijke wetgeving (2), gaat verder in de richting van een vrijere bewijsregeling. Het voorgestelde artikel 177 (3) is hiervan reeds een duidelijke illustratie : « De eiser en de gedaagde dragen ieder voor zich de bewijslast van hun stellingen, tenzij uit de wet het tegendeel volgt. De rechter kan op gronden van redelijkheid en billijkheid van deze regel afwijken. Deze beslissing wordt gemotiveerd » (4).

79. — Ziedaar schematisch de bedoelingen van de zeer summiere bepaling van artikel 1315 van het burgerlijk wetboek, dat tenslotte enkel een weergave is van hetgeen in die tijd als vrijwel algemeen geldend erkend werd.

Dat de i n k l e d i n g niet alleen van artikel 1315 maar ook van de daaropvolgende artikelen verre van gelukkig moet genoemd worden, wordt veelal toegegeven (5) : het bewijsrecht, schrijft Savatier (6), is « l'une des parties les plus décevantes du droit civil, en même temps que des plus subtiles ». Een gelijkaardige kritiek werd uitgeoefend ten aanzien van de redactie van artikel 1902 van het Nederlandse burgerlijk wetboek (7).

Op dat gebied zijn de desbetreffende bepalingen van het Italiaanse en het Zwitserse burgerlijk wetboek ongetwijfeld beter opgesteld.

Teneinde opzoekingsmoeilijkheden te vermijden, volgen hieronder de wetteksten betreffende de bewijslast, waarnaar meestal zal verwezen worden :

Artikel 1902 van het Nederlandse burgerlijk wetboek : « Eenieder, die beweert enig recht te hebben of zich op enig feit, tot staving van zijn recht of

(1) Preadviezen van J.G. Meilink en J. Offerhaus in 1924 naar aanleiding van het ontwerp door een in de schoot der Nederlandse Juristen-Vereniging opgerichte commissie; — Preadviezen van J. Eggens en W.L. Haardt in 1951.

(2) Den Haag, 1959.

(3) Dit artikel zal, zoals boven gezegd (zie nr. 39), opgenomen worden in het wetboek van burgerlijke rechtsvordering.

(4) Zie voor een bespreking van dit ontwerp : Haardt, W.L., *Het ontwerp Bewijsrecht, N.J.,* 1959, 465-472 en 496-502; — Beekhuis, C.H., *Het nieuwe ontwerp bewijsrecht, R.M. Themis,* 1960, 573 e.v.; — Drion, H., *Enkele bedenkingen tegen het nieuwe ontwerp bewijsrecht, W.P.N.R.,* 1959, 4593.

(5) Mimin, P., *Les présomptions quasi-légales, J.C.P.,* 1946, I, 578, verklaarde dat de bepalingen van het burgerlijk wetboek inzake bewijs « son plus mauvais chapitre » uitmaken. In dezelfde zin : De Page, III, nr. 714, bl. 683; — Planiol et Ripert, VII², nr. 1406, bl. 826.

(6) *Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui, Structures matérielles et structures juridiques,* in *Etudes offertes à Georges Ripert,* Paris, 1950, I, bl. 85.

(7) Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 90.

tot tegenspraak van eens anders recht, beroept, moet het bestaan van dat recht of van dat feit bewijzen ».

Artikel 2697 van het Italiaanse burgerlijk wetboek : « Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti overro eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda ».

In Duitsland kan moeilijk een algemene regeling desbetreffend aangeduid worden : de meeste gevallen zijn afzonderlijk geregeld, doch blijken tenslotte de weergave te zijn van éénzelfde beginsel, dat door Rosenberg (1) als volgt werd geresumeerd : « Diejenige Partei, deren Prozessbegehr ohne die Anwendung eines bestimmten Rechtssatzes keinen Erfolg haben kann, trägt die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass die Merkmale des Rechtssatzes im tatsächlichen Geschehen verwirklicht sind ». Als voorbeeld ter illustratie kan paragraaf 282 B.G.B. aangehaald worden : « Ist streitig, ob die Unmöglichkeit der Leistung die Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes ist, so trifft die Beweislast den Schuldner ».

In Zwitserland bepaalt artikel 8 Z.G.B. : « Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet ».

AFDELING II. TOEPASSINGSGEBIED

80. — De inkleding en vooral de plaats door het bewijsrecht ingenomen hebben tot vele moeilijkheden aanleiding gegeven, o.m. in verband met het t o e p a s s i n g s g e b i e d.

Inderdaad, het bewijsrecht is ondergebracht in de titel betreffende de uit overeenkomst ontstane verbintenissen. Toch wordt algemeen aangenomen dat de principes van de artikelen 1315 en volgende van het burgerlijk wetboek niet alleen toepasselijk zijn op het bewijs der verbintenissen, maar ook op het bewijs van alle feiten, die rechtsgevolgen zouden kunnen meebrengen (2). In dit verband kan trouwens verwezen worden naar de voorbereidende werken en meer bepaald naar de verklaring van Bigot-Préameneu : « Les obligations et leur payement sont des faits sur lesquels c o m m e s u r t o u s l e s a u t r e s, il peut y avoir une preuve littérale... » (3).

Er werd nochtans aan toegevoegd dat dit algemeen principe geen absolute draagwijdte heeft en dat het gezien de vele uitzonderings-

(1) *o.c.,* § 9, bl. 98.

(2) Kluyskens, A., *De Verbintenissen,* nr. 266, bl. 415; — De Page, III, nr. 710, bl. 670 e.v.; — Dekkers, R., II, nr. 626, bl. 360; — Laurent, XIX, nr. 81, bl. 78; — Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 52; — Demolombe, dl. VI (dl. XXIX), nr. 181, bl. 180-181; — Baudry-Lacantinerie et Barde, *Les obligations,* III, nr. 2053, bl. 414; — Beudant, IX², nr. 1140, bl. 208.

(3) Locré, VI, bl. 179, onder nr. 184.

bepalingen inzake familiale rechten (art. 194 e.v. B.W. over het bewijs van het huwelijk; art. 319 e.v. inzake wettelijke afstamming; art. 334 e.v. B.W. inzake natuurlijke afstamming,...) enkel toepasselijk zou zijn op de patrimoniale rechten (1).

En zelfs voor die vermogensrechten zijn er nog speciale gevallen door de wetgever voorzien, zowel op het gebied van de eigendomsrechten (bv. erfdienstbaarheden) als op dat van de erfenissen, schenkingen en testamenten en van het huwelijksgoederenrecht (2). Ook in het contractenrecht vindt men afwijkende bepalingen, zoals bv. de artikelen 1282 en 1283 van het burgerlijk wetboek, betreffende de teruggave door de schuldeiser van de oorspronkelijke onderhandse titel.

81. — Dat er uitzonderingen zijn op de algemene draagwijdte van de bepalingen inzake bewijsrecht, en zelfs van artikel 1315 van het burgerlijk wetboek, moet dus worden erkend.

Toch mag gezegd worden dat de wettelijke regeling van de bewijslast, op enkele uitzonderingen na (3), als algemeen geldend voor het privaatrecht moet beschouwd worden.

Deze vaststelling is trouwens vanzelfsprekend. Het is niet tengevolge van een toevallige plaats in het verbintenissenrecht onder invloed van Pothier, dat het bewijsrecht, hetwelk toch het hele rechtsleven beheerst, zozeer beperkt zou moeten blijven. Het argument van de analogie heeft dan ook in dit verband een zeer belangrijke betekenis : waar de wetgever niet alles kon voorzien en toch anderzijds uniformiteit gewild heeft, kan uit de bijzondere regel van artikel 1315 van het burgerlijk wetboek de algemene regel afgeleid worden, dat al wie een feit inroept, waaraan door de wet rechtsgevolgen verbonden zijn, dit feit zal moeten bewijzen (4).

De meeste technische regelen zijn trouwens, zoals von Jhering zeer te recht deed opmerken, in het rechtsleven ontstaan ter gelegenheid van sommige toepassingsgevallen, die door deze vooraanstaande rechtsgeleerde punten van doorbraak of uittredingspunten (*historische*

(1) De Page, *o.c., l.c.,;* — Dekkers, R., *o.c., l.c.;* — Capitant, H., *Introduction à l'étude du droit civil,* nr. 331, bl. 402, voetnoot 3; — Verbr., 4 november 1926, *Pas.,* 1927, I, 83.
(2) Bv. het bewijs door de algemene bekendheid : art. 1415 en 1442 B.W.
(3) Vgl. de tekst van art. 8 Z.G.B. : « Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt ».
(4) *Toullier, C.B.M., Le droit civil français suivant l'ordre du Code,* 6de uitg., door J.B. Duvergier, vol. IV, dl. II, nr. 11, bl. 9-10. Voor het belang van de analogie voor de rechtsvinding, zie Scholten, P., *Algemeen deel,* bl. 5 e.v., bl. 80 e.v., bl. 92 e.v.

Durchbruchspunkte) werden genoemd (1) : een abstract rechtsbeginsel zal dikwijls voor het eerst aan het licht treden naar aanleiding van een geïsoleerd concreet geval. Bij het tot stand komen van het burgerlijk wetboek werd het contract immers als de voornaamste bron der verbintenissen aangezien; het is begrijpelijk dat het principe van de bewijslastverdeling daar voor het eerst zijn intrede deed. Dat een dergelijke techniek evenwel niet zonder gevaar is, werd onlangs nog bevestigd (2).

Tenslotte biedt ook de rechtsvergelijking een niet te onderschatten argument : zo is bv. in Nederland, Zwitserland en Italië de regeling van de bewijslast in een algemene wetsbepaling opgenomen en trouwens in een afzonderlijk deel van het burgerlijk wetboek behandeld (3). Meer nog, in Duitsland werd de algemene regel afgeleid uit tal van afzonderlijk-verspreide wetsartikelen, die blijkbaar alle door dezelfde grondidee waren ingegeven (4).

82. — In een Frans proefschrift werd enkele jaren geleden een totaal tegenovergestelde opvatting verdedigd : artikel 1315 van het burgerlijk wetboek moet tekstueel geïnterpreteerd worden en is beperkt tot de uit overeenkomst ontstane verbintenissen (5).

Na vooreerst te hebben gewezen op de extensieve interpretatie van artikel 1315 van het burgerlijk wetboek, tracht de auteur aan de hand van de rechtsleer aan te tonen, dat in werkelijkheid bedoeld artikel niet toepasselijk is op de familiale en zakelijke rechten en evenmin op de contractuele en delictuele aansprakelijkheid. Inderdaad, zo luidt de redenering, de eiser zal in de meeste dezer gevallen niet alle elementen van zijn vordering moeten bewijzen (6).

Bij de ontleding van de vermoedens komt hij tot het besluit dat van een vermoeden ten voordele van een van beide partijen geen sprake kan zijn (7); daarenboven leidt hij uit het bestaan van sommige wettelijke vermoedens af, dat de bewijslast normaal op beide partijen rust, zoniet zou artikel 1352, 1ste lid, van het burgerlijk wetboek, waarin gezegd wordt dat een wettelijk ver-

(1) von Jhering, R., *L'esprit du droit romain,* vert. O. de Meulenaere, III, Paris, 1877, § 44, bl. 31 e.v. de Meulenaere bezigde de term *point d'irruption historique,* terwijl Perrot spreekt van *point d'émergence* (in Beudant, IX², nr. 1140, voetnoot 3, bl. 207-208).
(2) Perrot, R., *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques,* Proefschr., Paris, 1953, nr. 58, bl. 94-95.
(3) Zie de teksten : boven, nr. 79.
(4) Zie de samenvatting door Rosenberg : boven, nr. 79.
(5) Villegas-Lopez, J.A., *Etude pour une théorie de la charge de la preuve en droit civil,* dactylogr., Paris, 1951.
(6) In geval van contractuele aansprakelijkheid moet de eiser bv. enkel de verbintenis en de schade bewijzen : de bewijslast van de niet-uitvoering en van de fout van de verweerder rust volgens deze auteur niet op de eiser : *o.c.,* bl. 65 e.v. Zie hierover nochtans verder, nr. 416 e.v.
(7) *o.c.,* bl. 86.

moeden één der partijen van *elk bewijs* ontslaat, geen zin hebben (1).

Ongetwijfeld houdt dit proefschrift enkele interessante gedachten in, doch vertrekpunt en dus ook besluit zijn verkeerd. Men vergete immers niet dat het zeker niet in de bedoeling lag door artikel 1315 van het burgerlijk wetboek de volledige bewijslast op de eiser te leggen; in een dergelijke veronderstelling wordt het desbetreffend artikel inderdaad zelden of nooit toegepast (zie hierover ook nog verder, nr. 175).

Bovendien betekent de algemene toepasselijkheid van artikel 1315 van het burgerlijk wetboek geenszins dat er geen uitzonderingen zouden bestaan; dit wordt overigens door de meeste rechtsgeleerden toegegeven (zie boven, nr. 80).

83. — Tenslotte dient nog onderzocht te worden of, daar waar de principes van artikel 1315 van het burgerlijk wetboek algemeen op het hele privaatrecht toepasselijk zijn, er in werkelijkheid geen g r e n z e n bestaan aan de werkingssfeer van dit artikel.

Vooraleer dit punt te onderzoeken, weze er volledigheidshalve aan herinnerd dat de bewijslastprincipes niet begrensd blijven tot het privaatrecht maar ook in alle domeinen van het recht terug te vinden zijn (2).

84. — Ten aanzien van de begrenzing van artikel 1315 in het privaatrecht, werd in de eerste plaats een onderscheid gemaakt tussen de e i g e n l i j k e o f c o n t e n t i e u s e en de o n e i g e n l i j k e o f w i l l i g e rechtspraak; de algemene principes van het bewijsrecht zouden slechts in het eerste geval van toepassing zijn.

Waar men evenwel terugschrikte voor het opstellen van een duidelijk criterium om beide begrippen nauwkeurig te onderscheiden (3),

(1) *o.c.*, bl. 116 e.v.

(2) In s t r a f z a k e n rust de bewijslast op het openbaar ministerie, bewijslast die soms, om begrijpelijke redenen trouwens, zeer zwaar kan zijn (zie o.m. : Verbr., 11 juni 1956, *R.W.*, 1956-57, 1958; — Verbr., 18 november 1957, *R.W.*, 1957-58, 277).

Ook in geschillen van a d m i n i s t r a t i e f r e c h t e l i j k e aard rust de bewijslast op de eiser (Pactet, P., *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative,* nr. 29 e.v., bl. 51 e.v.; — zie ook Deppe, G., *Die Beweislast im Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozess,* Proefschr., Münster, 1961).

In het f i s c a a l recht wordt evenmin afgeweken van gemeld principe (R.P.D.B., Tw. *Impôts,* nr. 763 e.v.; — zie ook : Dumon, F., en Stévigny, G., A.P.R., Tw. *Verzoeningsrechtspleging in zake directe belastingen,* nr. 137 en 139; — De Mey, C., *Portée et limites du fardeau de la preuve en cas de taxation d'office, Journ. prat. dr. fisc.,* 1954, 5 e.v.).

(3) Zie desbetreffend : Le Paige, A., *Vrijwillige en eigenlijke rechtspraak, R.W.*, 1937-38, 528 e.v.; — Röder, J.G.L., *De grondtrekken van het procesrecht der vrijwillige rechtspraak,* Proefschr., Leiden, 1939; — Ancel, M., *Le problème de la juridiction volontaire ou gracieuse dans le développement du droit moderne, J.T.,* 1960, 217 e.v.; — vgl. Cornu, G. et Foyer, J., *o.c.,* bl. 88 e.v.; — zie ook Brussel, 31 december 1957, *J.T.,* 1958, 111. Sinds de hervorming van het Wetboek voor burgerlijke rechtsvordering door het K.B. van 31 maart 1936, heeft dit onderscheid trouwens enigszins aan belang verloren. Zo bepaalt bv. het nieuwe artikel 635*bis* Rv. dat in alle beslagleggingen die aan machtiging onderworpen zijn, de beslagene steeds het intrekken van de verleende machtiging kan vragen door een dagvaarding van de beslaglegger voor de rechter die de machtiging heeft verleend.

heeft men dikwijls vermeld onderscheid vervangen door dat van de procedure op verzoekschrift en de procedure bij dagvaarding : in het eerste geval zouden de bewijsregelen van het burgerlijk wetboek geen toepassing vinden (1). De Nederlandse rechtspraak bevestigde bv. herhaaldelijk dat in een met verzoekschrift ingeleid geschil, de wettelijke voorschriften betreffende de verdeling van de bewijslast niet van toepassing zijn (2).

Men vindt trouwens in sommige wetteksten een argument voor deze stelling. Dat de rechter in een procedure op verzoekschrift niet zou moeten uitspreken *secundum allegata et probata* blijkt o.m. uit artikel 355 van het burgerlijk wetboek, volgens hetwelk de rechtbank van eerste aanleg die de adoptie moet homologeren, zelf *alle nuttige inlichtingen* mag inwinnen.

85. — Hierop dient in de eerste plaats te worden aangemerkt, dat een dergelijke beperking vooral aanvaard wordt door diegenen, die de opvatting huldigen dat de bewijslastprincipes tot het procesrecht behoren. Is men evenwel de mening toegedaan dat de bewijslast tot het materiële recht behoort (zie hierover boven, nr. 46 e.v.), dan bemerkt men dat een begrenzing op grond van vermeld onderscheid niet altijd zin heeft.

Er zijn vooreerst gevallen, zoals bv. artikel 812 van het burgerlijk wetboek (aanduiding van een curator in geval van onbeheerde nalatenschappen), waar het bewijsprobleem zich helemaal niet stelt, omdat er geen tegenstrijdigheid van belangen bestaat.

Verder kunnen er zich ook omstandigheden voordoen, waarin de artikelen 1315 en volgende van het burgerlijk wetboek geen toepassing vinden. Dit is dan meestal het gevolg van speciale procedures die door de wetgever werden ingesteld voor familierechtelijke aangelegenheden, zoals bv. artikel 355 van het burgerlijk wetboek inzake bekrachtiging van de aanneming van een kind.

Tenslotte zijn er nog gevallen van willige rechtspraak, waarin de bewijslast hetzij dadelijk, hetzij nadien van belang is en volgens de algemene principes op de eiser gelegd wordt. Zo zal bij het verzoek tot het bevelen van maatregelen in geval van vermoede afwezigheid van een persoon, op de belanghebbenden-verzoekers de bewijslast ge-

(1) Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 53 e.v.; — Völlmar, H.F.A., *Nederlands burgerlijk recht,* III, *Verbintenissen- en bewijsrecht,* nr. 969, bl. 967; — Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 3.

(2) H.R., 15 juni 1931, *N.J.,* 1931, 1242; — H.R., 11 juli 1950, *N.J.,* 1950, 665; — H.R., 16 december 1955, *N.J.,* 1956, 521. Soms bleven de bewijsregelen evenwel toch van toepassing voor zekere contentieuse procedures die bij verzoekschrift aanhangig gemaakt worden : H.R., 1 april 1910, *W.*, 8986 (arbeidsovereenkomst).

legd worden van de noodzakelijkheid dezer maatregelen en van het vermoeden van afwezigheid (art. 112 B.W.) (1). Doch ook nadien kunnen de principes van de bewijslastverdeling toepassing vinden; dit zal het geval zijn telkens wanneer de willige rechtspraak in eigenlijke rechtspraak overgaat, omdat de rechten van derden geschonden werden. Zo kan bij een vraag tot schadevergoeding wegens arbeidsongeval de verzoeker zich beperken tot een vordering van betaling der door de wet voorziene rente, maar wanneer de rechtspraak contentieus wordt, zal hij het voorwerp van zijn vordering nader moeten preciseren en eventueel bewijzen (2).

Men kan dit enigszins vergelijken met hetgeen ten aanzien van de aanvoerings- en bewijslast geschiedt bij een verstekprocedure (zie boven, nr. 23).

Uit het voorgaande mag besloten worden dat ook in de willige rechtspraak de algemene principes van de bewijslast toepasselijk worden gesteld, althans in de gevallen waar zulks van belang kan zijn (3). Men vergete immers niet dat zeer dikwijls in dergelijke procedures bij gebrek aan een tegensprekelijk debat, het essentieel kenmerk van de bewijslast, nl. het risico, niet voorhanden is; daarenboven moet de rechter meestal zijn uitspraak niet motiveren en mag hij zich in zijn oordeel laten leiden door elke nuttige overweging.

86. — Dat de principes van het bewijsrecht niet toepasselijk zouden zijn op de procedure voor scheidslieden (4), wordt hier te lande tegengesproken door het feit dat in tal van betwistingen over de bewijslast in verzekeringsaangelegenheden, de scheidsrechters zich steeds hebben laten leiden door de beginselen van artikel 1315 van het burgerlijk wetboek (5). Ingevolge artikel 1019 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering doen de scheidslieden trouwens uitspraak volgens de algemene rechtsregelen, tenzij het compromis dit anders had bepaald; in het laatste geval kan er sprake zijn van een eventuele overeenkomst over de bewijslast (zie boven, nr. 56 e.v.).

87. — Er zijn tenslotte, zoals reeds vroeger gezegd (zie boven, nr. 80), diverse wetsbepalingen die speciale uitzonderingen voorzien op de algemene bewijsregelen. Dit is voornamelijk het geval inzake procedures van familierechtelijke aard: dit komt o.m. zeer sterk tot uiting in de echtscheidingsprocedures en in andere geschillen van staat.

De reden van deze uitzondering ligt voor de hand; in de vermogensrechtelijke geschillen overweegt de vrijheid van de partijen, terwijl een dergelijke vrijheid van dispositie ten aanzien van de familierechtelijke betrekkingen niet toelaatbaar is, daar het algemeen belang zich tegen een dergelijke vrijheid verzet.

Toch zal deze begrenzing hoofdzakelijk betrekking hebben op de bewijsmiddelen en veel minder op het algemeen principe van de bewijslast (art. 1315 B.W.), dat van toepassing zal blijven zolang niet een uitdrukkelijke regeling hiervan afwijkt.

88. — Op de vraag of ook partijen bij overeenkomst of op een andere wijze van de algemene beginselen der bewijslastverdeling kunnen afwijken, werd reeds eerder een antwoord gegeven (zie boven, nr. 56 e.v.). Het moge volstaan dit hier aan te stippen, omdat dergelijke overeenkomsten ook enigermate als een begrenzing van de toepasselijkheid van artikel 1315 van het burgerlijk wetboek zouden kunnen beschouwd worden.

89. — Uit de voorgaande uiteenzetting kan afgeleid worden dat er in werkelijkheid weinig of geen grenzen aan de werkingssfeer van artikel 1315 worden gesteld.

Doordat het bewijslastprincipe van gemeld artikel algemeen toepasselijk is, volgt meteen hieruit dat waar geen speciale bewijsregelen uitdrukkelijk voorzien werden of waar regelen van ongeschreven recht worden toegepast, naar een jurisprudentieel bewijsrecht zal gestreefd worden, dat dan ook zeer sterk de bestaande principes zal benaderen (zie ook verder, nr. 149 en 178).

AFDELING III. RECHTVAARDIGING VAN DE BEWIJSLAST VAN DE EISER

90. — Uit het voorgaande heeft men reeds kunnen opmaken dat in de meeste wetgevingen de bewijslast op de eiser (1) wordt gelegd.

(1) De Page, I, nr. 486, bl. 536.

(2) Verbr., 7 oktober 1937, *Pas.*, 1937, I, 262; — vgl. in dezelfde zin: Kortged. Aarlen, 17 september 1943, *Pas.*, 1944, III, 25 (inbezitstelling van algemene legataris: art. 1008 B.W.).

(3) Rosenberg, L., *o.c.*, § 3, bl. 40-41; — Habscheid, W.J., noot onder O.L.G. Neustadt, 23 maart 1961, *J.Z.*, 1962, 417 e.v.

(4) Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 55: deze opvatting is voornamelijk gesteund op de tekst van artikel 629 Ned. Rv., dat bepaalt dat het geding zal gevoerd worden op de wijze bij het compromis of door de scheidsmannen geregeld.

(5) Zie o.m. de scheidsrechterlijke beslissingen van 26 april 1935, *R.G.A.R.*, 1935, 1907; — 21 april 1936, *R.G.A.R.*, 1936, 2174; — 23 juli 1941, *R.G.A.R.*, 1941, 3608; — 12 februari 1942, *R.G.A.R.*, 1942, 3750; — 20 maart 1950, *R.G.A.R.*, 1950, 4624.

(1) Hier moet aangestipt worden — en dit is een opmerking die voor de hele verhandeling geldt — dat de term *eiser* niet altijd in zijn zuiver procesrechtelijke betekenis gebezigd wordt. De eiser is elkeen die zich op enig feit tot staving van zijn recht of tot tegenspraak van het recht van een andere beroept. Zie hierover ook nog verder, nr. 161.

De vraag kan dan ook gesteld worden waarom dit zo geregeld werd.

Tal van auteurs hebben, bij de studie van de bewijslast, vooraf getracht de principes van artikel 1315 van het burgerlijk wetboek te rechtvaardigen; in feite zochten zij een interpretatie die de regeling van de bewijslast aannemelijk zou maken, vermits de voorbereidende werken weinig of niets hierover vermeldden (zie boven, nr. 75). Hoewel de verschillende opvattingen uiteindelijk veel verwantschap vertonen, is het toch nuttig even de onderscheidene argumenten na te gaan, omdat deze ook van belang zijn bij de verdere studie van de bewijslastverdeling.

91. — Volgens sommigen is het principe van artikel 1315, 1ste lid, het gevolg van de onafhankelijkheid en de vrijheid der individuen (1) : vermits die onafhankelijkheid de regel zou zijn, moet diegene die beweert dat er een verbintenis ontstaan is, er ook het bewijs van leveren.

Er wordt dus vermoed dat de feitelijke toestand, nl. de afwezigheid van elke uiterlijke band, overeenstemt met de rechtstoestand. Wanneer geen enkel uitwendig teken doet veronderstellen dat men schuldeiser is, of slachtoffer van een onrechtmatige daad,..., dan kan de rechter zulkdanige beweringen niet aanvaarden, zolang het bewijs hiervan niet werd geleverd. De mensen zijn onafhankelijk en dus noch schuldeiser, noch schuldenaar; wil men dan toch een schuldvordering inroepen, dan zal het verbintenisscheppend feit eerst moeten bewezen worden.

Dit is werkelijk het zuiverste individualisme waarbij over het hoofd gezien wordt dat de zogezegde onafhankelijkheid meestal een illusie is : « Peut-on dire en effet que les hommes ne sont, en principe, ni débiteurs, ni créanciers les uns des autres? Le nombre des salariés et des fermiers est-il donc si minime qu'on puisse poser *a priori* qu'il existe uniquement des travailleurs indépendants ou des propriétaires? » (2). Het is dan ook verkeerd in die zgn. onafhankelijkheid een vermoeden te zien om de bewijslast van de eiser te rechtvaardigen.

92. — Een gelijkaardige gedachtengang vindt men terug bij de auteurs, die verklaren dat de bewijslast rust op diegene, die de bestaande natuurlijke toestand (vrijheid en onafhankelijkheid) of de verworven toestand (staat van schuldeiser, wanneer de verbintenis bewezen werd) wil wijzigen (1).

(1) Larombière, L., *Théorie et pratique des obligations,* V, 2de uitg., Paris, 1885, onder art. 1315, nr. 5; — Duranton, A., *Cours de droit français suivant le code civil,* XIII, Paris, 1831, bl. 3; — Laurent, XIX, nr. 91, bl. 88; — Baudry-Lacantinerie et Barde, *Les obligations,* III, nr. 2060, bl. 421; — Kluyskens, A., *De Verbintenissen,* nr. 266, bl. 415.

(2) Decottignies, R., *o.c.,* nr. 86, bl. 215-216.

De scherpste formulering vindt men bij Marcadé (2) : « Sans doute on peut dire que la règle *actori* est vraie absolument et toujours; mais c'est en l'entendant avec discernement et en désignant par le mot *actor,* non pas celui qui introduit l'action en justice, mais la partie (demanderesse ou défenderesse, peu importe) qui introduit contre l'autre un nouvel élément de décision, qui agit et va en avant en alléguant quelque chose de nouveau, qui prétend changer et renverser, au moins sur quelque point, le *statu quo,* l'état où en sont les choses, l'ensemble de faits ou d'idées qui se trouve actuellement établi, soit par les preuves déjà faites ou les reconnaissances données, soit par la nature ordinaire des choses » (3).

Verschillende moderne auteurs hebben deze laatste stelling hernomen, doch enigszins anders geformuleerd : de regel *actori incumbit probatio* berust op het zuiver juridisch beginsel, dat wat eenmaal schijnbaar rechtmatig bestaat, als zodanig voorlopig moet gehandhaafd worden in het belang der rechtszekerheid (4).

93. — Soms werd nog meer nadrukkelijk de aandacht gevestigd op de uiterlijke schijn *(l'apparence)* (5).Men kan inderdaad in het positief recht tal van rechtsregelen terugvinden die aanleunen bij de idee van de rechtsschijn (6).

(1)Demante, A.M., *Cours analytique de Code Civil,* voortgezet door E. Colmet de Santerre, V, 2de uitg., Paris, 1883, nr. 276bis, bl. 507; — Demolombe, VI, (XXIX), nr. 187; — Baudry-Lacantinerie et Barde, *o.c., l.c.;* — Gény, F., *Science et technique,* III, nr. 231, bl. 274-275; — zie bv. in die zin : Hrb. Gent, 28 december 1909, *J.T.,* 1910, 869.

(2) *Explication théorique et pratique du code civil,* V, 8ste uitg., Paris, 1889, onder art. 1315, nr. 11, bl. 3.

(3) Vgl. ook Esmein, P., *Le fondement de la responsabilité contractuelle, Rev. trim. dr. civ.,* 1933, 627 e.v., speciaal nr. 8, bl. 643, waar hij gewaagt van een *principe d'inertie.* Men herleze in dit verband, de pertinente opmerkingen van Demogue : *Les notions fondamentales du droit privé,* bl. 542 e.v.

(4) De Page, III, nr. 726, bl. 704; — Dekkers, R., II, nr. 630, bl. 363; — Legeais, R., *o.c.,* bl. 102-103; — Beudant, IX², nr. 1159, bl. 232; — Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 83.

(5) Beudant, IX², nr. 1159, bl. 232, voetnoot 2.

(6) Zie de voorbeelden bij Boonen, H., *De rechtsschijn, R.W.,* 1950-51, 289 e.v. Voor een verdere bespreking van dit begrip, zie o.m. : Voirin, P., Noot onder Bordeaux, 10 december 1928, *D.P.,* 1929, 2, 81; — De Harven, P., *Etude sur la notion d'apparence en droit privé, R.D.B.,* 1938, 91 e.v.; — Laurent, Ch., *L'apparence dans le problème des qualifications juridiques,* Proefschr., Caen, 1934; — Van der Heyden, *De toerekenbare schijn en de bronnen der verbintenis, R.M.,* 1928, 1 e.v.; — Calais-Auloy, J., *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial,* Paris, 1959.

Om het belang van de rechtsschijn echter ook ten aanzien van het bewijs te illustreren, kan de opvatting van Saleilles aangehaald worden : « C'est qu'il y a la logique philosophique qui va au fond des choses, et la logique juridique qui doit, le plus souvent, s'en tenir à certaines apparences et ne guère aller au-delà. Les apparences, en matière de relations sociales, n'est-ce pas là en effet ce qui est la base de tous les

Aansluitend bij de theorie van de bewijslast, mag o.m. in herinnering gebracht worden dat de regelen van de plaatselijke bevoegdheid in het burgerlijk procesrecht ook wellicht ten dele op deze idee van rechtsschijn zijn gebaseerd, vermits de eiser in principe de nadelen van de verplaatsing moet dragen, daar hij de verweerder moet dagvaarden voor de rechtbank van diens woonplaats (artikel 39 van de wet van 25 maart 1876).

94. — Het is ongetwijfeld de verdienste geweest van sommige dezer auteurs erop gewezen te hebben dat de regeling van de bewijslast niet berust op een logisch vermoeden van het voortbestaan van een eenmaal ontstane toestand (1), noch op een abstract-wetenschappelijk beginsel : « Sur le plan proprement scientifique, en effet, la seule attitude correcte serait celle du doute méthodique, ne faisant *a priori* confiance à aucune des thèses en présence, ce qui forcerait les parties à collaborer, activement et sur un pied d'égalité à la restitution du vrai » (2).

Maar om op grond van de sociologische methode, in de bewijslastprincipes enkel een toepassing te zien van de rechtszekerheid en de sociale vrede, is een opvatting die eveneens te eng lijkt.

Deze opvatting werd weliswaar nog onlangs door Professor De Page verdedigd (3), wanneer hij schrijft dat het principe van artikel 1315 van het burgerlijk wetboek in zichzelf gerechtvaardigd is en niets te zien heeft met de grond van het recht : « C'est cet intérêt éminent de l'ordre dans la société, se cristallisant dans la charge de la preuve, qui explique que le fond du droit passe à l'arrière-plan : *non deficit ius, sed probatio.* La charge de la preuve n'est devenue un principe

---

rapports juridiques qui s'établissent entre les hommes? C'est tout au moins sur elles que se fondent la plupart des opinions, en tout cas cette opinion commune, qui est l'agent créateur par excellence en matière de droit. Les apparences établissent dans l'esprit des hommes des présomptions de vérité, et les hommes prennent pour base de leur manière d'agir ces présomptions instinctives. Donc, ce qui est la mission du droit, c'est de troubler le moins possible ces rapports fondés sur ces présomptions courantes et, par conséquent, d'accepter, tant que le contraire n'est pas démontré, ou que la justice n'en est pas ouvertement violée, ces apparences sur lesquelles se sont établis tant de rapports de droit, et que l'on ne pourrait renverser sans toucher à ces derniers de la façon la plus dangereuse et la plus menaçante pour l'ordre social lui-même ». *(Les théories allemandes sur les droits qui, au cas de contrat synallagmatique, appartiennent à la partie poursuivie en paiement, lorsque son adversaire n'exécute pas ses engagements, Ann. dr. comm.,* 1893, 128).

(1) Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 83; — Anders : De Page, III, nr. 726, bl. 704; — Beudant, IX², nr. 1159, bl. 231, voetnoot 1.

(2) Dabin, J., *o.c.,* bl. 88.

(3) *Une survivance d'Ordalie en droit moderne : le serment litis-décisoire, Mededelingen van de Koninklijke Belgische Academie, Klasse der Letteren en der Morele en Staatkundige Wetenschappen,* 1954-55, bl. 352 e.v., meer bepaald, bl. 359, voetnoot 4 en bl. 377.

« rationnel » que parce que les exigences de la paix sociale ont commencé par l'imposer » (1).

Het is ongetwijfeld juist dat de rechtszekerheid op een bepaald punt van groter belang kan zijn dan het recht zelf (2), maar dit betekent niet dat de wetgever eveneens geen oog heeft gehad voor rechtvaardigheid en billijkheid (zie verder, nr. 102).

De redenering, volgens dewelke artikel 1315 van het burgerlijk wetboek enkel maar gegrondvest is op de rechtszekerheid en de sociale orde, kan dan ook moeilijk aanvaard worden (zie ook boven, nr. 59).

Trouwens De Page schijnt dit ook te hebben aangevoeld, wanneer hij schrijft dat « l'interversion de la charge de la preuve choque nos consciences modernes » (3). De rechtszekerheid wordt trouwens in hoofdzaak gediend door een duidelijke regeling van de bewijslast, m.a.w. door het feit dat één van de gedingvoerende partijen het bewijsrisico draagt; welke partij dit moet zijn, heeft voor de rechtszekerheid uiteindelijk weinig of geen belang. In dit verband weze er aan herinnerd dat in het primitieve recht, toen de bewijslast op de verweerder rustte, toch evengoed de sociale vrede en de rechtszekerheid werden gediend, vermits er alsdan een einde aan het geding werd gesteld in een welbepaalde zin, zij het dan op een totaal andere wijze.

95. — Ook de opvatting als zou de verweerder het voordeel genieten van de bestaande schijn *(l'apparence)* (4), kan — behoudens in de gevallen waarin de verweerder het bezit heeft *(Beati possidentes)* — geen voldoening schenken (5). De theorie van de rechtsschijn houdt immers voor dat een door een bepaald feit gewekte schijn rechtsgevolgen kan hebben, ook al beantwoordt de schijn niet aan een werkelijk recht; deze stelling kan moeilijk van toepassing zijn op de toestand van de verweerder in een geding die aldus zou geacht worden altijd de schijn, nl. het niet-verbonden zijn, voor zich te hebben. Daarenboven is toch in principe alleen een op de werkelijkheid gebouwde rechtsbetrekking rechtsgeldig; het is deze werkelijkheid die door de eiser zal moeten bewezen worden.

Sommige auteurs hebben daarom ook de idee van de normale gang van zaken verkozen boven die van de rechtsschijn : « La

---

(1) *o.c.,* bl. 377, voetnoot 3. Zie in dezelfde zin : De Page, H., *L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé,* Brussel, 1957, bl. 23.

(2) Vgl. Ripert, G., *Les forces créatrices du droit,* Paris, 1955, nr. 1 e.v., bl. 1 e.v.

(3) *Une survivance d'ordalie en droit moderne,* bl. 368.

(4) Zie boven nr. 93.

(5) Rosenberg, L., *o.c.,* § 8, bl. 97.

charge de la preuve est imposée à celui qui, demandeur ou défendeur, allègue un fait contraire à la normalité (matérielle ou juridique), ce qui sera apprécié en principe, d'après l'expérience de la vie à moins que le doute ne soit levé par la loi elle-même définissant le normal et le présumant en l'espèce » (1).

Hierbij moet nochtans opgemerkt worden dat op grond van deze redenering ook de tegenovergestelde stelling verdedigd werd, volgens dewelke de bewijslast op de verweerder zou moeten rusten : « Comme les assertions vraies l'emportent de beaucoup en nombre sur les fausses, la disposition à croire est l'état habituel, le non-croire est un cas d'exception; pour refuser de croire, il faut toujours une cause spéciale, une objection particulière » (2).

Welke ook de reden weze, rechtsschijn of normale gang van zaken, toch blijkt bij nader onderzoek dat geen van beide als een afdoende rechtvaardiging van de bewijslastregeling mag aangezien worden; veeleer zijn het twee elementen die men kan beschouwen als middelen van bewijswaardering, waardoor een verlichting van de bewijslast kan worden teweeggebracht (zie hierover, verder nr. 163 e.v., en nr. 313 e.v.). Er kan immers nu reeds op gewezen worden dat de partijen steeds zullen trachten de bewijslast van zich af te schudden door ten hunnen voordele een toestand van waarschijnlijkheid te scheppen : « c'est, autour de la preuve, une lutte à rebours » (3).

96. — Men kan zich de vraag stellen of de regeling van de bewijslast dan gesteund is op overwegingen van billijkheid en rechtvaardigheid.

Mocht de bewijslast op de verweerder worden gelegd, dan zouden hierdoor inderdaad zeer dikwijls diens bestaande rechten grotelijks in gevaar kunnen komen, door de onmogelijkheid waarin deze zich zou bevinden om de door de eiser vooropgestelde beweringen te weerleggen (4).

Ook de verdeling van de bewijslast is — zoals verder zal worden aangetoond (zie nr. 101 e.v.) — gemotiveerd door de mildering, die moet gebracht worden aan de bewijslast van de eiser, die in sommige gevallen al te zwaar zou zijn (5).

Soms werd er zelfs aan toegevoegd dat wanneer de bewijslast op de eiser wordt gelegd, elke beperking van de bewijsmiddelen (zie bv. de artikelen 1341 e.v. B.W.) al te drukkend wordt en rechtsonzekerheid brengt (6).

(1) Dabin, J., *o.c.*, bl. 87.
(2) Bentham, J., *Traité des preuves judiciaires*, I, bl. 34.
(3) Thévenet, J., *o.c.*, bl. 106.
(4) Aubry et Rau, XII, § 749, voetnoot 13, bl. 81-82.
(5) Dekkers, R., II, nr. 632, bl. 364-365; — Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 83.
(6) Polenaar, B.J., *o.c.*, bl. 55-56. Dit is trouwens één der redenen waarom in Nederland deze beperkingen werden opgeruimd door de wet van 2 juli 1934.

Trouwens in de wet vindt men de toepassing terug van de idee, volgens dewelke de bewijslast niet onmogelijk mag worden gemaakt : de gedingbeslissende eed (art. 1358 e.v. B.W.) is hiervan een typisch voorbeeld. Inderdaad, de voorbereidende werken duiden aan dat deze eedopdracht berust op een *appel à la conscience* (1), omdat het zeer goed kan gebeuren dat de eiser zijn gewettigde vordering afgewezen ziet, bij gebrek aan bewijs : de eedopdracht wordt dan de laatste redplank. Afgezien van de vraag of deze gedingbeslissende eed in ons rechtssysteem moet behouden blijven (zie hierover verder, nr. 342), wordt hierdoor toch aangetoond dat ook bij de regeling van de bewijslast met de billijkheid werd rekening gehouden.

97. — Het is tevens in aansluiting met deze overwegingen dat, waar een keuze moest gedaan worden tussen de eiser en de verweerder, sommige auteurs het begrijpelijk vonden dat de bewijslast op de eiser werd gelegd, daar hij in de meeste gevallen het best en gemakkelijkst het bewijs kan leveren. Zo is het gemakkelijker een eis te staven op grond van positieve feiten — hetgeen toch meestal de regel is — dan het negatief bewijs te leveren dat men niet gecontracteerd heeft, dat men geen fout heeft begaan,... (2).

Hierbij moet evenwel aangemerkt worden dat in sommige gevallen dezelfde argumentatie kan aangewend worden ten gunste van de stelling volgens dewelke de verweerder de bewijslast moet dragen. Men neemt trouwens aan dat in het Germaanse recht, de verweerder de bewijslast droeg, omdat hij zelf toch het best moest weten of hij het hem ten laste gelegde onrecht inderdaad had bedreven (3). Sommige auteurs die het principe van de geschiktheid tot het leveren van bewijs vooropstelden, hebben trouwens desbetreffend geen onderscheid gemaakt tussen de eiser of de verweerder, zoals blijkt uit de volgende verklaring van Bentham (4) : « L'obligation de la preuve doit être, dans chaque cas individuel imposée à celle des parties qui peut la remplir avec le moins d'inconvénient, c'est-à-dire le moins de délais, de vexations et de frais ». Demogue bestempelt het principe van artikel 1315 als « un pis aller pitoyable qu'il ne faut admettre que faute de mieux », doch erkent anderzijds dat voorkeur moet gegeven worden aan het stelsel, waarin de bewijslast wordt gelegd op diegene « qui a une charge moins lourde à faire » (5).

Er zijn nochtans auteurs die zich te recht uitdrukkelijk gekant hebben tegen de opvatting, volgens dewelke de bewijslast ten dele bepaald wordt door de moeilijkheid bij de bewijslevering (6).

(1) Rapport Jaubert vóór het Tribunaat : Locré, VI, bl. 237, nr. 37.
(2) Larguier, J., *La preuve d'un fait négatif, Rev. trim. dr. civ.*, 1953, nr. 7, bl. 7; — zie hierover verder, nr. 109 e.v.
(3) Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 5; — Thévenet, J., *o.c.*, bl. 11 e.v.; — Beudant, IX², nr. 1159, bl. 231, voetnoot 1.
(4) *o.c.*, II, bl. 163.
(5) *o.c.*, bl. 544-545; — Tunc, A., *La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence, J.C.P.*, 1945, I, 449, nr. 8.
(6) Gény, F., *Science et technique*, III, nr. 231, bl. 275; — Aubry et Rau, XII, § 749, voetnoot 14, bl. 82; — zie ook verder, nr. 121 en 133.

98. — Het is ongetwijfeld zo, dat overwegingen van billijkheid en het daaruit voortvloeiende principe van de bewijsgeschiktheid *(aptitude à la preuve)* een niet te onderschatten rol kunnen spelen bij de toepassing van de bewijslastprincipes en meer in het bijzonder bij de bewijswaardering (zie hierover, verder nr. 207). Zij geven evenwel geen afdoende verklaring voor het beginsel volgens hetwelk de eiser de bewijslast draagt.

In dit verband kan ter illustratie verwezen worden naar het ontworpen artikel 177 van het nieuwe Nederlandse wetboek van burgerlijke rechtsvordering (zie boven, nr. 78).

Hier blijft immers hetzelfde principe bestaan, doch kunnen eventuele *afwijkingen* toegestaan worden op gronden van redelijkheid of billijkheid.

99. — Uiteindelijk kan artikel 1315 van het burgerlijk wetboek zonder moeite verklaard worden : diegene die een bepaald feit ten zijnen gunste inroept, draagt hiervan de bewijslast. Vermits de eiser de eerste is om dergelijke feiten in te roepen, rust ook de bewijslast op hem. Dit is meteen een analogische toepassing van het adagium *Ubi emolumentum, ibi onus* (1) : wanneer de eiser bv. zijn rechten als schuldeiser laat gelden en een verbintenis wil doen uitvoeren, dan is het normaal dat door hem het bewijs van de verbintenis moet geleverd worden. Zoals verder zal worden aangetoond (nr. 181 e.v.) wordt de bewijslast door het objectieve recht bepaald; het is logisch dat diegene die de tussenkomst van de rechtbank vraagt om een rechtsvoorschrift te doen toepassen, de aanwezigheid van de feitelijke toepassingsvoorwaarden van dit rechtsvoorschrift bewijze.

De regeling van de bewijslast is daarenboven grotendeels afhankelijk van een bepaalde vorm van g e r e c h t e l i j k e o r g a n i s a t i e. Wanneer in het Germaanse recht de verweerder moest bewijzen, dan is dit ook omdat hij ingevolge de klacht van de eiser in zijn eer werd aangetast en dus verplicht was door zijn bewijslevering de aantijgingen van de eiser terug te wijzen en als volkomen gerechtvaardigd voor het gerecht te verschijnen : het karakter zelf van de actie verklaart de regeling van de bewijslast. Hetzelfde kan gezegd worden van de hedendaagse gerechtelijke organisatie, die ten dele de regeling van de bewijslast conditioneert (2), en die daarenboven vermoedelijk het resultaat is van de verschillende theorieën die zopas werden samengevat (nr. 91 e.v.).

(1) *I.*, I, 17, pr.
(2) Beudant, IX², nr. 1159, bl. 231, voetnoot 1; — vgl. Aubry et Rau, XII, § 749, noot 13, bl. 81.

Ook Dabin, die nochtans voorhoudt dat de eiser de bewijslast moet dragen ingevolge het principe van de normale gang van zaken, heeft dit moeten toegeven : « Mais il ne faut pas oublier que la solution ainsi déduite ne trouve sa raison suffisante que sur le plan et en fonction de l'hypothèse où elle intervient, à savoir la réalisation sociale des droits par la voie d'une procédure judiciaire qui, comme toute lutte quelconque, a sa règle de jeu, pour une part *artificielle* (1). D'où il suit que la détermination par le droit, du mécanisme de la charge de la preuve, avec son ordre successif, son système de préjugés alternants, de dispenses et de renversements de preuve, ressortit, par sa fin, par ses moyens et par le cadre même où se meut le problème, au domaine étroit de la technique juridique » (2).

(1) Cursivering door ons
(2) *o.c.*, bl. 89.

HOOFDSTUK II.

DE VERDELING VAN DE BEWIJSLAST

AFDELING I. HET PRINCIPE VAN DE VERDELING : GRONDEN VAN RECHTVAARDIGING

100. — Wanneer de bewijslast meestal op de eiser wordt gelegd (zie boven, nr. 90 e.v.) dan betekent dit niet dat de eiser alleen de volledige bewijslast moet dragen. Trouwens artikel 1315 van het burgerlijk wetboek (1) bepaalt dat het bewijs voor de vordering uit verbintenissen gesplitst wordt in dat van het ontstaan en dat van het tenietgaan, hetgeen reeds een principiële aanwijzing is voor de verdeling van de bewijslast tussen de beide gedingvoerende partijen.

In Frankrijk spreekt men van *décomposition de la preuve* (2), waarbij dan de vraag gesteld wordt of alle elementen van het te bewijzen feit door één partij moeten aangetoond worden, dan wel of het volstaat dat sommige elementen door de ene partij en de afwezigheid van de overige elementen door de andere partij zouden bewezen worden.

Het is ongetwijfeld het moeilijkste en tevens belangrijkste vraagpunt van de bewijslast om juist de grenslijn te trekken tussen hetgeen door de eiser en hetgeen door de verweerder moet bewezen worden.

Vooraleer dit probleem nader te onderzoeken, moet eerst even de aandacht gevestigd worden op de grond zelf en de rechtvaardiging van deze verdeling. Men kan zich immers de vraag stellen waarom de eiser niet de volledige bewijslast moet dragen, vermits hij toch de procesvoering heeft uitgelokt (3).

Het is begrijpelijk dat de partijen min of meer onafhankelijk van elkaar, de rechter een bepaalde overtuiging willen bijbrengen. Zij staan in het proces tegenover elkaar en de standpunten die zij ver-

(1) Zie boven, nr. 76; — zie ook andere artikelen van het burgerlijk wetboek die elders worden aangehaald : boven, nr. 7 en verder, nr. 175.
(2) Zie o.m. Picard, M., *De la preuve par commune renommée,* bl. 119 e.v.
(3) Aldus : Thesingh, H., *o.c.,* nr. 63 e.v., bl. 128 e.v.; — zie verder, nr. 172.

dedigen zijn niet dezelfde, vermits de eiser rechtsfeiten inroept die door de verweerder betwist worden en omgekeerd : « La partie, qui prétend changer la situation acquise de l'autre partie, doit, en effet, s'il est permis de dire ainsi, la débusquer de cette situation, de telle sorte qu'elle ne puisse s'y maintenir, qu'en fournissant elle-même une preuve, de nature à détruire la preuve qui a été fournie contre elle » (1).

Zoals het ondoenlijk zou zijn het bewijs van alle feiten aan beide partijen gezamenlijk op te dragen, zou het even ondoenlijk zijn één der partijen, bv. de eiser, met het bewijs van alle feiten te belasten.

101. — Een eerste rechtvaardigingsgrond van de verdeling van de bewijslast wordt ongetwijfeld gevonden in het gebod der doelmatigheid (2).

Het ware inderdaad zinloos de volledige bewijslast op de eiser te leggen, daar aldus bijna elke vordering zonder gevolg zou blijven : de verweerder zou immers alle mogelijke beweringen en opwerpingen kunnen maken die de eiser telkens zou moeten bewijzen of weerleggen. Eenieder moet op rechtsbescherming kunnen aanspraak maken zonder dat dit met al te grote moeilijkheden zou gepaard gaan. De opwerping dat de verweerder, die reeds gevaar loopt verschillende proceskosten te moeten betalen, toch moeilijk op de koop toe kan gedwongen worden een deel van de bewijslast op zich te nemen (3), vermag niet op te wegen tegen de bezwaren die verbonden zijn aan een bewijslast die uitsluitend op één partij zou rusten.

102. — Dat men ook de bewijslastverdeling kan beschouwen als een toepassing van de verdelende rechtvaardigheid (4), is een opvatting die ten dele kan bijgetreden worden. Het zou evenwel zeer gevaarlijk zijn dit beginsel als maatstaf voor de verdeling van de bewijslast te nemen, daar men weet hoezeer het begrip *rechtvaardigheid* van geval tot geval en van rechtbank tot rechtbank kan verschillen (5).

103. — Men kan wel beweren dat de zgn. lijdelijkheid van de rechter (zie hierover verder, nr. 295 e.v.) de reden is

(1) Demolombe, VI (XXIX), nr. 194, bl. 193.
(2) Zie aldus : Hellwig, K., *System des Deutschen Zivilprozessrechts,* I, bl. 466 en 473; — Rosenberg, L., *o.c.,* § 8, bl. 91 e.v.
(3) Aldus Leonhard, F., *o.c.,* bl. 176.
(4) Aldus Hellwig, K., *o.c., l.c.*
(5) Vgl. hetgeen verder over de procesrechtelijke theorie zal gezegd worden : zie nr. 161 e.v.

van de subjectieve bewijslast der partijen (zie boven, nr. 31), doch dit betekent nog niet dat gemeld principe een grond zou zijn voor de verdeling van de bewijslast (1), vermits het enkel zegt dat de partijen het bewijs moeten leveren zonder nadere aanduiding over *welke* procespartij het gaat (2).

104. — De natuurlijke ordening van het leven brengt mee dat beide gedingvoerende partijen elk hun aandeel moeten hebben in de strijd die door de rechter beslecht wordt, zodat ook in zekere mate hierin een rechtvaardiging voor de bewijslastverdeling kan gevonden worden (3). Nochtans volstaat dit niet om een uitgewerkte regeling van deze verdeling te verklaren of mogelijk te maken.

105. — Het beginsel van de gelijkheid der partijen kan eveneens aangehaald worden, omdat afgezien van het bewijsrisico dat bij de eiser ligt, toch dient onderstreept te worden dat de gedingvoerende partijen op gelijke voet moeten staan ten aanzien van de bewijslevering.

Het algemeen principe van de partijengelijkheid werd herhaaldelijk door von Jhering in het licht gesteld. Wanneer de verweerder excepties mag inroepen, de zaak kan doen uitstellen om bewijsmateriaal te verzamelen, enz., dan is het omdat de eiser vóór het proces heeft kunnen doen wat de verweerder tijdens het proces moet doen. Anderzijds moet ook aan de eiser tegemoet worden gekomen omdat hij door de schuld van de verweerder in een nadelige positie wordt geplaatst (4).

Zonder twijfel vindt dit principe een normale toepassing in de bewijslastverdeling.

106. — Hoewel uiteindelijk eenieder (zie nochtans verder, nr 171 e.v.) akkoord gaat met het principe zelf van de verdeling van de bewijslast, valt het op dat, buiten het argument van de doelmatigheid, weinig doorslaggevende rechtvaardigingsgronden voor deze verdeling werden aangevoerd.

Daarom alleen reeds zal een bespreking van de bewijslasttheorieën noodzakelijk blijken; de wijze waarop de bewijslast tussen de beide gedingvoerende partijen wordt verdeeld kan immers meteen de

(1) Zie nochtans aldus : Hedemann, J.W., *Die Vermutung nach dem Recht des Deutschen Reichs,* bl. 293 e.v.; — zie ook : Picard, M., *o.c.,* bl. 120 e.v.
(2) Leonhard, F., *o.c.,* bl. 216 e.v.
(3) Zie aldus Beckh, H., *Die Beweislast nach dem B.G.B.,* bl. 40; — zie ook Demogue, R., *Les notions fondamentales du droit privé,* bl. 547-549; — vgl. met het principe van de samenwerking der partijen (zie nr. 205 e.v.).
(4) Zie aldus von Jhering, R., *L'esprit du droit romain,* IV, § 62, bl. 49 e.v.

rechtvaardiging van de verdeling zelf inhouden. Neemt men bv. met de objectiefrechtelijke theorie aan dat de verdeling kan afgeleid worden uit de rechtsmaterie die het voorwerp van het geschil uitmaakt (zie verder, nr. 129 e.v. en 181), dan zal men geredelijk aannemen dat de rechtsvoorschriften naar hun resultaat kunnen onderscheiden worden in voorschriften die de eiser en andere die de verweerder van nut zijn, zodat de opstelling zelf van de rechtsvoorschriften principieel een bewijslastverdeling noodzakelijk maakt.

AFDELING II. DE VERDELINGSTHEORIEËN

107. — Eenmaal het principe zelf van de verdeling van de bewijslast aanvaard, komt het erop aan de juiste maatstaven te ontdekken om deze verdeling op vaste gronden te doen rusten.

Over de noodzakelijkheid van de verdeling wordt niet geredetwist; de moeilijkheden rijzen pas, wanneer men de grens wil trekken tussen hetgeen door de ene en hetgeen door de andere procespartij moet bewezen worden.

Welke feiten moeten in een proces gesteld en bewezen worden? Wanneer A bv. een aanspraak op schadevergoeding uit onrechtmatige daad laat gelden tegen B, moet A dan bewijzen dat B een onrechtmatige daad stelde en hieraan schuld had? Moet hij ook aantonen dat hij schade geleden heeft, dat hij, A, hieraan geen medeschuld had en dat B niet krankzinnig was op het ogenblik dat hij die daad pleegde? Moet B dan nadien het tegendeel aantonen en o.m. bewijzen dat hem geen schuld treft en dat A geen schade geleden heeft? Hoe zal men hier tot een bevredigende oplossing geraken?

Behoudens enkele zeer vage en algemene beginselen (zie boven, nr. 75 e.v.), heeft de wetgever hierop geen afdoend antwoord gegeven.

Het is dan ook de taak van de rechtsgeleerden om te trachten hiervoor een algemeen geldende en tevens bevredigende regeling te vinden. Er weze aan herinnerd dat de rechter immers *moet* uitspreken en dienvolgens moet weten welke gedingvoerende partij het nadeel van de *Beweislosigkeit* (zie boven, nr. 6) zal dragen en wie voor de bewijslast in aanmerking komt.

108. — Om de verdeling van de bewijslast niet zozeer te rechtvaardigen, dan wel te regelen, werden verschillende opvattingen gehuldigd, die weliswaar afzonderlijk geen volledige bevrediging kunnen geven maar die toch elk een belangrijke bijdrage hebben geleverd voor de oplossing van het vraagstuk.

Men kan dan ook niet beter doen dan van deze verschillende theorieën achtereenvolgens een kritische samenvatting te geven.

1 §. De theorie van de bloot-affirmatieve bewijslast.

A. *Samenvatting van deze theorie.*

109. — De theorie van de bloot-affirmatieve bewijslast werd vroeger verdedigd door diegenen, die meenden dat enkel de positieve feiten en niet de negatieve feiten moesten bewezen worden : de bewijslast treft enkel hem, die iets beweert, en niet hem die iets ontkent.

Deze opvatting vindt haar oorsprong in een verkeerde interpretatie van sommige beginselen van het Romeins recht, die als volgt luiden : *Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat* (1) en *Cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit* (2). Hieruit leidde men ten onrechte af dat diegene die negatieve feiten aanvoerde, hiervan nooit het bewijs zou hoeven te leveren.

In het middeleeuwse recht werd deze theorie, waarvan Irnerius en Accursius de geestelijke vaders waren, in de praktijk toegepast. Vermelde Romeinsrechtelijke principes werden dan ook samengevat in een onjuiste vaststelling *affirmanti incumbit probatio, non neganti* (3).

De rechtsgrond, waarop de vermelde onjuiste theorie steunde, was tweeërlei. In de eerste plaats was men de mening toegedaan dat alle negatieve beweringen onmogelijk konden bewezen worden. Ook waar men het verkeerde van deze opvatting inzag, trachtte men aan te tonen dat negatieve feiten nooit grondslag van rechten konden zijn en dus voor bewijslevering niet mochten in aanmerking komen, vermits zij niet ter zake dienend waren (4).

Daarom zou men overal waar de wet negatieve voorwaarden formuleert voor de werking van een regel, deze moeten gaan interpreteren als positieve voorwaarden voor een contraire regel (5).

110. — Men zal dadelijk begrijpen dat deze laatste opvatting niet steekhoudend is en berust op een verwarring tussen de afwezigheid van oorzaak (wanneer er geen oorzaak is kan er ook geen rechtsgevolg zijn) en de negatieve feiten die wel rechtsgevolgen kunnen heb-

(1) *Dig.*, 22.3.2.
(2) *C.*, 4.19.23.
(3) Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 65.
(4) Zie betreffende het begrip *ter zake dienend bewijs :* verder, nr. 222.
(5) Betzinger, B., *Die Beweislast im Zivilprozess, passim.*

ben. De rechtsordening kan immers naar believen het bestaan van rechten zowel afleiden uit de aanwezigheid dan wel uit de afwezigheid van sommige feiten.

Dit geschiedt trouwens in tal van gevallen : het omstandig stilzwijgen kan bron van verbintenissen zijn (1), het schuldig verzuim kan aanleiding geven tot schadevergoeding (2) en zelfs tot strafrechtelijke vervolging (3), niet-verschijning van de gedaagde geeft aanleiding tot verstek, het niet-nakomen van een contractuele verbintenis kan de aansprakelijkheid van de schuldenaar in het gedrang brengen, enz.

Daarenboven werden de teksten van het Romeins recht verkeerd geïnterpreteerd, vermits deze heel eenvoudig betekenen dat de verweerder zich mag beperken tot een gewone ontkenning van de beweringen van de eiser zolang deze laatste niet bewezen zijn (4).

De theorie van de bloot-affirmatieve bewijslast werd voor de eerste maal grondig aangevallen door Adolph Weber (5) en sindsdien door bijna alle auteurs verworpen (6). Nochtans is deze theorie een welkome gelegenheid om het probleem van het negatief bewijs wat uitvoeriger te belichten.

B. *Negatief feit : begrip en betekenis.*

111. — Op het eerste gezicht hebben de moeilijkheid en quasi-onmogelijkheid van het bewijs van negatieve feiten een belangrijke rol gespeeld in de theorie van de bloot-affirmatieve bewijslast.

Onderzoekt men evenwel deze moeilijkheid, dan bemerkt men dadelijk dat het begrip negatief feit verschillende betekenissen kan hebben, omdat zeer dikwijls onder een negatief feit een positief feit schuilgaat : zo kan men bv. zeer gemakkelijk

(1) De Page, II, 2de uitg., Brussel, 1948, nr. 544, bl. 507-508.
(2) Zie bv. Ronse, J., A.P.R., Tw. *Schade en schadeloosstelling*, nr. 466-467 (schuldig stilzitten van de benadeelde).
(3) Wet van 6 januari 1961. Zie desbetreffend : Vanderveeren, J., *La loi du 6 janvier 1961, J.T.*, 1961, 233 e.v.; — zie ook de artikelen 62 en 63 van het Franse strafwetboek, gewijzigd door de *ordonnance* van 25 juni 1945.
(4) Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 64 e.v.; — Planiol et Ripert, VII², nr. 1418, bl. 842 e.v.; — Aubry et Rau, XII, § 749, voetnoot 14, bl. 82; — Baudry - Lacantinerie et Barde, *Les obligations, III*, nr. 2065, bl. 427; — Cass. fr., 3 maart 1926, *S.*, 1926, 1, 167.
(5) *Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocess*, 1ste uitg., Halle, 1804.
(6) Zie o.m. : Laurent, XIX, nr. 95, bl. 93-94; — Planiol et Ripert, VII², nr. 1419, bl. 844-845; — Baudry-Lacantinerie et Barde, *Les obligations*, III, nr. 2066, bl. 428; — Beudant, IX², nr. 1161, bl. 233-234; — Rosenberg, L., *o.c.*, § 25, bl. 326 e.v.; — Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 64-66; — Anders : Beckh, H., *o.c.*, bl. 59 e.v.

bewijzen dat men op een bepaald ogenblik niet aanwezig was op een bepaalde plaats door aan te tonen dat men toen elders was (alibi).

In dergelijke en andere gevallen kan gesproken worden van hetgeen de oudere auteurs noemden een *negativa praegnans* (1), een negatief feit dat een onmiddellijke antithese inhoudt en dus geen moeilijkheden ten aanzien van de bewijslevering biedt, vermits enkel het tegenovergestelde positief feit moet bewezen worden (2).

112. — Heel anders is het, wanneer men komt te staan voor een negatief feit, dat geen antithese inhoudt en dus ook niet door een positief feit kan bewezen worden. Dit is het geval met de oneindig-negatieve beweringen, die — behalve in geval van bekentenis of eedoplegging — niet kunnen bewezen worden : zo bv. de bewering dat ik nooit met die persoon contracteerde, of dat ik nooit die persoon ontmoette, kan onmogelijk bewezen worden. Zeer zeker, louter theoretisch zou men kunnen zeggen dat een deugdelijk bewijs toch kan geleverd worden, wanneer men een getuige kan vinden, waarvan men steeds vergezeld was en die dus kan verklaren dat men nooit met die persoon contracteerde (3). Een dergelijke bewijsvoering is in werkelijkheid natuurlijk uitgesloten.

Men zou weliswaar kunnen opwerpen dat in een dergelijk geval de moeilijkheid niet voortspruit uit het negatief karakter der te bewijzen feiten, maar wel uit het oneindig karakter ervan, en dat oneindig-positieve beweringen even moeilijk te bewijzen zijn (4). Als voorbeelden van oneindig-positieve beweringen kunnen aangehaald worden : het feit dat men altijd op een bepaalde plaats heeft gewoond of dat men altijd van goed gedrag is geweest, enz.

(1) Bonnier, E., *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel,* I, nr. 39, bl. 35-36.

(2) Cass. fr., 29 april 1912, *S.,* 1912, 1, 103 (verbreking van uitspraak van vrederechter, die op een vordering tot schrapping van een persoon van de kiezerslijst op grond van de niet-inschrijving in de belastingsregisters, het tegenbewijs op de kiezer had gelegd); — Cass. fr., 17 april 1913, *S.,* 1913, 1, 260 (de niet-voltrekking van het huwelijk kan bewezen worden door medisch getuigschrift); — zie ook Laurent, XIX, nr. 95, bl. 93 : « Je prouve que vous n'êtes pas Belge, en prouvant que vous êtes Français, ou que vous avez perdu votre qualité de Belge ».

(3) Zie in die zin Bonnier, E., *o.c.,* I, nr. 41, bl. 38-39 : « Je n'ai jamais rencontré Titius. Pour prouver que je n'ai jamais rencontré Titius, il faudrait que j'eusse des témoins qui ne m'eussent pas perdu de vue toute ma vie et qui rendissent compte de toutes mes démarches. Ici, la négative s'analyse en un nombre infini de propositions affirmatives ».

(4) Cocceius, *De directa probatione negativae :* « Si negativa indefinita probari non potest, id non inde est quia negativa, sed quia indefinita; nec affirmativa indefinita potest » aangehaald door Bonnier, *o.c.,* I, nr. 41, bl. 37; — Laurent, XIX, nr. 95, bl. 93-94; — Baudry-Lacantinerie et Barde, *Les Obligations,* III, nr. 2066, bl. 428.

113. — Dit belet niet dat zeer dikwijls tijdens een debat voor de rechtbank de oneindige beweringen zich onder een negatief aspect vertonen (1) en dat zelfs de wetgever tal van dergelijke gevallen heeft voorzien.

Herhaaldelijk gebeurt het dat zelfs oneindig-positieve beweringen een negatief aspect vertonen : het bewijs van de goede trouw (het niet-weten van bepaalde feiten) (2), het bewijs dat men zich steeds als een goed huisvader heeft gedragen (afwezigheid van fout), zijn slechts enkele voorbeelden.

Daarenboven heeft de wetgever zelf dikwijls het bewijs van oneindig-negatieve feiten opgelegd. Men denke o.m. aan het vermoeden van afwezigheid, dat slechts ontstaat van zodra bewezen is dat een persoon gedurende vier jaar (of gedurende 10 jaar in het geval voorzien in artikel 121 B.W.) geen tijding meer heeft gegeven (art. 115 B.W.). Hier wordt dus het bewijs van een oneindig-negatief feit vereist.

Verder bepaalt artikel 312 van het burgerlijk wetboek dat de vader de wettigheid van zijn kind slechts kan ontkennen, indien hij bewijst dat hij gedurende de wettelijke conceptietermijn geen gemeenschap met zijn vrouw kon hebben. Zo zal de man bv. moeten bewijzen dat hij gedurende heel de vermelde termijn een bepaalde stad niet heeft verlaten, dan wanneer zijn vrouw elders gevestigd was en haar woonplaats evenmin heeft verlaten (3).

In dezelfde gedachtengang kan ook artikel 313 van het burgerlijk wetboek aangehaald worden, volgens hetwelk het vaderschap kan ontkend worden zo de geboorte verborgen werd gehouden. Bij de toepassing van dit artikel vereist de Belgische rechtspraak dat de man drie elementen zou bewijzen : het verbergen van de geboorte (4), het overspel van de vrouw tijdens de conceptietermijn en de morele onmogelijkheid van de man om tijdens bedoelde periode gemeenschap te hebben gehad met zijn vrouw (5).

Het eerste element is ongetwijfeld een oneindig-negatief feit : de man moet bewijzen dat hij niet op de hoogte was van de geboorte. Hetzelfde wordt ook vereist door artikel 316 van het burgerlijk wetboek : wanneer de vordering wordt ingesteld meer dan één maand na de geboorte, kan de vrouw opwerpen dat deze laattijdig is, zodat de man alsdan de bewijslast draagt van het feit dat de geboorte hem verborgen werd gehouden. De vrouw moet dan ook op

(1) Larguier, J., *La preuve d'un fait négatif,* nr. 6, *Rev. trim. dr. civ.,* 1953, bl. 5.

(2) Rosenberg, L., *o.c.,* § 25, bl. 331.

(3) De Page, I, nr. 1081, bl. 1096. Voor een versoepeling van dit bewijs, zie Planiol et Ripert, II, *La famille,* 2de uitg. door A. Rouast, Paris, 1952, nr. 800, bl. 667-668.

(4) Volgens De Page (I, nr. 1085, bl. 1097-1098) volstaat het bewijs dat de zwangerschap verborgen werd gehouden; — zie ook in dezelfde zin : Luik, 4 december 1941, *Pas.,* 1942, II, 49; — Gent, 9 maart 1949, *R.W.,* 1949-50, 121; — Gent, 28 januari 1954, *R.W.,* 1953-54, 1433; — Rb. Dendermonde, 30 januari 1956, *R.W.,* 1956-57, 1413; — Brussel, 19 november 1958, *Pas.,* 1960, II, 38; — Brussel, 25 november 1959, *R.W.,* 1959-60, 1114; — Anders : Brussel, 14 juli 1949, *R.W.,* 1949-50, 199; — Advies advocaat-generaal Delahaye, vóór Gent, 28 januari 1954 voormeld, *R.W.,* 1953-54, 1429.

(5) Verbr., 7 juli 1881, *Pas.,* 1881, I, 344; — zie ook de in vorige voetnoot vermelde vonnissen en arresten.

haar beurt bewijzen dat de man meer dan twee maand reeds op de hoogte was van de geboorte (1).

Men komt natuurlijk tot hetzelfde resultaat, wanneer men met de objectief-rechtelijke theorie aanneemt dat het recht van de man ontstaat van zodra de geboorte van het kind voor hem verborgen werd gehouden — hetgeen hij zal moeten bewijzen — en dat de vrouw die de laattijdigheid van de vordering opwerpt, zich beroept op een rechtsvernietigende norm en dienvolgens hiervan de bewijslast zal moeten dragen (2).

De onregelmatige erfopvolgers moeten bewijzen dat er zich geen enkele erfgenaam heeft aangeboden (3).

Een belangrijke toepassing vindt men tenslotte in artikel 1377 van het burgerlijk wetboek. Wanneer iemand om reden van onverschuldigde betaling dat wat hij betaald heeft terugvordert, dan moet hij bewijzen dat hij niets schuldig was (4). Ook hier wordt dus, strikt genomen, ingevolge de artikelen 1235 en 1315, de bewijslast van een oneindig-negatieve bewering op de eiser gelegd. In werkelijkheid zal op een medewerking van de partijen worden aangestuurd (5). Zo zal men, wanneer er geen enkele positieve aanwijzing is (bv. de dubbele betaling), kunnen aantonen dat men zich bij vergissing schuldenaar achtte op grond van een of ander juridisch feit; de tegenpartij moet alsdan het bewijs leveren dat men toch schuldenaar is op grond van een andere titel (6).

C. *Probleemstelling en voorgestelde oplossingen.*

114. — De noodzaak om dergelijke feiten te bewijzen wordt — ondanks sommige beweringen (7) en sommige wettelijke bepalingen ter ontlasting van de partij die het bewijs van een negatief feit zou moeten leveren (8) — bevestigd door de rechtspraktijk, die

(1) Gent, 12 oktober 1961, *R.W.*, 1961-62, 2017; — Cass. fr., 4 februari 1854, *S.*, 1854, 1, 225; — Dijon, 6 januari 1865, *S.*, 1865, 2, 12; — zie ook De Page, I, nr. 1096, bl. 1105-1106, met talrijke referenties. Een dergelijke bewijslast werd soms verlicht, doordat de feitenrechter eenvoudigweg vaststelde dat de man afwezig was in de zin van artikel 316, 2de lid, B.W. : Caen, 29 december 1880, *S.*, 1881, 2, 161. Soms ging men verder en verplichtte men de vrouw-verweerster het bewijs te leveren dat haar man wel degelijk op de hoogte was van de geboorte, op grond van de overweging « le mari ne peut prouver directement un fait négatif » : Colmar, 20 oktober 1936, *Gaz. Pal.*, 1936, 2, 802, arrest bekritiseerd door Lagarde in *Rev. trim. dr. civ.*, 1937, bl. 91-92, nr. 4. Deze auteur voegt er echter ten onrechte aan toe dat de man de bewijslast draagt, omdat hij *vermoed* wordt op de hoogte te zijn van de zwangerschap; het is onnodig hier een vermoeden in te roepen, vermits de wet zelf hem de bewijslast a.h.w. oplegt.

(2) Zie verder, nr. 134; — zie ook : Motulsky, H., *o.c.*, nr. 104, bl. 108-110.

(3) Artikel 811 B.W.; — De Page et Dekkers, IX, Brussel, 1946, nr. 512, bl. 367.

(4) W.R. Ber. Antwerpen, 24 maart 1952, *T.S.R.*, 1952, 109; — Cass. fr., 2 oktober 1934, *D.H.*, 1934, 553; — Arr. Rb. Assen, 12 januari 1954, *N.J.*, 1954, 519.

(5) De Page, III, nr. 16, bl. 24.

(6) Cass. fr., 19 januari 1886, *S.*, 1886, 1, 200.

(7) Planiol et Ripert, VII², nr. 1419, bl. 845 : « De telles propositions ne sauraient faire l'objet de contestations judiciaires ».

(8) Zie bv. artikel 2268 B.W. Op een heel ander domein, dat van de strafwetgeving, kent men het vermoeden van onschuld, tengevolge waarvan de bewijslast van de schuld op het Openbaar Ministerie rust : de betichte moet niet bewijzen dat hij niet schuldig is.

zeer dikwijls negatieve feiten ter behandeling heeft gekregen.

Welnu, men kan onmogelijk het bewijs van dergelijke feiten op een bestendige wijze verplichtend stellen, zo men de rechtsbetrekkingen niet ondraaglijk wil maken. Sommigen zien hierin trouwens de reden waarom men reeds de bewijslast principieel op de eiser heeft gelegd, omdat hij zich meer op positieve dan op negatieve elementen steunt om zijn vordering te staven (zie boven, nr. 97).

Doch telkens wanneer het bewijs van negatieve feiten moet geleverd worden, zal de persoon op wie de bewijslast rust voor een zeer moeilijke en soms zelfs voor een onmogelijke taak komen te staan.

Een Duitser die zijn nationaliteit wou verliezen, moest bv. het bewijs leveren dat hij tijdens zijn tienjarig verblijf in Frankrijk geen enkele maal naar Duitsland was gereisd (1).

En dan kan men zich de vraag stellen of in uitzonderlijke gevallen geen omkering van de bewijslast of minstens een verplaatsing van het voorwerp van het bewijs zal moeten geschieden.

115. — De meeste auteurs en de heersende rechtspraak hebben gemeend eerstgemelde vraag betreffende de omkering van de bewijslast ontkennend te moeten beantwoorden (2). Soms voegde men er weliswaar aan toe dat het wenselijk ware, kon de wetgever zoveel mogelijk vermijden het ontstaan van een recht van een negatief feit afhankelijk te maken (3).

Toch werd onlangs de mening verkondigd dat de moeilijkheid en *a fortiori* de onmogelijkheid om sommige negatieve feiten te bewijzen, afwijkingen van de algemene bewijslastprincipes rechtvaardigen (4).

Trouwens zelfs sommige auteurs die de theorie van de bloot-affirmatieve bewijslast bekampen, erkennen dat — hoewel volgens hen de bewijslast niet mag omgekeerd worden — de feitenrechter door vrije bewijswaardering het niet-bestaan van een bepaald feit kan aannemen wanneer de tegenpartij niets gedaan heeft om het bewijs van

(1) Paris, 7 januari 1920, *S.*, 1922, 2, 73, met noot H. Rousseau.

(2) Gény, F., *Science et technique,* III, nr. 231, bl. 275, voetnoot 2; — De Page, III, nr. 734, bl. 716; — voor de heersende rechtspraak, zie verder, nr. 121; — Anders, doch eigenlijk *de lege ferenda :* Demogue, R., *Les notions fondamentales du droit privé,* bl. 553 e.v.

(3) Rosenberg, L., *o.c.*, § 25, bl. 329.

(4) Zie Larguier, J., *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.* 1953, 1 e.v.; — zie ook in verband met de contractuele aansprakelijkheid : Kirkpatrick, J., *L'article 1315 du code civil et la preuve des faits négatifs (Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle),* noot onder Verbr., 27 februari 1958, *R.C.J.B.*, 1959, 46 e.v.

het bestaan van dit feit te leveren (1), of dat het bewijsobject toch enigszins verplaatst wordt, doordat de rechters zich tevreden zullen stellen met een waarschijnlijkheid, die verkregen wordt door een opeenstapeling van positieve beweringen (2).

116. — Het komt er voorafgaandelijk op aan het probleem scherp te stellen. Wanneer een partij die de bewijslast draagt aldus verplicht wordt een negatief feit te bewijzen, wordt zij dan niet in de onmogelijkheid geplaatst haar rechten te doen zegevieren?

Het ware toch zeer eenvoudig in een dergelijk geval aan de tegenpartij het bewijs van het tegengestelde positieve feit op te dragen (3). Dit zou natuurlijk neerkomen op een werkelijke omkering van de bewijslast: is een uitzonderlijke (4) afwijking van artikel 1315 van het burgerlijk wetboek wel gerechtvaardigd?

En ingeval een dergelijke omkering van de bewijslast niet zou aanvaard worden, mag de feitenrechter alsdan niet ruimer zijn in de appreciatie van de bewijslevering? Normaal stelt men zich reeds tevreden met waarschijnlijkheden, moet dit dan *a fortiori* niet het geval zijn wanneer men komt te staan voor negatieve feiten? Dit is het probleem van de verplaatsing van het bewijsobject, dat in de rechtspraktijk een belangrijke rol speelt gezien de vrije bewijswaardering van de feitenrechter (zie verder, nr. 122 e.v.).

1. *Omkering van de bewijslast.*

117. — Wanneer Larguier bevestigt dat in sommige gevallen de bewijslast wordt omgekeerd, dan haalt hij als eerste voorbeeld artikel 1315 van het burgerlijk wetboek aan, zijnde een wettelijke omkering van de bewijslast. De eiser moet enkel het bestaan van de verbintenis bewijzen om de uitvoering ervan te kunnen vorderen, terwijl de verweerder-schuldenaar de uitvoering moet aantonen : « Le débiteur doit normalement démontrer plus facilement

(1) Rosenberg, L., *o.c.*, § 25, bl. 327; — vgl. De Page, die verklaart dat, in geval van onverschuldigde betaling, de verweerder effectief kan meewerken aan de bewijslevering door aan te tonen dat de betaling een rechtmatige oorzaak had : III, nr. 16, bl. 24.

(2) Beudant, IX², nr. 1161, bl. 234.

(3) Behoudens natuurlijk in de gevallen waarin de wetgever uitdrukkelijk het bewijs van een negatief feit aan één welbepaalde partij oplegt : zie de reeds aangehaalde voorbeelden boven, nr. 113.

(4) Inderdaad, zelfs de voorstanders van dergelijke afwijking bevestigen dat een omkering van de bewijslast zeker niet mag veralgemeend worden : Larguier, J., *o.c.*, nr. 11, bl. 10.

l'exécution, fait en principe positif, que le créancier ne peut prouver l'inexécution, fait négatif indéfini » (1).

Deze wettelijke bepaling kan nochtans moeilijk als een geval van omkering van de bewijslast beschouwd worden. Het is weliswaar juist dat artikel 1315 ten dele gebaseerd is op de gedachte dat de eiser gemakkelijker het bewijs kan leveren, omdat de feiten die aan zijn eis ten grondslag liggen meestal een positief karakter dragen (zie boven, nr. 97). In werkelijkheid geeft artikel 1315 het hoofdbeginsel weer van de bewijslastverdeling : de bewijslast wordt tussen de gedingvoerende partijen verdeeld, omdat men toch moeilijk de eiser kan verplichten alles te bewijzen (zie boven, nr. 101). Trouwens de eiser wordt ook dikwijls ontslagen van het bewijs van feiten, die een positief aspect vertonen (2).

118. — Het kan nochtans moeilijk ontkend worden dat in de rechtspraktijk sommige gevallen kunnen aangehaald worden, waarin de bewijslast werd omgekeerd, o.m. op grond van de overweging dat een oneindig-negatief feit moeilijk kan bewezen worden (3).

Een arrest van het Hof van beroep te Brussel (4) heeft aldus in een zeer typisch geval de bewijslast omgekeerd : volgens de eiser had de verweerder ten onrechte in zijn publiciteit de titel *vuurwerkmaker van de Stad Brussel* ingelast. Het Hof was van oordeel dat de verweerder zelf het bewijs moest aanbrengen dat hij in één of meerdere omstandigheden opdrachten voor de stad Brussel had uitgevoerd; deze bewijslastomkering was ingegeven door de vaststelling dat de verweerder veel gemakkelijker vermeld bewijs kon leveren dan de eiser die zich geplaatst zag voor een oneindig-negatief feit (verweerder heeft nooit voor de stad Brussel gewerkt), en dienvolgens aan het opsporen van de waarheid moest medewerken.

In aansluiting hiermede kan ook de *case R.v. Turner* (5) aangehaald worden : «... if a negative averment be made by one party, which is peculiarly within the knowledge of the other, the party within whose knowledge it lies, and who asserts the affirmative, is to prove it, and not he who avers the negative » (6). Dit standpunt werd sterk bekritiseerd, reden waarom het werd genuanceerd in die zin dat eerst een *prima facie* bewijs moet geleverd worden

(1) Larguier, J., *o.c.*, nr. 17, bl. 14; — Tunc, A., *La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence, J.C.P.*, 1945, I, 449, nr. 9.

(2) Bv. de bekwaamheid bij het aangaan van een overeenkomst,...; — zie ook verder, nr. 138.

(3) Hiervan moet nochtans duidelijk onderscheiden worden het geval waarin slechts schijnbaar omgekeerd wordt, wanneer de feitenrechter nl. aanneemt dat het bewijs geleverd werd en dat dus de bewijslast volgens de algemene principes moet overgaan op de andere partij : zie bv. Cass. fr., 12 augustus 1884, *S.*, 1885, 1, 421.

(4) Brussel, 8 december 1953, *J.T.*, 1954, 298.

(5) *R.v. Turner*, (1816), 5 M & S. 206.

(6) Vgl. *Williams* v. *Russell*, (1933), 149 L.T. 190.

vooraleer de tegenpartij met het tegengestelde positieve bewijs kan belast worden (1).

Ook in Zwitserland schijnt men er een gelijkaardige opvatting op na te houden : « La preuve négative, savoir la preuve de l'inexistence d'un fait allégué par l'autre partie, offre des difficultés particulières. On peut dès lors exiger que cette autre partie contribue pour sa part à l'élucidation des faits en faisant la preuve du contraire » (2).

Het is vooral op het terrein van de contractuele aansprakelijkheid dat de bewijslastproblemen zeer uiteenlopende reacties hebben uitgelokt. Daar op dit gebied de bewijslast een uitzonderlijk belang vertoont, zal hierover verder nog uitvoeriger gehandeld worden (zie nr. 416 e.v.); zonder hierop thans nader in te gaan (3) kan toch één typische illustratie aangehaald worden, welke meestal wordt ingeroepen door diegenen die een omkering van de bewijslast voorstaan.

Hoewel in normale omstandigheden, de schuldeiser enkel het bestaan van de verbintenis zal dienen te bewijzen, wanneer hij de uitvoering vervolgt, zal in de verbintenissen van niet te doen ook de niet-uitvoering — *in casu* een positief feit — door hem moeten bewezen worden. Deze afwijkende (zie nochtans verder, nr. 419) regeling van de bewijslast wordt meestal aanvaard en is volgens sommigen gebaseerd op de overweging dat men de schuldenaar niet mag belasten met een oneindig-negatief feit (4).

De rechtvaardiging van deze oplossing kan bezwaarlijk bijgetreden worden omdat, zoals verder zal worden aangetoond (zie nr. 419 en 449), de bewijslastregeling inzake contractuele aansprakelijkheid kan afgeleid worden uit de algemene beginselen ter zake. Het komt nog wel meer voor dat men sommige regelingen van de bewijslast tracht te rechtvaardigen door beroep te doen op de onmogelijkheid van een negatief bewijs, wanneer men in werkelijkheid staat voor een gewone toepassing van de bewijslastprincipes.

Zo is het verschil in bewijslastregeling van de extinctieve verjaring voor de voortdurende en niet-voortdurende erfdienstbaarheden niet te wijten aan de overweging dat alleen positieve feiten kunnen bewezen worden (5).

Evenmin kan de moeilijkheid van een negatief bewijs de reden zijn voor

(1) *Woolmington* v. *Director of Public Prosecutions,* [1935] A.C. 462.
(2) Tuor, P., *Le code civil suisse,* 2de Franse uitg. door H. Deschenaux, Zürich, 1950, § 7, bl. 49, met verwijzing naar rechtspraak.
(3) Zie desbetreffend o.m. : Kirkpatrick, J., *o.c.*
(4) Planiol, M., noot onder Paris, 8 februari 1896, *D.P.,* 1896, 2, 457; — Tunc, A. in Mazeaud H. et L., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle* I, 5de uitg., Paris, 1957, nr. 694-5, bl. 774 e.v.; — Esmein, P., *Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle, Rev. trim. dr. civ.,* 1933, bl. 627 e.v., spec. nr. 10, bl. 646; — Larguier, J., *o.c.,* nr. 17, bl. 14; — Kirkpatrick, J., *o.c.,* nr. 12, bl. 57-58; — zie nochtans verder, nr. 449.
(5) Zie nochtans uitdrukkelijk aldus : Rb. Dendermonde, 6 april 1954, *R.W.,* 1954-55, 424. Voor de principes, zie verder, nr. 137.

het feit, dat de bewijslast van de pathologische voorbeschiktheid van het slachtoffer van een onrechtmatige daad op de aangesprokene wordt gelegd (1).

119. — Tenslotte heeft men ook soms nog gepoogd de moeilijkheden van bewijs van negatieve feiten minstens in hoofde van de verweerder uit te schakelen.

Ingevolge het onderscheid tussen de eiser en de verweerder, gebaseerd op artikel 1315 van het burgerlijk wetboek (2), volgens hetwelk de verweerder sterk zou bevoordeligd worden in vergelijking met de eiser, daar hij zich met een afwachtende houding mag vergenoegen, zou er in hoofde van de eiser geen sprake kunnen zijn van een omkering van de bewijslast (3).

Wanneer daarentegen de verweerder negatieve feiten aanhaalt, dan zou de bewijslast moeten omgekeerd worden, gezien de onmogelijkheid voor de verweerder om het bewijs te leveren van de feiten, waarvan de eiser gemakkelijk het tegenovergestelde positieve bewijs kan aanbrengen (4).

120. — Dit onderscheid kan moeilijk aanvaard worden, omdat er geen redenen zijn om de bewijslast van de verweerder anders op te vatten dan die van de eiser : beide partijen moeten de feiten bewijzen, waaruit zij de door hen ingeroepen rechtsgevolgen willen doen afleiden.

Trouwens in een typisch geval heeft de rechtspraak zeer duidelijk haar standpunt bepaald, nl. ten aanzien van artikel 1132 van het burgerlijk wetboek, volgens hetwelk de overeenkomst geldig is, hoewel de oorzaak ervan niet werd uitgedrukt. Ondanks het feit dat er in de rechtsleer twijfel is gerezen nopens de bewijslast en vroeger wel eens werd voorgehouden dat de schuldeiser ingevolge een betalingsbelofte het bestaan van een oorzaak moest bewijzen, omdat de schuldenaar anders met een negatief bewijs zou worden belast (5), heeft de rechtspraak zonder aarzelen de schuldenaar die zich aan de verbintenis wil onttrekken, belast met het bewijs van de afwezigheid

(1) Zie nochtans aldus : Luik, 15 februari 1960, *Pas.,* 1960, II, 282. Vgl. met hetgeen hierover verder zal worden gezegd : zie nr. 133.
(2) Zie Esmein, P., *o.c.,* nr. 10, *Rev. trim. dr. civ.,* 1933, bl. 645-646.
(3) Cass. fr., 2 juli 1912, *D.P.,* 1913, 1, 183.
(4) Esmein, P., *o.c., l.c.;* — zie ook : Colmar, 14 december 1859, *Journal du Palais,* 1860, bl. 410 (wanneer de verweerder-schuldenaar van een rente zich beroept op de bevrijdende verjaring en nl. op het feit dat hij gedurende 30 jaren geen enkele betaling heeft gedaan, moet de eiser bewijzen dat er wel betaald werd).
(5) Aubry et Rau, IV, § 345, voetnoot 20, bl. 558-559 en XII, § 749, bl. 93; — zie desbetreffend boven, nr. 71.

van de oorzaak (1). Meestal zal de verweerder weliswaar volstaan met het aantonen van een positief feit, nl. de ongeoorloofde of onzedelijke oorzaak, doch het kan ook gebeuren dat hij verplicht wordt een oneindig-negatief feit te bewijzen.

121. — Doch buiten de gemelde gevallen (zie boven, nr. 117 e.v.) werd bijna algemeen aanvaard dat, zelfs zo het bewijs moest geleverd worden van oneindig-negatieve feiten, de partij die de bewijslast droeg hiervan door de rechter niet kon ontslagen worden (2), ook wanneer het tegenovergesteld bewijs (positief feit) gemakkelijk door de tegenpartij zou kunnen aangebracht worden : « L'impossibilité même de prouver ne dénature point les qualités des parties et ne fait pas tomber sur le défendeur l'obligation d'une preuve qui, formant la base de la demande, est essentiellement à la charge du demandeur » (3).

Men heeft doen opmerken dat inderdaad een dergelijke bewijslastomkering tot een volledige vrijstelling van bewijs zou kunnen leiden (4), hetgeen toch moeilijk aanvaardbaar is.

Trouwens, buiten de gevallen waarin de wetgever zelf het bewijs van negatieve feiten oplegt (zie boven, nr. 113), zijn er nog tal van andere voorbeelden uit de rechtspraktijk bekend. Deze gevallen zullen elders nog wel onderzocht worden, doch men kan er hier toch enkele in herinnering brengen.

Het beding « de voltrekking van het voorgenomen huwelijk geldt als kwijting van de bruidschat » verplicht de echtgenoot het bewijs te leveren dat de bruidschat *niet* werd betaald (5). In een ongevallenverzekering moet de verzekerde bewijzen dat het ongeval *geen* vrijwillig karakter vertoonde (6). De zieke die zijn geneesheer aansprakelijk stelt, zal o.m. moeten bewijzen dat hij *geen* toestemming heeft gegeven voor de behandeling waarvan hij het slachtoffer werd (zie verder, nr. 446).

(1) Zie o.m. : Luik, 31 januari 1939, *Rev. prat. not.*, 1942, 180; — Rb. Gent, 17 januari 1945, *T.Not.*, 1946, 187; — Cass. fr., 22 januari 1913, *S.*, 1913, 1, 79; — Cass. fr., 22 mei 1944, *D.A.*, 1944, *J.*, 106.

(2) Aubry et Rau, XII, § 749, noot 14, bl. 82; — Garsonnet et Cézar-Bru, II, nr. 238, bl. 379 e.v.; — vgl. Suyling, J.Ph., *o.c.*, nr. 380, bl. 109; — zie ook de reeds aangehaalde auteurs : boven, nr. 115.

(3) Cass. fr., 21 november 1826, *S.*, 1827, 1, 34; — zie in dezelfde zin : Verbr., 27 februari 1958, *Pas.*, 1958, I, 712; *J.T.*, 1958, 400; — Paris, 7 januari 1920, *S.*, 1922, 2, 73; — Cass. fr., 26 juli 1934, *S.*, 1935, 1, 5; — H.R., 30 juni 1875, *W.*, 3884; — Hof Amsterdam, 30 januari 1931, *N.J.*, 1931, 1067; — Hof Den Haag, 2 maart 1934, *W.*, 12792; — *Abrath* v. *North Eastern Ry* (1883), 11 Q.B.D. 440; — Anders : Trib. Féd., 22 oktober 1940, *A.T.F.*, 66, II, 145; — H.R., 6 juni 1924, *N.J.*, 1924, 843.

(4) Larguier, J., *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1953, nr. 24, bl. 20.

(5) Zie boven, nr. 72; — zie ook : Cass. fr., 22 augustus 1882, *S.*, 1883, 1, 25; — Cass. fr., 7 mei 1884, *S.*, 1885, 1, 28; — Cass. fr., 5 december 1893, *D.P.*, 1894, 1, 48; — Cass. fr., 21 oktober 1913, *S.*, 1914, 1, 390; — Cass. fr., 25 oktober 1925, *S.*, 1925, 1, 296.

(6) Zie verder, nr. 464; — *Adde :* Cass. fr., 29 oktober 1940, *D.H.*, 1940, 195.

De betrokkene van een wisselbrief draagt de bewijslast van het feit dat er *geen* provisie is (1).

Ook inzake aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad, kan het voorkomen dat negatieve feiten zullen moeten bewezen worden (zie verder, nr. 451).

Tot besluit moet dan ook onderlijnd worden dat een omkering van de bewijslast, zelfs in geval van negatief bewijs, niet mag aanvaard worden (zie ook verder, nr. 144 en 181). Doch dan moet naar andere oplossingen worden uitgezien om deze bewijsmoeilijkheden te omzeilen.

2. *Verplaatsing van het bewijsobject.*

122. — Uit het voorgaande blijkt dus dat de bewijslevering van oneindig-negatieve feiten meestal geen omkering van de bewijslast tot gevolg heeft gehad en zelfs niet zou mogen hebben, hetgeen tot zeer grote moeilijkheden aanleiding kan geven ten nadele van diegene die met het bewijs belast wordt. Het negatief karakter van sommige gegevens kan inderdaad het bewijs zozeer verzwaren dat, wanneer men de bewijslast volledig zou moeten dragen, men in werkelijkheid van elk recht zou beroofd worden.

Daarom werd vooropgesteld dat ingeval de bewijslast niet verplaatst wordt, dan toch minstens het b e w i j s o b j e c t een v e r p l a a t s i n g mag ondergaan (2).

Het is dan ook gebleken dat in werkelijkheid de bewijslast van oneindig-negatieve feiten aanzienlijk verlicht werd ingevolge de bewijswaardering door de feitenrechter, die op grond van overeenstemmende indiciën het te bewijzen feit als waarschijnlijk aanziet.

De verplaatsing van het bewijsobject waardoor de procespartij niet meer het rechtsfeit (3) maar aanverwante feiten zal mogen bewijzen, vindt men in heel het bewijsrecht terug (4) en meer speciaal wanneer het gaat over negatieve feiten. Zowel wanneer de wetgever het bewijs van een negatief feit vooropstelt, hetzij rechtstreeks (zie bv. artikel 115, 811 en 1377 van het burgerlijk wetboek : boven, nr. 113), hetzij

(1) Dit voor zover natuurlijk de trekker het debat over de onderliggende rechtsverhouding aanvaardt : Hrb. Kortrijk, 6 februari 1960, *R.W.*, 1960-61, 1207.

(2) Larguier, J., *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1953, nr. 35, bl. 38; — Verbr., 20 maart 1947, *Pas.*, 1947, I, 121; — Verbr., 27 februari 1958, *Pas.*, 1958, I, 712; *R.C.J.B.*, 1959, 42, met noot J. Kirkpatrick; — vgl. Aubry et Rau, XII, § 749, bl. 83.

(3) Voor dit begrip, zie boven, nr. 20.

(4) Bv. op het terrein van de vermoedens : zie verder, nr. 388.

onrechtstreeks (1), als wanneer door de omstandigheden zelf van het geschil een dergelijk bewijs noodzakelijk wordt (2), kan de bewijslast aanzienlijk verlicht worden, doordat de rechter meestal minder strenge eisen zal stellen bij de waardering der voorgebrachte bewijzen : « Le juge peut légalement considérer que la preuve d'un fait négatif ne doit pas être apportée avec la même rigueur que celle d'un fait affirmatif » (3).

123. — Het was noodzakelijk, ondanks het feit dat de bloot-affirmatieve bewijstheorie *qua* theorie verouderd is en van een verkeerd uitgangspunt vertrekt, ietwat langer hierbij stil te staan, omdat hieraan tal van beschouwingen konden vastgeknoopt worden die voor de studie van de bewijslast zeer belangwekkend zijn. De opvatting als zou gemelde bewijstheorie volledig waardeloos geworden zijn (4), moet alsdan als enigszins overdreven aangezien worden.

Dat de negatieve feiten als zodanig niet bestaan of geen rechtsgevolgen kunnen hebben, is een mening die dan ook weerlegd moest worden (zie boven, nr. 109 en 114). Veeleer blijkt dat oneindig-negatieve feiten zeer dikwijls moeilijk of onmogelijk kunnen bewezen worden, zodat de vraag diende gesteld te worden of dergelijke feiten tot een omkering van de bewijslast of minstens tot een verplaatsing van het bewijsobject aanleiding konden geven.

Dit alles betekent niet het weder invoeren van de bloot-affirmatieve bewijstheorie onder een andere vorm. Er volgt enkel uit wat voorafging dat negatieve feiten soms een uitzonderingsregime kunnen rechtvaardigen, niet zozeer omdat het negatieve feiten zijn, dan wel omdat dergelijke feiten tot bewijsmoeilijkheden leiden. Voorgaande beschouwingen waren meteen een welkome gelegenheid niet alleen om na te gaan welke de invloed van de bewijsmoeilijkheid op de bewijslast zou kunnen zijn (zie hierover verder, nr. 133), maar ook en vooral om nu reeds te wijzen op de belangrijke rol van de rechter, die de voorgebrachte bewijzen moet waarderen.

(1) Doordat de wetgever bij het opstellen van sommige vermoedens het bewijs van het tegendeel opdraagt aan de verweerder, die aldus in sommige gevallen verplicht wordt een negatief bewijs te leveren (zie verder ook nr. 376 e.v.).

Zo zullen bv. de ouders, ingevolge artikel 1384 van het burgerlijk wetboek, moeten bewijzen dat zij het schadebrengend feit niet konden verhinderen. De rechtspraak heeft deze bewijslast nochtans aanzienlijk verlicht door aan te nemen dat zij de goede opvoeding en het toezicht mochten aantonen (Verbr., 8 februari 1960, *Pas.*, 1960, I, 640) en door zelfs het bewijs van het toezicht voldoende te achten (zie o.m. Verbr., 9 juli 1934, *Pas.*, 1934, I, 352, met noot P.L.; — vgl. Brussel, 24 februari 1951, *Bull. Ass.*, 1951, 538; — zie ook Rb. Antwerpen, 22 november 1958, *R.W.*, 1959-60, 1317, die het bewijs van het gemis aan opvoeding ten laste van het slachtoffer legt; — in dezelfde zin : Brussel, 19 april 1958, *R.W.*, 1959-60, 133), toezicht dat dan nog ruim wordt geïnterpreteerd (zie bv. Gent, 10 november 1951, *R.W.*, 1951-52, 1009). Hier opnieuw staat men voor bewijswaardering door de rechter en niet voor een omkering van de bewijslast (Anders : De Page, II, nr. 974, B, bl. 931, kleine tekst; — vgl. Dekkers, R., II, nr. 245, bl. 142-143). Zoals de wetgever zich bij het instellen van vermoedens ten gunste van het slachtoffer, heeft laten leiden door sociale overwegingen, zo heeft ook de rechter zich milder getoond ten aanzien van de aansprakelijkheid van de ouders, die, wegens de verdergaande feitelijke emancipatie van hun kinderen, al te vlug in het gedrang te komen.

(2) Het geval zal zich herhaaldelijk voordoen, bv. inzake verzekering : Brussel, 15 mei 1948, *R.G.A.R.*, 1948, 4277; — voor meer gegevens, zie nr. 464.

(3) Verbr., 27 februari 1958, *Pas.*, 1958, I, 712.

(4) Zie aldus : Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 66; — vgl. De Page, III, nr. 734, bl. 716.

2 §. De subjectiefrechtelijke theorie.

124. — De eerste theorie, die werkelijk getracht heeft een grondige ontleding te geven van de wijze waarop de verdeling van de bewijslast dient te geschieden, gaat uit van de opvatting dat de bewijslast rust op hem die beweert een door de wet erkend subjectief recht te hebben.

Deze leer, door sommigen subjectiefrechtelijke theorie genoemd (1), werd voor het eerst in Duitsland verkondigd door Bethmann - Hollweg (2) en nadien tijdens de XIXe eeuw overgenomen door het merendeel der Duitse rechtsgeleerden (3) en ook door sommige Nederlandse juristen (4).

125. — Afgezien van alle uitgewerkte schakeringen komt deze theorie in grote trekken hierop neer.

De bewijslast rust, zoals reeds gezegd, op hem die beweert een subjectief recht te bezitten en de erkenning ervan door de rechter vordert. Het bestaan van dat subjectief recht is niet voor zintuigelijke waarneming vatbaar en kan dus enkel worden afgeleid uit feiten, waaraan het door het objectieve recht verbonden wordt. Dit subjectief recht zal derhalve moeten bewezen worden aan de hand van feiten, die het ontstaan ervan aantonen.

Eenmaal het ontstaan van dat subjectief recht bewezen, zal de

(1) Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 66.

(2) *Versuche über einzelne Theile des Civilprozesses,* Berlin u. Stettin, 1827, vnl. bl. 319 e.v.

(3) Maxen, *Ueber Beweislast, Einreden und Exceptionen,* Göttingen, 1861; — Wetzell, *System des ordentlichen Civilprozesses,* 3de uitg., Leipzig, 1871, vnl. §§ 15 e.v.; — Windscheid, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts,* I, vnl. § 133, bl. 362 e.v.

(4) Van Boneval Faure, R., *Het Nederlandsch Burgerlijk Procesrecht,* IV[1], 2de uitg., Leiden, 1896, bl. 20 e.v.; — Diephuis, G., *Het Nederlands Burgerlijk Regt,* II, vnl. bl. 302 e.v.; — zie ook : Baudry-Lacantinerie et Barde, *Les obligations,* III, nr. 2054, bl. 415; — vgl. Beudant, IX[2], nr. 1163, bl. 235.

tegenpartij veroordeeld worden, tenzij ook zij zich op een haar toekomend recht kan beroepen, dat het tegen haar geldende recht in zijn werking van te voren tegenhoudt, verlamt of te niet doet.

Er is immers, opdat een subjectief recht werkelijk zou bestaan, het bewijs van een hele reeks feiten vereist.

Ter verduidelijking kan een voorbeeld uit de dagelijkse praktijk worden aangehaald, nl. de vordering van de uitlener tot teruggave van geleend geld. Wanneer heeft de uitlener het recht het geleende bedrag op te eisen?

Allereerst moet vaststaan, dat tussen de eiser en de gedaagde een overeenkomst van verbruiklening werd afgesloten, d.w.z. een overeenkomst waarbij de ene partij een zekere hoeveelheid vervangbare zaken (hier : geld) heeft afgegeven en waarbij de andere partij zich verbonden heeft aan de uitlener evenveel te zullen teruggeven (art. 1892 B.W.). Deze overeenkomst moet dus ongetwijfeld in de eerste plaats bewezen worden.

Daarenboven is nog vereist dat, volgens de algemene principes van het verbintenissenrecht, de partijen bij het aangaan der overeenkomst bekwaam waren om een verbintenis aan te gaan en dat noch dwang, noch dwaling, noch bedrog hebben plaats gegrepen.

Maar ook dit is nog niet voldoende, vermits het recht van de eiser wel kan ontstaan zijn, doch daarom nog niet op de dag van het instellen van de eis is blijven bestaan. Tengevolge van talrijke oorzaken kan dit recht immers te niet gegaan zijn : men denke bv. aan betaling, kwijtschelding, verjaring, enz...

En vermits — zoals boven werd aangetoond (zie nr. 100 e.v.) — de verdeling van de bewijslast volledig gerechtvaardigd is, mag het bewijs van de aanwezigheid of eventueel van de afwezigheid van al deze feiten niet alleen ten laste van de eisende partij worden gelegd.

126. — Om nu juist te bepalen welke feiten door elk van de partijen in proces zullen moeten bewezen worden, werd volgende formulering voorgesteld :

« Hij die 's rechters hulp tot erkenning van zijn recht inroept, heeft van de reeks feiten, welke vereist worden om tot het bestaan van het betwiste recht te kunnen doen besluiten, te bewijzen de specifieke feiten welke zijn recht zouden hebben kunnen doen ontstaan, hetzij ze van positieve of van negatieve natuur zijn. Op de tegenpartij rust echter de last van bewijs van het niet-aanwezig zijn van algemene (regelmatige) vereisten, voor de geldigheid elker rechtshandeling vastgesteld, wanneer zij dit beweert, evenals van zulke omstandigheden, waaraan de wet een uitzondering verbindt op de regel, die de

eiser voor zich inroept; alsook van zodanige feiten, welke het ontstaan recht zouden hebben doen teniet gaan » (1).

Hieruit blijkt dat de bewijslast der te bewijzen feiten als volgt verdeeld wordt :

1) Wie een recht beweert te hebben, hij weze eiser of verweerder, moet de specifieke ontstaansfeiten of rechtscheppende feiten *(rechtserzeugende Tatsachen),* die de bijzondere grond vormen van het ontstaan van het ingeroepen recht, bewijzen. In het aangehaalde voorbeeld zal de eiser de overeenkomst van verbruiklening moeten bewijzen.

2) Op de tegenpartij rust de bewijslast van de afwezigheid der algemene vereisten voor het ingeroepen subjectief recht, alsmede van de aanwezigheid der rechtsverhinderende en der rechtsvernietigende specifieke feiten *(rechtshindernde und rechtsvernichtende Tatsachen).* Eveneens in het aangehaalde voorbeeld zal de verweerder respectievelijk de afwezigheid van toestemming of van bekwaamheid, het begiftigingsinzicht, de betaling of verjaring,... moeten bewijzen.

127. — Sommige auteurs hebben deze leer aangevuld door de omkering van de bewijslast. Waar men erkende dat een strenge toepassing van de subjectiefrechtelijke theorie tot onbillijke beslissingen zou kunnen leiden, heeft men de rechter in dergelijke gevallen de vrijheid gegeven om af te wijken van de hoofdregel en de bewijslast geheel of ten dele op de andere partij over te brengen (2).

128. — Hoewel de subjectiefrechtelijke theorie ongetwijfeld verdiensten heeft gehad door haar feitenindeling, zoals verder zal blijken, is zij toch van een zekere eenzijdigheid niet vrij te pleiten (3).

Vooreerst is het begrip subjectief recht een der meest betwiste in de algemene rechtsleer, doch daarenboven worden talloze processen gevoerd, zonder dat van een subjectief recht sprake kan zijn (zie ook boven, nr. 40) : de vorderingen tot nietigverklaring van een overeenkomst, tot verklaring van het niet-bestaan van een recht zijn voorbeelden van vorderingen, wier grond niet gelegen is in een subjectief

(1) Deze samenvatting is van Post, J.C., *De leer van de bewijslast in rechtspraktijk en wetgeving,* bl. 2-3.
(2) Zie o.m. Post, J.C., *o.c.,* bl. 80 e.v.
(3) Grünebaum, A., *Het karakter van de bewijslast in het burgerlijk geding,* bl. 17 e.v.; — Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 74-76.

recht en waarop dus de feitenindeling uitgaande van het begrip subjectief recht niet van toepassing kan zijn (1).

Vervolgens leert men meestal dat deze theorie geen antwoord geeft op de vraag naar de bewijslastverdeling in zuiver processuele geschillen; men denke bv. aan de gevallen waarin moet aangetoond worden dat de rechtbank waarbij het geding aanhangig werd gemaakt, wel *ratione loci* bevoegd is (2).

En tenslotte kan zeer te recht opgemerkt worden dat, waar enkel de specifieke ontstaansfeiten zouden moeten bewezen worden, de algemene ontstaansfeiten (toestemming, bekwaamheid) toch evengoed voor het bestaan van een recht vereist zijn. Waarom werd dan die kunstmatige scheiding doorgevoerd? Waarop berust die verdeling der feiten? Dat de grond van deze verdeling niet verklaard wordt door het opstellen van allerlei vermoedens (3), hoeft wel geen nader betoog.

Deze theorie, die geen aannemelijke noch systematische verdeling van de bewijslast geeft, kan dus moeilijk aanvaard worden (4).

3 §. De objectiefrechtelijke theorie.

A. *Uiteenzetting van deze theorie.*

129. — Als reactie op voorgaande theorie, werd geleidelijk, eerst in Duitsland (5), en nadien in Nederland (6), een nieuwe opvatting gehuldigd, die in tegenstelling met de vorige, de objectiefrechtelijke theorie kan genoemd worden. In zekere mate (zie nochtans verder, nr. 147) heeft deze theorie ook elders aanhangers gevonden, zoals Aubry et Rau (1); men vergete trouwens niet dat deze laatsten oorspronkelijk het Duitse werk van K.S. Zachariae vertaalden.

(1) Nochtans moet opgemerkt worden dat deze kritiek wellicht al te zeer de subjectiefrechtelijke theorie herleidt tot een theorie die enkel en alleen de bewijslast verbonden heeft aan het begrip subjectief recht. Wanneer men weet dat diegenen die bij de voorstanders van deze leer worden gerangschikt, hun opvattingen niet altijd zeer duidelijk en scherp formuleerden en dat de term *subjectiefrechtelijke theorie,* die van Anema afkomstig is, vooral moest dienen om de verschillende opvattingen van rond de eeuwwisseling onder een verzamelnaam te catalogeren, dan mag aan deze kritiek geen overdreven belang gehecht worden.

(2) Men mag aannemen dat de bewijslast rust op diegene die zich op de aanwezigheid van de processuele vereisten beroept, hetgeen in de meeste gevallen de eiser zal zijn. Zie o.m.: Rb. Brussel, 11 juni 1857, *B.J.,* 1857, 1484; — Brussel, 30 januari 1957, *R.W.,* 1956-57, 1503; — Rb. Brugge, 20 juni 1960, *R.W.,* 1960-61, 646. Voor een omstandige bespreking van dit vraagstuk, zie: Hellwig, K., *o.c.,* I, bl. 477 e.v.; — Korsch, K., *o.c.,* bl. 20 e.v.; — Leonhard, F., *o.c.,* bl. 420 e.v.; — Rosenberg, L., *o.c.,* § 32, bl. 382 e.v.

(3) Zoals bv. het voortbestaan van het onstane recht: *Fortdauervermutung.*

(4) Zie o.m. aldus Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 48.

(5) Fitting, H., *Die Grundlagen der Beweislast,* Berlin, 1888; — Betzinger, B., *Die Beweislast im Zivilprozess;* — Rosenberg, L., *o.c.*

(6) Grünebaum, A., *o.c.;* — Scheltema, F.G., *o.c.*

Al deze auteurs verwerpen de subjectiefrechtelijke theorie, niet alleen op grond van de reeds aangeduide kritiek, maar ook omdat de feitenindeling in specifieke, algemene, rechtsverhinderende en rechtsopheffende te vaag is en daarenboven aanleiding geeft tot nieuwe indelingen in *hinderungshindernde, hinderungsvernichtende,...*: deze indeling voert de bewijslast « steuerlos auf das Meer der Tatsachen » (2).

130. — Zij vonden dan een nieuwe opvatting in de vaststelling dat niet de feiten, maar wel de wet de scheppende factor is van ieder rechtsgevolg. Opdat nu de rechter de wet zou kunnen toepassen, moeten de feitelijke bestanddelen van het ingeroepen rechtsvoorschrift eerst bewezen worden: « De omvang van de stelplicht als van de bewijslast wordt bepaald door de objectiefrechtelijke regeling, waarin de door partijen beoogde rechtsgevolgen zijn belichaamd » (3).

Bij nader onderzoek blijkt dat de beide gedingvoerende partijen beurtelings een beroep kunnen doen op een of ander rechtsvoorschrift. Zo valt het bij een eerste beschouwing in het oog, dat vele voorschriften van het burgerlijk wetboek het ontstaan van een rechtsvordering verbinden aan het plaatsgrijpen van bepaalde omstandigheden, terwijl andere daarentegen verklaren dat die rechtsvordering niet opgaat, indien zich bij die gegeven omstandigheden nieuwe komen voegen.

De eerste categorie voorschriften werden positief-werkende genoemd (4), terwijl de voorschriften die bepalen onder welke feitelijke voorwaarden een vordering niet met goede uitslag kan worden ingesteld, als negatief-werkende beschouwd werden (5).

Om dit nader te illustreren kan even gewezen worden op de vordering tot teruggave wegens onverschuldigde betaling. Wil hij in zijn vordering slagen, dan moet de eiser bewijzen dat hij iets betaald heeft dat niet verschuldigd

(1) *o.c.,* XII, § 749, bl. 81 e.v.

(2) Martinius, *Behauptungs- und Beweislast bei der Negative und dem bedingten Vertrage,* bl. 35.

(3) Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 57; — Rosenberg, L., *o.c.,* § 9, bl. 98.

(4) Grünebaum, A., *o.c.,* bl. 66-67, die als voorbeelden aanhaalt: art. 229-232 (echtscheidingsgronden), 1443 (gerechtelijke scheiding van goederen), 1603 en 1650, 1719 en 1728 (verplichtingen der partijen bij koop en huur) B.W.

(5) *Ibid.* en als voorbeelden: art. 272 (verval van het recht om echtscheiding te vorderen), 1109 (gebreken in de toestemming), 1124 (onbekwaamheid), 1128 (het buiten de handel zijn der zaak), 1234 (tenietgaan der verbintenissen) B.W.

was; hij moet m.a.w. de vergissing bewijzen, zoals uit artikel 1325 en 1377 van het burgerlijk wetboek kan worden afgelezen (1). Genoemde artikelen kunnen beschouwd worden als positief-werkende voorschriften.

Geschiedde de onverschuldigde betaling evenwel in uitvoering van een relatief nietige verbintenis, dan werd soms ten onrechte voorgehouden dat de eiser niet alleen het bewijs zou moeten leveren dat hij bij vergissing betaalde, maar dat hij daarenboven ook onwetend was van de nietigheid der verbintenis (2). Hierbij verliest men uit het oog dat artikel 1338 van het burgerlijk wetboek, volgens hetwelk de *vrijwillige uitvoering* afstand medebrengt van de middelen en excepties die men tegen een vernietigbare verbintenis kan inroepen, juist een negatief-werkend voorschrift is waarvan de elementen en nl. de vrijwillige uitvoering, door de verweerder moeten bewezen worden (3).

Wanneer men de verhouding tussen de positief- en negatief-werkende voorschriften onderzoekt, valt het dadelijk op dat de negatief-werkende voorschriften het voorwerp van de positief-werkende voorschriften volledig moeten dekken (4). Vordert de eiser bv. een bepaalde som terug, die hij aan de verweerder geleend had, dan draagt de verweerder de bewijslast wanneer hij beweert dat er terugbetaling, verjaring of schuldvergelijking heeft plaatsgegrepen. Heel anders wordt het, wanneer de verweerder bv. beweert dat hij de kwestieuse som als gift ontvangen heeft; in een dergelijk geval stemt het voorwerp van de positief-werkende norm met dat van de negatief-werkende norm niet meer overeen en blijft de bewijslast op de eiser rusten (zie verder, nr. 131).

Uit deze indeling wordt dan dadelijk de verdeling van de bewijslast afgeleid : vermits de positief-werkende voorschriften gunstig zijn voor de eisende partij, zal deze laatste de bestanddelen van deze voorschriften moeten bewijzen, terwijl op de verweerder de bewijslast rust van de vereisten der negatief-werkende voorschriften.

Deze verdeling werd zeer goed in het licht gesteld door een arrest van het Hof van Cassatie in verband met de verplichting om de gemeentelijke taks te betalen :

« Overwegende dat, in strijd met de opvatting der aanlegster in verbreking, de opposant beweerde, niet, dat hij bevrijd was van de verplichting de belasting te betalen (in welk geval, volgens het principe door alinea 2 van

(1) Zie ook hetgeen in verband met het bewijs van negatieve feiten desbetreffend reeds werd gezegd : boven, nr. 113.
(2) De Page, III, nr. 8, C, bl. 13.
(3) Zie in dezelfde zin : advies Procureur-Generaal Hayoit de Termicourt vóór Verbr., 6 december 1956, *Pas.*, 1957, I, 364; — vgl. Ripert et Boulanger, II, nr. 1234, bl. 437, die spreken van *obstacle à l'action en répétition,* d.w.z. een rechtsverhinderende norm : zie verder, nr. 135.
(4) Rosenberg, L., *o.c.*, § 9, bl. 103, die dit a.v. verduidelijkt : verweerder antwoordt op de eis : « Ja... maar... ».

artikel 1315 van het burgerlijk wetboek gehuldigd, het hem zelf ten laste viel die bevrijding te bewijzen) doch wel dat die verplichting, wat hem betreft, nooit was ontstaan, daar een der voorwaarden der schuld, voorzien door de bepaling die de belasting vestigt, niet voorhanden was;

Overwegende dat te recht het arrest beslist dat, in dergelijk geval, en niettegenstaande het recht bij wijze van dwangbevel oorspronkelijk op te treden, het Beheer, gelijk alwie de uitvoering van een verplichting vordert, die verplichting moet bewijzen » (1).

131. — Buiten deze verdeling staan nog een drietal groepen van voorschriften, waarvan de voorwaarden voor rekening komen van de partij, die de bewijslast draagt van het voorschrift waarvan de hiernavolgende slechts nadere verduidelijkingen zijn.

1. Suppletoire voorschriften, die een in een ander voorschrift voorkomend begrip, nader omschrijven. Zo bepalen de artikelen 528 en volgende van het burgerlijk wetboek welke goederen als roerend moeten aangezien worden : deze wettelijke bepalingen zijn dus suppletoir ten aanzien van de voorschriften die het roerend-zijn als bestanddeel inhouden, zoals bv. artikel 20, 5° van de wet van 16 december 1851 (voorrecht van de verkoper van roerende goederen).

Vermits deze voorschriften elkaar aanvullen, moeten zij ook voor de bewijslast als één geheel beschouwd worden (2).

2. Accessoire voorschriften, die de rechtsgevolgen van een ander voorschrift uitbreiden. In die verhouding staat bv. artikel 1905 (rentebeding) tot artikel 1892 (verbruiklening) van het burgerlijk wetboek. Hij die beweert op meer recht te hebben dan waartoe hij volgens het principaal voorschrift zou gerechtigd zijn, draagt dan ook de bewijslast ten aanzien van de feitelijke bestanddelen van het accessoire voorschrift (3).

3. Contradictoire voorschriften, die onverenigbaar zijn met andere voorschriften. Zo zijn de artikelen 1892 (verbruiklening) en 894 (schenking) van het burgerlijk wetboek contradictoir. Diegene die bv. een geldsom terugvordert, zal niet alleen moeten bewijzen dat hij die som aan de verweerder heeft overhandigd, maar ook dat het een lening was en geen mandaat (4).

(1) Verbr., 7 augustus 1941, *Pas.*, 1941, I, 319; *Arr. Verbr.*, 1941, 183; — zie ook : Advies van de heer Procureur-Generaal Mesdach de ter Kiele vóór Verbr., 27 oktober 1886, *Pas.*, 1886, I, 350; — Brussel, 13 december 1933, *J.T.*, 1934, 58.
(2) Vgl. met de redelijke vrijstellingen inzake aanvoeringslast : boven, nr. 21.
(3) Soms werden de suppletoire en accessoire voorschriften samengebracht in één geheel en als *Ergänzungsnormen* betiteld : Rosenberg, L., *o.c.*, § 9, bl. 105.
(4) Cass. fr., 19 december 1944, *Gaz. Pal.*, 1945, 1, 73.

Wanneer de verweerder zich op een contradictoir voorschrift beroept, dan wordt een feitelijk bestanddeel van het door de eiser ingeroepen voorschrift betwist; de bewijslast rust dus op de eiser en niet op de gedaagde, die zich volgens de objectief-rechtelijke theorie tot een gemotiveerde ontkenning mag beperken (1).

132. — Maar buiten deze drie categorieën, bestaat het recht essentieel uit een heel stel van voorschriften, die onderling een positieve en een negatieve werking vertonen en dus in de verhouding staan van r e g e l en u i t z o n d e r i n g: « ein Grundstock von Normalregeln, in der Wirkung beschränkt durch eine grosse Menge immer feiner sich verästelnder Ausnahmen » (2).

Nochtans moet hier nogmaals uitdrukkelijk gewezen worden op het feit dat — in tegenstelling met de categorie van de contradictoire voorschriften — de positief-werkende en de negatief-werkende normen met elkaar verenigbaar zijn, d.w.z. dat de partij die een negatief-werkend voorschrift inroept de door de andere partij ingeroepen bestanddelen erkent, doch er een *maar* aan toevoegt (3) : bv. « de rechtsvordering is geldig ontstaan, maar ze is verjaard,... » (zie boven, nr. 130).

Hierbij baseert de wetgever zich op hetgeen hij als feitelijk normaal volgens de bestaande maatschappelijke verhoudingen beschouwt; daarop worden dan de uitzonderingen bepaald (4). Zo is de meerderjarige man het normale rechtssubject, terwijl voor de minderjarige, de krankzinnige, de gehuwde vrouw in sommige gevallen wettelijke uitzonderingsregelen worden opgesteld.

Daarmee is dan de bewijslastverdeling aangeduid, vermits de eiser die zich op een regelvoorschrift beroept hiervan de feitelijke bestanddelen zal moeten bewijzen, terwijl de verweerder die een uitzonderingsvoorschrift inroept de bewijslast zal dragen met betrekking tot de nieuwe feitelijke elementen daarvan. Het spreekt vanzelf dat wanneer het de eiser is die zich op een uitzonderingsvoorschrift beroept, bv. in een vordering tot nietigverklaring van een rechtshandeling, hij hiervan de bewijslast zal moeten dragen.

(1) Grünebaum, A., *o.c.*, bl. 77 e.v.; — Fitting, H., *o.c.*, bl. 62; — zie verder, nr. 140.
(2) Fitting, H., *o.c.*, bl. 48.
(3) Grünebaum, A., *o.c.*, bl. 87-88; — Rosenberg, L., *o.c.*, § 9, bl. 103.
(4) Grünebaum, A., *o.c.*, bl. 92; — Rosenberg, L., *o.c.*, § 9, bl. 99, die er evenwel uitdrukkelijk aan toevoegt dat het om een wettelijke regeling gaat en niet om een bewijslastverdeling op basis van de uit ervaring afgeleide gewone gang van zaken : *o.c.*, § 10, bl. 125. Zie hierover verder, nr. 165.

133. — Van de eiser wordt dus enkel gevergd het bewijs der omstandigheden waaraan een rechtsvoorschrift als regel, het bestaan zijner vordering verbindt. Dit principe is volgens de objectiefrechtelijke theorie niet gebaseerd op de billijkheid, noch op het vermoeden van afwezigheid der uitzonderingsgevallen of van het voortbestaan van een normaal geachte toestand, maar enkel en alleen op het feit dat, indien die omstandigheden hebben plaats gehad, de toepassing van het voorschrift, dat enkel daaraan het beweerde gevolg verbindt, volgen moet.

Maar deze bewijslevering moet dan ook volledig zijn : a l l e e l e m e n t e n v a n h e t i n g e r o e p e n r e c h t s v o o r s c h r i f t moeten bewezen worden, noch min, noch meer (1).

N o c h m i n, d.w.z. dat de moeilijkheden of zelfs de onmogelijkheid van bewijs de partijen van hun bewijslast niet kunnen ontslaan (2). Het principe volgens hetwelk de bewijslevering volledig moet zijn is voornamelijk van belang in gedingen waarin de te bewijzen feiten niet rechtstreeks kunnen bewezen worden, omdat zij veeleer berusten op een waardeoordeel door de rechter, en dus moeten afgeleid worden uit tal van samenlopende omstandigheden en o.m. uit de werkelijke partijenverhouding; het komt er alsdan op aan een zo uitgebreid mogelijk feitenmateriaal aan te brengen ten einde de rechter te overtuigen. Dit zal bv. telkens het geval zijn wanneer de wetgever spreekt van *zware beledigingen* (zie o.m. art. 231 en 955 B.W.), *goede zeden, bedrog, goede trouw,...*

Ook Aubry et Rau onderlijnden de noodzaak « chacun des éléments de fait dont le droit ou le bénéfice légal suppose le concours » te bewijzen (3), doch lieten na dit beginsel nader te omschrijven, zodat men redelijkerwijze mag aannemen dat zij op dat stuk de Duitse objectiefrechtelijke theorie tot de hunne maakten.

Toch is hun formulering niet zeer gelukkig (4) en heeft zij tot een scherpe kritiek vanwege Bartin aanleiding gegeven (5). Volgens laatstgenoemde auteur is er een tegenstrijdigheid terug te vinden in het feit dat enerzijds *alle* elementen moeten bewezen worden en anderzijds de negatief-werkende op de tegenpartij mogen afgewenteld worden. Daarenboven zou het *volledig* bewijs van alle elementen meestal onmogelijk zijn : deze opmerking houdt geen verband

(1) Rosenberg, L., *o.c.*, § 12, bl. 152 e.v.; — zie ook : Aubry et Rau, XII, § 749, bl. 84 e.v.; — Paris, 30 april 1936, *Gaz. Pal.*, 1936, 2, 468; — Cass. fr., 20 mei 1947, *D.*, 1947., *J.*, 136.
(2) Dit kan nochtans wel van belang zijn voor de bewijswaardering : zie verder, nr. 142. Vgl. met hetgeen boven gezegd werd ten aanzien van het bewijs van oneindig-negatieve feiten : zie boven, nr. 111 e.v.
(3) *o.c., l.c.*
(4) Motulsky, H., *o.c.*, bl. 100, voetnoot 31.
(5) In Aubry et Rau, XII, § 749, voetnoot 19*bis*, bl. 84 e.v.

met de bewijslast *stricto sensu* doch enkel met de bewijsintensiteit (1) en kan hier derhalve buiten beschouwing blijven.

De kritiek van Bartin faalt evenwel totaal, wanneer hij betoogt dat in vele gevallen de impliciete bevestiging van het meest essentiële element van het ingeroepen recht volstaat om de bewijslast van de afwezigheid van dit element op de tegenpartij over te dragen, en wanneer hij hierbij ter illustratie de vervolging wegens namaking van brevet aanhaalt. Hoewel de nieuwigheid van de uitvinding de basis is van het recht van de brevethouder, moet dit element nochtans door hem niet bewezen worden. Het is inderdaad zo, dat de eiser ter zake enkel de concessie van het brevet moet bewijzen en het bewijs van de niet-originaliteit van de ontdekking aan de verweerder mag overlaten (2); men kan in deze regeling een vermoeden zien (3) of ook een toepassing van de idee dat de oneindig-negatieve feiten moeilijk kunnen bewezen worden (4), of tenslotte een voorbeeld van de objectiefrechtelijke theorie (5). Dit laatste ligt wel het meest voor de hand vermits de eiser normaal ook de nieuwigheid van het brevet zou moeten bewijzen, doch hiervan door de wetgever wordt ontslagen ingevolge het opstellen van een negatief-werkend voorschrift; het brevet wordt afgeleverd zonder onderzoek naar de nieuwigheid (artikel 2 van de wet van 24 mei 1854) en het is het tegenovergesteld verschijnsel, nl. de niet-originaliteit, dat als oorzaak van nietigheid wordt vooropgesteld (artikel 24 en 25 van de wet van 24 mei 1854).

N o c h m e e r, d.w.z. dat de eiser slechts de feitelijke bestanddelen van het ingeroepen rechtsvoorschrift zal moeten bewijzen. Die bewijslast kan niet verzwaard worden door de houding van de tegenpartij; het zou inderdaad te gemakkelijk zijn voor de verweerder om zo maar alle mogelijke en onmogelijke argumenten naar voren te brengen en de weerlegging ervan telkens aan de eiser op te dragen.

Zo zal bv. wanneer de handelingsonbekwaamheid door de verweerder wordt ingeroepen, deze laatste het tijdstip waarop de rechtshandeling plaatsgreep moeten bewijzen en de eiser met een dergelijk bewijs niet kunnen belasten (6).

(1) Zie Rosenberg, L., *o.c.*, § 12, bl. 161. De vraag of het bewijs volledig moet zijn, zodat een absolute zekerheid bekomen wordt, heeft immers geen rechtstreekse invloed op de inhoud of de uitgestrektheid van het bewijs.

(2) Borginon, J., *De la contrefaçon et de l'exercice des droits attachés aux brevets, Nov., Dr. intell.*, I, nr. 660 e.v., met uitvoerige referenties; — Dassesse, J., *Les brevets d'invention, Examen de jurisprudence 1955-58, R.C.J.B.*, 1959, 403; — Rb. Brussel, 31 mei 1954, *Ing. Cons.*, 1955, 213; — Brussel, 29 juni 1955, *Ing. Cons.*, 1955, 208; —Rb. Antwerpen, 12 juli 1956, *R.W.*, 1956-57, 1615; — zie ook : H.R., 10 juni 1930, *N.J.*, 1931, 55; — vgl. Rb. Kortrijk, 19 april 1934, *Pas.*, 1935, III, 144 (het bewijs van een hypothecaire schuldvordering wordt afgeleid uit de authentieke akte die deze vordering vaststelt).

(3) Dassesse J., *o.c., l.c.;* — Rb. Antwerpen, 12 juli 1956, voormeld; — zie nochtans verder, nr. 385.

(4) *In casu* zou de eiser immers moeten aantonen dat het brevet nieuw is, d.w.z. dat het brevet *nooit* vroeger werd uitgebaat, hetgeen juist een oneindig-negatief feit is : zie boven, nr. 112.

(5) Motulsky, H., *o.c.*, nr. 100, bl. 103.

(6) Zie aldus in verband met de krankzinnigheid van de *de cujus :* De Page, VIII[1], Brussel, 1944, nr. 85, bl. 145; — Rosenberg, L., *o.c.*, § 12, bl. 163; — Windscheid, B.,

In dit verband kan ook een bijzonder toepassingsgeval worden aangehaald, nl. de eigen vatbaarheid voor schade of pathologische voorbeschiktheid in hoofde van het slachtoffer van een onrechtmatige daad. Het gebeurt soms dat een aangesprokene in zijn verweer laat gelden, dat het slachtoffer gezien een dergelijke voorbeschiktheid meer schade heeft geleden dan normaal kon verwacht worden. Voornamelijk wanneer de schade, onafhankelijk van de onrechtmatige daad, toch zou ingetreden zijn, rijst het probleem van de bewijslast. Het is duidelijk dat de aangesprokene zal moeten aantonen dat de nadelige ontwikkeling onafhankelijk van de onrechtmatige daad vaststaat (1). Het was niet nodig hiervoor argumenten als de normale gang van zaken (2) of de onmogelijkheid van een negatief bewijs (3) in te roepen.

134. — De hele moeilijkheid zal er evenwel in bestaan de positief-werkende voorschriften nauwkeurig te onderscheiden van de negatief-werkende voorschriften. Om dit onderscheid te vergemakkelijken worden de negatieve voorschriften nogmaals ingedeeld in rechtsverhinderende en r e c h t s v e r n i e t i g e n d e normen.

Voor het begrip van deze laatste bestaat er geen moeilijkheid, vermits zij een reeds bestaand subjectief recht onderstellen en chronologisch (zie verder, nr. 137) later optreden dan de rechtscheppende normen.

Zij kunnen trouwens — aldus Rosenberg (4) — uit de door de wetgever gebruikte termen worden afgeleid : *tenietgaan, opgeheven worden,...* zijn termen die een rechtsvernietigende norm zouden aanduiden. Als voorbeelden van dergelijke normen kunnen aangehaald worden : de uitvoering van een verbintenis, de kwijtschelding, de betaling,... (5).

Men kan weliswaar nog andere gevallen aanhalen doch in werkelijkheid zijn het meestal v a r i a n t e n van de rechtsvernietigende normen.

Rosenberg spreekt ook nog van *rechtsausschlieszende* of *rechtshemmende Normen* (6), waarbij hij dan hoofdzakelijk zekere excepties klasseert zoals bv. de verjaring, de wilsgebreken,...

Aubry et Rau die de term *déchéance* gebruiken, hebben op hun beurt ook

o.c., I, § 133, bl. 362-363; — zie betreffende de aquiliaanse onbekwaamheid : De Page, II, nr. 917, bl. 840; — zie ook nog : Hof Amsterdam, 20 oktober 1916, *N.J.*, 1917, 408.

(1) Ronse, J., *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad,* nr. 386, bl. 270; — Verbr., 13 juni 1932, *Pas.*, 1932, I, 189; — Verbr., 8 juni 1951, *Pas.*, 1951, I, 691; — Verbr., 5 november 1956, *Pas.*, 1957, I, 227; — Luik, 15 februari 1960, *Pas.*, 1960, II, 282; — vgl. Hof 's Hertogenbosch, 8 januari 1953, *N.J.*, 1953, 665.

(2) Zie aldus Ronse, J., *o.c., l.c.*

(3) Luik, 15 februari 1960, voormeld; — zie ook boven, nr. 118.

(4) *o.c.*, § 10, bl. 119 e.v.

(5) Zie de voorbeelden reeds boven aangehaald, nr. 130.

(6) *o.c.*, § 9, bl. 101.

nog gewag gemaakt van de wijzigingen of beperkingen, die ten aanzien van een bepaald recht zouden ingetreden zijn (1).

Het is duidelijk dat deze rechtsvernietigende feiten door de verweerder moeten bewezen worden : wie de handhaving van zijn recht vraagt, behoeft niet te stellen dat het recht, eenmaal verkregen zijnde, niet is tenietgegaan (2). Dit is trouwens het gevolg van de bewijslastverdeling.

Eens te meer heeft Bartin gemeend dit principe in twijfel te moeten trekken (3), doch de methode die hij hierbij aanwendt, is blijkbaar zeer gebrekkig: hij beroept zich nl. op verschillende vonnissen en arresten en vooral op de opvattingen van Aubry et Rau zelf om aan te tonen dat dit principe zelden werd toegepast.

Dit is *per se* geen weerlegging ten gronde, des te meer daar sommige door de rechtspraak voorgestane oplossingen minstens twijfelachtig zijn : zo bepaalt bv. artikel 1442 van het burgerlijk wetboek dat de overlevende echtgenoot zijn recht op het genot van de inkomsten der minderjarige kinderen *verliest* zo hij geen inventaris opstelde, hetgeen dus wel een negatief-werkende norm is en dienvolgens niet door de echtgenoot moet bewezen worden (4).

Dat in geval van bezitsvordering de eiser moet bewijzen dat er nog geen jaar verlopen is sinds de stoornis of de buitenbezitstelling (5), is evenmin een weerlegging van de theorie van Aubry et Rau vermits artikel 4 van de wet op de bevoegdheid d.d. 25 maart 1876 (overeenstemmend met artikel 23 c. pr. civ.) deze voorwaarde uitdrukkelijk stelt als ontvankelijkheidsvereiste.

Ter illustratie kan gewezen worden op het onderscheid tussen de niet-verzekering van een risico en de vervallenverklaring van de voordelen die in het verzekeringscontract waren voorzien. Wanneer hierover betwisting ontstaat, zal de bewijslast respectievelijk liggen op de verzekerde en op de verzekeraar (6). De verzekerde moet immers alle elementen van de rechtscheppende norm bewijzen (zie boven, nr. 133) terwijl de verzekeraar op zijn beurt de rechtsvernietigende feiten zal moeten aantonen. Dit kan trouwens duidelijk uit de wet van 11 juni 1874 (o.m. art. 9 en 31) worden afgelezen (7).

135. — Veel lastiger wordt het de r e c h t s v e r h i n d e r e n d e n o r m e n aan te duiden, omdat deze meestal (8) onmiddellijk de

(1) XII, § 749, bl. 88 e.v. De kritiek van Bartin t.a.p., voetnoot 19 *septies,* werd te recht weerlegt door Motulsky *(o.c.,* nr. 105, bl. 111-112), daar zij gebaseerd is op een voorbeeld dat ter zake niet dienstig is.
(2) H.R., 10 juni 1930, *N.J.,* 1930, 55; — H.R., 29 november 1957, *N.J.,* 1958, 31.
(3) In Aubry et Rau, XII, voetnoot 19 *sexies,* bl. 88-89.
(4) Motulsky, H., *o.c.,* nr. 104, bl. 110; — Anders : Bartin, E., *o.c., l.c.,* met referenties.
(5) Cass., fr., 28 oktober 1891, *S.,* 1892, 1, 183.
(6) Zie o.m. Cass. fr., 17 april 1947, *S.,* 1948, 1, 125, met een gedocumenteerde noot van R. Houin.
(7) Verbr., 3 november 1955, *Pas.,* 1956, I, 204; — zie hierover verder, nr. 457.
(8) Soms treedt immers een rechtsverhinderend voorschrift slechts op, wanneer het rechtscheppend feit reeds ten dele verwezenlijkt werd : zo wordt bv. de aan de gang zijnde verjaring onderbroken wanneer de schuldenaar het recht erkent van diegene tegen

inwerkingtreding van een positief voorschrift beletten : zal men deze voorschriften alsdan beschouwen als een voorwaarde ofwel hun tegendeel als een beletsel voor het ontstaan van een subjectief recht?

Over het b e g r i p zelf van de rechtsverhinderende norm is men het meestal eens (1), omdat er wel degelijk een onderscheid kan gemaakt worden tussen de elementen, die volgens de wet noodzakelijk zijn om een recht te doen ontstaan *(rechtsbegründende Normen)* en diegene die *uitzonderlijk* aan dit recht zijn werking ontnemen.

Bartin heeft in zijn commentaar bij de theorie van Aubry et Rau nochtans kritiek uitgebracht op het vage karakter van het begrip *obstacle* (2). Bij het onderzoek van dit begrip somt hij de mogelijke toepassingsgevallen op, doch telkens komt hij tot de vaststelling dat het gaat om *éléments générateurs* waarvan de bewijslast op de eiser rust; de klassieke voorbeelden zoals onbekwaamheid, wilsgebreken,..., werden evenwel door Bartin niet ontleed. Zoals Motulsky te recht doet opmerken (3) heeft Bartin hierbij blijkbaar over het hoofd gezien dat Aubry et Rau het begrip *obstacle* niet nader preciseerden, omdat zij impliciet aansloten bij de Duitse theorieën ter zake. Wanneer deze auteurs verklaren dat de partijen niet het bewijs moeten leveren van de omstandigheden « dont l'existence aurait pu faire obstacle à l'acquisition du droit » dan omschrijven zij hierdoor het begrip rechtsverhinderende norm.

136. — Volgens de voorstanders van de objectiefrechtelijke theorie draagt de v e r w e e r d e r d e b e w i j s l a s t van dergelijke rechtsverhinderende feiten. De rechtscheppende norm bepaalt in welke voorwaarden een recht of een rechtsverhouding ontstaat; de rechtsverhinderende norm zegt dat, wanneer één of meerdere bepaalde feiten zich voordoen, het recht of de rechtsverhouding bij wijze van uitzondering niet zal ontstaan. Staan enkel de rechtscheppende feiten vast, dan moet de rechter het regelvoorschrift toepassen; diegene die beweert dat dit voorschrift uitzonderlijk niet van toepassing kan zijn, moet de elementen van de rechtsverhinderende norm bewijzen.

Wanneer een partij gedagvaard wordt ter uitvoering van een aanbod dat door haar werd gedaan en door de eiser werd aanvaard, dan zal zij de bewijslast dragen zo zij beweert het aanbod vóór de aanvaarding te hebben ingetrokken (4).

Een interessant toepassingsgeval vindt men ook in een arrest van het Hof

wie de verjaring liep (art. 2248 B.W.). In een dergelijk geval kan gezegd worden dat het rechtsverhinderend voorschrift de volledige verwezenlijking van een subjectief recht in wording tegenhoudt.
(1) Men kan dit o.m. vergelijken met de algemene ontstaansfeiten van de subjectiefrechtelijke theorie : zie boven, nr. 126.
(2) In Aubry et Rau, XII, § 749, voetnoot 19 *quinquies,* bl. 86-88.
(3) *o.c.,* nr. 101, bl. 104 e.v.
(4) Lyon, 26 mei 1928, *Gaz. Pal.,* 1928, 2, 581. De intrekking van het aanbod werkt rechtsverhinderend.

van Beroep te Luik (1), dat uitspraak moest verlenen over de vordering van een verkoper tot betaling van de koopprijs van een goed, dat blijkbaar vóór de verkoop totaal vernietigd was geworden : « Attendu qu'en niant l'existence de cette convention pour le motif qu'un élément essentiel à la survenance de celle-ci fait défaut, l'appelant (oorspronkelijke verweerder-koper) ne soulève pas une exception comme ce serait le cas s'il invoquait une cause d'exonération ou de libération par rapport à une convention à tenir pour réellement existante; que dans la situation propre à l'espèce, la charge de prouver l'inexistence de la convention ne pèse pas sur l'appelant ».

Deze motivering laat vermoeden dat het arrest aanneemt dat een verkoop bij gebrek aan voorwerp een onbestaande verkoop is (2). Een dergelijke opvatting wijkt af van de theorie die voorhoudt dat men alsdan te doen heeft met een nietige verkoop, waarvan de nietigheid steeds door de rechtbank moet worden uitgesproken (3).

Zonder de discussie over de nietigheden en de theorie van de onbestaanbaarheid te heropenen (4), moet toch op het praktisch belang van dit onderscheid worden gewezen (5). Het is duidelijk dat zo het ontstaan zelf van de rechtshandeling in het gedrang komt, de eiser verplicht is de rechtscheppende norm (positief-werkend voorschrift) te bewijzen; werpt men daarentegen de nietigheid van de rechtshandeling op, dan moet de verweerder hiervan (rechtsverhinderende of rechtsvernietigende norm) (6) de bewijslast dragen (7), des te meer zo hij volgens De Page verplicht is deze nietigheid in rechte te vorderen (8).

De bespreking van dit arrest van het Hof te Luik heeft niet alleen het onderscheid tussen de positief- en negatief-werkende voorschriften toegelicht, doch daarenboven nogmaals aangetoond dat de toepassingsmoeilijkheden van de objectief-rechtelijke theorie niet zozeer het gevolg zijn van deze theorie, maar zeer dikwijls voortspruiten uit tegenstrijdige juridische interpretaties (9).

(1) Luik, 13 januari 1948, *Pas.,* 1948, II, 11.

(2) In dezelfde zin, ondanks de termen van artikel 1061 B.W. : Laurent, XXIV, nr. 88, bl. 96-97; — Aubry et Rau, V, 5de uitg., § 349, bl. 12; — Kluyskens, A., *De contracten,* 2de uitg., Brussel, 1952, nr. 72, bl. 91-92; — Cass. fr., 5 februari 1906, *S.,* 1906, 1, 280.

(3) De Page, II, nr. 780, bl. 701-702, voetnoot 4, en IV, 2de uitg., Brussel, 1951, nr. 80, bl. 114-115.

(4) Zie desbetreffend o.m. De Page, I, nr. 95 e.v., bl. 125 e.v.

(5) Soms werd immers voorgehouden dat dit onderscheid nutteloos zou zijn : R.P.D.B., Tw. *Nullité,* nr. 27*ter;* — De Page, II, nr. 780, bl. 700 e.v.

(6) Zo men, tegen de opvatting van De Page in (II, nr. 781, bl. 705 e.v.), zou aannemen dat een onderscheid moet gemaakt worden tussen de absolute nietigheid en de relatieve nietigheid, omdat de rechter in het eerste geval de nietigheid enkel vaststelt terwijl hij ze in het tweede geval uitspreekt, kan men misschien voorhouden dat de absolute nietigheid verhinderend en de relatieve nietigheid vernietigend werkt. Een dergelijk onderscheid is niet alleen nutteloos omdat het de wet is die de nietigheid bepaalt, maar kan ook verwarrend werken ten aanzien van de bewijslastregeling.

(7) Vgl. nochtans Japiot, R., *Des nullités en matières d'actes juridiques,* Proefschr., Paris, 1909, bl. 428-429, voetnoot 2.

(8) De noot (1) onder Luik, 13 januari 1948, *Pas.,* 1948, II, 11, leidt uit gemeld arrest dezelfde gevolgtrekkingen af. Nochtans is de regeling van de bewijslast niet het gevolg van de rechtsschijn in hoofde van de verkoper (zie desbetreffend verder, nr. 165), maar heel eenvoudig een toepassing van de objectiefrechtelijke theorie.

(9) Zie in dit verband de opmerking van Scheltema : verder, nr. 146.

137. — Soms heeft men gemeend hiertegen te moeten inbrengen dat de rechtsverhinderende normen geen zelfstandig bestaan leiden, omdat zij geen eigen rechtswerking hebben (1) : « Il n'y a pas de droit mort-né qui se distinguerait du droit dont la formation serait restée inachevée. Le droit existe ou n'existe pas; et il n'existe pas tant que tous ses éléments générateurs ne sont pas réunis, puisque l'effet juridique qu'il représente ne peut pas se déclencher » (2). Dienvolgens zou de eiser de bewijslast moeten dragen van de feiten die aan de grondslag liggen van het door hem ingeroepen recht en tevens van de afwezigheid van die feiten, die volgens de objectiefrechtelijke theorie als rechtsverhinderend moeten beschouwd worden.

Dit is o.m. de opvatting van Leonhard, die gemeend heeft een nauwkeurig onderscheid te kunnen maken tussen de rechtsnormen die de eiser gunstig zijn en die welke de gedaagde tot voordeel strekken, door het criterium van het tijdsverschil (Successietheorie) (3).

Op de eiser rust dan de bewijslast voor alle voorwaarden (ook de negatieve) die het intreden van het ingeroepen rechtsgevolg bepalen, terwijl de gedaagde alle feiten die daarna dat rechtsgevolg mochten hebben te niet gedaan, zal moeten aantonen (4).

Tegen de opvatting als zouden de rechtsverhinderende normen geen zelfstandig bestaan leiden, kan men nochtans aanmerken dat er een onderscheid moet gemaakt worden tussen de rechtsfeiten die voorwaarde zijn van een positief-werkende norm, en diegene waarvan het tegenovergestelde voorwaarde is van een rechtsverhinderende norm. Zo is het zonder meer duidelijk dat er een groot verschil — niet alleen voor de bewijslast, maar ook zuiver materieelrechtelijk — waar te nemen valt tussen een voorschrift, volgens hetwelk bv. de goede trouw voorwaarde is voor een verkrijgende verjaring, en een voorschrift, volgens hetwelk de kwade trouw een hinder is voor diezelfde verkrijgende verjaring.

Trouwens ook in het dagelijkse leven liggen de voorbeelden ter illustratie voor het grijpen. Wanneer in een trein aangeduid staat dat er slechts mag gerookt worden mits toestemming van alle medereizigers, dan is dit heel wat

(1) Zie aldus o.m. Leonhard, F., *o.c.,* bl. 138 e.v.; — Korsch, K., *Die Anwendung der Beweislastregeln im Zivilprozesz und das qualifizierte Geständnis,* bl. 19.

(2) Motulsky, H., *o.c.,* nr. 97, bl. 101.

(3) Leonhard, F., *o.c.,* bl. 127 e.v.

(4) Thesingh *(o.c.,* nr. 84, bl. 169 e.v.) doet weliswaar opmerken dat de rechtsregel die een vorderingsrecht doet teniet gaan reeds potentiële werking heeft op het moment, dat het vorderingsrecht wordt geboren, doch deze zienswijze is het gevolg van de zgn. ondeelbaarheidstheorie : zie verder, nr. 173.

anders dan de aanduiding : « Verboden te roken in geval van protest van de medereizigers ».

In de rechtspraak vindt men daarvan een treffend voorbeeld. Naar aanleiding van de interpretatie van een lastenkohier voor leveringen aan de Staat, had deze laatste laten opmerken dat volgens de bepalingen van dit kohier de inschrijvers zich verbonden hadden, *tenzij* de Minister de verkoop niet zou goedkeuren; het Hof van Cassatie was van oordeel dat het verkoopcontract volgens dit lastenkohier slechts gesloten was *na* de goedkeuring door de Minister (1). Het bewijs van deze goedkeuring moest dienvolgens geleverd worden door de Staat, die zich op het bestaan van het verkoopcontract beriep.

Het verschil in de bewijslastregeling van de extinctieve verjaring der voortdurende en niet-voortdurende erfdienstbaarheden kan ook op die wijze gerechtvaardigd worden. Uitgaande van de bepaling van artikel 688 van het burgerlijk wetboek, zal bij een voortdurende erfdienstbaarheid het bewijs van het onbruik moeten aangebracht worden door de eigenaar van het lijdend erf : een voortdurende erfdienstbaarheid wordt immers vanzelf uitgeoefend, zolang geen hiermede strijdige handeling (onbruik) werd verricht. Wanneer het integendeel gaat om een niet-voortdurende erfdienstbaarheid, dewelke slechts bestaat zo zij gedurende dertig jaar werd uitgeoefend, moet uiteraard het bewijs van de stuiting van het onbruik (gebruik) door de eigenaar van het heersend erf geleverd worden (2).

Trouwens, algemeen kan men zeggen dat de rechtsverhinderende feiten door de verweerder moeten bewezen worden, omdat ze een uitzondering uitmaken op het regelvoorschrift; het zijn negatief-werkende normen, die als dusdanig door de wetgever werden gereglementeerd. Dit blijkt o.m. duidelijk uit de wetteksten, die de onbekwaamheid, de dwang, het geweld,... beschouwen als uitzonderingen op de algemene principes van het contractenrecht (zie ook verder, nr. 138).

Dat de opvatting van Leonhard en anderen moeilijk te verdedigen valt, wordt impliciet toegegeven, vermits deze auteurs er aan toevoegen dat de bewijslast van de eiser te zwaar valt en verlicht moet worden door hem het voordeel van een vermoeden van afwezigheid der rechtsverhinderende feiten toe te kennen, zolang de verweerder hierop de aandacht niet heeft gevestigd (3).

138. — Er zijn natuurlijk gevallen, waarin de wetgever zelf de bewijslastverdeling aanduidt. Behalve artikel 1315 van het burgerlijk wetboek, kunnen o.m. ook nog de artikelen 1147 (zie verder, nr. 419 e.v.), 1302, 1384 en 2268 (zie verder, nr. 385) van hetzelfde wetboek aangehaald worden (zie ook nog verder, nr. 386).

(1) Verbr., 14 februari 1946, *Pas.*, 1946, I, 70.
(2) Zie desbetreffend : Lindemans, L., A.P.R., Tw. *Erfdienstbaarheden,* nr. 880 e.v.
(3) Leonhard, F., *o.c.,* bl. 182 e.v. Dit is dus een vrijstelling van de *aanvoeringslast;* — zie in dezelfde zin Motulsky (zie boven, nr. 22), die daarenboven ook zekere wettelijke vrijstellingen van de *bewijslast* aanneemt zoals in zake bekwaamheid (art. 1123 B.W.) : *o.c.,* nr. 119, bl. 132.

Meestal zal de bewijslastregeling nochtans door interpretatie uit de bestaande wetteksten moeten afgeleid worden.

Artikel 208 van het burgerlijk wetboek bepaalt dat het onderhoud slechts wordt toegestaan naar evenredigheid van de behoeften van hem die het onderhoud vordert en van het vermogen van hem die het verschuldigd is. Men kan hieruit afleiden dat de eiser zowel zijn staat van behoeftigheid als het vermogen van de verweerder zal moeten aantonen (1); de moeilijkheden die hiermede kunnen gepaard gaan, hebben geen invloed op de bewijslast, doch enkel op de bewijswaardering (2). In Nederland is hierover zeer veel geredetwist : hoewel de rechtspraak zeer dikwijls de bewijslast verdeelt tussen de beide partijen (3), hebben verschillende auteurs voorgehouden dat de eiser de beide reeds vermelde constitutieve elementen van zijn vordering moet bewijzen (4).

Ingevolge artikel 272 van het burgerlijk wetboek, moet de verweerder die zich in een echtscheidingsprocedure op de verzoening beroept, deze laatste (rechtsvernietigend feit) bewijzen (5).

Volgens artikel 314 van het burgerlijk wetboek kan het kind dat vóór de honderdtachtigste dag van het huwelijk geboren is, door de man van de moeder niet worden ontkend, o.m. wanneer hij vóór het huwelijk van de zwangerschap kennis heeft gehad. Hierdoor wordt de bewijslast van deze kennis op het kind gelegd (6).

De schuldeiser mag de aantekeningen op een titel als bewijs gebruiken, zo deze titel altijd in zijn bezit gebleven is (art. 1332 B.W.); dit laatste zal door de schuldeiser moeten bewezen worden (rechtscheppend feit).

Wanneer het burgerlijk wetboek in artikel 1108 de vereisten voor de geldigheid van een overeenkomst omschrijft, doch daarnaast een afzonderlijke bespreking wijdt aan de onbekwaamheid (art. 1123 B.W.) (7), de dwaling (8),

(1) De Page, I, nr. 558, bl. 624. Dit principe wordt trouwens toegepast op de vorderingen van de C.O.O. tot teruggave van de onderhoudsgelden door diegenen die het onderhoud verschuldigd zijn; uitgaande van de subrogatie, nam men aan dat de C.O.O. het bewijs moest leveren dat de persoon die onderhouden werd behoeftig is en dat de persoon die onderhoud verschuldigd zijn in staat zijn hieraan te voldoen : Brussel, 27 mei 1959, *Pas.,* 1959, II, 275; — Brussel, 9 maart 1960, *Pas.,* 1961, II, 122; — Anders : Rb. Brussel, 6 februari 1957, *Pas.,* 1957, III, 122.
(2) Zie nochtans : Kluyskens, A., *Personen- en Familierecht,* nr. 352, bl. 322; — vgl. Grenoble, 18 januari 1960, *D.,* 1960, *J.,* 273.
(3) De eiser moet zijn behoeftigheid bewijzen, de verweerder zijn onvermogen : H.R., 31 maart 1927, *N.J.,* 1927, 749, met noot S(tar) B(usmann); — Hof Amsterdam, 27 oktober 1948, *N.J.,* 1949, 172.
(4) Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 66; — Thesingh, H., *o.c.,* nr. 33, bl. 77 e.v.
(5) Kluyskens, A., *Personen- en Familierecht,* nr. 449, bl. 421.
(6) Grenoble, 29 mei 1952, *D.,* 1952, *J.,* 729, met noot F. Givord.
(7) Het spreekt vanzelf dat de wetteksten, waaruit men regel en uitzondering afleidt, bij analogie kunnen uitgebreid worden. Zo bv. voor de toepassing van de loonschaal betwisting rijst over het feit of de eiser-arbeider al dan niet volwaardig is, zal de bewijslast van de niet-volwaardigheid op de verweerder-werkgever moeten gelegd worden (H.R., 24 maart 1950, *N.J.,* 1950, 599).
(8) Zie bv. Rb. Brussel, 8 mei 1959, *J.T.,* 1959, 369. De onoverkomelijkheid van de dwaling zal op haar beurt hierop een uitzondering zijn, en zal moeten bewezen worden door diegene die er zich beroept : Dabin, J., *Erreur inexcusable et nullité des conventions,* in *Etudes de droit civil,* Brussel, 1947, bl. 50-51; — Esmein, noot onder Cass. fr., 28 juli 1919 en 26 april 1921, *S.,* 1921, 1, 313; — Cass. fr., 6 januari 1930, *D.P.,* 1931, 1, 41.

het geweld en het bedrog (art. 1110, 1111, 1116 en 1117 B.W.), dan kan men hieruit afleiden dat onbekwaamheid, dwaling, geweld en bedrog, uitzonderingen zijn op het regelvoorschrift. Hetzelfde kan gezegd worden van de stuiting en de schorsing van de verjaring (art. 2242 en 2251 B.W.) (1).

Wordt de echtheid van het geschrift van een eigenhandig testament betwist, dan rust de bewijslast op diegene die ze betwist (2).

Deze interpretatie kan soms wel vereenvoudigd worden, wanneer men de wettelijke regelen in één verband tracht samen te brengen teneinde hieruit de bewijslastverdeling af te leiden (zie boven, nr. 131). Ook kan de zinsbouw soms aanwijzingen verschaffen.

Ingevolge de vrijwaring tegen gebreken bij de koop-verkoop, heeft de koper volgens artikel 1644 van het burgerlijk wetboek, het recht ofwel de ontbinding van de verkoop ofwel de vermindering van de prijs te vorderen, tenzij hij zelf het gebrek had kunnen vaststellen (art. 1642 B.W.). De *regel* is hier dat de koper de ontbinding of prijsvermindering kan vragen; hij zal dus de koop-verkoop moeten bewijzen alsmede de aanwezigheid van een gebrek op het ogenblik van de overdracht van het risico. De *uitzondering* is dat de verkoper niet instaat voor een gebrek dat door de koper kan ontdekt worden : dit zal door de verkoper moeten bewezen worden (3). Uitzondering is ook het feit dat de verkoper, ondanks welke voorzorg ook, geen kennis van de verborgen gebreken kon gehad hebben; hiervan draagt hij ook de bewijslast (4).

Andere voorbeelden vindt men nog o.m. terug in de artikelen 1187 (tijdsbepaling wordt vermoed bepaald te zijn, ten voordele van de schuldenaar, tenzij zou blijken dat ze ten voordele van de schuldeiser is geschied) en 1769 (vermindering van huur ingeval van oogstverlies, tenzij de vorige oogsten die schade zouden hersteld hebben) van het burgerlijk wetboek.

Uit het voorgaande blijkt dat het eerste criterium gevonden wordt in de verhouding van regel tot uitzondering (5). Hieraan worden soms nog taalkundige overwegingen toegevoegd : de uitdrukkingen *uitgezonderd, tenware, tenzij, voor zover niet, indien niet,...* zouden steeds rechtsverhinderende voorschriften inleiden. Dit taalkundig criterium is vooral toepasselijk op het Duitse B.G.B., waarvan de voorschriften nauwkeurig opgesteld werden in de vorm van regel en uitzondering (zie boven, nr. 22). Men noemt deze theorie dan ook soms *Satzbaulehre.*

(1) Vgl. met hetgeen boven in verband met de aanvoeringslast werd gezegd : zie nr. 22.
(2) Artikel 970 van het burgerlijk wetboek is immers een uitzonderingsvoorschrift : « het eigenhandig testament is niet geldig, indien het niet... ». Zie aldus : Cass. fr., 21 april 1902, *S.*, 1902, 1, 340; — Dijon, 26 december 1929, *D.P.*, 1930, 2, 181.
(3) De Page, IV, nr. 177, bl. 205; — Rosenberg, L., *o.c.*, § 10, bl. 124-125.
(4) Verbr., 13 november 1959, *R.W.*, 1959-60, 1445; — vgl. Verbr., 4 mei 1939, *Pas.*, 1939, I, 223; — zie ook : Verbr., 12 december 1958 en 3 april 1959, *R.C.J.B.*, 1960, 204 e.v., met noot G. Van Hecke; — Verbr., 6 oktober 1961, *Pas.*, 1962, I, 153.
(5) Fitting, H., *o.c.*, bl. 48; — Rosenberg, L., *o.c.*, § 10, bl. 124; — Grünebaum, A., *o.c.*, bl. 101; — *R.G.Z.*, 138, 125; — H.R., 30 december 1898, *W.*, 7224.

B. *Bewijswaardering.*

139. — Ook op een laatste vraag hebben de voorstanders van de objectiefrechtelijke theorie een antwoord gegeven : kunnen zich geen feitelijke omstandigheden voordoen waarbij de strenge doorvoering van de vooropgestelde principes tot onrechtvaardigheid zou kunnen leiden?

Van een omkering van de bewijslast, zoals door de subjectiefrechtelijke theorie werd voorgesteld, kan geen sprake zijn, omdat dit regelrecht zou indruisen tegen de tekst van de wet.

Ook kan de absolute vrijheid van de rechter inzake verdeling van de bewijslast (1) niet aanvaard worden.

Om dan toch een billijke oplossing voor te stellen, hebben deze auteurs voornamelijk de aandacht gevestigd op het principe van de vrije bewijswaardering door de rechter.

140. — Vooraf moet men evenwel een nauwkeurig onderscheid maken tussen de verschillende manieren waarop het verweer kan gevoerd worden (2).

Ofwel zal de verweerder zich beroepen op een zelfstandig negatiefwerkend rechtsvoorschrift en zal hij de bewijslast der feitelijke bestanddelen ervan moeten dragen, ofwel zal hij zich beperken tot een ontkenning.

Deze ontkenning kan tal van vormen aannemen, naargelang de verweerder zich richt tegen een van de drie delen van het syllogisme dat aan de basis ligt van het rechterlijk oordeel.

Hij kan immers het door de eiser ingeroepen rechtsvoorschrift betwisten en aanvoeren dat dit voorschrift niet bestaat, anders moet geïnterpreteerd worden of andere elementen vereist dan diegene die door de eiser werden gesteld.

De verweerder kan ook betwisten dat het aangehaalde rechtsvoorschrift de gevolgen heeft die de eiser meent er te kunnen uit afleiden.

Tenslotte — en dit is het meest voorkomend verweer — kan beweerd worden dat de feiten die door de eiser werden gesteld en eventueel bewezen, niet met de werkelijkheid overeenstemmen. Hierbij kan de verweerder gewoonweg de feiten ontkennen, doch hij kan ook verder gaan en feiten inroepen die onverenigbaar zijn met de door

(1) Stelling verdedigd door Post, *o.c.*, bl. 80 e.v.
(2) Grünebaum, A., *o.c.*, bl. 77 e.v., bl. 131 e.v.; — Rosenberg, L., *o.c.*, § 13, bl. 177 e.v.; — vgl. : Aubry et Rau, XII, § 749, voetnoot 13, bl. 81-82; — Motulsky, H., *o.c.*, nr. 113, bl. 123-125.

de eiser aangehaalde omstandigheden (bv. contradictoire voorschriften) (1) en zelfs het bewijs van de bestanddelen dezer tegenstrijdige feiten aanbieden. In dit laatste geval is er sprake van tegenbewijs; in tegenstelling met het hoofdbewijs, dat tot doel heeft de waarheid van bepaalde feiten aan te tonen, dient het tegenbewijs hoofdzakelijk om de onwaarheid van diezelfde feiten in het licht te stellen, of beter de overtuiging van de rechter ten aanzien van die feiten aan het wankelen te brengen.

Soms wordt dus een onderscheid gemaakt tussen tegenbewijs en bewijs van het tegendeel. In het eerste geval zou het er enkel op aankomen de rechter in twijfel te brengen, terwijl het bewijs van het tegendeel zou betekenen dat men de werkelijke bewijslast draagt (2). In geval van hoofdbewijs en bewijs van het tegendeel moet men trachten de onzekerheid, die ten zijnen nadele zou kunnen uitvallen, op te heffen door de werkelijkheid van bepaalde feiten aan te tonen; door het tegenbewijs te leveren moet de verweerder de overtuiging die de rechter door de eiser werd bijgebracht niet vervangen door een andere overtuiging, maar er enkel voor zorgen dat de rechter geen overtuiging meer heeft (3). Er is dus van tegenbewijs slechts sprake voor de feiten waarvan de tegenpartij de bewijslast draagt; werpt de verweerder bv. de betaling op, dan spreekt men van zelfstandig bewijs (4).

Wanneer eiser A bv. de terugbetaling van een geleende som vordert, dan moet hij de lening (a) bewijzen. Zo hij hierin slaagt, dan is er zekerheid ontstaan over (a), feit waarvan hij de bewijslast droeg.

Verweerder B kan tegenbewijs leveren en voorhouden dat het geld geschonken werd; in dat geval heerst er weer twijfel over (a). B draagt hier geen eigenlijke bewijslast, vermits hij niet moet aantonen dat er schenking geweest is. Anders wordt het zo hij de lening toegeeft, doch de betaling (b) opwerpt (bewijs van het tegendeel). Hiervan draagt B de bewijslast omdat hij, wanneer er onzekerheid is over het al dan niet betaald zijn, zal veroordeeld worden.

Aan de hand van voorgaande uiteenzetting is gebleken, dat het onderscheid tussen tegenbewijs en bewijs van het tegendeel grotendeels aansluit bij hetgeen vroeger gezegd werd over objectieve en subjectieve bewijslast (zie boven, nr. 34). Het tegenbewijs is een bewijsvoering waardoor men de zekerheid, die de rechter over bepaalde feiten verkregen heeft, aan het wankelen moet brengen, ten einde aldus de bewijslast opnieuw ten volle op de schouders te leggen van diegene, die gemelde feiten moet doen vaststaan opdat zijn eis zou worden toegewezen.

Hoewel deze begripsverduidelijking eens te meer noodzakelijk was met het

(1) De eiser draagt alsdan de bewijslast van het tegendeel dezer contradictoire voorschriften : zie boven, nr. 131.

(2) Suyling, J.Ph., *o.c.*, nr. 382, bl. 112-113; — vgl. Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 44-45.

(3) Schneider, E., *Die Bedeutung der Beweislast für die Relationstechnik, J.Z.*, 1957, 620.

(4) Grünebaum, A., *o.c.*, bl. 135.

oog op hetgeen volgt (zie bv. nr. 390), is het in werkelijkheid moeilijk de grens te trekken, des te meer daar het de verweerder steeds om doen is de overtuiging van de feitenrechter aan het wankelen te brengen (1). Trouwens, hoewel gemeld onderscheid theoretisch houdbaar is, mag men niet vergeten dat de feitenrechter het geschil pas beoordeelt wanneer de bewijsvoering beëindigd is. Het aanwezige bewijsmateriaal zal getoetst en onderzocht worden ten einde te bepalen welke van de beide standpunten het dichtst de waarheid schijnt te benaderen, zonder dat de rechter zich zal bekommeren over het feit of dit geschiedde door hoofdbewijs, tegenbewijs of bewijs van het tegendeel (2).

141. — Het tegenbewijs kan natuurlijk ook vervroegd worden en nl. wanneer de verweerder aanbiedt, vooraleer de waarheid van het door de eiser gestelde bewezen is, de onwaarheid ervan aan te tonen. Wanneer de verweerder nochtans vooruit zou lopen op de bewijslevering en reeds zou aanbieden te bewijzen datgene waarvan hij toch uiteindelijk de bewijslast draagt, is dit geen eigenlijk vervroegd tegenbewijs. Zo kan een partij bv. vermoeden dat de tegenpartij de verjaring zal opwerpen en zal zij daarom op voorhand reeds aanvoeren dat de verjaring geschorst werd (3).

Door het tegenbewijs tracht de verweerder de zekerheid of waarschijnlijkheid die ten voordele van de eiser was ontstaan, omver te werpen : in geval van twijfel en zelfs zo ook de verweerder in zijn vervroegd tegenbewijs niet slaagt, zal deze laatste toch vrijuit gaan (4).

Zelfs in geval van vervroegde aanvoering door de tegenpartij zal geen wijziging worden gebracht aan de algemene regelen nopens de verdeling van de bewijslast; hierdoor wordt de eiser immers opnieuw verplicht een nadere bewijslevering te geven van de feitelijke bestanddelen van het door hem ingeroepen rechtsvoorschrift (5).

Wanneer bv. een eis gesteund is op verbruiklening en de tegenpartij een schenking inroept, vooraleer de eiser de verbruiklening heeft bewezen, dan wordt hierdoor tegenbewijs geleverd en zal de eiser duidelijk alle bestanddelen van de verbruiklening moeten bewijzen.

Een dergelijk, zelfs vervroegd, tegenbewijs brengt dus geen omkering

(1) Scheltema, F.G., *o.c.*, bl. 108-109; — Pitlo, A., *o.c.*, bl. 26; — vgl. Diephuis, G., II, bl. 299 e.v.

(2) Zie ook : Kan, M.L., *o.c.*, bl. 134.

(3) Zie desbetreffend : Rosenberg, L., *o.c.*, § 13, bl. 177.

(4) Wanneer de eiser bv. zich op een deskundig verslag beroept om zijn eis te staven, dan levert de verweerder tegenbewijs zo hij grieven tegen dit verslag aanvoert; hij moet de onjuistheid van het deskundig verslag niet bewijzen (Verbr., 14 november 1957, *Pas.*, 1958, I, 263; — Verbr., 13 december 1957, *Pas.*, 1958, I, 403).

(5) Rosenberg leidt hieruit af dat de wijze waarop *in concreto* het proces gevoerd wordt, geen invloed heeft op de bewijslast der partijen : *o.c.*, § 14, bl. 179; — Grünebaum, A., *o.c.*, bl. 133-134, voetnoot 2; — Scheltema, F.G., *o.c.*, bl. 110; — Suyling, J. Ph., *o.c.*, nr. 383, bl. 114.

van de bewijslast mee, doch tracht hoofdzakelijk de bewijswaardering door de rechter te beïnvloeden.

Ingeval de verweerder evenwel aanbiedt het bewijs te leveren van feiten waarvan hij toch uiteindelijk de bewijslast draagt — in het gegeven voorbeeld, de terugbetaling van de lening —, dan grijpt hier ook geen echte omkering van de bewijslast plaats, doch enkel een vervroegde opneming van de bewijslast vooraleer de eiser het door hem verschuldigde bewijs heeft geleverd (1).

142. — Na deze begripsverduidelijking hebben de voorstanders van de objectiefrechtelijke theorie de door sommige rechtspraak bevolen omkering van de bewijslast anders geïnterpreteerd, en verklaard dat er enkel van een bewijswaardering sprake kan zijn. Deze bewijswaardering is het beginsel, volgens hetwelk de rechter op grond van zijn persoonlijke overtuiging, een aangevoerd feit als bewezen beschouwt.

De redenering luidt dan a.v. : de rechter zal pas uitspreken ten voordele van de eiser, wanneer de bewijslevering door deze laatste een zekerheid of een hoge waarschijnlijkheid zal hebben teweeggebracht. Het kan evenwel soms zeer moeilijk zijn de nodige zekerheid of waarschijnlijkheid te bekomen; daarom worden de door de eiser gestelde en bewezen feiten zeer dikwijls aangevuld door de ervaringsregelen, d.w.z. algemene abstracte waarheden waartoe de rechter gekomen is langs inductieve weg door waarneming van bepaalde gevallen uit zijn levenservaring (zie hierover verder, nr. 313 e.v.). Zo volstaat het dikwijls dat de partij op wie de bewijslast rust, omstandigheden inroept die volgens de gewone gang van zaken de door haar aangevoerde feiten rechtvaardigt.

Vermits nu een feit, waarvan naar het oordeel van de rechter het bestaan volgt uit andere bewezen of als waar aangenomen feiten, als vaststaand kan worden beschouwd (2), zal hierdoor de eiser het nodige bewijs hebben geleverd en is het de beurt aan de tegenpartij om zich te verweren (3).

Hier is dus geen sprake van omkering van de bewijslast ten nadele van de verweerder, maar enkel van een bewijswaardering door de rechter, die oordeelt dat hetgeen door de eiser werd voorgebracht aannemelijk is (4). De tegenpartij draagt alsdan de bewijslast, niet op

(1) Dit onderscheid werd niet gemaakt door Laurent, XIX, nr. 94, bl. 92-93; — zie ook boven, nr. 62; — vgl. : Dabin, J., *La technique de l'élaboration du droit positif*, bl. 86; — Brussel, 21 juni 1960, *Pas.*, 1960, II, 89.
(2) Grünebaum, A., *o.c.*, bl. 157.
(3) Op de wijze die boven werd aangeduid, nr. 140.
(4) Rosenberg, L., *o.c.*, § 14, bl. 184.

grond van een omkering, maar heel eenvoudig omdat de eiser zich naar het oordeel van de feitenrechter van zijn bewijsverplichtingen heeft gekweten.

143. — De vraag : omkering van de bewijslast of bewijswaardering, blijkt tenslotte van praktisch belang te zijn. Enerzijds zal de eindbeslissing in geval van twijfel afhangen van het feit of men al dan niet omkering van bewijslast aanneemt; anderzijds zal het Hof van Cassatie slechts toezicht kunnen uitoefenen, zo de feitenrechter door de omkering van de bewijslast de regeling ter zake zou hebben geschonden, doch niet wanneer de feitenrechter enkel aan bewijswaardering heeft gedaan (1). Zeer uitdrukkelijk wijst een arrest van het Hof van Cassatie d.d. 22 februari 1900 (2) op dit onderscheid : « Attendu que le jugement attaqué n'a imposé aucune preuve à la partie demanderesse (défenderesse originaire), mais qu'appréciant les faits et circonstances de la cause, il se borne à constater à charge de la demanderesse l'existence d'une faute lourde qu'il assimile au dol ».

Daarenboven biedt de bewijswaardering de mogelijkheid om aan de eisen van de billijkheid ten volle recht te doen wedervaren volgens de concrete gegevens van elke betwisting.

Het kan bv. gebeuren dat de tegenpartij te kwader trouw de bewijsvoering door de eiser bemoeilijkt of onmogelijk heeft gemaakt. In dergelijke gevallen heeft de rechtspraak — volgens de objectiefrechtelijke theorie ten onrechte — zeer dikwijls een omkering van de bewijslast bevolen; in feite ware het voldoende geweest op grond van de vrije bewijswaardering, de omstreden aanvoering als bewezen te beschouwen, omdat de ervaring leert dat de tegenpartij, die in haar recht zou zijn, de bewijslevering niet vreest, maar ze integendeel in de hand werkt (zie ook verder, nr. 205 e.v.).

Het voorgaande vindt bv. een bijzondere toepassing ingeval door een openbare bibliotheek de teruggave van een boek wordt gevorderd, waarvan de verweerder voorhoudt dat hij het terugbezorgd heeft. Daar de ontlener een ontvangstbewijs moet tekenen dat hem overhandigd wordt op het ogenblik dat hij het boek weergeeft, kan de rechter het bewijs van de teruggave tot bewijs van het tegendeel als geleverd beschouwen, wanneer de bibliotheek dit ontvangstbewijs niet kan voorleggen.

(1) Grünebaum, A., *o.c.*, bl. 157-158; — Rosenberg, L., *o.c.*, § 14, bl. 186.
(2) *Pas.*, 1900, I, 159.

C. *Beoordeling van deze theorie.*

144. — In voorgaande uiteenzetting werden de hoofdtrekken van de objectiefrechtelijke theorie samengevat.

Uit de stelling dat elke partij de bewijslast draagt van de feitelijke bestanddelen der ingeroepen rechtsvoorschriften, spruit een zeer belangrijke gevolgtrekking voort : de concrete gegevens van elk afzonderlijk geding hebben niet de minste invloed op de verdeling van de bewijslast (1).

Er bestaat immers geen onderscheid tussen een abstracte en een concrete bewijslastverdeling : de vooropgestelde principes blijven in elk geding dezelfde (2).

Zo zal ook de partijenverhouding geen invloed uitoefenen op de bewijslast : of men als eiser dan wel als verweerder optreedt, zal geen verschil maken in de toepassing van de algemene beginselen ter zake (3). Dit blijkt o.m. in geval van negatief bewijs : waar de eiser in voorkomend geval het niet-bestaan van een rechtsverhouding zal moeten aanvoeren, rust op de verweerder de bewijslast van de feitelijke bestanddelen die tot het ontstaan van de betwiste rechtsverhouding moeten doen besluiten; de eiser zal dan eventueel verplicht zijn de elementen van een rechtsverhinderende of rechtsvernietigende norm te bewijzen (4). In dergelijke gevallen draagt de verweerder dus de bewijslast van de rechtscheppende feiten en moet de eiser de rechtsvernietigende en rechtsverhinderende feiten aantonen.

145. — Dit zijn dan — op enkele detailpunten na — de voornaamste aspecten van de objectiefrechtelijke theorie.

Sommige auteurs hebben evenwel opvattingen gehuldigd, die weliswaar in grote trekken de objectiefrechtelijke theorie benaderen, doch vnl. op één bepaald punt ervan afwijken : het begrip r e c h t s v e r h i n d e r e n d e f e i t e n wordt door hen niet aanvaard, met het gevolg dat de eiser niet alleen het bestaan der rechtscheppende feiten moet bewijzen, maar daarenboven ook

(1) Vgl. met de opvatting van De Page, die zich ook wil houden aan een strakke bewijslastverdeling : III, nr. 728, A, bl. 707 e.v.

(2) Rosenberg, L., *o.c.,* § 14, bl. 185; — Motulsky, H., *o.c.,* nr. 132, bl. 148; — Aubry et Rau, XII, § 749, bl. 82 e.v.

(3) Zie o.m. Verbr., 25 oktover 1945, *Pas.,* 1945, I, 256 (de oorspronkelijke verweerder die gedagvaard werd om het huis dat hij betrok te ontruimen, beweerde dat hij een huurcontract met de eiser had gesloten) : « Attendu que, l'existence du contrat allégué étant contesté, c'est au défendeur qu'il incombe d'administer la preuve du bail dont il se prévaut »; — zie ook Thévenet, J., *o.c.,* bl. 91.

(4) Zoals vroeger werd gezegd (boven, nr. 34), vloeit volgens deze theorie, de subjectieve bewijslast voort uit het bewijsrisico.

de afwezigheid van de feiten die het ontstaan van zijn recht zouden beletten (1).

Volgens die auteurs vormen de rechtscheppende en de zgn. rechtsverhinderende feiten slechts één geheel, waarvan het bewijs op de eiser rust, omdat het positieve recht ieder die rechtsgevolgen inroept met het bewijs van het geheel der voorwaarden, waarvan hun ontstaan afhangt, belast.

In theorie lijdt dit hoofdbeginsel slechts uitzondering in geval van vermoedens, zowel wettelijke als andere, zoals bv. dat van het voortbestaan van een eenmaal geboren recht *(Fortdauervermutung).*

Doch in feite wordt voor de praktische aanwending van dit stelsel zeer dikwijls van het algemeen principe afgeweken en aan de rechter daarenboven een uitgebreide bevoegdheid gegeven om de starheid van vermelde regel te omzeilen. Deze vaststelling bewijst volgens de voorstanders der objectiefrechtelijke opvatting de onbruikbaarheid van deze afwijkende theorie (2).

146. — Ook S c h e l t e m a is voorstander van de objectiefrechtelijke theorie, doch heeft ze op een originele wijze verantwoord (3).

De verdeling van de feiten in zgn. ontstaansfeiten en zgn. rechtsvernietigende en rechtsverhinderende feiten vloeit volgens deze auteur voort uit de interpretatie zelf van het objectieve recht. Het intreden van een rechtsgevolg wordt immers niet afhankelijk gesteld van alle positieve en negatieve feiten; er valt integendeel een scheiding waar te nemen, waarbij slechts een deel der feiten met het rechtsgevolg direct in verband wordt gebracht, met de bedoeling dat het gesteld en bewezen zijn van die feiten voldoende is om de rechter toe te laten het intreden van het rechtsgevolg te erkennen.

De wetgever heeft immers de wettelijke bepalingen zo opgesteld dat ze elkaar nu eens aanvullen en dan weer bestrijden, omdat hierbij reeds aan het proces werd gedacht en dus ook aan de verdeling van het risico verbonden aan het niet vaststaan der feiten (4).

Daarom zullen enkel die feiten, die door het objectieve recht met het ingeroepen rechtsgevolg in verband zijn gebracht, moeten bewezen worden; het zijn de feiten « die gesteld moeten worden, wil de vordering ook in geval van verstek toewijsbaar zijn » (5).

Scheltema wijkt hoofdzakelijk af van de objectiefrechtelijke theorie, zoals die boven werd ontwikkeld, wanneer het er op aankomt een gedetailleerd stelsel van bewijslastverdeling te ontwikkelen (vgl. nr. 133 e.v.); een dergelijk stelsel acht hij kunstmatig en gewrongen. Hij is van oordeel dat men haast intuïtief (6) de bewijslastverdeling uit het objectieve recht kan afleiden zonder

(1) Leonhard, F., *o.c.,* vnl. bl. 138 e.v.; — Suyling, J. Ph., *o.c.,* nr. 373 e.v., bl. 92 e.v.; — Motulsky, H., *o.c.,* nr. 97, bl. 100-101.

(2) Rosenberg, L., *o.c.,* § 10, bl. 132 e.v.

(3) *o.c.,* bl. 59 e.v.

(4) Zie ook : Grünebaum, A., *o.c.,* bl. 96-97.

(5) Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 61.

(6) Voorhouden dat alleen Scheltema de intuïtie kan hanteren dank zij zijn ongeevenaarde beheersing van het positieve Nederlandse recht (zie aldus Thesingh, H., *o.c.,* nr. 82, bl. 167), is meteen onvoldoende oog hebben voor hetgeen de intuïtie vermag bij de rechtsbeoefening. Men herleze in dit verband de pertinente opmerkingen van Gény : *Science et technique en droit privé positif,* I, nr. 48, bl. 143 e.v.

dat het nodig is dat netwerk van normen uit te rafelen (1); hij herleidt dus a.h.w. de vraag van bewijslastverdeling tot een interpretatie van objectief recht. Verschil in opvatting is natuurlijk mogelijk, zoals bij elke interpretatie, maar dit verschil pleit volgens hem geenszins tegen de juistheid van de objectiefrechtelijke opvatting (2).

147. — Hoewel in feite het verschil tussen de subjectiefrechtelijke en de objectiefrechtelijke theorie niet zeer groot is, vermits ze beide toch uiteindelijk tot bijna (3) gelijkaardige resultaten voeren (4), werd wat langer over de objectiefrechtelijke theorie uitgeweid, omdat zij — zoals blijkt uit de aangehaalde auteurs — tegenwoordig ook nog veel aanhangers vindt en daarenboven op de meest systematische wijze de bewijslastverdeling heeft onderzocht.

Dat de scheidingslijn tussen beide theorieën niet altijd zeer duidelijk is, kan o.m. geïllustreerd worden door het feit dat de weinige Franse auteurs die getracht hebben een bewijslasttheorie uit te werken, moeilijk volledig tot de ene of de andere school kunnen gerekend worden. Zo zullen Aubry et Rau eerder bij de aanhangers van de subjectiefrechtelijke theorie gerangschikt worden, hoewel zij toch ook allusie maken op het wettelijke voorschrift (*le bénéfice légal*) (5) : « La partie à laquelle incombe la charge de la preuve, soit comme demanderesse, soit comme défenderesse, doit établir chacun des éléments de fait dont le droit ou le bénéfice légal qu'elle entend faire valoir, suppose le concours... Elle n'est donc pas tenue de prouver l'absence des causes ou circonstances dont l'existence aurait pu faire obstacle à l'acquisition du droit, ou entraîner la déchéance du bénéfice légal qu'elle invoque. Elle n'est pas tenue davantage de justifier que ce droit n'a pas été modifié ou restreint au profit de son adversaire ». Dit is de reden waarom deze auteurs in voorgaand overzicht geciteerd werden bij de bespreking van de objectiefrechtelijke theorie. Hetzelfde dient ook gezegd van Motulsky, die weliswaar gewag maakt van *éléments générateurs du droit subjectif* (6), maar de vrijstellingen (zie hierover boven, nr. 22) inzake bewijslast ten dele uit de wetteksten zelf meent te kunnen aflezen.

(1) *o.c.,* bl. 63-64.
(2) Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 64, 70 en 71.
(3) Het is in dit verband interessant te vermelden dat ten aanzien van de cassatieprocedure er een belangrijk verschil zal zijn in de wettelijke bepalingen, die als geschonden zullen moeten aangehaald worden. Zo is het duidelijk dat waar volgens de subjectiefrechtelijke theorie in geval van een onjuiste bewijslastverdeling artikel 1315 B.W. zal geschonden worden geacht, daarentegen naar de objectiefrechtelijke zienswijze de bepalingen van het objectieve recht niet nageleefd werden en dus in verbreking dienen aangehaald te worden. Deze laatste zienswijze blijkt impliciet aanvaard geweest te zijn door het Hof van Cassatie o.m. in een arrest d.d. 8 juni 1951 (*Pas.,* 1951, I, 691) vermits, hoewel in de voorziening enkel de artikelen 1382 en 1383 B.W. werden aangehaald, het arrest toch de bewijslastregeling van de uitspraak *a quo* onderzoekt; — vgl. Verbr., 31 januari 1952, *Pas.,* 1952, I, 308; — zie nochtans : H.R., 15 februari 1946, *N.J.,* 1946, 164.
(4) Völlmar, H., *Nederlands burgerlijk recht,* III, nr. 971, bl. 970.
(5) *o.c.,* XII, § 749, bl. 84 e.v.
(6) *o.c.,* nr. 117, bl. 131.

Trouwens zeer dikwijls wordt de term *subjectief recht* gebruikt in de zeer algemene betekenis van een uit het objectieve recht ten gunste van een persoon voortvloeiend rechtsgevolg (zie ook boven, nr. 128).

148. — Toch is ook deze theorie het voorwerp geweest van talrijke kritieken (1).

Zo werd in de eerste plaats aangemerkt dat de voorstelling betreffende het inroepen van rechtsvoorschriften onjuist is, omdat men zich niet op één voorschrift beroept, maar wel op een heel samenstel van rechtsregelen die in onderlinge samenhang moeten gezien worden (2). Deze kritiek is grotendeels ongegrond, vermits de voorstanders van de objectiefrechtelijke theorie zeer goed weten dat de feiten, die voor de erkenning van een rechtsgevolg nodig zijn, in meerdere artikelen kunnen vermeld zijn (3); trouwens zoals boven werd gezegd (zie nr. 131), moet de eiser ook de vereisten bepaald in de suppletoire, accessoire en contradictoire voorschriften bewijzen.

Soms werd ook voorgehouden dat een indeling van de rechtsvoorschriften in regel en uitzondering, of in positief- en negatiefwerkende voorschriften, indeling die zou gegrond zijn op het *normale,* zeer dikwijls niet met de werkelijkheid overeenstemt : vermits bv. normaal een schuld betaald wordt, mag het bewijs van de betaling niet op de verweerder gelegd worden. Hierbij verliezen de tegenstanders van de objectiefrechtelijke theorie uit het oog dat volgens deze theorie de wetgever zelf het normale vaststelt (4).

149. — Verder zou de objectiefrechtelijke theorie, die vnl. in Duitsland werd opgesteld, hoogstens voor het Duitse *bürgerliches Gesetzbuch,* dat min of meer opzettelijk met het oog op de bewijslast is geformuleerd, kunnen gelden (zie boven, nr. 138) (5), doch zeker niet voor andere wetboeken (6), en nog minder voor de gevallen waarin elke codificatie ontbreekt en er dus toepassing gemaakt wordt van ongeschreven recht.

(1) Zie o.m. Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 76 e.v.
(2) Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 76.
(3) Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 63.
(4) Zie boven, nr. 132 en de in voetnoot 4 aangehaalde rechtzetting van Rosenberg. Men vergelijke met de vermoedens (zie verder, nr. 385), zonder dat evenwel deze verwijzing zou impliceren dat de vermoedens worden uitgeschakeld en vervangen door rechtsverhinderende normen; veeleer zal deze verduidelijking van nut zijn om aan te tonen dat niet alle bewijslastregelen vermoedens zijn.
(5) Zie nochtans Weismann, J., *Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts,* dl. I, Berlin, 1903, bl. 121, die ook voor het B.G.B. het onderscheid van de rechtsvoorschriften niet houdbaar acht.
(6) Suyling, J. Ph., *o.c.,* nr. 374, bl. 95-96; — Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 77.

Hierbij verliest men uit het oog dat zowel de aanvoeringslast als de bewijslast die feiten moeten omvatten, waarvan het recht de erkenning van een bepaald rechtsgevolg heeft willen doen afhankelijk zijn. Elke wetgever geeft onvermijdelijk de feiten aan die nodig zijn voor het intreden van een bepaald rechtsgevolg (1); zelfs zo hij hierbij geen bepaalde bewijslastverdeling voor ogen had, dan nog zal hij de feiten moeten aanduiden, die de toepassing van de rechtsregelen tot gevolg kunnen hebben. Deze feiten kunnen dan op grond van het criterium *regel - uitzondering* ingedeeld worden in rechtscheppende, rechtsverhinderende en rechtsvernietigende feiten.

Zo moet de rechter eveneens wanneer hij ongeschreven normen toepast, toch — uitdrukkelijk of stilzwijgend — die normen formuleren. Het kan gebeuren dat de wet en haar uitlegging geen antwoord geven, zodat men zijn toevlucht moet nemen tot analogie, rechtsverfijning,... De regelen die dank zij deze verruimde rechtsvinding tot stand komen, kunnen evengoed als vertrekpunt dienen voor de bewijslastverdeling, vermits zij ook tot uitdrukking brengen welke de feiten zijn, waaraan de ongeschreven norm het rechtsgevolg verbindt (2). Rosenberg (3) wijst er trouwens zeer uitdrukkelijk op dat het taalkundig criterium (zie boven, nr. 138) slechts één methode uitmaakt om regel en uitzondering te rechtvaardigen, zodat ook voor het ongeschreven recht de principes even geldig zijn.

Dit kan best geïllustreerd worden door de wijze waarop de bewijslastverdeling wordt geregeld in het Engelse recht (zie verder, nr. 178) en bij rechtsfiguren zoals de vermogensverschuiving zonder oorzaak (zie boven, nr. 18 en 71).

150. — Er is nochtans een algemeen bezwaar dat — hoewel eerder van sentimentele aard — toch een grote waarheid inhoudt; deze leer « doet te koud aan; de bloedarme, levende stof, die het recht is, verdraagt dergelijke redeneringen, die aan het ontleedmes doen denken, slecht » (4).

Deze opwerping is belangrijk, omdat zij enigszins in het licht stelt

(1) Scheltema, F.G., *o.c.*, bl. 62; — Anders : Thesingh, H., *o.c.*, nr. 80 e.v., bl. 160 e.v.
(2) Vermeldenswaard in dit verband is de kritiek van Drion tegen het Nederlandse ontwerp bewijsrecht, dat de billijkheidstheorie in toepassing brengt (zie verder, nr. 167) doordat het de rechter toelaat de wettelijke bewijslastregeling opzij te zetten. Volgens Drion zou de rechter slechts volgens eigen billijkheidsinzicht de bewijslast mogen verdelen, zo de wet niets geregeld heeft : *Enkele bedenkingen tegen het nieuwe ontwerp bewijsrecht, W.P.N.R.*, 1959, 4593.
(3) *o.c.*, § 10, bl. 130.
(4) Pitlo, A., *o.c.*, bl. 35; — Scheltema geeft trouwens ook toe dat een dergelijke gedetailleerde indeling kunstmatig en gewrongen aandoet : *o.c.*, bl. 63.

dat het zeer moeilijk is de bewijslastverdeling volledig uit te werken aan de hand van de indeling der rechtsvoorschriften.

Men zou trouwens tegen de al te formalistische indeling van de objectiefrechtelijke theorie hetzelfde bezwaar kunnen opperen als tegen de subjectiefrechtelijke theorie; ook deze indeling kan aanleiding geven tot nieuwe indelingen zoals *rechtshinderungshinderende,...* (zie boven nr. 129).

Doch daarenboven is er in een dergelijk gedetailleerd systeem voor een werkelijke tussenkomst van de rechter weinig of geen plaats meer : deze laatste doet toch meer dan het opstellen van een logische conclusie uit twee premissen, waarvan de feiten de ene en de wettelijke voorschriften *sensu lato* de andere premisse vormen (1).

151. — Voorgaand gebrek wordt evenwel ten dele gecompenseerd door de theorie van de bewijswaardering (zie hierover, nr. 142 e.v.), waardoor aan de rechter een werkelijke opdracht wordt toebedeeld. Sommige auteurs zien in de loochening van de zgn. omkering van de bewijslast en de verklaring van dit verschijnsel als bewijswaardering, integendeel nog een bijkomend gebrek van de objectiefrechtelijke theorie (2).

152. — Tenslotte heeft men doen opmerken dat de verdeling van de bewijslast niet afhangt van materieelrechtelijke normen, maar wel van de processuele aard der partij-werkzaamheid (3). Dit is natuurlijk een kritiek die wel zin heeft voor de voorstanders van de procesrechtelijk theorie (zie verder, nr. 161 e.v.), doch die daarom nog *in se* niet gerechtvaardigd is. Trouwens een dergelijke formele opvatting van de bewijslast kan moeilijk aanvaard worden, daar zij de vraag naar de bewijslastdrager losrukt van de vraag naar de inhoud van de bewijslast.

4 §. De publiekrechtelijke theorie.

153. — Een verschillend standpunt werd ingenomen door enkele auteurs, die getracht hebben de publiekrechtelijke kant van het probleem te belichten en hieruit sommige, van de vorige theorieën afwijkende, besluiten te trekken. Deze theorie, die men de publiek-

(1) Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 78; — zie verder, nr. 287 e.v.
(2) Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 77-78; — zie ook Thesingh, H., *o.c.*, nr. 31, bl. 74-75.
(3) Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 77.

rechtelijke zou kunnen noemen, werd voornamelijk verdedigd door Moltzer in Nederland (1), en door Legeais in Frankrijk (2).

154. — De verdedigers van de publiekrechtelijke opvatting zijn de mening toegedaan dat de privaatrechtelijke theorie van het bewijs volledig dient te worden herzien.

Waar volgens de heersende stelling de partijen als *domini litis* de hele bewijsregeling van het geding in handen hebben, wordt hierdoor de hoge plaats miskend die ook in het burgerlijk geding de rechter toekomt bij het onderzoek naar de waarheid der feiten, waaruit de partijen de voor zich ingeroepen rechtsgevolgen willen zien afleiden. Vermits nu deze rechtsgevolgen noodzakelijk afhangen van het bestaan der vereiste feiten, moet de waarheid van die feiten, de feitelijke bewijsvraag dus, evenzeer als de rechtsvraag aan de werkelijke beoordeling van de rechter onderworpen worden.

Hoewel de privaatrechtelijke zijde van het proces ten dele nog wordt erkend, moet volgens deze theorie voornamelijk het publiekrechtelijk aspect van het geding en dus ook van de bewijslast worden onderlijnd (3).

Privaatrechtelijk, omdat het tussen twee bepaalde personen gerezen geschil tot een logische beslissing moet komen, o.m. dank zij de door deze partijen bijeengebrachte voorhanden zijnde bewijsmiddelen. Maar voornamelijk ook publiekrechtelijk, omdat het rechterlijk onderzoek niet enkel het belang der partijen maar ook evenzeer het openbaar belang der rechtsorde moet dienen : de rechter heeft immers de taak voor altijd, onder de bescherming van het oppermachtig gezag van de Staat, tussen de partijen een zodanige feitelijke verhouding te handhaven of te verwerkelijken als door hem als rechtmatig erkend wordt (4).

Uit deze voorafgaande vaststellingen worden twee belangrijke gevolgtrekkingen afgeleid betreffende de taak van de rechter en de medewerking van de partijen aan de bewijslevering.

---

(1) Moltzer, J.P., *Van bewijs in het algemeen en van schriftelijk bewijs,* Den Haag, 1904, bl. 25-39; — id., *Behoort het bepaalde in art. 1902 B.W. bij de herziening van ons bewijsrecht gehandhaafd te worden? R.M.,* 1903, 518 e.v.

(2) Legeais, R., *Les règles de preuve en droit civil;* — vgl. Böhmer, G., *Einführung in das bürgerliche Recht,* I, Tübingen, 1954, bl. 109 e.v.

(3) Moltzer, J.P., *Van bewijs in het algemeen,* bl. 34, in navolging van Wach, A., die het burgerlijk proces *Staatliche Privatrechtspflege* noemt : *Die Beweislast nach dem B.G.B.,* Leipzig, 1901.

(4) Moltzer, J.P., *o.c., l.c.* Men vergelijke met hetgeen boven gezegd werd in verband met het karakter van openbare orde, dat soms aan de bewijsregeling werd toegekend : zie nr. 58.

155. — Aan de rechter zou in de eerste plaats een grotere bevoegdheid moeten worden toegekend om zelfstandig de feiten te onderzoeken, waaruit de door de partijen ingeroepen rechtsgevolgen voortvloeien. Sommigen gewagen van een herwaardering van de taak van de rechter (1).

Moltzer doet in zijn ontwerp artikel 2 als volgt luiden : « Voor zover de rechter zich omtrent de feitelijke toedracht der zaak door partijen niet voldoende ingelicht oordeelt, zal hij ook ambtshalve kunnen optreden om de zaak tot klaarheid te brengen, door óf partijen alsnog in de gelegenheid te stellen het voorhanden bewijsmateriaal aan te vullen, óf zelf daartoe maatregelen te nemen, met inachtneming van de bepalingen der wet ». Het gebeurt trouwens herhaaldelijk dat de feitenrechter een heropening van de debatten beveelt ten einde partijen toe te laten nadere elementen van bewijslevering aan te brengen. Hoewel een dergelijke praktijk niet strookt met een strikte toepassing van de bewijslastprincipes, kan zij niet anders dan de materiële waarheid ten goede komen.

Waar de meesten evenwel deze herwaardering van de taak van de rechter beperken tot een betere leiding en toezicht op de gang der bewijslevering, zijn sommigen nochtans de mening toegedaan dat de rechter *de lege ferenda* over een werkelijke onderzoeksmacht zou moeten beschikken, zoals dit in strafzaken geschiedt (2).

156. — Niet alleen werd deze opvatting verdedigd door de rechtsgeleerden, doch ook de wetgever heeft in sommige landen een ruimere opvatting gehuldigd over de taak van de rechter.

Zo werd in Frankrijk bij wetsdecreet van 30 oktober 1935, gewijzigd door de wet van 15 juli 1944, speciaal de aanduiding voorzien van een rechter belast met het toezicht op de gang van het geding : het huidige artikel 81 van het Franse wetboek van burgerlijke rechtsvordering bepaalt dat deze *juge chargé de suivre la procédure* zelfs ambtshalve onderzoeksmaatregelen zal kunnen bevelen (3). Ingevolge de Franse wet van 15 juli 1955 werd het bloedonderzoek uitdrukkelijk in artikel 340 van het Franse burgerlijk wetboek vermeld, hetgeen volgens de voorbereidende werken een gelukkige uitzondering brengt op het principe volgens hetwelk de partijen zelf het bewijs aan de rechter moeten voorleggen (4).

---

(1) Legeais, R., *o.c.,* bl. 190 e.v.; — Tissier, A., *Le centenaire du Code de Procédure et les projets de réforme, Rev. trim. dr. civ.,* 1906, bl. 625 e.v., spec. bl. 652; — Solus, H., *Le rôle du juge dans l'administration de la preuve,* in *Travaux de l'association H. Capitant,* V., Paris, 1950, bl. 129 e.v.; — Morel, R., *Traité élémentaire de procédure civile,* nr. 425, bl. 345.

(2) Legeais, R., *o.c.,* bl. 193 e.v., waar deze stelling verder ontwikkeld wordt, doch ondanks hare oorspronkelijkheid onvoldoende gepreciseerd is; — zie ook Stévigny, G., *De bewijslast in het burgerlijk proces,* nr. 81 e.v., *R.W.,* 1957-58, 155 e.v.

(3) Voor commentaar desbetreffend, zie o.m. : Hébraud, P., et Madray, L., *Commentaire loi 15 juillet 1944, D.,* 1945, *Législation,* 193 e.v.; — Michel, R., *Le juge chargé de suivre la procédure, J.C.P.,* 1956, I, 1304 e.v.; — Désiry, R., *Le rôle du juge dans le déroulement de l'instance civile,* D., 1956, *Chr.,* 145 e.v.

(4) Zie o.m. tussenkomst van Hugues: *J.O.,* 1954, *Débats parlementaires,* bl. 3645. Hol-

Ook werd in Nederland gewezen op de toenemende uitbreiding der rechterlijke bevoegdheid in de wet Hartogh (1) en in het ontwerp der Staatscommissie (2).

In dit laatste luidden de ontworpen artikelen 1903, 1904 en 1907 van het Nederlands burgerlijk wetboek respectievelijk als volgt : « Geen bewijs behoeft geleverd te worden van een feit, dat de rechter uit eigen waarneming in het geding kent, of dat van algemene bekendheid is ». « Bewijs behoeft evenmin geleverd te worden van een feit, waarvan het bestaan volgt, hetzij krachtens wettelijk voorschrift, hetzij, naar het oordeel des rechters, uit andere bewezen of als waar aangenomen feiten », « De waardering der bewijskracht van elk als bewijs gebezigd middel is aan de rechter overgelaten, tenzij de wet aan bijzondere bewijsmiddelen bepaalde rechtsgevolgen verbindt » (3).

157. — Op grond van het vooropgestelde principe zou aan elk der partijen ook de morele en publiekrechtelijke plicht moeten opgelegd worden om tegenover de rechter de waarheid der aan het geding ten grondslag liggende feitelijke beweringen te bewijzen : beide partijen moeten meewerken om deze waarheid te doen ontdekken (4). Moltzer (5) stelde dan ook als artikel 1 van zijn ontwerp volgende tekst voor : « Op elk der gedingvoerende partijen rust de plicht, naar haar best vermogen, aan de rechter de gegevens te verschaffen, welke te harer beschikking staan en deze in staat kunnen stellen tot een volledige beoordeling van de aannemelijkheid der feitelijke beweringen, die aan de tussen haar gevoerde rechtsstrijd ten grondslag liggen. Voor zover de waarheid dier beweringen niet bepaaldelijk is tegengesproken, kunnen de daarbij gestelde feiten in het geding als vaststaande worden aangemerkt » (6).

Deze publiekrechtelijke plicht vertoont als dusdanig twee aspecten : beide partijen zullen niet alleen gehouden zijn alle bewijsstukken die in hun bezit zijn over te leggen (zie hierover verder, nr. 229 e.v.),

leaux meent zelfs uit de nieuwe tekst van artikel 340 C. civ. te mogen afleiden dat de rechter ook ambtshalve het bloedonderzoek zou mogen bevelen, « afin de faire prévaloir l'exigence de la verité sur le respect des fictions juridiques » (noot onder Cass. fr., 13 januari 1959, *D.*, 1959, *J.*, 45).

Voor het bloedonderzoek in België, zie verder, nr. 284.

(1) Wet van 7 juli 1896, waardoor belangrijke wijzigingen aan het Nederlandse wetboek van burgerlijke rechtsvordering werden aangebracht.

(2) Uitgegeven te Den Haag in 1901 en overgenomen door het Regeringsontwerp ingediend bij Koninklijke Boodschap van 30 september 1903.

(3) Zie ook het commentaar van de Nederlandse Minister van Justitie bij het reeds aangehaald Bewijsrecht - ontwerp 1959, bl. 22 e.v.

Er kan eveneens verwezen worden naar de evolutie in de Italiaanse burgerlijke rechtsvordering : Lobin, Y., *Le code de procédure civile italien, Rev. int. dr. comp.*, 1958, 525 e.v.

(4) Legeais, R., *o.c.*, bl. 197 e.v.

(5) *o.c.*, bl. 35.

(6) Men vergelijke met de *Wahrheitspflicht :* zie boven, nr. 12.

maar daarenboven ook verplicht zijn daadwerkelijk samen te werken om alle bewijzen te verzamelen.

Die verplichting zou daarenboven moeten gesanctioneerd worden. Sommigen stellen voor dat de rechter, bij wijze van vermoeden, zou kunnen rekening houden met de goede of slechte wil van elk der partijen bij de medewerking aan de bewijslevering (1); anderen gaan zelfs zo ver voor te stellen dat in het Wetboek van Strafrecht een bepaling zou worden opgenomen, krachtens dewelke niet alleen de meineed maar ook elke door de partij of een derde bewust afgelegde onware verklaring vóór de burgerlijke rechter, als misdrijf tegen het openbaar gezag strafbaar wordt gesteld (2).

158. — Dat er in een dergelijke theorie van een eigenlijke bewijslastverdeling weinig of geen sprake meer kan zijn, hoeft geen nader betoog. Volgens de omstandigheden zullen immers beide partijen en zelfs de rechter moeten bijdragen tot de bewijslevering van de feiten, die ten grondslag liggen aan de ingestelde vordering.

Hoogstens zou men nog kunnen gewagen van een bewijslast, maar dan enkel in de zin van bewijsrisico ten nadele van de partij die de rechtsgevolgen van een niet-bewezen feit heeft ingeroepen (zie boven, nr. 33). Met Asser-Anema-Verdam (3) zou men mogen zeggen dat de regel *actore non probante absolvitur reus* vervangen wordt door *factis ab actore ponendis non probatis absolvitur reus.*

159. — Hoewel deze theorie alleszins enkele nieuwe en interessante aspecten van het probleem heeft belicht, is zij toch ook van een zekere eenzijdigheid niet vrij te pleiten.

Dat het bewijsrecht zuiver of grotendeels publiekrechtelijk is, kan inderdaad moeilijk aanvaard worden. Er is ongetwijfeld publiek belang betrokken bij het zoeken naar de waarheid (4), maar men vergete niet dat, waar in het strafproces allereerst het belang van de gemeenschap geldt, in een burgerlijk geding het belang der partijen vooraan komt.

(1) Legeais, R., *o.c.*, bl. 201. In de objectiefrechtelijke theorie wordt hetzelfde aanvaard, doch op grond van andere overwegingen : de feitenrechter kan dank zij zijn vrije bewijswaardering van oordeel zijn dat de feiten, waarvan de bewijslevering door de tegenpartij moeilijk of onmogelijk wordt gemaakt, bewezen zijn op grond van de ervaringsregel dat men geen schrik heeft voor het bewijs van feiten die niet waar zijn : Rosenberg, L., *o.c.*, § 14, bl. 189.

(2) Moltzer, J.P., *o.c.*, bl. 37 e.v.

(3) *o.c.*, bl. 73.

(4) Zie verder, nr. 340 e.v. Het publiek belang komt ook tot uiting in de beperkingen van het bewijsrecht, die o.m. bedoeld zijn om een al te groot aantal processen te vermijden.

De overdrijving der publiekrechtelijke theorie blijkt o.m. uit het voorstel van Moltzer om onbeëdigde partijverklaringen strafbaar te stellen. Dit zou zelfs in een strafprocedure ondenkbaar zijn, vermits er toch in een strafproces van een plicht te bekennen in principe geen sprake kan zijn. Zou het dan niet op zijn minst eigenaardig zijn, moest men aan die plicht in het burgerlijk geding een plaats geven (1) ?

160. — Toch zijn de verdiensten van de publiekrechtelijke theorie voornamelijk gelegen in het feit te hebben gewezen op de taak van de rechter en de medewerking van de beide gedingvoerende partijen aan de bewijslevering.

De gebreken waren vooral te wijten aan de eenzijdige en nodeloze overdrijving van het publiekrechtelijk aspect van het bewijsprobleem; daarenboven was het evenmin nodig nieuwe wettelijke bepalingen te ontwerpen om deze beide aspecten van de bewijslast te beklemtonen. Hamaker (2) merkte zeer te recht op dat ook door wie het burgerlijk proces als een volkomen private aangelegenheid beschouwt, moet worden toegegeven dat de rechter de taak, die hem in het burgerlijk geding ten deel valt, toch niet kan verrichten zonder onderzoek van de waarheid der aangevoerde feiten.

Men vergete immers niet dat, zoals verder zal worden aangetoond (zie nr. 295 e.v.), de taak van de rechter te zeer beperkt werd door een verkeerde interpretatie van diens neutraliteit : ten onrechte heeft men zeer dikwijls van de lijdelijkheid van de rechter gesproken.

Ook staat de huidige wettelijke bewijsregeling een samenwerking van de partijen niet in de weg (3).

Men kan dus gemakkelijk tot dezelfde gevolgtrekkingen komen, zonder de premissen daarom te moeten aanvaarden.

5 §. De procesrechtelijke theorie of billijkheidsleer.

161. — Een andere belangrijke en nog meer recente theorie is gebaseerd op de vaststelling dat de verdeling van de bewijslast beheerst wordt door een hoofdbeginsel van zuiver procesrechtelijke aard, nl. de gelijkheid van de partijen voor de rechter. Men heeft het geheel van deze opvattingen als de procesrechtelijke theorie beschouwd (4).

(1) Hamaker, H.J., *Beschouwingen over Bewijsrecht,* in *Verspreide geschriften,* V, bl. 87.
(2) *o.c.,* bl. 85.
(3) Zie o.m. De Page, III, nr. 729, bl. 709 e.v.; — zie hierover verder, nr. 205 e.v.
(4) Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 80.

Hoewel volgens deze theorie, zoals verder zal worden aangetoond, de verdeling van de bewijslast door de rechter moet bepaald worden, uitgaande van het beginsel van de gelijkheid der partijen, is de gebruikte term *procesrechtelijk* eerder misleidend, omdat men hieruit zou kunnen afleiden dat de verdeling van de bewijslast uitsluitend afhangt van de processuele beginverhouding eiser-verweerder, een stelling die zeker niet kan volgehouden worden (1).

Het probleem van de bewijslast in de zin van bewijsrisico stelt zich immers ook bij het einde van het proces : welke partij zal verliezen, zo bepaalde feiten niet bewezen zijn? Er zijn daarenboven gevallen, waarin de gewone processuele verhouding wordt omgekeerd en de aanval van de gedaagde moet uitgaan. Dit is bv. zo tengevolge van het instellen van hoger beroep door een in eerste aanleg veroordeelde gedaagde (2), in geval van verzet tegen een verstekvonnis, of in geval van wedereis (3).

Beter ware het deze theorie op te vatten als ene die verkondigt dat de rechter in ieder voorkomend geval de bewijslast moet verdelen naar billijkheid (4). Deze billijkheidstheorie heeft voornamelijk aanhangers gevonden in Nederland (5).

Ook de Nederlandse rechtspraak heeft zich herhaaldelijk door deze opvatting laten leiden. In tal van uitspraken vindt men volgende overwegingen terug : « Overwegende dat deze bewijslastverdeling redelijk is... Dat gedaagde beter dan eiser bij machte is te bewijzen dat... Overwegende dat een billijke bewijslastverdeling meebrengt... » (6).

162. — Van een eigenlijke samenhangende theorie kan hier moei-

(1) Zie bv. in verband met de opheffing van het verzet tegen het huwelijk : De Page, I, nr. 645, bl. 698.
(2) Gilly, G., *Contribution à l'étude du système actuel des preuves en droit civil,* bl. 61; — Cass. fr., 23 december 1891, *S.,* 1892, 1, 409; — Cass. fr., 1 juni 1892, *S.,* 1896, 1, 492.
(3) Zie desbetreffend : Verbr., 27 februari 1958, *Pas.,* 1958, I, 712.
(4) Stévigny spreekt van neo-klassieke theorie : *o.c.,* nr. 48 e.v., *R.W.,* 1957-58, 145 e.v.
(5) Post, J.C., *o.c.,* bl. 80 e.v.; — Kan, M.L., *o.c.,* bl. 97 e.v.; — Asser-Anema-Verdam, *o.c., l.c.;* — Pitlo, A., *o.c.,* bl. 35 e.v.; — Polenaar, B.J., *Schets van het Nederlandsch burgerlijk procesrecht,* bl. 55 e.v.; — Meilink, J.G., *De hoofdbeginselen van het bewijsrecht in het ontwerp burgerlijke rechtsvordering van de Staatscommissie - Gratama,* in *Handelingen Nederlandse Juristen - Vereniging,* 1924, I, bl. 17; — Haardt, W.L., *o.c.,* in *Handelingen Nederlandse Juristen - Vereniging,* 1951, I, bl. 69 e.v.; — Eggens, J., *o.c.,* in *Handelingen Nederlandse Juristen - Vereniging,* 1951, I, bl. 40 e.v. Ook Hamaker schijnt eerder deze opvatting toegedaan te zijn : *Verdeling van de bewijslast* in *Verzamelde geschriften,* V, bl. 20 e.v.; — zie ook : Wach, A., *Die Beweislast nach dem B.G.B.,* bl. 41 e.v.; — Schmidt, R., *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts,* 2de uitg., 1906, bl. 474 e.v.; — Hellwig, K., *System des Deutschen Zivilprozessrechts,* I, bl. 466 e.v.
(6) Zie o.m. aldus : Arr. Rb. Haarlem, 8 mei 1945, *N.J.,* 1947, 9; — Arr. Rb. Rotterdam, 21 maart 1951, *N.J.,* 1952, 588; — Hof Den Haag, 16 juni 1955, *N.J.,* 1955, 615.

lijk gesproken worden, hetgeen trouwens door sommige voorstanders wordt erkend (1).

Ook is niet steeds duidelijk of deze theorie toepasselijk wordt geacht in het kader van de bestaande wetgeving dan wel *de lege ferenda* gewenst wordt.

Het uitgangspunt is dat, voor de verdeling van de bewijslast, geen logische indeling, maar enkel het juridisch-ethisch beginsel van de partijengelijkheid de maatstaf voor de beoordeling door de rechter kan zijn.

Hieruit volgen verschillende regelen van billijkheid, die ontleend worden aan de ervaring.

Zo zal de eiser eerst moeten bewijzen omdat hij wijziging wenst te brengen in een schijnbaar rechtmatig bestaande toestand, doch hij zal niet alles moeten bewijzen, want zoniet zou elke vordering onmogelijk worden; daarom wordt een billijke verdeling van de bewijslast tot stand gebracht door op de gedaagde het bewijs te leggen van de zogenaamde *Gegenrechte* (betaling, schuldvergelijking,...), terwijl daarenboven de eiser meestal kan volstaan met het ontstaan van zijn recht te bewijzen. Moest eenmaal blijken dat een dergelijke verdeling onbillijk zou worden, zal een omkering van de bewijslast plaats grijpen (2).

Bij het onderzoek naar de vraag welke feiten door de eiser en welke door de verweerder moeten bewezen worden, blijkt dat geen vaste maatstaf voorhanden is (3). Wel heeft men getracht enkele richtlijnen voor te schrijven, doch men kan moeilijk van een algemene en samenhangende theorie gewagen.

Deze richtlijnen zijn inderdaad van uiteenlopende aard, hoewel blijkbaar alle ingegeven door dezelfde grondgedachte, nl. de rechter toelaten de bewijslast te verdelen op billijke wijze zodat de gelijkheid der partijen niet verbroken wordt.

163. — Sommigen houden voor dat de waarschijnlijkheid een verdelingsmaatstaf kan zijn. Diegene, waarvan de beweringen met de waarschijnlijkheid overeenstemmen, hoeft hiervan de bewijslast niet te dragen (4). Niet alleen is het begrip waarschijnlijkheid onvoldoende omschreven, doch daarenboven ziet men niet goed in hoe de te bewijzen feiten op grond van deze beoordeling kunnen ingedeeld worden (1). Welke rol speelt de billijkheid bij de toepassing van dit criterium? Eens te meer is hier verwarring ontstaan tussen de bewijslast en de bewijslevering; het zal immers nog onderlijnd worden dat de feiten die door de partijen moeten bewezen worden, meestal slechts waarschijnlijk moeten gemaakt worden (zie verder, nr. 187).

In dit verband kan ter illustratie een vonnis aangehaald worden waarin dit onderscheid tussen bewijslast en bewijslevering evenmin duidelijk gemaakt werd : « Overwegende dat wanneer een bescheid *uiterlijk geldig* voorkomt, het aan diegene is, die de valsheid van een melding inroept, dit te bewijzen... » (2). In werkelijkheid had de eiser zijn verplichtingen nageleefd, vermits hij tot staving van zijn vordering de nodige stukken had voorgelegd; deze stukken maakten zijn eis waarschijnlijk, zodat de bewijslast naar de verweerder overging.

164. — Anderen waren van oordeel dat de bewijslast telkens moest gelegd worden op de partij « qui peut la remplir avec le moins d'inconvénient, c'est-à-dire le moins de délais, de vexations et de frais » (3).

Deze opvatting houdt sommige tegenstrijdigheden in. Hoewel de bewijslast in hoofdzaak bepaald wordt door het bewijsrisico *(Beweislosigkeit :* zie boven, nr. 6), gaat men desondanks de bewijslast leggen op de partij die het gemakkelijkst kan bewijzen, zonder dat men van de tegenpartij enig bewijs bekomen heeft. De partij die gemakkelijk kan bewijzen, gaat dus het bewijsrisico dragen, dan wanneer er voor deze partij — gezien de bewijsgeschiktheid — weinig of geen risico's bestaan (4). Hier wordt dus uit de bewijslast het risico van procesverlies afgeleid(zie boven, nr. 34).

Ter gelegenheid van de bespreking van de bloot-affirmatieve bewijstheorie (zie boven, nr. 109 e.v.) werd trouwens reeds in dezelfde zin geargumenteerd. Het argument van de bewijsgeschiktheid kan immers moeilijk aanvaard worden om afwijkingen van de bewijslastregeling toe te laten; het kan daarentegen nuttig aangewend worden om de partijen tot medewerking inzake bewijslevering aan te zetten (zie verder, nr. 207), en om de rechter toe te laten in de

(1) Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 83 en 86.
(2) De regel *actori incumbit probatio* is nochtans niet zozeer een billijkheidsregel dan wel een doelmatigheidsprincipe : zie boven, nr. 99; — zie ook Thesingh, H., *o.c.,* nr. 29, bl. 70-71.
(3) Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 86; — Anders : Schmidt, R., *o.c.,* bl. 484.
(4) Kan, M.L., *o.c.,* bl. 107-108.

(1) Zie desbetreffend : Motulsky, H., *o.c.,* nr. 131, bl. 146-147.
(2) Rb. Kortrijk, 6 februari 1958, *Pas.,* 1960, III, 86.
(3) Bentham, J., *Traité des preuves judiciaires,* II, bl. 172; — zie ook : Demogue, R., *o.c.,* bl. 553 e.v.; — Kan, M.L., *o.c.,* bl. 100 e.v.; — vgl. Esmein, P., *Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle,* nr. 9, *Rev. trim. dr. civ.,* 1933, bl. 644-645.
(4) Vgl. Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations,* III, nr. 2066, bl. 428 : « il serait absurde d'accorder en justice plus de crédit précisément aux prétentions qu'il est impossible d'établir ».

processuele houding van de partijen een middel van bewijswaardering te zien.

165. — Tenslotte wordt wel eens voorgehouden dat de bewijslast dient te worden gelegd op de partij, wiens standpunt het meest afwijkt van de gewone gang van zaken (1) : het abnormale moet bewezen worden (2).

Hoewel het begrip van de gewone gang van zaken uiterst vruchtbaar zal blijken te zijn bij de bewijswaardering (zie verder, nr. 289 e.v.), heeft gemelde opvatting geen antwoord gegeven op de vraag wie het ontstaan van de oorspronkelijke rechtstoestand moet bewijzen. Daarom hebben sommige auteurs (3) voorgehouden dat de eiser slechts de feiten moet bewijzen waaruit volgens de gewone gang van zaken zijn subjectief recht ontstaat. Doch hier opnieuw kan hetzelfde verwijt gemaakt worden als datgene dat ingeroepen werd tegen de maatstaf van de waarschijnlijkheid (4).

In aansluiting hiermede werd dikwijls ook voorgesteld, dat de bewijslast zou moeten opgelegd worden aan diegene die wenst in te gaan tegen het *statu quo,* nl. de verworven toestand van de tegenstrever (5) of tegen de bestaande schijn (6).

Herhaaldelijk vindt men, in toepassing hiervan, de opvatting terug dat een eenmaal ingetreden toestand in de regel voortduurt : « Attendu qu'une situation acquise est présumée subsister dès qu'elle est prouvée et que c'est à celui qui prétend qu'elle n'existe plus à le démontrer » (7).

166. — Voorgaande pogingen om de zogenaamde procesrechte-

(1) Gény, F., *Science et technique,* III, nr. 231, bl. 274 e.v.; — Dabin, J., *La technique de l'élaboration du droit positif,* bl. 87; — Polenaar, B.J., *Schets van het Nederlandsche Burgerlijk Procesrecht,* bl. 56; — Lent, F., *o.c.,* § 47, bl. 126; — zie ook : Ronse, J., *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad,* nr. 171-172, bl. 140-141.

In dit verband heerst trouwens veel verwarring, zoals bv. blijkt uit een noot van H. Mazeaud onder Paris, 19 januari 1953 (*J.C.P.,* 1953, II, 7427) : diegene die iets beweert, dat strijdig is met de gewone gang van zaken, draagt de bewijslast; zo vraagt men bv. aan de eiser dat hij zou bewijzen dat het klaar was rond de middag, terwijl de verweerder moet aantonen dat het duister was te 12 uur. Hierbij verliest deze auteur blijkbaar uit het oog dat dit een algemeen-bekend feit is, dat geen bewijs meer behoeft (zie verder, nr. 315 e.v.).

(2) Zie aldus o.m. : Arr. Rb. Zutphen, 12 maart 1953, *N.J.,* 1954, 706; — vgl. Corr. Kortrijk, 18 december 1933, *R.G.A.R.,* 1934, 1658.

(3) Zie o.m. aldus : Hellwig, K., *System des Deutschen Zivilprozessrechts,* I, bl. 475.

(4) Zie boven, nr. 163; — zie ook : Motulsky, H., *o.c.* nr. 128, bl. 141-142.

(5) Aldus : Glasson, E., et Tissier, A., *Traité theorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile,* III, 2de uitg., Paris, 1926, nr. 595, bl. 662; — Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations,* III, nr. 2060, bl. 420 e.v.

(6) Planiol et Ripert, VII², nr. 1420, bl. 848; — Thévenet, J., *o.c.,* bl. 87 e.v.; — zie ook Dekkers, R., II, nr. 630, bl. 363.

(7) Aldus o.m. W.R. Ber. Bergen, 6 juli 1957, *Pas.,* 1958, III, 15. Ten onrechte is hier sprake van een vermoeden.

lijke theorie systematisch uit te bouwen, hebben onvoldoende rekening gehouden met het onderscheid tussen de bewijslast enerzijds en de bewijslevering en bewijswaardering anderzijds (zie boven, nr. 163 en 164).

Daarenboven geven zij meestal geen afdoend antwoord op de vraag, wie het *ontstaan* van het ingeroepen subjectief recht moet bewijzen. Wanneer bv. de eiser de koopprijs van een bepaald goed vordert terwijl de verweerder staande houdt dat hij het kwestieuse goed in leen heeft ontvangen, wie draagt dan de oorspronkelijke bewijslast? Noch de schijn, noch de gewone gang van zaken kunnen desbetreffend het gewenste antwoord bieden.

Trouwens, het is duidelijk dat de procesrechtelijke theorie vnl. getracht heeft te bepalen wie van de gedingvoerende partijen moet bewijzen om hieruit af te leiden welke partij het nadeel van de twijfel bij het einde van het geding moet dragen (1); hierdoor herleidt men het begrip bewijslast al te zeer tot een subjectieve bewijslast (zie boven, nr. 30 e.v.), een zienswijze die ietwat eng is.

Dit komt het scherpst tot uiting in de opvatting, die onlangs verdedigd werd door de heer Stévigny, die een onderscheid wil maken tussen de regeling van de bewijslast door de rechter gedurende het proces en de bepaling van het bewijsrisico bij het vellen van de uitspraak (2). Hoewel deze persoonlijke zienswijze nieuwe gezichtspunten meebrengt, kan zij tot rechtsonzekerheid leiden, vermits de feitenrechter alsdan zelf zou beslissen op welke gronden hij de bewijslast zal verdelen.

Het ware veel beter algemene beginselen inzake bewijslastverdeling vooorop te stellen en daarbij aan de rechter de mogelijkheid te bieden voor een zeer ruime bewijswaardering (3).

Trouwens de billijkheidsleer zegt niet welke omstandigheden op de bewijslastverdeling invloed behoren uit te oefenen en hoe deze omstandigheden naar billijkheid moeten worden gewaardeerd en in rekening gebracht (4). Aan de feitenrechter worden m.a.w. weinig of geen objectieve criteria voor de bewijslastverdeling meegegeven.

167. — Dit betekent nochtans niet dat de zogezegde procesrechtelijke theorie geen verdiensten zou gehad hebben, wel integendeel. Men kan haar immers beschouwen als een belangrijk correctief op de al te strikte toepassing van de objectiefrechtelijke theorie; het

(1) Zie aldus trouwens uitdrukkelijk : Ronse, J., *o.c.,* nr. 167, bl. 137.

(2) *o.c.,* nr. 78 e.v., *R.W.,* 1957-58, 154 e.v.

(3) Vgl. met het reeds eerder vermelde artikel 177 van het Nederlandse ontwerp bewijsrecht 1959.

(4) Thesingh, H., *o.c.,* nr. 29, bl. 67.

aanbrengen van een dergelijk correctief mag evenwel de rechtszekerheid niet in gevaar brengen.

Zij heeft als grote verdienste de aandacht te hebben gevestigd op de noodzakelijkheid om de taak van de rechter enigermate uit te breiden (zie hierover verder, nr. 286 e.v.), en tevens op de billijkheid die ook bij de verdeling van de bewijslast moet voor ogen gehouden worden.

Interessant is eveneens de verwijzing naar de ervaringsregel van de gewone gang van zaken (zie hierover verder, nr. 313 e.v.). Dat de billijkheidstheorie eveneens onderlijnd heeft dat het zeer moeilijk is — zoniet onmogelijk — een algemeen-geldende en door eenieder aanvaardbare regeling uit te werken, mag ook als een verdienste beschouwd worden.

168. — Toch druist zij regelrecht in tegen de wetteksten ter zake en stelt het w i s s e l e n d s u b j e c t i e f i n z i c h t van de rechter in de plaats van een ondubbelzinnig wettelijk voorschrift. Asser-Anema-Verdam (1) doen wel opmerken dat de rechter hierin geleid wordt door algemene uit de ervaring geputte gezichtspunten, maar toch is de zekerheid hierdoor niet gediend.

Meer genuanceerd is de opvatting van Pitlo (2), volgens dewelke de rechter een regel omtrent de bewijslast, die *in concreto* tot onbillijkheid voert, terzijde mag stellen (3).

Het is juist om te voorkomen dat de rechter voor de onvervulbare taak zou geplaatst worden om in elke zaak de bewijslast in billijkheid te verdelen, dat de wetgever zelf de bewijslast heeft geregeld (4) : « Wollte dagegen der Richter das Schifflein des einzelnen Prozesses nach dem Sterne der Gerechtigkeit steuern wollen, so würde er in die Stürme und Unsicherkeiten der hohen See geraten und zerschellen » (5).

Daarmee is de rechter de bevoegdheid niet ontnomen om zijn billijkheidsinzicht te laten spreken : in tal van gevallen zal hem een belangrijke taak toebedeeld zijn, zoals bv. inzake bewijswaardering (zie hierover boven, nr. 142 en verder, nr. 289 e.v.).

Waar de procesrechtelijke theorie hoofdzakelijk de partijgelijkheid

(1) *o.c.,* bl. 83.
(2) *o.c.,* bl. 35.
(3) Zie in dezelfde zin het reeds vermelde artikel 177 Ned. Rv. van het ontwerp bewijsrecht 1959.
(4) Suyling, J. Ph., *o.c.,* nr. 375, bl. 98.
(5) Rosenberg, L., *o.c.,* § 8, bl. 92.

en de billijkheid nastreeft, is het niet nodig — en trouwens *de lege lata* niet mogelijk — de bewijslastverdeling door de feitenrechter te laten geschieden. Men kan immers gerust de objectiefrechtelijke theorie aanvaarden en hierbij de billijkheid bevorderen door een herwaardering van de taak van de rechter (zie verder, nr. 295 e.v.) en door de gedingvoerende partijen te doen samenwerken (zie verder, nr. 205 e.v.).

169. — Men kan zich daarenboven bij dit alles moeilijk van de indruk ontdoen dat de bewijslast a l t e p r o c e s s u e e l beschouwd wordt, vermits deze hoofdzakelijk bepaald is in functie van de onderlinge processuele verhouding der partijen (eiser of verweerder, bewijsgeschiktheid,...) en van het persoonlijk inzicht van de rechter. In onderhavige theorie heeft de inhoud van hetgeen moet bewezen worden weinig of geen belang meer (zie voor de aard van het bewijsrecht : boven, nr. 39 e.v.).

Er is nochtans een ander argument, dat van doorslaggevende aard kan zijn. Waar rechtsvinding en constructie (1) één moeten zijn, kan de billijkheidstheorie niet aanvaard worden, omdat deze theorie strijdig zou zijn met de constructie van de wetgever. Deze laatste heeft immers de bewijslastverdeling in grote lijnen neergelegd in de voorschriften van materieel recht, die door de rechter op de door de partijen in een bepaald geding ingeroepen feiten worden toegepast (2).

170. — In aansluiting met de procesrechtelijke theorie kan ook nog de opvatting van B a r t i n aangehaald worden, die in zijn gekende noten een originele stelling heeft verkondigd : van een dogmatische indeling der feitelijke bewijselementen ten einde de bewijslast te verdelen, kan zijn inziens geen sprake zijn (3).

Het enige wat volgens hem kan gedaan worden is een beschrijvende analyse van de rechtspraak om te komen tot een samenstel van *familles naturelles de litiges,* waarin de praktijk belangrijke vingerwijzingen zal kunnen vinden ter oplossing van talrijke moeilijke bewijsproblemen (4).

Tegen deze opvatting blijven dezelfde bezwaren gelden. Dit blijkt nog beter, wanneer men de werken nagaat, waarin getracht werd de theorie van Bartin praktisch uit te werken (5). Sommige auteurs hebben dit trouwens

(1) Voor deze begrippen, zie vnl. Scholten P., *Algemeen deel,* bl. 15, 62 e.v., 79. Rechtsvinding is het vaststellen van het concrete recht tussen partijen.
(2) Zie Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 52 e.v.; — vgl. nochtans : Thesingh, H., *o.c.,* nr. 68, bl. 134 e.v.
(3) Zie ook Meilink, J.G., *o.c.,* bl. 16.
(4) Bartin in Aubry et Rau, XII, § 749, voetnoot 20^{bis}, bl. 91, waar tal van voorbeelden worden aangehaald om deze zienswijze te illustreren.
(5) Zie o.m. Thévenet, J., *o.c.,* die voor elk domein van het recht en voor elk geschil een regeling heeft uitgewerkt, doch in zijn poging blijkbaar mislukt is.

duidelijk ingezien; zo wijzen Ripert et Boulanger (1) op « le caractère quelque peu factice de ce découpage du débat judiciaire ».

Toch is de mening van Bartin in zoverre juist dat elke bewijslasttheorie moet aangevuld worden met regelen uit de ervaring der rechtspraktijk.

Ook inzake bewijslast zal de rechtsvinding dikwijls wisselen naar de rechtsmaterie die moet worden geïnterpreteerd (2).

6 §. De logisch - juridische theorie.

171. — In een proefschrift dat onlangs te Groningen werd verdedigd, wordt weer een poging ondernomen om het probleem van de bewijslast in een nieuw daglicht te stellen (3). Hoewel het overmoedig was vanwege de auteur voor te houden dat door zijn theorie althans in beginsel het probleem van de bewijslast na 2000 jaar rechtsbeoefening als opgelost mocht worden beschouwd (4), kan toch moeilijk ontkend worden dat tal van bestaande begripsverwarringen in grote mate opgeheven werden en dat deze theorie een aanvullende bijdrage heeft geleverd tot de leer van de bewijslast. In die omstandigheden is het wel gepast meer uitvoerig de voorgestelde oplossingen te ontleden.

Vooraf tracht Thesingh een onderscheid te maken tussen het v a s t s t e l l i n g s r i s i c o, het bewijsrisico en de bewijslast.

Alvorens kan worden uitgemaakt wat moet worden bewezen en door wie, moet eerst volgens deze auteur de vraag gesteld worden welke feiten ten processe zullen moeten vaststaan om de door de eiser verlangde uitspraak uit te lokken (vaststellingsrisico).

Het is inderdaad zo dat feiten kunnen komen vast te staan zonder dat zij werkelijk bewezen werden (5), zodat een onderscheid tussen vaststellings- en bewijsrisico verantwoord is.

Uitgaande nu van de gedachte dat het op een rechtsgeschil toepasselijke complex van rechtsregels als één en ondeelbaar moet worden beschouwd (zie hierover verder, nr. 173), houdt de auteur voor dat

(1) *o.c.*, II, nr. 2177, bl. 704.
(2) Polak, J.M., *Theorie en praktijk der rechtsvinding,* bl. 11. Die algemene vaststelling wordt door deze auteur nog aangevuld met de beschouwing dat men meer en meer evolueert naar een *case-law,* waarin de rechtsvinding een beslissing wordt van geval tot geval; daar de processuele techniek daarenboven geen keurslijf meer is, maar mede dient ter realisatie van het materiële recht, streeft men ook inzake bewijslastverdeling en bewijswaardering naar meer vrijheid (*o.c.*, bl. 61-62).
(3) Thesingh, H., *De grondslagen van de bewijslast in de civiele procedure,* Den Haag, 1961.
(4) Aldus : *o.c.*, bl. V.
(5) Algemeen-bekende feiten, processuele feiten, niet-betwiste feiten... : zie hierovr verder, nr. 322 e.v.

voor het erkennen van een rechtsgevolg als ingetreden en bestaand, *alle* feiten, welke het objectieve recht voor deze intreding en het voortbestaan als voorwaarde stelt, ten processe moeten vaststaan; daarenboven zou het objectieve recht de voorwaarde van aanwezigheid van positief-werkende feiten en die van afwezigheid van negatief-werkende feiten als gelijkwaardig naast elkaar stellen (1). Het risico van het al dan niet vaststaan van alle feiten moet volgens Thesingh volledig door de eiser gedragen worden.

Vermits nu het vaststellingsrisico minstens voor een deel — nl. voor de feiten, die niet zonder bewijs zijn komen vast te staan — slechts kan opgeheven worden door middel van bewijs, zal men in dit laatste geval spreken van b e w i j s r i s i c o als een gekwalificeerde vorm van vaststellingrisico, dat eveneens volgens de auteur in volle omvang op de eiser zal rusten (2).

Tenslotte onderlijnt de auteur de noodzaak om de b e w i j s l a s t te onderscheiden van het bewijsrisico (zie ook boven, nr. 30 e.v.), vermits hier respectievelijk de nadruk gelegd wordt op de partijwerkzaamheid en op het nadeel verbonden aan het niet-bewezen zijn van bepaalde feiten. Er weze aan herinnerd dat de bewijslast bepaalt wie moet bewijzen, terwijl het bewijsrisico aanduidt welke partij het nadeel draagt van het niet-bewezen zijn. De bewijslast wordt dan a.v. omschreven : « De op een procespartij rustende taak om de rechter zodanige gegevens te verschaffen als nodig en voldoende zijn om tot een gefundeerd oordeel te geraken omtrent de feitelijke ondergrond van het geschil » (3).

Concreet komt het hierop neer, dat ingeval de eiser zich beroept op een overeenkomst met de verweerder, waarvan hij de nakoming vordert, o.m. volgende elementen moeten vaststaan : de overeenkomst, de bekwaamheid der partijen, de afwezigheid van elk feit dat de verbintenis deed te niet gaan (betaling, enz.), de afwezigheid van een wilsgebrek, het vervuld zijn van de schorsende voorwaarde of het niet vervuld zijn van de ontbindende voorwaarde,... De eiser zal zijn proces verliezen, indien de rechter het vervuld zijn van al deze voorwaarden niet kan vaststellen (vaststellingsrisico).

Nochtans zal steeds een deel van de feiten, waarvan de eiser het vaststellingsrisico draagt, zonder bewijs komen vast te staan, doordat zij bv. niet betwist worden. Meestal is het zo dat verschillende elementen zoals de bekwaamheid of de afwezigheid van een wilsgebrek niet eens worden tegengesproken. Voor zover echter de in het vaststellingsrisico begrepen feiten niet

(1) *o.c.*, nr. 20, bl. 45 : op deze plaats geeft Thesingh trouwens een illustratieve opsomming van dergelijke feiten; — zie ook verder, nr. 173.
(2) *o.c.*, nr. 24, bl. 53.
(3) *o.c.*, nr. 25, bl. 56.

zonder bewijs komen vast te staan, zal hun bestaan moeten bewezen worden. Het bewijsrisico bepaalt dus *welke feiten* nog moeten aangetoond worden, wil de eiser in zijn vordering slagen.

De bewijslast tenslotte zal aanduiden *welke partij* deze feiten zal moeten bewijzen; hoewel in vele gevallen bewijsrisico en bewijslast zullen samenvallen, neemt de auteur op grond van zijn indicatietheorie (zie verder, nr. 172) aan, dat de verweerder soms *in concreto* kan gehouden zijn de bewijslast te dragen van feiten, waarvan de eiser het bewijsrisico draagt.

Daar waar vaststellings- en bewijsrisico dus *in abstracto* kunnen bepaald worden op grond van het objectieve recht (1), kan de bewijslast daarentegen slechts van geval tot geval bepaald worden (2).

172. — Na deze begripsverduidelijking, komt de auteur tot de kern van zijn betoog, hetwelk hij omschrijft als de logisch-juridische bewijslasttheorie (3).

Uitgaande van de gedachte dat aan de logica een overheersende betekenis moet worden toegekend in het bewijsrecht, tracht Thesingh zijn stelsel logisch als volgt op te bouwen : daar alle rechtsregelen één ondeelbaar geheel vormen (zie boven, nr. 171 en verder, nr. 173), moet de eiser dus ook de bewijslast dragen van alle naar objectief recht benodigde feitelijke voorwaarden voor het bestaan van het ingeroepen rechtsgevolg. Het kan evenwel gebeuren dat er omstandigheden aanwezig zijn, die een verantwoorde aanleiding geven om de bewijslast te leggen op de tegenpartij; deze feitelijke omstandigheden vat de auteur samen onder de term i n d i c a t i e (4).

Wanneer de gedaagde een afwijkende voorstelling geeft, dan heeft het bewijs van die afwijkende voorstelling niet direct tot gevolg dat eisers vordering ongegrond is, maar dan is die ongegrondheid enkel het gevolg van het feit dat de eis niet bewezen werd. Wanneer de eiser bv. een zaak, die hij in bruikleen heeft gegeven, terugvordert, dan kan de verweerder zich op een schenking beroepen. Zo de verweerder inderdaad bewijst dat er een schenking werd gedaan, dan verliest de eiser niet zozeer omdat de schenking bewezen werd, maar heel eenvoudig omdat de bruikleen niet bewezen werd. Mocht de verweerder m.a.w. in het bewijs van de schenking niet geslaagd zijn, dan nog zou men uit deze mislukking het bestaan van de bruikleen niet kunnen afleiden; een opdragen van de bewijslast aan de verweerder zou in dit geval geen praktisch nut hebben.

(1) *o.c.*, nr. 58, bl. 120.
(2) *o.c.*, nr. 27, bl. 59.
(3) *o.c.*, nr. 44, bl. 95.
(4) *o.c.*, nr. 35, bl. 82.

Het is evenwel mogelijk dat, wanneer de bewijsvoering door de gedaagde mislukt of wanneer hij verklaart tot bewijslevering niet in staat te zijn, de rechter uit die mislukking of verklaring langs logische weg kan concluderen tot het niet bestaan van hetgeen de gedaagde beweerde en dienvolgens mede tot de waarheid van eisers stellingen. Wanneer de eiser bv. schadevergoeding vordert wegens vernieling van voorwerpen die hem toebehoren, dan kan de verweerder ter toelichting van zijn ontkenning verklaren dat hij op het ogenblik van de vernieling elders was; de rechter kan dan aan de gedaagde het bewijs opleggen van zijn alibi en aan het eventueel mislukken van dat bewijs de conclusie verbinden dat hij de dader is.

Het kan dus volgens deze auteur gerechtvaardigd zijn de bewijslast op de gedaagde te leggen, maar dan moeten de concrete omstandigheden van die aard zijn dat de rechter daarin een grond kan vinden om aan het eventueel falen van de bewijslevering door de gedaagde een positieve conclusie met betrekking tot de stellingen van de eiser te verbinden; er moet m.a.w. een indicatie zijn, die het resultaat is van logische overwegingen gegrond op gegevens van feitelijke aard.

Om evenwel de omstandigheden te bepalen, die van die aard moeten zijn dat zij een indicatie opleveren, gaat de auteur putten uit de billijkheidstheorie (1) : zowel de bewijsgeschiktheid (het feit dat de tegenpartij zonder veel bezwaar de waarheid van haar stellingen kan aantonen) als de waarschijnlijkheid (ten gunste van het standpunt van de bewijsrisicodrager) kunnen dergelijke indicaties opleveren (2).

Een dergelijke bewijslastregeling brengt evenwel het bewijsrisico niet over op de verweerder; dit risico blijft steeds op de eiser rusten, zonder dat er van enige splitsing sprake kan zijn.

De regelen die het bewijsrisico op de gedaagde leggen (bv. in geval van vermoedens), moeten volgens de auteur gezien worden als normen, die weliswaar naar de vorm twijfel omtrent bepaalde feiten ten laste van de gedaagde en ten voordele van de eiser doen strekken, doch die in wezen die betwijfelde feiten als grondslag voor de toewijsbaarheid van de eis handhavend, deze behoudens tegenbewijs als vaststaande willen zien aangemerkt, hetzij op waarschijnlijkheids- hetzij op andere gronden. Hier is dus telkens sprake van het komen vaststaan van bepaalde voor de toewijzing van de eis relevante feiten zonder bewijs (3).

(1) Dit ondanks het feit dat de auteur hardnekkig deze theorie bekampt (*o.c.*, nr. 29 e.v., bl. 66 e.v. en nr. 67 e.v., bl. 132 e.v.); hij voegt er evenwel aan toe dat in de billijkheidstheorie niet blijkt *waarom* deze gedachtengang behoort gevolgd te worden (*o.c.*, nr. 39, bl. 86-87).
(2) *o.c.*, nr. 37, bl. 83 e.v.
(3) *o.c.*, nr. 64, bl. 130-131; — vgl. met hetgeen boven in verband met de objectiefrechtelijke theorie (nr. 142) en verder bij de vermoedens (nr. 389) wordt gezegd.

Samenvattend kan men dus zeggen dat, wanneer geen der feiten, waarvoor de eiser het vaststellingsrisico draagt, zonder bewijs komt vast te staan, en evenmin door direct of indirect bewijs uit de processuele feiten of tot bewijs overgelegde geschriften kan afgeleid worden, terwijl er anderzijds geen indicatie bestaat om de gedaagde bewijs op te leggen omtrent zijn verweer (ten einde bij een eventueel falen dezer bewijsvoering tot het vaststaan van eisers stellingen te kunnen besluiten), op de eiser de bewijslast van al deze feiten blijft rusten (1).

De bewijslast wordt m.a.w. bepaald door eventuele indicaties en bij gebreke hieraan door het bewijsrisico (2). Hetgeen meteen betekent dat de eiser principieel zowel de specifieke feiten als de algemene en de negatieve feiten (3) zal moeten bewijzen; er wordt nochtans dadelijk aan toegevoegd dat voor de algemene feiten meestal een indicatie aanwezig is om de bewijslast op de verweerder te leggen (4).

173. — In een laatste theoretisch gedeelte verwerpt Thesingh de opvatting als zou het objectieve recht kunnen gesplitst worden in normen, die de voor de eiser gunstige feiten aanwijzen en andere normen die hetzelfde doen ten gunste van de verweerder; zoals in de stoffelijke wereld een ondeelbaar geheel van feiten met natuurlijke wetmatigheid leidt tot talloze gevolgen, zo zouden ook in de rechtswereld uit een ondeelbaar geheel van feiten die in verband staan met het objectieve recht, even onvermijdelijk talloze rechtsgevolgen ontstaan (5).

Na een uitvoerige ontleding van de objectiefrechtelijke theorieën, die de rechtsnormen splitsen in twee categorieën, waarvan de ene gunstig zijn voor de eiser en dienvolgens door hem moeten bewezen worden en de andere de gedaagde tot voordeel strekken zodat deze laatste hiervan de bewijslast draagt (zie boven, nr. 126 e.v.), vinden de splitsingcriteria, die o.m. door Rosenberg, Scheltema, Grünebaum en Leonhard werden vastgelegd, geen genade in de ogen van deze auteur (6).

Doch zelfs zo een dergelijk criterium zou voorhanden zijn, dan nog bestaat er volgens Thesingh geen enkele reden om de positief-werkende

(1) *o.c.*, nr. 45, bl. 96.
(2) *o.c.*, nr. 73, bl. 147.
(3) *o.c.*, nr. 45 e.v., bl. 96 e.v. Hier neemt de auteur blijkbaar de terminologie van de subjectiefrechtelijke theorie over : zie boven, nr. 126.
(4) *o.c.*, nr. 47, bl. 101.
(5) *o.c.*, nr. 18, bl. 41.
(6) *o.c.*, nr. 79 e.v., bl. 158 e.v.

normen ten laste van de eiser te leggen en de negatief-werkende lastens de gedaagde (1).

Trouwens de normen die zogezegd gunstig zijn voor de gedaagde, moeten veeleer beschouwd worden als negatieve voorwaarden van de door de eiser ingeroepen rechtsregel en niet als positieve voorwaarden voor de contraire regel : de negatieve voorwaarde zou niets anders zijn dan de negatieve omschrijving van een complex van een onbepaald aantal positieve voorwaarden, die alleen op deze wijze doeltreffend onder één enkele aanduiding konden samengevat worden (2).

Na de toetsing van deze opvattingen aan enkele praktische gevallen en aan de Nederlandse rechtspraak, bekritiseert Thesingh het Nederlandse *ontwerp bewijsrecht* 1959 om er dan onvermijdelijk een eigen ontwerp aan toe te voegen.

174. — Hoewel moeilijk kan geloochend worden dat de logische methode bij het recht spreken een belangrijke rol dient te spelen (3), mag hierbij toch ook weer niet overdreven worden : « Een van het werkelijke leven afgewend, langs den weg van logische redenering opgebouwd systeem wil het leven dwingen naar zijn logische constructies » (4).

Een eventuele bewijslastverdeling enkel en alleen op grond van de *indicatie,* kan misschien wel klaar afgelijnd worden, doch houdt onvoldoende rekening met de feitelijke gegevens van het geval. Thesingh schijnt dit trouwens zelf te hebben ingezien wanneer het er op aankwam te bepalen in welke omstandigheden een indicatie mocht gezien worden; ook hier zou men van willekeur en subjectief inzicht kunnen gewagen.

Hetgeen evenwel het meest opvalt is dat de auteur onvoldoende oog heeft gehad voor de eigen techniek van het procesrecht (5), waarop zeer te recht door Dabin de nadruk werd gelegd (zie boven, nr. 99) (6).

(1) *o.c.*, nr. 86, bl. 173.
(2) *o.c.*, nr. 78, bl. 156; — vgl. boven, nr. 111 e.v.
(3) Zie desbetreffend o.m. : Fabreguettes, M.P., *La logique judiciaire et l'art de juger;* — Gorphe, F., *Les décisions de justice;* — Ehrlich, E., *Die juristische Logik, A.c.P.,* 1917, 125 e.v.; — Berriat Saint-Prix, F., *Manuel de logique judiciaire,* 2de uitg., Paris, 1876; — Mallieux, F., *L'exégèse des codes et la nature du raisonnement juridique,* Paris, 1908; — Malgaud, W., *Le raisonnement juridique, J.T.,* 1958, 121 e.v.; — Apostel, L., *Droit et logique,* in *Logique et analyse,* augustus-september 1955, bl. 1 e.v.; — Bayart, A., *Droit et logique, ibid.,* bl. 27 e.v. Voor een proeve van juridische logica, zie : Dekkers, R. e.a., *Etudes de logique juridique, Le fait et le droit,* Brussel, 1961.
(4) Van Apeldoorn, L.J., *o.c.,* bl. 299; — zie ook : Rosenberg, L., *o.c.,* § 8, bl. 95-96; — Bayart, A., *o.c., l.c.*
(5) Zie ook verder, nr. 175, in verband met de zogenaamde ondeelbaarheidstheorie.
(6) Dabin, J., *La technique de l'élaboration du droit positif,* bl. 89; — zie ook Perrot,

175. — Minder aanvaardbaar is de opvatting van Thesingh, volgens dewelke het toepasselijke regelcomplex en het feitelijke gebeuren, dat aan het geschil ten grondslag ligt, één en ondeelbaar zouden zijn, zodat in beginsel — behoudens eventuele indicatie — van een bewijslastverdeling geen sprake kan zijn.

Principieel reeds moet de bewijslastverdeling aanvaard worden (zie boven, nr. 100 e.v.) : men kan gewis in hoofde van één persoon diens gedragingen en houding als één geheel beschouwen, maar dit geldt niet meer in processuele aangelegenheden waar men essentieel belandt bij een verhouding tussen twee of meerdere personen. De tegensprekelijkheid en wederkerigheid zijn natuurlijke kenmerken van het geding, die de gelijkheid der gedingvoerende partijen moeten waarborgen; de verdeling van de taken en dus ook van de bewijslast is hiervan een noodzakelijk uitvloeisel.

Trouwens, zelfs zo men theoretisch het ondeelbaarheidsprincipe houdbaar zou achten, dan nog kan het niet stand houden tegen de talrijke positieve wetteksten die zeer duidelijk een bewijslastverdeling veronderstellen. In de eerste plaats natuurlijk artikel 1315 van het burgerlijk wetboek (1), doch ook de artikelen 1352, 1ste lid, en 1356, 3de lid, zouden geen zin hebben, moest de bewijslast niet voor verdeling in aanmerking komen. De medewerking van de partijen bij de onderzoeksverrichtingen, zoals die o.m. blijkt uit de artikelen 119, 254, 324 en 330 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering, kan eveneens op dezelfde wijze geïnterpreteerd worden.

Men kan natuurlijk redetwisten over de criteria, die aangelegd werden door de verschillende theorieën ter bepaling van de wijze waarop de bewijslast moet worden verdeeld, doch het principe zelf van die verdeling kan moeilijk betwijfeld worden. Trouwens heeft Thesingh zelf niet de feiten die voor bewijs in aanmerking kunnen komen, ingedeeld in drie groepen, nl. de specifieke, algemene en negatieve feiten, en dus impliciet een bewijslastverdeling, gebaseerd op die indeling, mogelijk geacht (zie boven, nr. 172) ?

176. — Dit betekent niet dat dit werk geen verdienstelijke bijdrage zou geleverd hebben tot de leer van de bewijslast, en wel in de eerste plaats door een verduidelijking van zekere begrippen. Bewijsrisico

R., *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques,* nr. 141, bl. 204-205; — vgl. Roubier, P., *Theorie générale du droit,* 2de uitg., Paris, 1951, nr. 10, bl. 88.

(1) Zie boven, nr. 76. Ook voor artikel 1902 Ned. B.W. neemt men aan dat hierin het principe van de bewijslastverdeling staat neergeschreven : Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 86 e.v.

(objectieve bewijslast) moet immers theoretisch onderscheiden worden van (de subjectieve) bewijslast, zonder dat nochtans hun onderlinge wisselwerking over het hoofd mag worden gezien (zie boven, nr. 35).

Wellicht heeft de auteur zeer sterk het verschil willen beklemtonen tussen bewijsrisico en bewijslast, ten einde het bewijsrisico volledig en ondeelbaar op eiser te kunnen leggen en toch een verdeling van de bewijslast op grond van de indicatie te kunnen aanvaarden.

Tenslotte zal bij de beoordeling van de resultaten blijken dat ook deze theorie niet zozeer afwijkt van de vorige. Met de objectiefrechtelijke theorie heeft ze gemeen dat hier zoals daar het bewijsrisico wordt bepaald door het materiële recht, terwijl de bewijslast in werkelijkheid zal verdeeld worden op grond van de indicatie, hetgeen veel gelijkenis vertoont met de bewijswaardering door de feitenrechter. Dat zij uiteindelijk met de billijkheidstheorie veel verwantschap vertoont, wordt door de auteur zelf toegegeven (1).

7 §. Slotbeschouwingen.

177. — Na dit onontbeerlijke overzicht van de verschillende bewijslasttheorieën, past het hier enkele slotbeschouwingen aan toe te voegen.

Het is zeker niet het ogenblik om na dit alles een eigen theorie op te bouwen; veeleer blijkt het noodzakelijk de verschillende theorieën onderling te vergelijken.

Alleszins opmerkelijk is het feit dat elke auteur getracht heeft aan te tonen dat de rechtspraak volledig in zijn theorie past (2). Een dergelijke interpretatie is niet alleen begrijpelijk doch trouwens best te verklaren doordat de verschillende theorieën zeer vaak tot hetzelfde resultaat leiden en de feitenrechter zich daarenboven dikwijls losmaakt van de strikte interpretatie van artikel 1315 van het burgerlijk wetboek.

Men vergelijke bv. het resultaat dat bekomen wordt door de billijkheidsleer met hetgeen voortvloeit uit de door de objectiefrechtelijke theorie voorgestane bewijswaardering (zie boven, nr. 142).

Dit kan best geïllustreerd worden door uitlatingen van verschillende auteurs tegenover elkaar te stellen.

Wanneer Rosenberg verklaart dat de hele bewijslastregeling tot

(1) *o.c.,* nr. 39, bl. 86-87.

(2) Zie vnl. Scheltema, F.G., *o.c.;* — zie ook Rosenberg, L., *o.c.*

één formule kan teruggebracht worden (1) en dat noch het concrete geschil (2), noch de concrete partijenverhouding (3) invloed mogen hebben op deze formule, dan kan hij wel in principe gelijk hebben, doch in werkelijkheid zullen zelfs de voorstanders van de objectiefrechtelijke theorie nog onderling van mening verschillen naar aanleiding van een of ander grensgeval. Rosenberg schijnt dit trouwens zelf te hebben ingezien wanneer hij (4) de uitspraak van een voorstander van de subjectiefrechtelijke theorie, Bethmann-Hollweg (5), beaamt : « Diese Durchführung hat freilich in manchen Fällen noch bedeutende Schwierigkeiten. Allein diese liegen nicht in dem Prinzip, sondern darin, dasz bei den einzelnen Rechtsverhältnissen häufig noch zweifelhaft sein wird, welche die aus ihrem Begriffe abgeleiteten Bedingungen seien. Ein Zweifel, der *nicht durch allgemeine Regeln* gelöst werden kann, sondern nur durch Untersuchung der Natur der einzelnen Rechtsverhältnisse, und durch Benutzung der Winke, die die Gesetze selbst darüber geben ».

Asser-Anema-Verdam daarentegen komen tot de slotsom dat het onmogelijk is een algemene theorie op te stellen (6), doch hebben hun procesrechtelijke theorie opgebouwd op grond van algemene gezichtspunten die de ervaring heeft opgeleverd (7). Deze algemene gezichtspunten benaderen daarenboven zeer sterk de andere theorieën. Wanneer zij bv. vooropstellen dat, bij de algemene vereisten voor rechtshandelingen, de bewijslast op de verweerder rust indien de rechtswerking afhangt van eigenschappen die bij *elk* dergelijk samenstel der feiten van betekenis zijn, en dat de eiser het *bepaald* karakter van een rechtshandeling zal hebben te bewijzen (8), dan herhalen zij onbewust de grondprincipes van de subjectiefrechtelijke theorie.

178. — Dat de verschillende theorieën vaak tot een gelijkaardig resultaat komen, kan nog op een andere wijze verduidelijkt worden.

In het Engelse recht is er geen artikel 1315 en toch vertonen de principes inzake bewijslastverdeling veel gelijkenis met de opvattingen van het continentale recht.

(1) *o.c.*, § 9, bl. 98.
(2) *o.c.*, § 13, bl. 166 e.v.
(3) *o.c.*, § 1, bl. 3; § 6, bl. 64; § 13, bl. 173 e.v.
(4) *o.c.*, § 9, bl. 116, voetnoot 4.
(5) *Versuche über einzelne Theile des Civilprozesses*, bl. 352.
(6) *o.c.*, bl. 86.
(7) *o.c.*, bl. 83.
(8) *o.c.*, bl. 85.

De eiser zal de *facts in issue* moeten bewijzen, doch bij het begin van het geschil zal het meestal volstaan een *prima facie* bewijs aan te brengen (1).

De verweerder moet niets bewijzen wanneer hij de door de eiser gestelde en eventueel bewezen feiten eenvoudigweg ontkent (2). Hij moet daarentegen wel de bewijslast dragen zo hij feiten aanhaalt die niet verenigbaar zijn met de door de eiser aangebrachte feiten (*inconsistent facts*), of zo hij het door de eiser gestelde niet betwist doch een onafhankelijk verweer voert (*independent defence*) (3).

Dat ook de bewijswaardering door de rechter een belangrijke rol speelt in het geding blijkt uit verschillende *cases* (4).

179. — Het onderscheid tussen de verschillende theorieën mag dus niet opgeschroefd worden; het is trouwens niet altijd gemakkelijk de opvattingen van de verschillende rechtsgeleerden in één van de behandelde stelsels onder te brengen (5).

Nochtans was een overzicht van de verschillende bewijslasttheorieën niet minder noodzakelijk. Hieruit is immers gebleken dat zelfs zo de resultaten in grote trekken gelijklopend zijn, de redeneerwijze totaal kan verschillen. Dit verklaart meteen waarom aan sommige opvattingen de voorkeur werd gegeven en meer speciaal aan die opvattingen welke de meeste zekerheid kunnen bieden.

Een inzicht in de verschillende theorieën liet tevens toe vast te stellen dat elke opvatting een aandeel heeft gehad in de opbouw van de leer van de bewijslast.

Tenslotte mag eveneens worden aangestipt hoe verrijkend de vergelijking met de Nederlandse en de Duitse doctrine kan zijn voor dit leerstuk van het bewijsrecht.

180. — Een groter vraagstuk wordt het de rechtspraak op dat stuk te systematiseren; het is opvallend dat dezelfde arresten en vonnissen dikwijls op tegenstrijdige wijze werden geïnterpreteerd (zie boven, nr. 177).

Bij het onderzoek van de Belgische rechtspraak blijkt het zeer moeilijk een algemene lijn te ontdekken. Ofwel maakt men eenvoudigweg toepassing van artikel 1315 van het burgerlijk wet-

(1) Nokes, G.D., *An introduction to evidence*, bl. 373 e.v.
(2) *Wakelin* v. *London and South Western Railway*, (1886), 12 App. Cas. 41; — *Joseph Constantine Steamship Line Ltd.* v. *Imperial Smelting Corporation Ltd.*, [1942] A.C. 154.
(3) Nokes G.D., *o.c.*, bl. 386.
(4) Zie o.m. *Scott* v. *London Docks Co*, (1865), 3 H. & C. 596 : wanneer de *ordinary course of things* speelt ten gunste van de eiser, dan is het de beurt aan de verweerder om de nodige bewijzen te leveren.
(5) Dit is vooral duidelijk gebleken bij de behandeling van de procesrechtelijke theorie : zie boven, nr. 161 e.v.

boek (1) ofwel is de uitspraak gebaseerd op feitelijke beoordeling en bewijswaardering zonder principiële bewijslastverdeling.

Men kan natuurlijk trachten in sommige vonnissen en arresten een theoretische stellingname op te sporen. Zo zijn er arresten van het Hof van Cassatie aan te wijzen, waarin elementen van de objectiefrechtelijke theorie aanwezig zijn en nl. de verplichting om de feitelijke elementen van het ingeroepen rechtsvoorschrift te bewijzen (zie boven, nr. 130 en 133) : « Overwegende dat wie ook zich voor het gerecht op een recht wil beroepen, moet bewijzen dat de feiten, waarop hij zijn vordering steunt, binnen het kader vallen van de *wetteksten,* waarvan hij de toepassing eist... » (2) en « Overwegende dat het middel het bestreden arrest verwijt... het grondbeginsel ter zake van bewijsvoering te hebben geschonden hetwelk vervat is in artikel 1315 van het burgerlijk wetboek, volgens hetwelk hij die het herstel van een schade vordert het aanwezig zijn van de *wettelijke grondslagen* der vordering dient te bewijzen ofwel de rechter zelve deze grondslagen dient vast te leggen... » (3).

Toch stelt zich de vraag of dit geen *hineininterpretieren* is, waarbij men achteraf de rechtspraak wringt in het keurslijf van een pasklare theorie, die vermoedelijk niet voorzat bij diegenen die de uitspraak verleenden.

181. — Men mag nochtans aannemen dat de bewijslast (4) bepaald wordt door het objectieve recht.

Zelfs de voorstanders van de procesrechtelijke theorie gaan uit van zekere principes die tot het objectieve recht *sensu latissimo* kunnen gerekend worden (zie boven, nr. 177). Over de verdeling van de bewijslast kan men uiteraard van mening verschillen, doch de objectiefrechtelijke theorie biedt op dat stuk de meeste waarborgen.

Zo is het o.m. duidelijk dat een strakke bewijslastverdeling het aantal processen aanzienlijk zal verminderen, omdat de partijen meestal op voorhand kunnen weten of zij kans hebben te slagen in de bewijslevering die van hen zal verwacht worden. Wordt de bewijslast willekeurig door de feitenrechter bepaald, dan kan men altijd eens proberen.

(1) Herhaaldelijk vindt men volgende overweging terug : « Overwegende dat overeenkomstig artikel 1315 van het burgerlijk wetboek de partij die de uitvoering van een verbintenis vordert, het bestaan ervan moet bewijzen... ». Zie aldus o.m. : Verbr., 29 mei 1952, *Pas.,* 1952, I, 635; — Verbr., 12 juni 1953, *Pas.,* 1953, I, 800; — Verbr., 27 februari 1958, *Pas.,* 1958, I, 712; — Verbr., 17 november 1961, *R.W.,* 1961-62, 1949.
(2) Verbr., 18 januari 1945, *Pas.,* 1945, I, 88; *Arr. Verbr.,* 1945, 78.
(3) Verbr., 31 januari 1952, *Pas.,* 1952, I, 308; *Arr. Verbr.,* 1952, 274.
(4) Er weze aan herinnerd dat deze term gebezigd wordt in de zin van *partijwerkzaamheid van diegene, die het bewijsrisico draagt :* zie boven, nr. 35.

Uitgaande dus van de objectiefrechtelijke theorie moet beklemtoond worden, dat de bewijslast *in abstracto* bepaald wordt door de rechtsmaterie die het voorwerp van het geschil uitmaakt. Aan deze regeling kan tijdens het geding niet getornd worden; de wijze waarop het geding *in concreto* gevoerd wordt, heeft hierop geen invloed. Blijft er twijfel heersen omtrent feiten, waarvan één der partijen de bewijslast draagt, dan zal deze partij in het ongelijk moeten gesteld worden.

Hieruit volgt dat de eiser de rechtscheppende feiten zal moeten bewijzen. Een dergelijk bewijs kan rechtstreeks geleverd worden, doch ook op een onrechtstreekse wijze waarbij dan de bewijswaardering door de feitenrechter een belangrijke rol zal spelen; de rechter kan immers op grond van talrijke overwegingen (zie verder, nr. 306 e.v.) aannemen dat de eiser in zijn bewijsopdracht geslaagd is. In beide gevallen kan de verweerder niet meer volstaan met een eenvoudige ontkenning; hij zal tegenbewijs moeten leveren teneinde opnieuw onzekerheid over de rechtscheppende feiten te doen ontstaan met het gevolg dat de eiser terug de oorspronkelijke bewijslast draagt.

Slaagt de verweerder niet in dit tegenbewijs, dan moet hij de eigenlijke bewijslast opnemen voor de feiten waarvan hij het bewijsrisico draagt (rechtsverhinderende en rechtsvernietigende feiten).

Dit overzicht van het feitelijke procesverloop toont aan dat de b e w i j s l a s tverdeling onveranderd bepaald blijft door het objectieve recht. Nochtans mag men hierbij niet uit het oog verliezen dat ook het concrete geding zijn invloed zal laten gelden op de b e w i j s v o e r i n g, zonder dat evenwel aan de abstracte bewijslastregeling getornd wordt.

182. — Hoewel dus elk van de bewijslasttheorieën belangrijke verdiensten heeft gehad, zoals trouwens herhaaldelijk werd onderlijnd, blijft de o b j e c t i e f r e c h t e l i j k e t h e o r i e de voorkeur verdienen omdat zij op de meest scherpe wijze de bewijslast heeft weten te ontleden en hierbij een formule heeft voorgesteld die in de huidige staat van wetgeving bevrediging kan schenken. Dat ook deze formule nochtans niet altijd de gewenste zekerheid biedt, wordt evenwel door de verdedigers dezer theorie toegegeven en betreurd (1).

Deze laatsten hebben niettemin onvoldoende aandacht besteed aan de v e r s o e p e l i n g e n die deze theorie onvermijdelijk in de rechtspraktijk ondergaat, onder de invloed van het optreden van volgende

(1) Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 64 en 70-71; — Rosenberg, L., *o.c.,* § 9, bl. 116.

personen : de gedingvoerende partijen, de feitenrechter en de wetgever.

Het is wel zo dat de houding van de gedingvoerende partijen in principe geen wijziging brengt aan de verdeling van de bewijslast; nochtans zal het verloop van het geding en dus ook de processuele bewijsvoering een ander uitzicht krijgen naargelang de partijen ontkennen, bekennen, medewerken aan de bewijslevering, weigeren stukken voor te brengen, bewijslastovereenkomsten sluiten,... In de meeste van die gevallen immers is de strakke bewijslastverdeling volgens vaste normen in een zekere mate overbodig geworden. Dit aspect van het probleem zal daarom nader belicht worden (zie titel III).

Ook de feitenrechter oefent een belangrijke invloed uit op de gang van het proces; de wijze waarop zijn taak wordt opgevat heeft ontegensprekelijk een grote betekenis (zie hierover verder, titel IV).

Tenslotte kan de wetgever, die de principes van de bewijslast heeft opgesteld, natuurlijk zelf wijzigingen aan die principes invoeren : de bewijslastregelen, de wettelijke vermoedens, de regeling van eed en bekentenis, zijn hiervan de meest typische voorbeelden die verder nog zullen besproken worden (zie verder, titel V).

TITEL III

DE TAAK VAN DE GEDINGVOERENDE PARTIJEN

183. — Vooraleer meer breedvoerig de respectievelijke taak van de partijen en van de rechter (zie Titel IV) in het privaatrechtelijk geschil te belichten, moet toch even de aandacht gevestigd worden op het feit dat deze taak slechts in theorie afzonderlijk kan bestudeerd worden. De wijze immers waarop de procesrechtelijke verplichtingen der partijen zullen bepaald worden, heeft onvermijdelijk zijn weerslag op de tussenkomst van de rechter en omgekeerd.

Hieruit blijkt dat dit alles moet teruggebracht worden tot het fundamenteel onderscheid tussen twee systemen : het accusatoir stelsel *(système accusatoire, Verhandlungsmaxime),* waarin de partijen de leiding van het geding in handen houden, en het inquisitoriaal stelsel *(système inquisitorial, Offizialmaxime, Untersuchungsmaxime),* waarin de rechter het initiatief neemt.

Uit hiernavolgende uiteenzetting zal men kunnen besluiten dat geleidelijk het accusatoir stelsel verdrongen wordt ten gunste van zekere opvattingen die veeleer thuis horen in een inquisitoriaal stelsel.

184. — Wanneer men nagaat welke de opvattingen zijn over de rol van de gedingvoerende partijen, dan is ter zake een zeer duidelijke evolutie merkbaar.

Het grondbeginsel is dat de partijen als *domini litis* het proces beheersen : zij beschikken vrij over hun rechten (1) en dienvolgens ook over de bewijsmiddelen, die zij wettelijk moeten aanwenden teneinde het bestaan van de rechtscheppende feiten aan te tonen.

Doch geleidelijk komt hierin een kentering doordat meer en meer de nadruk gelegd wordt op de noodzakelijke samenwerking van de partijen bij de bewijsvoering (2), samenwerking die in zekere mate een versoepeling van de strakke bewijslastprincipes zou brengen.

Sommigen gingen nog veel verder en gewaagden van een publiekrechtelijke verplichting voor de partijen om samen met de rechter de materiële waarheid op te zoeken (3).

Nog anderen willen de taak van de rechter uitbreiden (zie verder, nr. 286 e.v.), hetgeen de werkzaamheid van de partijen ongetwijfeld ten dele zal beïnvloeden (4).

---

(1) Behoudens wanneer de openbare orde zich hiertegen zou verzetten.
(2) Demogue, R., *Les notions fondamentales,* bl. 558; — De Page, III, nr. 729, A, bl. 709-710; — Dabin, J., *La technique de l'élaboration du droit positif,* bl. 88; — Dekkers, R., II, nr. 633, bl. 365-366.
(3) Dit zijn de voorstanders van de publiekrechtelijke theorie : zie boven, nr. 153 e.v.
(4) Zie aldus o.m. Stévigny, G., *o.c.,* nr. 76, *R.W.,* 1957-58, 153-154.

In de hiernavolgende hoofdstukken wordt de taak van de partijen nader onderzocht. Hierbij zal nagegaan worden welke de partijwerkzaamheid is en zal meteen de vraag gesteld worden of de partijen ook gehouden zijn het geding te voeren volgens de regelen van het *fair play* en of zij zelfs verplicht kunnen worden met elkaar samen te werken bij de bewijsvoering. Tenslotte zal een en ander meer concreet belicht worden bij de bespreking van het recht op bewijs.

HOOFDSTUK I.

DE PARTIJWERKZAAMHEID

185. — De p a r t i j w e r k z a a m h e i d inzake bewijsvoering bestaat er hoofdzakelijk in de rechtscheppende feiten te stellen en eventueel te bewijzen (1).

Te dien aanzien stellen zich natuurlijk verschillende problemen : wie zal bewijzen en welke feiten moet hij bewijzen? kunnen die feiten rechtstreeks bewezen worden? hoe zullen zij bewezen worden? Deze vragen staan in verband respectievelijk met de bewijslast, het onmiddellijk of middellijk bewijs en de bewijsmiddelen.

Op de vraag naar de bewijslast (wie? welke feiten?) werd reeds eerder een antwoord gegeven in aansluiting met de verschillende ter zake verkondigde theorieën (zie boven, nr. 107 e.v.).

Een bespreking van de bewijsmiddelen heeft in het kader van deze studie slechts belang inzoverre zij de bewijslast raken; daarom zal er slechts nu en dan terloops op gewezen worden.

186. — Tenslotte blijven de begrippen o n m i d d e l l i j k en m i d d e l l i j k b e w i j s nog nader te verklaren.

Wanneer uitgemaakt is welke feiten door elk van de beide partijen moeten bewezen worden, dan zal het dikwijls voorkomen dat die feiten moeilijk of onmogelijk rechtstreeks kunnen aangetoond worden; de door de wet vereiste rechtsfeiten zullen dan aan de hand van hulpfeiten ter kennis van de rechter moeten gebracht worden. Hierin ligt juist het onderscheid tussen het onmiddellijke en het middellijke bewijs.

Kan het te bewijzen feit aan de rechter voor waardering voorgelegd worden, hetzij door het hem te vertonen (zintuigelijke waarneming), hetzij door geschreven stukken of getuigen aan te brengen

(1) Over de verschillende fases in aanvoering en bewijs werd reeds vroeger gesproken : zie boven, nr. 26 en 140.

die dat feit zullen bevestigen (schriftelijk bewijs en bewijs door getuigen), dan spreekt men gewoonlijk van onmiddellijk bewijs (1).

Zo daarentegen het te bewijzen feit niet rechtstreeks kan aangetoond worden, zal men trachten een hulpfeit te bewijzen dat in zodanig verband staat met het te bewijzen feit dat uit het bestaan van het ene noodzakelijkerwijze het bestaan van het andere zal voortvloeien. In dat geval spreekt men van vermoedenbewijs, hetwelk kan omschreven worden door de wetgever (wettelijke vermoedens) of aan het oordeel van de feitenrechter kan overgelaten worden (rechterlijke of feitelijke vermoedens) (2). Het spreekt van zelf dat die hulpfeiten op hun beurt middellijk of onmiddellijk kunnen bewezen worden.

Men kan weliswaar doen opmerken dat het vermoedenbewijs niet de enige vorm van onrechtstreeks bewijs is (3); doch in werkelijkheid moet men toegeven dat het vermoedenbewijs minstens de meest typische toepassing is van het middellijk bewijs (4).

Bij dit onderscheid tussen onmiddellijk en middellijk bewijs moet nochtans aangemerkt worden dat men soms het verschil meent te zien in het feit of de rechter al dan niet rechtstreeks en persoonlijk waarneemt hetgeen moet bewezen worden; het plaatsbezoek bv. zou onmiddellijk bewijs zijn, terwijl het getuigenbewijs middellijk zou zijn (5). Hoewel dit niet de gangbare opvatting is, sluit zij toch aan bij de vaststelling dat het in de praktijk moeilijk is een onderscheid te maken tussen het rechtstreekse bewijs van de rechtsfeiten en het intermediaire bewijs ervan door hulpfeiten. De wijze waarop de rechter immers tot het feit, dat bewezen moet worden, besluit, verschilt niet zozeer, doordat rechtstreeks en onrechtstreeks bewijs in

(1) Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 40 e.v.; — zie ook : Beudant, IX², nr. 1146, bl. 214; — vgl. Porre, G., *Le fait pertinent,* bl. 9 e.v., die van oordeel is dat enkel de zintuigelijke waarneming een onmiddellijk bewijs inhoudt, doch er dadelijk aan toevoegt : « Prouver c'est établir aux yeux du juge un fait, qui, pour lui, est non seulement inconnu, mais inconnaissable directement » (bl. 9) en verder : « La preuve est toujours indirecte et ne peut atteindre le fait à prouver *a* que par l'intermédiaire d'un autre fait *b* préalablement donné. Mais ce passage du fait *b* au fait *a* n'implique un véritable raisonnement qu'au seul cas de preuve par présomptions du fait de l'homme. Dans tous les autres cas le raisonnement n'existe qu'en théorie de sorte que pratiquement la preuve peut être considérée comme directe, ou tout au moins, puisque nous savons que nulle preuve ne peut être directe, comme moins indirecte que lorsqu'il s'agit de la preuve par présomptions » (bl. 44).

(2) Zie over het vermoedenbewijs verder, nr. 353 e.v.

(3) Zie bv. Picard, M., *o.c.,* bl. 124 e.v.; — vgl. Bartin in Aubry et Rau, XII, § 749, noot 10*bis*, bl. 78-80.

(4) Vgl. Porre, *o.c., l.c.*

(5) Garsonnet et Cézar-Bru, II, nr. 240, bl. 385 e.v.; — vgl. Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 81 e.v.

elkaar overlopen (1). Meijers heeft getracht de tegenstelling nog te rechtvaardigen door de opmerking dat het eigenaardige van het directe bewijs niet daarin gelegen is dat men zijn bewijs niet op een gegeven feit opbouwt, maar dat dit gegeven feit een mondelinge of schriftelijke verklaring van een persoon is, waaruit men tot de juistheid van het verklaarde besluit (2). Een dergelijke omschrijving neemt niet weg dat de rechter ook bij schriftelijk of getuigenbewijs op onrechtstreekse wijze tot het te bewijzen feit concludeert (3).

187. — Bij de beoordeling van de doeltreffendheid van het middellijk bewijs, dat dus in het bewijsrecht een vrij belangrijke plaats inneemt, moet vooral gelet worden op het verband tussen het hoofdfeit en het hulpfeit; hier stelt zich m.a.w. de vraag naar de verplaatsing van het bewijsobject *(déplacement de la preuve)* (4). Deze verplaatsing doet zich algemeen voor bij vermoedenbewijs; zij doet zich ook voor wanneer men om een negatief feit te bewijzen, het bewijs van het tegengestelde positieve feit aanbrengt.

Het principe zelf van die verplaatsing wordt niet meer in twijfel getrokken, doch de verantwoording is niet steeds dezelfde.

Sommigen hebben aldus gemeend de mogelijkheid van verplaatsing van het bewijsobject te moeten afleiden uit de neutraliteit van de rechter (5); omdat deze laatste zelf de waarheid niet zou mogen opsporen, moet hij zich verlaten op de beweringen van de partijen.

Een dergelijke rechtvaardiging kan moeilijk aanvaard worden, omdat zelfs in een regime waarin aan de rechter een grotere bevoegdheid zou worden verleend bij het opsporen van het feitenmateriaal, toch zelden de volledige waarheid zal ontdekt worden. Hier staat men eens te meer voor de beperktheid van de menselijke kennis. Deze laatste overweging geeft een betere verantwoording : vermits om praktische redenen het leveren van een volledig en direct bewijs

(1) Kan, M.L., *o.c.,* bl. 127 e.v.; — Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations, IV,* nr. 2652, bl. 338-339.

(2) *Bijdrage tot de leer van het middellijk bewijs,* in *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen,* II, bl. 226. Wanneer m.a.w. het feit, waaruit men het bewijs afleidt, een mondelinge of schriftelijke verklaring is, spreekt men volgens Meijers van direct bewijs.

(3) Vgl. de opvatting van Porre : boven, voetnoot nr. 1, bl. 180; — zie ook verder bij de bespreking van de feitelijke vermoedens : nr. 364 e.v.

(4) Op dit begrip werd reeds de aandacht gevestigd bij het onderzoek naar de bewijsmoeilijkheden bij oneindig-negatieve feiten : zie boven, nr. 122. De term werd blijkbaar voor het eerst gebruikt door Bartin in zijn cursus voor de doctoraatsstudenten tijdens de jaren 1907-1910.

(5) Aldus Picard, M., *o.c.,* bl. 120-121.

zou gelijkstaan met *une véritable malédiction* (1), mogen de partijen ook op een onrechtstreekse wijze de gevorderde bewijzen leveren.

Hoewel het middellijk bewijs op zichzelf niets met de graad van waarschijnlijkheid heeft te maken (2), mag er toch op gewezen worden dat zowel de waarschijnlijkheid (3) als het middellijk bewijs op dezelfde grondgedachte gebaseerd zijn : de bewijslevering van de partijen mag niet onmogelijk gemaakt worden.

188. — Nochtans zijn aan deze verplaatsing sommige b e p e r k i n g e n gesteld, ten einde te vermijden dat die verplaatsing tot in het oneindige zou worden doorgevoerd.

In de eerste plaats heeft de wetgever, en bij analogie de rechtspraak, deze verplaatsing in sommige gevallen verboden en nl. wanneer een i n t r i n s i e k b e w i j s vereist wordt. Uitgaande van de bepaling die hiervan door Léon Mazeaud werd gegeven : « Il y a preuve intrinsèque lorsque, de l'acte même sur lequel porte la contestation, résulte directement ou indirectement, expressément ou implicitement, la preuve soit de sa nullité, soit de sa validité, soit de l'intention de son auteur » (4), kan gezegd worden dat een dergelijk intrinsiek bewijs slechts in enkele gevallen vereist wordt.

De enige wettekst die ter zake kan ingeroepen worden is artikel 504 van het burgerlijk wetboek, volgens hetwelk de handelingen van een overledene slechts mogen bestreden worden wegens zwakzinnigheid, zo de ontzetting uitgesproken of gevorderd werd vóór diens overlijden, tenzij die zwakzinnigheid uit de bestreden handeling zelf zou blijken.

De rechtspraak heeft soms nog in twee gevallen eenzelfde bewijs vereist. Aldus was men van oordeel dat de onvolledige datum van een testament slechts kon aangevuld worden door gegevens geput *uit de akte zelf* (5); hetzelfde zou ook gelden voor het bewijs van de echtheid of valsheid van de dagtekening (6).

Thans wordt deze stelling meer en meer verlaten, vermits men aanneemt dat de onvolledige of valse dagtekening resp. mag aangevuld of gerectifieerd worden door gegevens buiten het testament (7).

---

(1) Aldus von Jhering, R., *Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain,* III : *Du rôle de la volonté dans la possession,* vert. O. de Meulenaere, Paris, 1891, bl. 148.

(2) Het middellijk bewijs kan immers even waarschijnlijk of zelfs waarschijnlijker zijn dan het onmiddellijk bewijs; — zie nochtans : Ripert et Boulanger, II, nr. 2167, bl. 700.

(3) Zie voor dit begrip o.m. : De Page, III, nr. 729, B, bl. 710-711; — zie ook verder, nr. 314.

(4) Mazeaud, L., *La preuve intrinsèque,* Proefschr., Amiens, 1922, bl. 2.

(5) Cass. fr., 9 juli 1885, *S.,* 1888, 1, 479; — vgl. Cass. fr., 11 oktober 1955, *D.,* 1956, J., 5; — zie ook in dezelfde zin : Picard, M., *o.c.,* bl. 135; — Kluyskens, A., *De schenkingen en testamenten,* 3de uitg., Brussel, 1947, nr. 197-2°, bl. 268.

(6) Cass. fr., 11 januari 1886, *S.,* 1886, 1, 337; — vgl. Cass. fr., 31 januari 1955, *Ann. not. enreg.,* 1955, 298; — zie ook : Picard, M., *o.c., l.c.*

(7) Jacobs, H., A.P.R., Tw. *Testamenten (Vorm),* nr. 49 en 54; — De Page, VIII², Brussel, 1947, nr. 861-6°, bl. 982, en nr. 864, D, bl. 990-991; — Rb. Kortrijk, 6 november 1947, *T. Not.,* 1948, 52.

Ook werd soms voorgehouden dat het ongeoorloofde karakter van de impulsieve en determinerende oorzaak in de beschikkingen ten kosteloze titel, slechts mocht bewezen worden aan de hand van de akte zelf (1); thans wordt ook deze stelling niet meer aanvaard (2).

De voornaamste beperking aan de verplaatsing van het bewijsobject ligt nochtans in de noodzaak van een min of meer eng verband tussen het te bewijzen feit en het hulpfeit, zodat men uit dit laatste normaal het eerste kan afleiden (3); m.a.w. de hulpfeiten moeten t e r z a k e d i e n e n d (pertinent) zijn (4). Of de feiten al dan niet aan dit vereiste voldoen, blijft aan de soevereine beoordeling van de feitenrechter onderworpen.

Het is wellicht omdat de feitenrechter heden ten dage meer en meer bevoegdheid in bewijsaangelegenheden krijgt toegewezen (zie hierover verder, nr. 295 e.v.) dat hij, die toch soeverein het pertinent karakter beoordeelt, het intrinsiek bewijs niet meer vereist doch vrijelijk de bewijzen wenst te waarderen.

189. — Uit het voorgaande blijkt dat het bewijs zoals het van de gedingvoerende partijen in theorie zou kunnen vereist worden, in werkelijkheid niet altijd zo moeilijk is als op het eerste gezicht zou schijnen. De partijen hoeven immers, zoals vroeger werd betoogd (zie nr. 100 e.v.), niet alle feiten die aan hun beweringen ten grondslag liggen te bewijzen (principe van de verdeling van de bewijslast : *décomposition de la preuve*); zopas werd aangetoond dat zij evenmin rechtstreeks het aanwezig zijn van die feiten hoeven aan te tonen, vermits zij zeer dikwijls de rechter kunnen overtuigen aan de hand van hulp- of nevenfeiten (principe van de verplaatsing van het bewijsobject : *déplacement de la preuve*).

Volledigheidshalve zou hier opnieuw moeten aan toegevoegd worden dat ook de strakke reglementering van de b e w i j s m i d d e l e n (artikel 1341 en volgende B.W.) in werkelijkheid niet zo streng wordt toegepast; trouwens artikel 1348 van het burgerlijk wetboek voorziet reeds tal van uitzonderingen desbetreffend: « ter zake bewijsvoering is niemand tot het onmogelijke gehouden » (5).

---

(1) Cass. fr., 6 december 1876, *S.,* 1877, 1, 67; — Rb. Brugge, 8 maart 1905, *Pas.,* 1906, III, 309; — Rb. Brugge, 16 november 1920, *Pas.,* 1921, III, 108.

(2) Kluyskens, A., *De Schenkingen en testamenten,* nr. 34, bl. 66; — De Page, VIII¹, nr. 84, bl. 144, voetnoot 1; nr. 256, bl. 353; nr. 263, bl. 359-360; — Verbr., 14 mei 1903, *Pas.,* 1903, I, 216; — Brussel, 7 januari 1911, *B.J.,* 1911, 275; — Luik, 26 juni 1930, *Pas.,* 1931, II, 22; — vgl. Cass. fr., 2 januari 1907, *D.P.,* 1907, 1, 137.

(3) In werkelijkheid is het intrinsieke bewijs ook een toepassing van deze voorwaarde : Mazeaud, L., *o.c.,* bl. 134.

(4) Over dit begrip : zie verder, nr. 222.

(5) Aldus : Rb. Antwerpen, 12 februari 1959, *R.W.,* 1959-60, 746. Voor een verdere bespreking van de bewijsmiddelen, zie : Storme, M., *L'influence de la codification*

190. — Dit alles vereenvoudigt ongetwijfeld het bewijs, doch brengt daarom nog geen wijzigingen aan de bewijs*last*.

Zijn er m.a.w. geen redenen om aan te nemen dat in sommige gevallen de bewijslast in afwijking van de normale principes wordt omgekeerd, of meer nog, kan het niet gebeuren dat het probleem van de bewijslast zich eenvoudig niet meer stelt omdat de beide gedingvoerende partijen de plicht hebben samen te werken bij de bewijslevering? Omkering van de bewijslast, samenwerking van de partijen, ziedaar twee vraagstukken die nader moeten belicht worden.

191. — Kan de bewijslast omgekeerd worden? Deze vraag heeft enkel betrekking op de tussenkomst van de rechter ter zake (1); zij stelt zich hoofdzakelijk wanneer de partijen zich in bewijsmoeilijkheden bevinden (2).

Mag de rechter de bewijslast omkeren en opdragen aan de partij, die volgens de gewone gang van zaken, het best in staat is om het vereiste bewijs te leveren?

Deze probleemstelling sluit aan bij de theorie van de bewijsgeschiktheid (*aptitude à la preuve*), zoals die voornamelijk in Frankrijk werd uitgewerkt (3).

Aldus blijkt uit de ervaring dat een positief feit gemakkelijker kan bewezen worden dan een oneindig-negatief feit (4), dat de verantwoordelijke voor een aanvarend schip, dat gemeerd lag doch losgeslagen werd, beter kan bewijzen dan diegene die het aangevaren schip onder zijn hoede heeft (5), dat de bestuurder van een wagen beter in staat is de oorzaken van het ongeval aan te tonen dan wel de begeleider (6), dat de man die normaal het beheer heeft van de goederen van de vrouw beter kan weten hetgeen met de persoonlijke goederen van zijn echtgenote gebeurd is (7).

Napoléonienne hors de France, dans le domaine de la preuve, in *Travaux de la société Jean Bodin 1959,* in druk.

(1) Er weze immers aan herinnerd dat de wetgever, die de bewijslastprincipes heeft vastgelegd, deze natuurlijk ook kan wijzigen; dat de partijen daarenboven de gewone bewijslastverdeling mogen veranderen, werd reeds vroeger aangestipt (zie boven, nr. 56 e.v.).

(2) De Duitsers noemen dit *Beweisnotstand.*

(3) Demogue nam deze idee over van J. Bentham, die er reeds eerder de aandacht had op gevestigd (*Traité des preuves judiciaires,* II, bl. 172) : *Les notions fondamentales du droit privé,* bl. 553 e.v.

Esmein heeft dit alles nog nader uitgewerkt : *Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle, Rev. trim. dr. civ.,* 1933, 627 e.v.; — zie ook boven, nr. 109 en 164 en verder, nr. 207.

(4) Brussel, 8 december 1953, *J.T.,* 1954, 298; — *R.* v. *Turner,* (1816), 5 M. & S. 206; — zie boven, nr. 118.

(5) Arr. Rb. Amsterdam, 21 maart 1951, *N.J.,* 1952, 588.

(6) Hof Den Haag, 16 juni 1955, *N.J.,* 1955, 615.

(7) H.R., 13 december 1918, *N.J.,* 1919, 157.

Er zijn dus ongetwijfeld gevallen aan te halen waarin de bewijslast werd omgekeerd ten nadele van de partij, die gemakkelijker het bewijs kon leveren; een dergelijke omkering kan moeilijk gerechtvaardigd worden (zie ook boven, nr. 121).

Bij nader toezien blijkt evenwel dat het in de meeste gevallen slechts om een schijnbare omkering gaat; veeleer werd de bewijslast op de tegenpartij gelegd hetzij omdat de feitenrechter op grond van zijn vrije bewijswaardering van oordeel was dat het nodige bewijs reeds geleverd werd (zie hierover, verder nr. 289 e.v.), hetzij omdat de tegenpartij gezien de bewijsmoeilijkheden verplicht werd aan de bewijslevering mede te werken.

Dit laatste punt zal thans nader onderzocht worden.

HOOFDSTUK II.

DE MEDEWERKING VAN DE PARTIJEN

192. — De betreurde Nederlandse cultuurhistoricus Johan Huizinga heeft voor het eerst, in zijn boek *Homo ludens,* op een originele wijze willen aantonen dat in alle cultuurvormen en dus ook in het recht, spelelementen terug te vinden zijn (1).

Uit het feit dat de rechtsstrijd als een spel kan beschouwd worden, moeten dus zekere spelregels in acht worden genomen (formalisme van het recht) en moeten de partijen ook sportief of *fair* optreden.

Deze stelling moet wel uitermate geboeid hebben, vermits zij aanleiding gaf tot een wederwoord van Paul Scholten (2) en nadien tot een verdere bespreking door Van Praag (3).

Uitgaande van de bepaling die door Huizinga werd gegeven (4) : « Spel is een vrijwillige handeling of bezigheid, die binnen zekere vastgestelde grenzen van tijd en plaats wordt verricht naar vrijwillig aanvaarden doch volstrekt bindenden regel, met haar doel in zichzelf, begeleid door een gevoel van spanning en vreugde, en door een besef van *anders zijn* dan het *gewone leven* », meent Scholten weliswaar dat sommige spelelementen in het geding ontbreken (5). Omdat ook de rechter niet speelt (6) en de moderne zakelijkheid daarenboven wat er nog aan spel in het geding zat, heeft verdreven (7), komt Scholten tot het besluit dat het geding, hoewel soms een kansspel, in de 20ste eeuw meer ernst dan spel is geworden.

(1) *Homo ludens,* 5de uitg., Haarlem, 1958, spec. Hoofdstuk IV, *Spel en rechtspraak,* bl. 78 e.v.
(2) *Over spel en ernst in het recht,* in *Verzamelde geschriften P. Scholten,* I, Zwolle, 1949, bl. 471 e.v. Dit artikel was oorspronkelijk opgenomen in een bundel, welke aan Professor Huizinga op zijn zeventigste verjaardag, 7 december 1942, is aangeboden; door de bezetting kon deze bundel niet gedrukt worden, zodat hij pas in 1948 te Haarlem werd uitgegeven.
(3) Van Praag, M.M., *De wortels van het procesrecht, R.M. Themis,* 1954, 200 e.v.
(4) *o.c.,* bl. 29.
(5) *o.c.,* bl. 472.
(6) *o.c.,* bl. 483.
(7) *o.c.,* bl. 488.

Doch wanneer Scholten voorhoudt dat het recht gericht is op de beslissing en dat deze laatste een *behoren* inhoudt en deel heeft aan de gerechtigheid (1), dan kan deze opmerking geen kritiek zijn op de stelling van Huizinga, vermits deze laatste zijn boek in dezelfde zin besluit : « Indien echter de mensch een beslissing heeft te nemen, of een handeling, waartoe zijn wil hem drijft, hem als ernst voorgeschreven, dan wel als spel geoorloofd is, biedt hem zijn zedelijk geweten onmiddellijk den toets. Zodra in het besluit tot de daad gevoelens meespreken van waarheid en gerechtigheid, van erbarmen en vergeving, heeft de vraag (ernst of spel) geen betekenis meer » (2).

AFDELING I. FAIR PLAY IN HET PRIVAATRECHTELIJK GEDING

193. — Zelfs wanneer niet alle spelelementen in het rechtsgeding terug te vinden zijn, kan toch moeilijk ontkend worden dat de rechtsstrijd veel met het spel gemeen heeft (3).

En dan kan men, uitgaande van deze vaststelling, voorhouden dat de gedingvoerende partijen aan zekere spelregels gebonden zijn. Als voornaamste ongeschreven spelregel kan aangehaald worden : het spel moet loyaal gespeeld worden (4). Men vergelijke met uitspraken als die van Professor Dekkers : « La loyauté dans le débat judiciaire : tout est là » (5) of die van Professor Solus : de rechter moet « les coups bas et le manque de loyauté » verbieden (6), evenals met de formulering van artikel 88 van het Italiaanse wetboek van burgerlijke rechtsvordering, volgens hetwelk de partijen zich *con lealtà e probita* moeten gedragen.

194. — Het loont nu alleszins de moeite even na te gaan in hoeverre voor deze beschouwingen zekere rechtsgronden terug te vinden zijn in de wet, de rechtsleer en de rechtspraak.

(1) *o.c.,* bl. 491.
(2) Huizinga, J., *o.c.,* bl. 219.
(3) Van Praag, M.M., *o.c., R.M. Themis,* 1954, 210 e.v. Sommige auteurs hebben weliswaar de wens uitgedrukt dat zou gestreefd worden naar een proces waarin het element *kampstrijd* zou verdwijnen om plaats te maken voor een volledige samenwerking tussen de partijen en de rechter, ten einde de waarheid te ontdekken : Wijers, G., *Een civiele procedure zonder strijd, R.M. Themis,* 1953, 355 e.v.
(4) Zie aldus : Haardt, W.L., *Fair play in het burgerlijk geding,* Zwolle, 1958.
(5) *De la collaboration des plaideurs dans l'administration de la preuve,* noot onder Luik, 31 januari 1956, *R.C.J.B.,* 1959, 148 e.v.; — zie ook uitdrukkelijk aldus : Verbr., 3 mei 1958, *Pas.,* 1958, I, 968.
(6) *Rôle du juge dans l'administration de la preuve,* in *Travaux de l'Assosiation H. Capitant,* 1949, bl. 146.

Bij het nalezen van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering kunnen toch wel enkele artikelen gevonden worden die ter zake enigszins een aanknopingspunt bieden.

In algemene zin kan trouwens op grond van de teleologische rechtsvinding gezegd worden, dat het doel en de *ratio* van het procesrecht erin bestaan het materiële recht te verwezenlijken. Een goede procesorde moet zich dan ook verzetten tegen de vertraging van de procedure, de ongelijke behandeling van de partijen, het misbruiken van het procesrecht of het maken van nutteloze kosten (1).

195. — Een belangrijk artikel in dit verband — dat ook later nog zal aangehaald worden (zie verder, nr. 258) —, is artikel 480 van gemeld wetboek. De procedure van het rekwest civiel kan immers ingesteld worden zo er *persoonlijk bedrog* gepleegd werd door een van de gedingvoerende partijen.

Beslist duidelijker is de bepaling van artikel 382-1° van het Nederlandse wetboek van burgerlijke rechtsvordering : « De vonnissen... kunnen herroepen worden... indien de beslissing berust op na derzelver uitspraak ontdekt bedrog of arglist der wederpartij in de procedures gepleegd... ». Hoewel het toegevoegd begrip arglist zonder twijfel ruimer is dan het begrip bedrog, is deze bepaling zeer welkom als verduidelijking van de Belgische wettekst.

In de Nederlandse rechtspraak kunnen trouwens enkele interessante arresten van de Hoge Raad aangehaald worden, waarin moest geoordeeld worden over de herroeping van zekere rechterlijke beslissingen op grond van vermeld artikel 382-1° van het Nederlandse wetboek van burgerlijke rechtsvordering.

Deze arresten werden geveld naar aanleiding van verzoeken tot het herroepen van, in strijd met alle beginselen van *fair play,* clandestien verkregen echtscheidingen (2).

Het kan immers gebeuren dat de verweerder geen gekende woon- of verblijfplaats heeft, zodat hij niet kan op de hoogte gesteld worden van de eis in echtscheiding. Moet de eiser al het nodige doen om deze woon- of verblijfplaats op te sporen en kan het echtscheidingsvonnis herroepen worden zo hij dit niet deed en dus bedrog of arglist pleegde? Ziedaar enkele vragen waarop door de hiernavermelde arresten gepoogd werd een antwoord te geven.

In een eerste arrest verklaarde de Hoge Raad (3) dat het niet ter zake doet dat de woon- of verblijfplaats van de vrouw buiten het Koninkrijk al dan niet bekend was of door het inwinnen van een enkelvoudige inlichting was vast te stellen, zodat het rekwest civiel niet moest worden ingewilligd.

(1) Polak, J.M., *Theorie en praktijk der rechtsvinding,* bl. 43-44.

(2) Dat ook in echtscheidingszaken het rekwest civiel mogelijk is, werd door het Hof van Cassatie bevestigd : Verbr., 3 mei 1958, *Pas.,* 1958, I, 968, met uitvoerige referenties in voetnoot (1); *R.C.J.B.,* 1959, 229, met noot P. de Harven; — zie ook : Brussel, 19 januari 1960, *J.T.,* 1960, 447.

(3) H.R., 3 februari 1950, *N.J.,* 1950, 703, met noot D.J. V(eegens); — zie over dit arrest : Cleveringa, R.P., *Oproepperikelen, R.M. Themis,* 1951, 91 e.v.; — Haardt, W.L., *Fair play in het burgerlijk geding,* bl. 6 e.v.

De inbreuk op de regelen van *fair play* was evenwel flagrant. Een samenvatting van het behandelde geval, zoals die door Cleveringa (1) wordt gegeven, bewijst dit overduidelijk. Twee echtgenoten pleegden door middel van hun beider advocaten overleg over een tussen hen te bewerkstelligen echtscheiding; de twee struikelblokken waren enerzijds de onderhoudsuitkering door de man en anderzijds het zgn. overspel waarvan de vrouw zich moest laten beschuldigen. Tijdens de onderhandelingen vertrok de vrouw naar Indonesië, hetgeen de man wist; haar adres was minstens bekend bij haar advocaat. Enkele tijd nadien dagvaardde de man zijn echtgenote ten einde op grond van het overspel van laatstgenoemde de echtscheiding te bekomen; in de dagvaarding stelde hij dat zijn vrouw geen gekend verblijf had in Nederland, zodat hij genoegen kon nemen met een aanplakking van het exploot in de rechtbank en overgifte ervan aan de officier van Justitie en een aankondiging in een plaatselijk dagblad (zie art. 4 Ned. Rv.). De echtscheiding, bij verstek uitgesproken, werd na een identieke betekening als de dagvaarding definitief; de vrouw kon dus nog slechts de procedure van rekwest civiel instellen.

In zijn conclusie had de Advocaat-Generaal Hooykaas, nochtans zeer heftig geprotesteerd tegen de handelwijze van de eiser, die niets had gedaan om zijn echtgenote te verwittigen en dit blijkbaar bedrieglijk had nagelaten: « Van proces-partijen moet worden verlangd, dat ze er vóór alles naar streven elkander een *fair trial* te verzekeren... Een procespartij welke ernstige aanleiding heeft te veronderstellen dat de op haar verzoek uitgebrachte dagvaarding de wederpartij niet zal bereiken, heeft de verplichting binnen de grenzen van het redelijke, pogingen in het werk te stellen om haar tegenpartij te waarschuwen, onder welke pogingen eventueel valt het opsporen van het adres van die wederpartij ».

In een tweede arrest (2) veranderde de Hoge Raad nochtans zijne zienswijze: « dat, indien de man op de hoogte is geweest van de verblijfplaats van de vrouw in het buitenland, hij, zeker nu hij er van moest uitgaan dat de onderhavige dagvaarding haar niet zou bereiken, of de vrouw van het aangevangen geding had behoren in kennis te stellen, of de Officier van Justitie omtrent haar verplaats had behoren in te lichten; dat aangenomen dat de verblijfplaats van de vrouw in het buitenland hem bekend is geweest, hij door noch het ene noch het andere te doen, zo ernstig is tekort geschoten in hetgeen ter zake van het voeren van dit geding van hem mocht worden geëist, dat hij bedrog heeft gepleegd in de zin van artikel 382-1° Rv. ».

Tenslotte bevestigde de Hoge Raad in een laatste arrest (3) deze zienswijze, doch wees het rekwest civiel af wegens onvoldoende aanvoering vanwege de verzoekster : « dat iets anders is dat, niettegenstaande te recht op deze wijze werd gedagvaard, het feit dat de man op de hoogte was van een adres door middel waarvan de vrouw kon worden bereikt, onder omstandigheden kan meebrengen dat de man bedrog heeft gepleegd in de zin van artikel 382-1° Rv. door noch de Officier van Justitie... in kennis te stellen van dit adres, noch een poging te doen om zelf de vrouw via dit adres te berichten dat een

(1) *o.c., l.c.*

(2) H.R., 27 november 1953, *N.J.,* 1955, 396, met noot D.J.V(eegens).

(3) H.R., 10 mei 1958, *R.v.d. W.,* 1958, bl. 142, aangehaald door Haardt, *o.c.,* bl. 8.

echtscheidingsvonnis was begonnen; dat echter hieromtrent door de vrouw — die zodanige feiten, zo zij deze tot grond voor haar beroep op bedrog wil maken, moet stellen en bij betwisting bewijzen — te dezen niets is gesteld ».

196. — Uit het voorgaande blijkt dat gemeld artikel 480 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering de partijen in staat stelt zekere onsportieve handelingen te sanctioneren. Onder de toepassing van artikel 480 kan men dus brengen, hetgeen Cleveringa noemt « elke oneerlijke proceshouding, die tot strekking heeft de waarheid te verdoezelen en hierdoor het materiële recht te verkeren » (1).

Kunnen in die zin vermeld worden : het voorhouden van feiten waarvan men weet dat ze vals zijn (2), het bewaard stilzwijgen bij een ondervraging waarop men kan antwoorden (3), het gebruiken van valse stukken (4) en het *opzettelijk* achterhouden van stukken (5).

197. — Er is trouwens op dit stuk een duidelijke strekking merkbaar om het rekwest civiel mogelijk te achten, telkens wanneer de feitenrechter niet in staat is geweest zich van de werkelijke toedracht rekenschap te geven omdat de feiten op een onvolledige of verkeerde wijze werden voorgesteld (6).

In dit verband kunnen ter vergelijking verschillende vreemde wetteksten aangehaald worden, zonder dat verder commentaar geboden is.

Artikel 192 van de Zwitserse wet d.d. 4 december 1947 op de federale procedure : « La révision d'un jugement civil rendu par le tribunal fédéral est admissible dans les cas suivants :... 2° lorsque le requérant a connaissance subséquemment de faits nouveaux importants ou trouve des preuves concluantes qu'il n'avait pu invoquer dans la procédure précédente ».

Artikel 395 van het Italiaanse wetboek voor burgerlijke rechtsvordering : « Le sentenze pronunciate in grado d'appello o in unico grado possono essere

(1) Van Rossem, W., en Cleveringa, R.P., *Het Nederlandsch Wetboek van burgerlijke rechtsvordering,* 3de uitg., II, Arnhem, 1929, bl. 617; — zie ook : Scholten, P., noot onder H.R., 26 juni 1936, *N.J.,* 1936, 1014; — Veegens, D.J., noot onder H.R., 17 november 1950, *N.J.,* 1951, 604.

(2) Verbr., 8 mei 1958, *Pas.,* 1958, I, 993; — Cass. fr., 9 juli 1949, *Bull. Cour Cass.,* 1949, 824; — Paris, 9 april 1951, *S.,* 1953, 2, 29; — Nancy, 11 februari 1952, *Gaz. Pal.,* 1952, 2, 40. Vgl. met de *Wahrheitspflicht* in het Duitse recht : zie boven, nr. 12.

(3) Garsonnet et Cézar-Bru, VI, 3de uitg., Paris, 1915, nr. 465, bl. 785; — zie ook : Cass. fr., 8 juni 1931, *S.,* 1931, 1, 367; — Paris, 5 juni 1946, *D.,* 1946, *J.,* 331, met noot H. Lalou; — Pau, 27 oktober 1953, *Gaz. Pal.,* 1954, 1, 115; — Anders : R.P.D.B., Tw. *Requête civile,* nr. 92.

(4) Luik, 28 februari 1957, *J.T.,* 1958, 93, met noot Ch. Van Reepinghen; — Verbr., 3 mei 1958, *Pas.,* 1958, I, 968.

(5) Verbr., 8 mei 1958, *Pas.,* 1958, I, 993; — Verbr., 3 maart 1960, *Pas.,* 1960, I, 768; — Cass. fr., 29 januari 1913, *D.P.,* 1915, 1, 56; — Cass. fr., 8 juni 1931, *S.,* 1931, 1, 366; — zie hierover verder, nr. 249; — vgl. : Brussel, 10 juni 1904, *Pas.,* 1904, II, 341; — Luik, 6 februari 1912, *Pas.,* 1912, II, 252; — H.R., 27 november 1953, *N.J.,* 1955, 396.

(6) Boyer, L., *Réflexions sur la requête civile,* nr. 27, *Rev. trim. dr. civ.,* 1956, 75-76.

impugnate per revocazione :... 3° se dopo la sentenza sono stati trovati uno o più documenti decisivi che la parte non aveva potuto produrre in giudizio per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario; 4° se la sentenza è l'effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa. Vi è questo errore quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso se il fatto non costitui un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare ».

198. — De veroordeling tot de gerechtskosten kan ook een middel zijn om een unfaire procesvoering te sanctioneren.

Artikel 130 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering bepaalt weliswaar dat de verliezende partij zal veroordeeld worden in de kosten, doch de rechtspraak heeft hierop een belangrijke uitzondering gebracht door aan te nemen dat kosten die veroorzaakt worden door de schuld van een der partijen, ten laste van deze laatste moeten gelegd worden zelfs zo ze het proces wint (1).

Een dergelijke regel is gebaseerd op het feit dat, zo men kwaadwillig kosten veroorzaakt, de tegenpartij hiervoor moet vergoed worden (2).

Volgens artikel 56 van het Nederlandse wetboek van burgerlijke rechtsvordering kunnen de gerechtskosten die nodeloos werden aangewend of veroorzaakt, door de rechter gelaten worden voor rekening van de partij die ze aanwendde of veroorzaakte. Dit artikel werd soms zo geïnterpreteerd dat hierin dienen begrepen te worden de kosten door één der partijen nodeloos veroorzaakt voor zichzelf of voor de tegenpartij (3).

199. — Hoewel geen enkele tekst in België dit uitdrukkelijk reglementeert, wordt algemeen aangenomen dat ook in eerste aanleg geen nieuwe eisen mogen ingesteld worden (4); de reden ligt voor de hand : de verweerder mag niet verrast worden (5).

Inderdaad, niet alleen wordt aan de verweerder de mogelijkheid geboden om na de dagvaarding de verdere afwikkeling van het proces te vermijden door op grond van de ingestelde eis een minnelijke

(1) P.B., Tw. *Dépens,* nr. 203 e.v.

(2) Zie o.m. : Rb. Brussel, 19 september 1957, *J.T.,* 1958, 113; — vgl. Verbr., 11 mei 1922, *Pas.,* 1922, I, 285; — zie ook : Hrb. St.-Niklaas, 2 december 1958, *R.W.,* 1959-60, 994 : de vraag of de rechtbank die zich *ratione materiae* onbevoegd verklaarde, verweerder ondanks die onbevoegdheid kon veroordelen, blijft hier buiten beschouwing (zie hierover noot J. Ronse onder dit vonnis); — Hrb. Verviers, 31 oktober 1959, *Bull. Ass.,* 1961, 59.

(3) Haardt, W.L., *De veroordeling in de kosten van het burgerlijk geding,* Proefschr., Den Haag, 1945, bl. 20 e.v., bl. 59.

(4) Argument : art. 61 en 464 Rv.; — R.P.D.B., Tw. *Demande nouvelle,* nr. 2; — R.P.D.B., Tw. *Contrat judiciaire,* nr. 76 e.v.

(5) Vgl. Rb. Hoei, 25 oktober 1961, *Jur. Liège,* 1961-62, 87.

regeling voor te stellen, doch daarenboven kan het hele verweer veel doelmatiger opgebouwd worden. Wanneer de verweerder het geding aanvaardt en geen verstekvonnis laat nemen, dan is het ook omdat hij in het licht van de inleidende dagvaarding de verweer- en bewijsmiddelen nauwkeurig heeft afgewogen. Deze laatste zullen tijdens het proces niet ontzenuwd worden door een nieuwe eis.

Ook zou het nieuwe artikel 134 van het Nederlandse wetboek van burgerlijke rechtsvordering, volgens hetwelk de verweerder zich mag verzetten tegen de wijziging of vermeerdering van het onderwerp van de eis, indien hij daardoor in zijn verdediging onredelijk wordt bemoeilijkt of het geding daardoor onredelijk wordt vertraagd (1), ter zake kunnen aangehaald worden.

200. — Soms werd ook gepoogd in het burgerlijk wetboek bepalingen terug te vinden, waarbij de verplichting om sportief op te treden in het voeren van een rechtsgeding zou kunnen aanleunen.

Het is zeker dat in dit verband artikel 1382 van het burgerlijk wetboek kan aangehaald worden, volgens hetwelk elke menselijke daad waardoor aan een ander schade wordt veroorzaakt, diegene door wiens schuld de schade is ontstaan verplicht deze te vergoeden. Dit werd onlangs nog beklemtoond : « een onrechtmatige daad, die tot schadevergoeding verplicht, begaat hij wiens handelen of nalaten indruist tegen de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer — en waarom dus ook niet bij het voeren van een proces — betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed » (2).

Een uitdrukkelijke bevestiging hiervan kan teruggevonden worden in de motivering van een arrest van het Hof van Cassatie : « Attendu que le fait d'avoir intenté une action judiciaire que les tribunaux ont repoussée, ne saurait assurément être considéré en soi comme une faute pouvant justifier l'allocation, à la partie adverse, de dommages-intérêts en application des articles 1382 et 1383 du Code civil; mais qu'il en va autrement lorsque ce fait s'accompagne de circonstances qui révèlent, chez son auteur, une légèreté dont se serait gardé tout homme prudent et réfléchi; que celui qui, même de bonne foi, exerce une telle action par suite d'une erreur d'appréciation à ce point évidente, qu'il devait nécessairement s'en apercevoir et, partant, l'éviter, excède les limites du droit, reconnu à quiconque, d'ester en

(1) Zie hierover : Verheul, J.P., *Wijziging van de eis, N.J.B.,* 1956, 869 e.v.

(2) Haardt, W.L., *Fair play in het burgerlijk geding,* bl. 12 e.v.; — Cleveringa, R.P., *o.c., R.M. Themis,* 1951, bl. 96-97 en 112-113. J. J. M. Van der Ven spreekt ook van *maatschappelijk betamende zorgvuldigheid : De zorgvuldigheidsnorm krachtens artikel 1401 B.W. toegepast door den Hoogen Raad,* Proefschr., Utrecht-Nijmegen, 1941, bl. 109 e.v.

justice, et porte atteinte au droit qu'a son adversaire de voir sa réputation et son patrimoine respectés, et tenus à l'abri d'attaques inconsidérées; que l'action intentée dans ces conditions prend, par elles, le caractère d'un acte illicite, qui, conformément au droit commun, entraîne, pour son auteur, l'obligation d'en réparer les conséquences dommageables » (1).

Een toepassingsgeval kan gevonden worden in het onrechtmatig beroven van bewijsmiddelen; het is immers zo dat diegene die iemand berooft van een bewijsmiddel dat laatstgenoemde zou hebben kunnen aanwenden ten einde zijn bevrijding te bewijzen, hem een kans ontneemt om aan de veroordeling te ontsnappen (2). In werkelijkheid zal het nochtans zeer moeilijk zijn die aanspraak op schadeloosstelling te staven, omdat er een redelijke waarschijnlijkheid vereist is omtrent de uitslag van de verhinderde bewijsvoering; hierbij moet rekening gehouden worden met de waarschijnlijkheid van de aangevoerde feiten en met de overige bewijsmiddelen waartoe men zijn toevlucht kan nemen (3).

Soms ging men nog verder en hield men voor dat de dader van een onrechtmatige daad, meteen ook nog aansprakelijk kon worden gesteld voor het feit dat hij de bewijslast van het slachtoffer aanzienlijk had bemoeilijkt : « Ne doit-on pas estimer que si, en rendant inutile ou illusoire, par un acte illicite, l'exercice d'un droit reconnu par la loi, on engage sa responsabilité, le délit qui met obstacle à la preuve et viole le droit à la preuve, suffit à causer de ce chef un préjudice autonome dont réparation serait due? » (4).

Deze stelling wordt dan aan de hand van praktische gevallen geïllustreerd. Wanneer de dader het slachtoffer bijna in de onmogelijkheid heeft gesteld de uitgebreidheid van de schade te bewijzen, dan zou men genoegen moeten nemen met een niet-pertinent bewijs (5); de schatting *ex aequo et bono* is hiervan het beste voorbeeld (zie ook verder, nr. 301).

Daar het soms zeer moeilijk is in geval van pluraliteit van de daders het causaal verband tussen de schade en de fout te bewijzen, zou volgens sommigen de aansprakelijkheid *in solidum* juist kunnen gerechtvaardigd worden door de onmogelijkheid waarin men zich bevindt om te bepalen in welke mate de fout van elk van de daders een deel of het geheel van de schade tot gevolg

(1) Verbr., 15 mei 1941, *Pas.,* 1941, I, 192.

(2) Ronse, J., A.P.R., Tw. *Schade en schadeloosstelling,* nr. 105; — Rb. Dendermonde, 20 januari 1934, *Pas.,* 1934, III, 189 (ter zake kon de maatschappij, die een paard had verzekerd tegen de dood, ingevolge het vierendelen van het vlees, geen deskundig onderzoek meer laten verrichten om na te gaan of er soms geen bedrog was gepleegd); — Cass. fr., 22 maart 1899, *D.P.,* 1899, 1, 402 (de algemene legataris had alle papieren van de *de cujus* weggenomen zodat de natuurlijke erfgenaam niet meer over de nodige bewijzen beschikte om op afdoende wijze het testament te betwisten); — Cass. fr., 16 maart 1921, *Gaz. Pal.,* 1921, I, 530 (een verzendingsmaatschappij had bij ontvangst van vaten sommige lekken vastgesteld, doch vóór het deskundig onderzoek de ijzeren ringen opnieuw vastgevezen, zodat er niets meer kon geconstateerd worden).

(3) Rb. Dendermonde, 20 februari 1934, voormeld.

(4) Béraud, R., *Quelques difficultés de preuve de la responsabilité délictuelle,* nr. 3, *J.C.P.,* 1950, I, 870.

(5) Béraud, R., *o.c.,* nr. 9; — zie ook : Tunc, A., *La distinction des obligations de résultat et des obligations de moyen,* nr. 20, *J.C.P.,* 1945, I, 449; — Paris, 4 maart 1938, *Gaz. Pal.,* 1938, 1, 867. Voor het begrip pertinent bewijs : zie verder, nr. 222.

had : « La victime se trouve empêchée, par la faute de tous, de réclamer réparation à celui qui a causé le dommage : tous doivent donc être tenus de le réparer » (1).

201. — Veel beter ware het in dit verband te verwijzen naar de algemene principes van het r e c h t s m i s b r u i k (2), en meer speciaal het misbruik van het recht om te procederen en van de bevoegdheden toegekend door de processuele bepalingen (3).

In dergelijke gevallen zou de eis kunnen afgewezen worden of zou de bevoegdheid aan hem die er misbruik van maakte kunnen ontnomen worden. Dit blijkt uit verschillende uitspraken, die deze grondgedachte hebben ontwikkeld : « Het burgerlijk procesrecht geeft partijen procesbevoegdheden niet om elkaar door vindingrijkheid te overtroeven, doch om ieder voor eigen deel mede te werken aan de tot standkoming van een rechtvaardige uitspraak » (4). « ...Celui qui exerce une telle action... excède les limites du droit reconnu à quiconque d'ester en justice » (5). « Dat de bevoegdheid om een faillissement uit te lokken den schuldeiser slechts is gegeven om daarmede zijn rechtmatige belangen te beschermen en van dit rechtsmiddel niet een willekeurig en met het oog op die belangen onnodig gebruik kan worden gemaakt, vermits zodanig gebruik buiten de grenzen der door de wet verleende bevoegdheid valt » (6).

Men neemt zelfs aan dat een processuele handeling die blijkbaar zonder noodzaak gesteld werd en zelfs tergend en roekeloos was, zou kunnen nietigverklaard worden (7).

202. — Of ook de g o e d e t r o u w (art. 1134 B.W.) mag ingeroepen worden, is een twistvraag die elders wordt behandeld (zie

(1) Béraud, R., *o.c.*, nr. 22; — vgl. : Kluyskens, A., *De Verbintenissen*, nr. 148bis, C, bl. 259-260; — Ripert, G., noot onder Orléans, 17 januari 1949, *D.*, 1949, *J.*, 502.
(2) Zie in algemene zin : De Bersaques, A., *L'abus de droit*, noot onder Gent, 20 november 1950, *R.C.J.B.*, 1953, 272 e.v. In een scherpe en uiterst gedocumenteerde ontleding van het begrip rechtsmisbruik, komt de auteur tot het besluit dat dit begrip moet beoordeeld worden op grond van een vergelijkende belangenwaardering; het is duidelijk dat een dergelijk criterium ook inzake procesrecht toepasselijk kan zijn. Vgl. Dabin, J., *Le droit subjectif*, bl. 283-285, die klaar het onderscheid maakt tussen rechtsmisbruik en fout.
(3) Polak, R.J., *Misbruik van Procesrecht*, *N.J.B.*, 1941, 765 e.v. en 788 e.v.; — zie ook noten D.J.V.(eegens) onder H.R., 16 mei 1946, *N.J.*, 1946, 523 en *H.R.*, 3 mei 1950, *N.J.*, 1950, 703.
(4) Hof Amsterdam, 19 maart 1947, *N.J.*, 1947, 286.
(5) Verbr., 15 mei 1941, voormeld.
(6) H.R., 26 juni 1942 en 4 september 1942, *N.J.*, 1942, 595 en 617.
(7) De Page, I, nr. 115, bl. 151; — Rb. Antwerpen, 27 april 1957, *J.T.*, 1957, 423 (onroerend beslag). Voor een algemeen overzicht van de desbetreffende rechtspraak, zie Pollet, P., *Des dommages-intérêts pour procédures téméraires et vexatoires*, *J.T.*, 1950, 569, *J.T.*, 1955, 597 en *J.T.*, 1961, 21.

verder, nr. 259) (1). Zelfs diegenen die dit begrip ter zake niet toepasselijk achten, verklaren nochtans in navolging van Scholten (2), dat de regel volgens dewelke de partijen jegens elkander verplicht zijn mede te werken tot alles wat een goede procesorde vereist, de parallel is van de goede trouw in het overeenkomstenrecht (3).

203. — Men kan ook in een zekere mate onderlijnen dat waar de rechtsgeschillen in werkelijkheid geleid worden door de a d v o c a t e n, deze laatste grotelijks aan hun b e r o e p s r e g e l e n zouden tekort komen mochten zij leugenachtige beweringen naar voren brengen om de belangen van hun cliënt te dienen (4). Doch ook onsportieve gedragingen zijn uit den boze : « Nous voulons en même temps qu'ils s'abstiennent de toute supposition dans les faits, de toute surprise dans les citations et autres mauvaises voies... » (artikel 37 van het decreet van 14 december 1810).

Wanneer men weet dat de advocaten slechts belangen mogen verdedigen voor zover eer, geweten en een goede rechtsbedeling dat veroorloven en dat zij bij deze verdediging confraterneel moeten optreden, dan zijn dit toch regelen die heel zeker het *fair play* bevorderen (5).

204. — Uit het voorgaande blijkt dus wel dat er zekere bepalingen kunnen aangehaald worden die het *fair play* in het privaatrechtelijk geding kunnen bevorderen. Dat hiermede alle onsportieve gedragingen niet worden gesanctioneerd en dat hierdoor evenmin de medewerking van de partijen in de bewijsvoering voldoende is gestaafd, kan moeilijk ontkend worden. Dit is dan ook de reden waarom nog verder zal moeten gespeurd worden en ditmaal meer speciaal in het bewijsrecht.

Tot besluit van voorgaande uiteenzetting moet nochtans, om elk misverstand te vermijden, onderlijnd worden dat de sportiviteit niet moet dienen om de vergissingen of fouten van de tegenpartij te helpen herstellen; *fair play* ontslaat de tegenpartij niet van de verplichting om zelf waakzaam te blijven.

Zo zou het bedrog niet kunnen weerhouden worden voor een rekwest civiel,

(1) Voorstanders : De Page, II, nr. 469, bl. 441 en III, nr. 729, B, bl. 710; — Dekkers, R., *De la collaboration des plaideurs dans l'administration de la preuve*, *R.C.J.B.*, 1959, 156.
(2) Scholten, P., noot onder H.R., 9 maart 1939, *N.J.*, 1939, 1012.
(3) Haardt, W.L., *Fair play in het burgerlijk geding*, bl. 17; — Men vergelijke : Schmidt, R., *Die Lüge im Process, Deutsche Juristenzeitung*, 1909, 1023; — Guarneri Citati, *Menzogna e dolo processuale*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, 2, 31; — zie ook Heenen, J., *Preuve de la conformité des marchandises vendues*, noot onder Gent, 1 februari 1952, *R.C.J.B.*, 1952, 214, voetnoot 1.
(4) P.B., Tw. *Usages corporatifs des avocats*, nr. 1568.
(5) Vgl. H.R., 3 juni 1955, *N.J.*, 1955, 641, met noot D.J.V(eegens).

zo de partij die er het slachtoffer van was de gevolgen redelijkerwijze had kunnen en moeten verhinderen (1).

AFDELING II. MEDEWERKING VAN DE PARTIJEN BIJ DE BEWIJSVOERING

205. — Zijn er ook in het bewijsrecht aanknopingspunten te vinden, waaruit zou blijken dat de gedingvoerende partijen niet alleen tegenover elkaar sportief moeten zijn, maar zelfs moeten medewerken aan de bewijslevering?

Het is alleszins een feit dat sinds enkele tijd meer en meer stemmen zijn opgegaan om deze processuele verplichting te onderlijnen (2).

Reeds een hele tijd geleden wees Meijers erop dat een procespartij haar wederpartij die in bewijsnood verkeert moet helpen als de daartoe nodige gegevens bij haar en niet bij de wederpartij berusten; om deze m e d e d e l i n g s p l i c h t te staven beriep hij zich op de arresten van de Hoge Raad, volgens dewelke stellingen van de ene partij, die door de andere ongemotiveerd of zonder voldoende motivering worden betwist, als vaststaand mogen aangenomen worden, dit om het gebrek aan medewerking te sanctioneren (3).

In dit verband spreken de Duitsers van *Aufklärungspflicht :* « Die Parteien haben in angemessener Weise an der Aufklärung des Streitfalles mitzuarbeiten » (4).

Trouwens buiten het domein van de bewijslevering werd de aandacht gevestigd op de s o l i d a r i t e i t van de contracterende partijen (zie hierover verder, nr. 259) en op de medewerking die van de partijen bij de vervulling van de verbintenis gevorderd wordt (5).

---

(1) Zie o.m. in verband met het achterhouden van beslissende stukken : noot Ch. Van Reepinghen onder Luik, 28 februari 1957, *J.T.,* 1958, 94.

(2) Zie o.m. De Page, III, nr. 729, A, bl. 709-710; — Dekkers, R., II, nr. 633, bl. 365; — Dekkers, R., *De la collaboration des plaideurs dans l'administration de la preuve, R.C.J.B.,* 1959, 148 e.v.; — Stévigny, G., *o.c.,* nr. 76, *R.W.,* 1957-58, 153 e.v.; — R.P.D.B., Tw. *Vente,* nr. 456; — zie ook boven, nr. 153 e.v., en verder, nr. 242 e.v.; — Anders o.m. : Dumon, F., *De tegenwoordige opdracht van de rechter, R.W.,* 1951-52, 1119.

(3) Meijers, E.M., noten onder H.R., 18 december 1925, *N.J.,* 1926, 228 en H.R. 7 januari 1926, *N.J.,* 1926, 258; — zie ook : H.R., 29 november 1957, *N.J.,* 1958, 31; — vgl. met Verbr., 26 mei 1961, *Pas.,* 1961, I, 1028.

(4) von Hippel, F., *o.c.,* bl. 8, 429 en 449.

(5) Zeer typisch in dit verband is het zgn. verzuim van de schuldeiser *(mora creditoris).* Men herleze desbetreffend de uitvoerige uiteenzetting in Asser-Rutten, *Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht,* dl. III, *Verbintenissenrecht,* 1ste stuk, *De Verbintenis,* 2de uitg., Zwolle, 1958, bl. 295 e.v.; — vgl. : De Page, III, nr. 86 en 87, bl. 113.

206. — In het kader van het bewijsrecht, mag wel onderlijnd worden dat de partijen zeer dikwijls verplicht zijn reeds v ó ó r h e t p r o c e s b e w i j s m a t e r i a a l t e v e r z a m e l e n en te bewaren.

Wanneer de wet dit verplichtend stelt, zal het meestal in de bedoeling liggen aldus zekerheid te verschaffen in het belang van al wie in een bepaalde rechtsverhouding komt te staan met diegene, die dat bewijsmateriaal moet samenbrengen. Het is immers duidelijk dat, vermits elke partij, gezien het bewijsrisico, voor de nodige bewijselementen moet zorgen om haar vordering te staven, het niet nodig was in afzonderlijke wetteksten deze verplichting nogmaals te beklemtonen. Dergelijke wetteksten moeten dus vooral geïnterpreteerd worden als een bevestiging van de samenwerking der partijen bij de bewijsvoering.

Niet alleen het algemeen principe van de voorafgemaakte bewijzen (art. 1341 B.W.), doch ook tal van speciale bepalingen kunnen in die zin aangehaald worden : de verplichting van de handelaars om handelsboeken te houden (art. 16 e.v. van de wet van 15 december 1872), de verplichte inventarisatie door de voogd (art. 451 en 469 B.W.), door de langstlevende ouder van minderjarige kinderen (art. 1442 B.W.), door de curator van een onbeheerde nalatenschap (art. 813 B.W.) of van een faillissement (art. 488 van de wet van 18 april 1851), door de vruchtgebruiker (art. 600 B.W.), in geval van aanvaarding onder voorrecht van boedelbeschrijving (art. 794 B.W.), bij erfstelling over de hand (art. 1058 B.W.), bij ontzegeling van een nalatenschap (art. 941 Rv.), ... (zie ook nog verder, nr. 215, 235 en 236).

Het spreekt vanzelf dat men niet alleen gehouden is bewijsmateriaal te verzamelen, maar dat men bovendien ook kan verplicht zijn het te b e w a r e n. Dit kan enigermate vergeleken worden met de verplichting voor het slachtoffer van een onrechtmatige daad om de schade te beperken (1).

Binnen het kader van een rechtsverhouding kan de goede trouw een dergelijke verplichting met zich mede brengen (2); wanneer dit het geval zal zijn, is moeilijk in het algemeen te beantwoorden, doch zal meestal van de gegeven omstandigheden afhangen. Bij de koop op monster wordt bv. aanvaard dat de partijen verplicht zijn het monster te bewaren (3). Zo kan men bv. in kort-

---

(1) Dit voor zover men van een *schuldig* verzuim kan spreken : Ronse, J., A.P.R., Tw. *Schade en Schadeloosstelling,* nr. 460 e.v.

(2) Kan, M.L., *o.c.,* bl. 93.

(3) R.P.D.B., Tw. *Vente,* nr. 1192 e.v.

geding geen onderzoeksmaatregelen doen bevelen, zo men zelf nalatig is geweest bij het verzamelen van bewijsmateriaal (1).

207. — Trouwens het reeds herhaaldelijk vermelde en soms in Frankrijk gehuldigde principe van de bewijsgeschiktheid *(aptitude à la preuve)* blijkt uiteindelijk op dezelfde bezorgdheid gebaseerd te zijn : « il ne faut pas exiger d'un plaideur plus qu'il ne peut pratiquement faire, alors surtout que l'autre partie peut le suppléer sans être surchargée » (2).

Waar deze theorie evenwel te ver gaat, is wanneer zij de bewijs*last* verlegt volgens de bewijsbekwaamheid der partijen. Inderdaad, zelfs zo men de medewerking van de partijen tijdens het geding vooropstelt, dan nog verandert dit niets aan het principe van de bewijslastverdeling (3). Dit principe is immers niet afhankelijk van de concrete partijenverhouding (4), hetgeen nochtans niet betekent dat de bewijslast in feite niet zou beïnvloed worden doordat de partijen verplicht worden samen te werken bij de bewijs*levering*.

Wanneer immers in een concreet geschil de eiser de bewijslast draagt, doch de verweerder gemakkelijker het bewijs kan leveren en verplicht wordt mede te werken, zal de feitenrechter meestal van oordeel zijn dat de eiser het verschuldigde bewijs heeft geleverd, hetzij doordat de verweerder hem hierbij heeft geholpen, hetzij doordat de verweerder geweigerd heeft samen te werken en hierdoor de sanctie oploopt dat het door de eiser gestelde als bewezen kan beschouwd worden. Het is slechts in geval van werkelijke twijfel, dat de bewijslast zijn volledige betekenis herneemt (5).

Ingeval men dus de verplichting tot medewerking aanvaardt, behoudt de bewijslast dus nog hoofdzakelijk zijn betekenis als bewijsrisico; het begrip krijgt nochtans een andere klank of tonaliteit.

208. — Afgezien van de teksten, die meer speciaal kunnen aangehaald worden om de vordering tot overlegging te rechtvaardigen (zie hierover verder, nr. 233 e.v. en nr. 257 e.v.), zijn er toch artikelen die a.h.w. de medewerking van de partijen bevestigen.

In het burgerlijk wetboek vindt men artikel 1350-3°, volgens hetwelk het gewijsde voor waar wordt gehouden. Heb-

(1) Brussel, 27 november 1935, *Pas.*, 1936, II, 94.
(2) Esmein, P., *o.c.*, nr. 9, *Rev. trim. dr. civ.*, 1933, 644; — zie ook Demogue, R., noot onder Rb. Bordeaux, 22 februari 1917, *Rev. trim. dr. civ.*, 1917, 149.
(3) Vgl. Stévigny, G., *o.c.*, nr. 80, *R.W.*, 1957-58, 154 e.v.
(4) Zie boven, nr. 144; — vgl. Gény, F., *Science et technique*, III, nr. 231, bl. 275, voetnoot 2.
(5) Zie bv. Rb. Luik, 23 december 1955, *R.G.A.R.*, 1956, 5780.

ben de gedingvoerende partijen alsdan niet de verplichting samen te werken om die waarheid te ontdekken? (1).

Kan ook de eedopdracht (art. 1358 e.v. B.W.) niet beschouwd worden als een vorm van samenwerking? De eiser die voor een niet te leveren bewijs staat, waagt zijn laatste kans (2).

209. — In de algemene bepalingen van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering is er een artikel, dat zelden de aandacht van de commentatoren heeft getrokken, nl. artikel 1036, volgens hetwelk de rechter zekere bevelen kan geven aan de partijen (3).

Daar deze tekst terug te vinden is in de *algemene bepalingen*, hebben sommige auteurs (4) gemeend hieruit te mogen afleiden dat hierdoor een algemene bevoegdheid wordt gegeven aan de rechter om de partijen te verplichten een zekere medewerking te verlenen. Binnen de perken harer bevoegdheid bezit de rechterlijke macht trouwens het *imperium* (5); waarom zou een bevel tot medewerking hier niet onder vallen (6)?

210. — Er bestaan daarenboven bepaalde procedures, waarbij de effectieve medewerking van de partijen metterdaad wordt bekrachtigd, nl. het verhoor op feiten en vraagpunten (art. 324-336 Rv.). Aldus kunnen de partijen gedwongen worden sommige feiten toe te geven, waarvan de tegenpartij geen voldoende bewijs kan aanbrengen.

De verplichte medewerking van de tegenpartij ter zake wordt trouwens streng gesanctioneerd, vermits in geval van niet-verschijnen of bij weigering te antwoorden, de feiten voor waar kunnen gehouden worden (art. 330 Rv.).

Daarnaast bestaat eveneens de mogelijkheid om de persoonlijke verschijning van de partijen te bevelen (art. 119 en 428 Rv.).

(1) Zie aldus : Dekkers, R., *o.c., R.C.J.B.*, 1959, 156.
(2) Scholten noemt het een kansspel : *Over spel en ernst in het recht*, in *Verzamelde geschriften P. Scholten*, I, bl. 480. Omdat het ook een spel is, hoopt de eiser toch dat de tegenpartij de spelregel van eerlijkheid zal eerbiedigen.
(3) Aan dit artikel moet in overeenstemming met het oude recht een ruime betekenis worden toegekend : Esmein, A., *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes, Rev. trim. dr. civ.*, 1903, bl. 5 e.v., speciaal bl. 50 e.v.
(4) Gény, F., *Des droits sur les lettres missives*, II, nr. 182, bl. 101; — Legeais, R., *o.c.*, bl. 200; — Dekkers, R., *o.c., R.C.J.B.*, 1959, 153.
(5) P.B., Tw. *Injonction*, nr. 12.
(6) Voor zover men niet afwijkt van de bestaande regelen van de bewijslast.

Ook in Nederland bestaat de procedure van comparitie der partijen; de ter zake geldende bepalingen zijn enigszins duidelijker :

« De rechter kan in alle gevallen en in alle stand der zaak, wanneer dezelve hem voor minnelijke schikking vatbaar schijnt, hetzij op verzoek van partijen of van éne derzelve, hetzij ambtshalve, partijen gelasten om in persoon of door of met derzelve praktizijns ten bepaalden dage en ure voor zich of voor een of meer rechter-commissarissen te verschijnen, teneinde een vereniging te beproeven » (art. 19, 1ste lid, Ned. Rv.).

« Zulk een verschijning van partijen kan ook worden bevolen tot het geven van inlichtingen aan de rechter » (art. 19 a Ned. Rv.).

Het wordt algemeen aanvaard dat de rechter soeverein de noodzakelijkheid van een dergelijke verschijning beoordeelt (1).

In tegenstelling met het verhoor op feiten en vraagpunten, gaat het initiatief thans uit van de rechter.

Daarentegen mag aangenomen worden dat, zo diegene, wiens comparitie bevolen werd niet verschijnt, de rechter de feiten waarover hij nadere gegevens verlangde, voor bewezen kan houden (2).

De partijen moeten zich ook in voorkomend geval onderwerpen aan een deskundig onderzoek of aan een plaatsbezoek.

211. — Uit het voorgaande blijkt dus overduidelijk dat het zeker niet strijdig is met de algemene rechtsprincipes, te verwachten dat de gedingvoerende partijen het geding sportief zouden voeren en daarenboven elkaar zouden helpen, wanneer een van hen zich in bewijsmoeilijkheden bevindt.

Deze strekking is weliswaar slechts de laatste jaren duidelijk aan het licht getreden, doch dit is dan wellicht te danken aan het feit dat heden ten dage het absolute individualisme vervangen wordt door een meer sociaal gerichte rechtsordening.

Men zou in dit verband ongetwijfeld interessante beschouwingen kunnen wijden aan de evolutie van het recht in het kader van de maatschappelijke vooruitgang; een dergelijke uiteenzetting zou nochtans in algemeenheden vallen en hoort minder thuis in het kader van deze studie (3).

Het mocht wel even aangestipt worden dat ook in het bewijsrecht een gelijkaardige evolutie merkbaar is.

212. — Eenmaal voormelde beginselen aanvaard, kunnen hiervan tal van t o e p a s s i n g s g e v a l l e n aangehaald worden.

(1) Braas, *Précis de procédure civile,* II, nr. 1024, bl. 531; — Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 521; — Brussel, 26 november 1930, *Pas.,* 1931, II, 1; — Cass. fr., 21 april 1937, *D.H.,* 1937, 281.
(2) Argument : art. 252, *in fine,* en 330 Rv.
(3) Zie in dit verband o.m. Storme, M., *Maatschappelijke vooruitgang en groeiend recht, R.W.,* 1958-59, 249 e.v.

Het is zonder meer duidelijk dat op een dergelijke medewerking zal aangestuurd worden, van zodra een der partijen zich in bewijsmoeilijkheden bevindt en de tegenpartij gemakkelijker het vereiste bewijs zou kunnen leveren *(aptitude à la preuve).* Dit zal o.m. het geval zijn wanneer oneindig-negatieve feiten moeten bewezen worden (zie boven, nr. 114 e.v.) of wanneer de tegenpartij in het bezit is van stukken die onontbeerlijk zijn voor de bewijslevering *(actio ad exhibendum)* (zie verder, nr. 229 e.v.).

213. — Trouwens ook in de r e c h t s p r a a k werden deze principes gehuldigd.

Reeds in 1911 was de handelsrechtbank te Antwerpen van oordeel dat in een geding over betaling van ristourno's door de verweerders aan de eiseres, deze laatste moest meehelpen aan de bewijsvoering hoewel de verweerders door zich te beroepen op de oneerlijkheid van de eiseres de bewijslast van deze exceptie droegen : « Attendu, du reste, qu'il importe avant tout que la vérité soit connue et que la comparution des membres de la firme demanderesse ne pourra qu'aider à faire la lumière » (1).

In dezelfde gedachtengang kunnen nog tal van uitspraken aangehaald worden, waarin gelijkaardige overwegingen herhaaldelijk terugkeren : « Chacun des cocontractants est tenu d'apporter des éléments en vue d'établir le degré de vraisemblance du rapport entre le sinistre et l'état anormal consécutif à la guerre » (2). « Une attitude purement passive de la part du défendeur, constitue un refus injustifié de collaborer à l'administration de la preuve » (3). « Dans ce cas (fait négatif), il lui suffira de prouver la vraisemblance, la probabilité du fait allégué par elle, et il s'établira sur ce fait un débat au cours duquel chacune des parties apportera son appréciation pour ou contre, débat en suite duquel le juge statuera, non pas sur les seuls éléments fournis par la partie à laquelle incombe la preuve, mais sur ceux fournis par l'une et l'autre d'entre elles » (4).

Het principe werd nog met meer klem bevestigd door het Hof van beroep te Luik : « Attendu qu'il appartient au juge de faire compléter par les parties les éléments sur lesquels elles ont négligé de porter leur suffisante attention; que, de leur côté, les parties doivent collaborer à l'administration de la preuve quand elles peuvent mutuellement s'aider sans compromettre leurs droits » (5).

Onlangs nog werd de noodzaak van deze samenwerking in het licht gesteld : « Dat anderzijds in burgerlijke zaken waar de ene partij fataal benadeeld wordt in de mate dat de andere bevoordeligd wordt en waar het volstrekt recht tot zwijgen en zelfs tot liegen (dat in strafzaken aan de betichte

(1) Hrb. Antwerpen, 30 december 1911, *P.P.,* 1912, nr. 735.
(2) Hrb. Brussel, 15 februari 1947, *R.G.A.R.,* 1947, 4099 (verzekering tegen diefstal).
(3) Hrb. Brussel, 14 december 1948, *Bull. Ass.,* 1949, 225.
(4) Rb. Luik, 23 december 1955, *R.G.A.R.,* 1956, 5780.
(5) Luik, 18 november 1948, *Pas.,* 1949, II, 17; — zie ook : Brussel, 8 december 1953, *J.T.,* 1954, 298; — vgl. : Brussel, 6 februari 1952, *R.W.,* 1951-52, 1040; — Luik, 31 januari 1956, *R.C.J.B.,* 1959, 141 e.v., met noot R. Dekkers.

toekomt) niet bestaat, de beide partijen gehouden zijn op normale wijze samen te werken tot het leveren van het bewijs en niet kan aanvaard worden dat een partij spijts een reeds bezwarende gedeeltelijke bewijslevering door de tegenstrever, zich in een soort « mist » blijft hullen en het debat systematisch ontwijkt om aldus de aanleggende partij te beletten haar bewijslevering te vervolledigen » (1).

214. — Ook in Nederland heeft zelfs de Hoge Raad deze principes uitdrukkelijk gehuldigd (2).

Normaal moet diegene die zich beroept op het te niet gegaan zijn van het merk van de tegenpartij wegens niet-gebruik, hiervan het bewijs leveren; nochtans, voegde de Hoge Raad er aan toe, « kan de rechter een behoorlijk gemotiveerde tegenspraak verlangen, waarbij mededeling wordt gedaan omtrent het gebruik dat gedurende de laatste drie jaren van het merk zou zijn gemaakt » (3). Naar aanleiding van een verzoek tot bloedonderzoek bevestigde de Hoge Raad dat van een partij medewerking aan een gerechtelijke verrichting welke bewijs tegen haar oplevert, kan worden verlangd (4).

215. — Uit het voorgaande volgt alleszins dat de gedingvoerende partijen tijdens het proces *fair* moeten optreden en bovendien ook kunnen verplicht worden mede te werken aan de bewijsvoering. Hiervoor bestaan aanknopingspunten in de wet; daarenboven kan de partij eventueel veroordeeld worden wegens haar onwil.

Zo één der partijen weigert mede te werken kan zij tot schadevergoeding veroordeeld worden (5), of kan men uit deze weigering afleiden dat het bewijs van de tegenpartij als geleverd moet aangezien worden (6), of kan zij verplicht worden de bewijslast te dragen (7). In dit laatste geval is er nochtans geen omkering van de bewijslast, zoals soms werd voorgehouden (8), doch kan de rechter aannemen dat diegene die in de bewijsvoering gehinderd werd, aan zijn verplichtingen voldaan heeft en dat het de beurt is aan de tegenpartij om bewijsmateriaal aan te brengen (9).

---

(1) Rb. Antwerpen, 7 december 1960, *R.W.*, 1960-61, 1579; — zie ook nog Luik, 26 oktober 1960, *Pas.*, 1961, II, 214.
(2) Zie o.m. de reeds vermelde arresten d.d. 18 december 1925 en 7 januari 1926, *N.J.*, 1926, 228 en 258.
(3) H.R., 29 november 1957, *N.J.*, 1958, 31.
(4) H.R., 12 juni 1953, *N.J.*, 1954, 61, met noot D.J.V.; — zie hierover ook verder, nr. 284.
(5) Zo bv. wanneer men iemand wederrechtelijk van zekere bewijsmiddelen berooft : boven, nr. 200.
(6) Zie bv. Cass. fr., 16 maart 1921, *Rev. trim. dr. civ.*, 1921, 740, met noot R. Demogue; hiervoor werd artikel 1178 van het burgerlijk wetboek ingeroepen, zoals door Hrb. St.-Niklaas, 5 maart 1957, *R.W.*, 1957-58, 1913.
(7) Wanneer de rechthebbenden van het slachtoffer van een arbeidsongeval zich tegen een autopsie verzetten, dan moeten zij het oorzakelijk verband bewijzen : R.P.D.B., Tw. *Accidents du travail,* nr. 261; — zie ook : Franse wet van 16 oktober 1946, artikel 27; —Nerson, R., noot onder Corr. Domfront, 21 december 1945, *S.*, 1947, 2, 67.
(8) Blomeyer, A., *Die Umkehr der Beweislast, A.c.P.*, 1960, 103.
(9) Zie ook : Rosenberg, L., *Die Beweislast,* § 14, bl. 189 e.v.

Vermeldenswaard is ook de uitspraak volgens dewelke de partij die kon bewijzen, doch nagelaten heeft de bewijsmiddelen te verzamelen, hiervan het nadeel moet dragen (1).

216. — Het komt er thans op aan na te gaan op welke wijze deze algemene principes praktisch toegepast worden. Dit kan best geschieden aan de hand van het onderzoek naar het eventueel bestaan van een recht op bewijs; te dier gelegenheid zal immers de partijwerkzaamheid nader worden omschreven en zal worden onderzocht in hoeverre de medewerking van de partijen inzake bewijslevering kan vereist worden.

Meteen zal erop gewezen worden dat de verplichting tot medewerking aan zekere beperkingen onderworpen blijft.

---

(1) Brussel, 6 januari 1956, *J.T.*, 1957, 422 (het niet-noteren van de identiteit der getuigen).

HOOFDSTUK III.

VAN HET RECHT OP BEWIJS

217. — Een vraag waarover dikwijls betwisting is ontstaan, is te weten of men van een werkelijk r e c h t o p a a n v o e r i n g en b e w i j s mag gewagen.

Duidelijkheidshalve dringt zich een onderscheid op, dat veelal niet gemaakt wordt (1) en dat nochtans noodzakelijk is om de draagwijdte van het recht op bewijs te begrijpen.

Het recht op bewijs kan immers betekenen het recht op bewijs door de tegenpartij, d.w.z. het recht om de tegenpartij tot bewijslevering te dwingen. Daarenboven zou men hierin ook het recht kunnen terugvinden om voor zichzelf de feiten te stellen en te bewijzen. Tenslotte mag de vraag gesteld worden of het recht op bewijs tevens impliceert dat de tegenpartij en zelfs derden verplicht kunnen worden aan de bewijslevering mede te werken.

Deze drie betekenissen van het begrip *recht op bewijs* moeten dienvolgens aan een nader onderzoek onderworpen worden.

AFDELING I. RECHT OM DE TEGENPARTIJ TOT BEWIJSLEVERING TE DWINGEN

218. — In de eerste plaats bestaat er volgens sommigen (2) een recht op bewijs, dat er op neerkomt v a n d e t e g e n p a r t i j h e t b e w i j s t e k u n n e n e i s e n van de feiten, waaruit zij het door haar ingeroepen subjectief recht wil zien afleiden.

Aanvaardt men dit recht op bewijs, dan bevestigt men eveneens de bewijsplicht; inderdaad, tegenover het recht van de ene partij staat de verplichting van de tegenpartij.

Dat er van een dergelijk recht op bewijs geen sprake kan zijn, is duidelijk. Men kan trouwens *a contrario* redeneren en zeggen dat

(1) Zie nochtans R.V., *Preuve et atteintes à la personne, J.C.P.,* 1949, I, 758.
(2) Schneider, K., *Treu und Glauben im Zivilprozesz,* 1903, bl. 4.

men niet tot de bewijslevering verplicht is, vermits de tegenpartij toch geen recht op bewijs heeft, daar het juist in het belang is van die tegenpartij dat de eiser niet bewijst en dus zijn proces verliest (1). Trouwens een algemene bewijsplicht bestaat niet (2); hoogstens kan gewaagd worden van een bewijslast (3), een mogelijkheid (4), of een noodzakelijkheid (5) om de aangevoerde feiten te bewijzen. Men kan naar analogie de gevallen aanhalen, waarin men zekere pleegvormen moet naleven opdat de gewenste rechtsgevolgen zich zouden voordoen, zonder dat daarom van een werkelijke verplichting kan gesproken worden : men moet bv. een testament volgens de wettelijke vormvereisten opstellen, wil men dat het rechtsgeldig zou zijn. In dergelijke en andere gevallen kan men toch moeilijk van een verplichting spreken.

Hoogstens zou men een morele dwang kunnen zien in het gevaar dat men loopt het proces te verliezen.

AFDELING II. RECHT OM ZELF DE FEITEN TE STELLEN EN TE BEWIJZEN

1 §. Begrip van dit recht.

219. — Maar het recht op aanvoering en bewijs kan ook op een andere manier opgevat worden.

Men kan hierin zien het r e c h t o m z e l f d e f e i t e n t e s t e l l e n e n t e b e w i j z e n en aldus de rechter te overtuigen, ten einde de aanwending van de ingeroepen norm mogelijk te maken. Dit recht van bewijs kan moeilijk ontkend worden, vermits een recht zonder bewijs niets betekent (6).

Zoals men het recht heeft om zijn subjectieve rechten te doen beschermen

(1) Rosenberg, L., *o.c.,* § 5, bl. 56.
(2) Meijers *(Algemene leer van het burgerlijk recht,* dl. I, Leiden, 1948, bl. 16) verklaart dat de wetgever soms onnauwkeurig is, wanneer hij zegt dat iets moet geschieden, waar in het geheel geen verwijt bedoeld is aan degene, die anders handelt. Wanneer bepaald wordt dat de eiser de door hem gestelde feiten moet bewijzen, dan betekent dit alleen dat de eiser, die dit nalaat, de nadelige gevolgen zal dragen die de wet aan het niet-bewezen zijn verbindt, zonder dat hierom enige afkeuring wordt uitgesproken over hem, die niet kan of niet wil bewijzen hetgeen hij gesteld heeft.
(3) Voor het begrip *last :* zie boven, nr. 16.
(4) Rosenberg, L., *o.c.,* § 5, bl. 59.
(5) Motulsky, H., *o.c.,* nr. 117, bl. 131.
(6) Legeais, R., *o.c.,* bl. 4; — Beudant, IX², nr. 1167, bl. 239; — Luik, 25 november 1947, *Pas.,* 1947, II, 70; — Cass. fr., 16 maart 1921, *Rev. trim. dr. civ.,* 1921, 740, met noot R. Demogue; — Anders : Rosenberg, L., *o.c.,* § 5, bl. 58-59, die hierin enkel een *Möglichkeit* ziet.

door de rechtbanken (1), zo moet men ook het subjectief recht hebben om de feiten, die men tot staving van de aan te wenden rechtsnorm inroept, te bewijzen. De bepaling van artikel 1315 van het burgerlijk wetboek zou men ook a.v. kunnen lezen : « Wie beweert, mag bewijzen ». Men draagt weliswaar de bewijs*last,* doch vooraf moet het *recht* om te bewijzen toch erkend worden.

In een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Kortrijk (2) werd dit onlangs nog zeer sterk beklemtoond : een partij, die zonder enige rechtvaardiging een rechtsplegingsdaad (getuigenverhoor) verzaakte, mag nadien nog vragen om het bewijs te mogen inbrengen van de door haar ingeroepen feiten.

Gény heeft op kernachtige wijze enkele gedachten ontwikkeld over dat recht op bewijs, hetwelk tenslotte niets anders is dan het belang dat men heeft om zijn rechten te doen gelden en te laten erkennen bij middel van het bewijs der feiten, die deze rechten grondvesten (3).

Aansluitend bij de Duitse rechtsleer heeft deze vooraanstaande Franse jurist, het recht op bewijs beschouwd als een persoonlijkheidsrecht (4) : « Nous inclinerions à voir dans le droit à la preuve, comme une sorte de liberté publique, une faculté générale, comme telle, imprescriptible, faculté en vertu de laquelle chacun recueille et emploie, à sa guise les moyens que lui offre la vie sociale pour la justification et la défense de ses droits » (5).

2 §. Beperkingen.

220. — Eenmaal dit recht van bewijs erkend, dient te worden nagegaan of aan dit recht geen beperkingen werden gebracht. Moet de rechter m.a.w. steeds ingaan op elk aanbod van bewijs?

Men vergete inderdaad niet, dat niet alles vóór de rechter mag bewezen worden en dat het bewijs niet op gelijk welke wijze kan geschieden. Er is nl. een groot verschil tussen een gerechtelijke strijd om belangen en een wetenschappelijke strijd om ideeën, met het gevolg dat het gerechtelijke bewijs niet kan vereenzelvigd worden met het wetenschappelijke bewijs (zie desbetreffend boven, nr. 3).

(1) Men noemt dit een subjectief vorderingsrecht (*le droit à l'action, Rechtsschutzanspruch*) : zie boven, nr. 40.
(2) Rb. Kortrijk, 26 november 1960, *R.W.,* 1960-61, 1831.
(3) *Des droits sur les lettres missives,* Paris, 1911, dl. II, nr. 177, bl. 84.
(4) *o.c.,* dl. I, nr. 88-89, bl. 226-233; dl. II, nr. 214, bl. 172; — vgl. von Jhering, R., *L'évolution du droit (Der Zweck im Recht),* vert. van de 3de Duitse uitg. door O. de Meulenaere, Paris, 1901, nr. 119, bl. 174-175.
(5) Gény, F., *o.c.,* dl. II, nr. 185, bl. 106.

Het probleem dat zich hier stelt, is niet te weten welke bewijsmiddelen al dan niet mogen gebezigd worden; er zijn immers gevallen waarin de wetgever het gebruik van sommige bewijsprocédés verboden heeft omdat zij onvoldoende zekerheid bieden (zie o.m. art. 1341 en 1353 B.W.) (1). Deze kwestie valt niet binnen het kader van het hier behandelde vraagpunt (2); de reglementering van de bewijsmiddelen is immers een gevolg van het wettelijke karakter van het bewijssysteem en kan niet beschouwd worden als een rechtstreekse beperking van het recht van bewijs.

De vraag is inderdaad helemaal anders : mag de rechter zich verzetten tegen het bewijs van een feit, omdat het ter zake niet dienend is ofwel omdat de wet zich tegen het bewijs van een dergelijk feit zou verzetten? Of beter gezegd : welke feiten mag elke partij aanbieden te bewijzen, afgezien van de middelen die zullen aangewend worden om het bestaan van die feiten aan te tonen.

221. — De rechter zal dus de feiten, waarvan het bewijs aangeboden wordt, aan een nader onderzoek moeten onderwerpen. Rechtsleer en rechtspraak hebben hoofdzakelijk drie voorwaarden vastgesteld, opdat men tot het bewijs der aangehaalde feiten zou mogen overgaan : de te bewijzen feiten moeten ter zake dienend, afdoend en toelaatbaar zijn.

Men vindt trouwens sommige dezer voorwaarden terug — op een weliswaar vrij onduidelijke en onsamenhangende wijze — in het wetboek van burgerlijke rechtsvordering : de bewijslevering kan bevolen worden wanneer de feiten nuttig, betwist en afdoend zijn en het bewijs ervan toelaatbaar is (3).

222. — In de eerste plaats wordt vereist dat het te bewijzen feit ter zake dienend of pertinent weze (4).

(1) Men vergelijke met de tekst van artikel 2721 C.c.it. : « La prova per testimoni dei contratti non è ammessa quando il valore dell'oggetto eccede le lire cinquemila. Tuttavia l'autorità giudiziaria può consentire la prova oltre il limite anzidetto, tenuto conto della qualità delle parti, della natura del contratto e di ogni altra circostanza ».
(2) Legeais schijnt dit niet te hebben ingezien : *o.c.,* bl. 79 e.v.
(3) Zie art. 34, 253 en 254 Rv., waarvan men erkent dat ze — hoewel slechts vermeld bij de behandeling van het getuigenbewijs — op alle soorten van bewijs toepasselijk zijn : Aubry et Rau, XII, § 749, voetnoot 10; — Beudant, IX², nr. 1168, bl. 240.
(4) Het begrip *pertinent feit* werd in Frankrijk uitvoerig ontleed door twee auteurs : Sadek Fahmy, M., *Le fait pertinent et admissible dans ses rapports avec la théorie générale des preuves comme élément probatoire en droit civil comparé,* Proefschr., Paris, 1923; — Porre, G., *Le fait pertinent,* Proefschr., Aix, 1937; — zie ook Picard, M., *o.c.,* bl. 140 e.v.; — Anders : Motulsky, H., *o.c.,* nr. 84, bl. 86, voetnoot 3, die het begrip te vaag vindt.
Gerbrandy (*o.c.,* bl. 13 e.v.) zegt dat de partijen uit het geheel der samenhangende

Boven (zie nr. 187) werd reeds gewezen op het belang van de verplaatsing van het bewijsobject. Een dergelijke verplaatsing zal evenwel slechts toelaatbaar zijn, voor zover de feiten waarvan men het bewijs wil voorleggen ter zake dienend of pertinent zijn, d.w.z. in voldoende eng verband staan met de te bewijzen rechtsfeiten. De term pertinent geeft beter de gedachte weer van het verband tussen het rechtscheppend feit en het feit waarvan men het bewijs aanbiedt (1). En het ingeroepen feit zal juist pertinent zijn, wanneer het op een min of meer beslissende wijze de oplossing van de betwisting zal beïnvloeden of wanneer het samen met de andere bewezen feiten k a n bijdragen tot de eindoplossing (2) : « En un mot, la pertinence est la mesure dans laquelle il est permis au plaideur de déplacer l'objet de la preuve » (3). Moest dit niet het geval zijn, dan zou het bewijs van een dergelijk feit als nutteloos moeten aangezien worden.

Uit het voorgaande volgt noodzakelijk dat het onderzoek naar het ter zake dienend karakter van de feiten, waarvan het bewijs wordt aangeboden, slechts moet geschieden in geval van middellijk bewijs *stricto sensu* (4).

Dat een aanbod van getuigenbewijs ook aan een dergelijk onderzoek kan onderworpen worden, is niet noodzakelijk het gevolg van het feit dat het getuigenbewijs middellijk bewijs zou zijn (zie boven, nr. 186); meestal wordt een dergelijk aanbod door de rechtbank beoordeeld, wanneer men door getuigen hulpfeiten tracht aan te tonen (zie eveneens boven, nr. 186).

Het is voornamelijk een feitelijke kwestie, die aan de soevereine beoordelingsmacht van de feitenrechter is onderworpen (5).

Het Hof van Cassatie heeft weliswaar geen bevoegdheid om na te gaan of de feiten al dan niet pertinent zijn, doch kan nochtans wel oordelen over het *principe* van de aanvaarding of verwerping van het gedane bewijsaanbod (6).

223. — Verder moeten de te bewijzen feiten a f d o e n d zijn,

---

feiten moeten *afhakken* wat niet ter zake dienend is. Zoniet zouden zij dikwijls verplicht worden alle feitelijke gegevens te verschaffen, hetgeen een rechtvaardige verdeling van de bewijslast in gevaar brengt.

(1) Zie ook Dabin, J., *La technique de l'élaboration du droit positif*, bl. 78. Etymologisch is deze term afgeleid van het latijnse woord *pertinere*, zich uitstrekken tot.

(2) Porre, G., *o.c.*, bl. 77 en bl. 93.

(3) Beudant, IX², nr. 1169, bl. 241.

(4) Zie ook : Bartin in Aubry et Rau, XII, § 749, noot 10^{bis}, bl. 78-80.

(5) Verbr., 30 januari 1890, *Pas.*, 1890, I, 67; — Verbr., 5 juli 1926, *Pas.*, 1927, I, 38; — Cass. fr., 13 juni 1864, *D.P.*, 1864, 1, 333; — Cass. fr., 3 januari 1905, *D.P.*, 1905, 1, 75; — Cass. fr., 8 januari 1936, *D.H.*, 1936, 97; — zie ook verder, bij de behandeling van de taak van de rechter : nr. 279.

(6) De Page, III, nr. 854, bl. 846; — Verbr., 28 september 1954, *Pas.*, 1955, I, 54; — Verbr., 14 december 1956, *Pas.*, 1957, I, 398; — Verbr., 16 december 1960, *Pas.*, 1961, I, 420; — Cass. fr., 27 november 1929, *D.H.*, 1930, 68; — H.R., 7 mei 1920, *W.*, 10589; — *H.R.*, 15 januari 1926, *W.*, 11460.

d.w.z. de rechter overtuigen en hem in staat stellen d e f i n i t i e f het geschil te beslechten (1).

Men bemerkt dadelijk het verschil tussen ter zake dienend en afdoend, vermits in het eerste geval enkel een min of meer beslissende invloed op het geschil vereist wordt, terwijl de term *afdoend* betekent dat men hiermede definitief de betwisting moet kunnen oplossen (2).

In die zin zou men tal van gerechtelijke beslissingen kunnen aanhalen, waarin het aanbod van bewijs van sommige feiten, die ter zake dienend waren, werd afgewezen omdat hun afdoend karakter onvoldoende vaststond, hetzij wegens de onwaarschijnlijkheid ervan (3), hetzij omdat de aangehaalde feiten reeds door de omstandigheden der zaak werden tegengesproken (4).

Verschillende auteurs hebben dit onderscheid onvoldoende ingezien en deze twee begrippen verward (5). De juiste opvatting vindt men terug bij Demolombe (6), één der weinige oude auteurs die het onderscheid maakt, en bij Beudant (7), die o.m. bevestigt dat de term *nuttig* van artikel 34 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering beide begrippen impliceert (8).

224. — Tenslotte wordt nog vereist dat het aanvoeren en het bewijzen van bepaalde feiten t o e l a a t b a a r moeten zijn, d.w.z. dat de wet het stellen en bewijzen ervan niet verbiedt. Inderdaad, in uitzonderlijke gevallen heeft de wetgever aan de partijen het recht ontkend het bestaan van sommige feiten te bewijzen.

Vooraf dient erop gewezen te worden dat zelfs het a a n v o e r e n van zekere feiten verboden kan zijn. Het meest voor de hand liggende voorbeeld vindt men in de toepassing van het adagium *Nemo auditur suam turpitudinem allegans*. Wie de verwezenlijking van een onrechtmatig voordeel nastreeft of zich beroept op gevolgen die uit een onrechtmatige verhouding voortvloeien (bv. herstel voor het verlies van een onrechtmatig voordeel), kan tot de rechtbank niet toegelaten worden (9).

---

(1) De Franse rechtsgeleerden spreken van *concluant;* — vgl. Laurent, XIX, nr. 89, bl. 87, die spreekt van *relevant.*

(2) Porre, G., *o.c.*, bl. 93; — Beudant, IX², nr. 1170, bl. 242; — vgl. Dabin, J., *o.c.*, bl. 81, voetnoot 2; — Brussel, 31 oktober 1934, *Pas.*, 1935, II, 62.

(3) Cass. fr., 3 januari 1905, *D.P.*, 1905, 1, 75; — Lyon, 12 december 1935, *S.*, 1936, 2, 186.

(4) Cass. fr., 9 november 1898, *D.P.*, 1899, 1, 103; — Cass. fr., 7 maart 1934, *S.*, 1935, 1, 100; — Cass. fr., 14 juni 1950, *S.*, 1951, 1, 50.

(5) Zie bv. : Sadek Fahmy, M., *o.c.*, bl. 236; — Aubry et Rau, XII, § 749, bl. 78-79; — Savatier, J., noot onder Cass. fr., 17 juni 1953, *J.C.P.*, 1953, II, 7822.

(6) VI (XXIX), nr. 213, bl. 202.

(7) *o.c.*, IX², nr. 1170, bl. 243.

(8) Porre heeft dit begrip *utile* uitvoerig ontleed : *o.c.*, bl. 69 e.v.

(9) De toepasselijkheid van het beginsel *Nemo auditur* als middel van niet-ontvankelijkheid blijkt onbetwist te zijn : R.P.D.B., Tw. *Action*, nr. 29 e.v.; — Dabin, J.,

Zo is de rechtmatigheid van het gekrenkte belang een ontvankelijkheidsvereiste voor elke aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad (1) : de herstelvordering van een bijzit zal bv. niet-ontvankelijk verklaard worden, omdat hierdoor een onzedelijke en ongeoorloofde toestand vooropgesteld wordt (2).

Het aanbod van de verweerder om te bewijzen dat een door hem ondertekende brief niet met de werkelijkheid overeenstemt, moet om dezelfde reden verworpen worden (3).

Het bewijsverbod kan op een dubbele wijze tot uiting komen, hetzij onder de vorm van een uitdrukkelijk verbod bepaalde feiten te bewijzen, hetzij onder de vorm van een meer impliciet verbod bepaalde feiten te betwisten.

225. — Het is slechts uitzonderlijk dat de wetgever een verbod van bewijs heeft uitgevaardigd. Wanneer dit recht op bewijs dan toch beperkt werd, dan was het vooral om redenen van morele en sociale aard, nl. in het geval voorzien door de artikelen 335 en 342a van het burgerlijk wetboek (4).

Deze artikelen verbieden het bewijs van die feiten die zouden kunnen leiden tot de vaststelling van een bloedschandige afstamming; wat de overspelige afstamming evenwel betreft, heeft de wet van 10 februari 1958 tot wijziging van beide vermelde artikelen, het bewijs ervan toegelaten (5), doordat de wettiging van de uit overspel geboren kinderen kan geschieden na machtiging door de rechtbank en in de voorwaarden bepaald door het nieuwe artikel 331 van het burgerlijk wetboek. De bloedschandige afstamming alsook de overspelige afstamming buiten de gevallen bepaald door artikel 331 van het burgerlijk wetboek, kunnen evenwel komen vast te staan tengevolge van de toepassing van andere wettelijke regelen; zo bv. tengevolge van een ontkenning van vaderschap of van een nietigverklaring van het huwelijk wegens bigamie of bloedschande (6).

De rechtvaardiging van dit verbod vindt men zeer goed weergegeven in het rapport Lahary voor het Tribunaat : « La naissance d'un enfant fruit de l'inceste et de l'adultère est une vraie calamité pour les mœurs. Loin de conserver aucune trace de son existence, il serait à désirer qu'on pût en éteindre jusqu'au souvenir » (1). Tegenwoordig schijnt men evenwel minder belang te hechten aan dit schandaal (2) en werd dit verbod van bewijs zelfs ten dele opgeheven zoals blijkt uit de wet van 10 februari 1958 (3).

In de gevallen waar de feitelijke overspelige of bloedschandige afstamming ten aanzien van het recht niet vastgesteld is, mag een vordering op grond van artikel 1382 van het burgerlijk wetboek tegen een derde, geen aanleiding zijn tot het ontdekken van een afstamming die volgens de wet geheim moet blijven (4).

In dezelfde gedachtengang zullen de principes inzake geheimhouding dikwijls het bewijsverbod van zekere feiten tot gevolg hebben (5). Hetzelfde kan gezegd worden van het briefgeheim (zie hierover verder, nr. 272 e.v.).

226. — Belangrijker zijn evenwel de wettelijke bepalingen strekkende tot het verbieden van het tegenbewijs: in die gevallen is men dus niet gerechtigd zekere toestanden of feiten te betwisten. Deze beperking van het recht op bewijs is ditmaal gebaseerd op technische motieven.

Omdat de wetgever speciaal voorrang heeft willen verlenen aan de voorafgemaakte bewijzen, bepaalt artikel 1341 van het burgerlijk wetboek, dat geen getuigenbewijs toegelaten is tegen en boven de inhoud van akten. Zo zijn ook de artikelen 1350 en volgende van het burgerlijk wetboek op te vatten als technische procédés om slechte gedingen te vermijden en een bepaalde stabiliteit in de verhoudingen tussen particulieren te verzekeren.

Andere bepalingen houden ook een verbod van betwisting in en werden soms als werkelijke *postulats juridiques* aangezien (6). In dit verband kan o.m. artikel 312 van het burgerlijk wetboek aangehaald worden, hetwelk belet dat de wettelijke termijnen van de duur der zwangerschap zouden betwist worden (7), of dat andere personen

---

Du droit à réparation des parents de la victime d'un accident mortel en dehors du cas spécial des accidents du travail, B.J., 1935, 528; — Garsonnet et Cézar-Bru, I, nr. 358, bl. 532. De enige betwisting heeft betrekking op de regel *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* : De Page, I, nr. 94, bl. 121 e.v.

(1) Ronse, J., *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad,* nr. 132 e.v., bl. 116 e.v.; — Verbr., 16 januari 1939, *Pas.*, 1939, I, 25.

(2) Zie o.m. Brussel, 12 april 1944, *Pas.*, 1944, II, 38; *R.C.J.B.*, 1947, 113, met noot J. Van Rijn; — Luik, 24 oktober 1950, *J.T.*, 1951, 9, met noot M. Mayné.

(3) Rb. Tongeren, 27 februari 1958, *R.W.*, 1958-59, 654.

(4) Vgl. art. 443 S.W. in geval van eerroof.

(5) Voor een toepassing onder de vroegere wetgeving : Montpellier, 11 juni 1946, *Gaz. Pal.*, 1946, 2, 49.

(6) Voor deze en andere gevallen zie : De Page, I, nr. 1228, bl. 1217; — Marty, G., et Raynaud, P., *Droit civil,* I, Paris, 1956, nr. 753, bl. 966 e.v.

(1) Locré, III, bl. 115, nr. 34.

(2) Savatier, R.,noot onder Cass. fr., 31 maart 1930, *D.P.*, 1930, 1, 116.

(3) Men vergelijke trouwens met de evolutie in de wetgeving en de rechtspraak van Frankrijk, die geleid heeft tot de feitelijke opheffing van dit bewijsverbod, vermits in de meeste gevallen de uit overspel geboren kinderen kunnen gewettigd worden, hetgeen een feitelijke vaststelling van de overspelige afstamming veronderstelt : Legeais, R., *o.c.*, bl. 69 e.v.; — Marty, G., et Raynaud, P., *o.c.*, I, nr. 761 e.v., bl. 976 e.v.

(4) Ronse, J., *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad,* nr. 284, bl. 205.

(5) Cass. fr., 29 maart 1927, *D.P.*, 1927, 1, 185, met noot H. Mazeaud; — Grenoble, 29 mei 1952, *D.*, 1952, *J.*, 729, met noot Givord.

(6) Zie Barraine, R., *Théorie générale des présomptions en droit privé,* bl. 224 en 245; — vgl. Dabin, J., *La technique de l'élaboration du droit positif,* bl. 92, voetnoot 2, die spreekt van *préférences légales.*

(7) Ook deze bepaling schijnt aan geldingskracht te hebben ingeboet sinds de laatste ontwikkeling der biologische wetenschappen : zie Holleaux, G., *Remarques sur la preuve*

dan de man (1) de wettigheid van een kind zouden ontkennen. In dezelfde gedachtengang kan ook artikel 322 van het burgerlijk wetboek ingeroepen worden, volgens hetwelk de staat van iemand die een bezit heeft overeenstemmend met zijn geboorteakte, niet kan betwist worden.

Behoren ook tot die categorie van juridische postulaten, de wettelijke onwederlegbare vermoedens, waarvan één der karaktertrekken er juist in bestaat een verbod van betwisting in te stellen (2).

Aldus heeft de wetgever de schenking onwederlegbaar vermoed als zijnde gedaan aan tussenpersonen in de gevallen bepaald in artikel 1100 van het burgerlijk wetboek; anderzijds bepaalt artikel 1282 van hetzelfde wetboek dat de vrijwillige teruggave van de oorspronkelijke onderhandse titel door de schuldeiser aan de schuldenaar, de bevrijding van deze laatste bewijst (3).

Elders zal de aandacht gevestigd worden op de vergelijkende belangenwaardering door de rechter (zie verder, nr. 260); terloops weze hier aangestipt dat ook de wetgever bij het instellen van de onwederlegbare vermoedens aan vergelijkende belangenwaardering heeft gedaan. Wanneer de wetgever het recht op bewijs heeft uitgesloten, dan kan hij dit enkel doen op grond van overwegingen van het hoogste belang (4).

In aansluiting hiermede mag toch wel onderstreept worden dat meer en meer stemmen opgaan om zoveel mogelijk het tegenbewijs toe te laten (5); artikel 178 van het Nederlands ontwerp van wet inzake bewijsrecht voorziet trouwens dat tegenbewijs, ook tegen dwingend bewijs, vrijstaat tenzij de wet het uitsluit.

Andersom werd wel eens te recht aangestipt dat de partijen geen feiten mochten stellen en bewijzen, waarvan het tegenbewijs niet zou kunnen geleverd worden (6). Een dergelijk vereiste sluit aan bij de toelaatbaarheid van het bewijsaanbod; moest er geen tegenbewijs mogelijk zijn, dan zouden

---

de la filiation paternelle en droit allemand, suisse et français, Rev. int. dr. comp., 1953, 473 e.v.; — Legeais, R., *o.c.,* bl. 76 e.v. Men had blijkbaar vroeger uit het oog verloren dat ook Bigot-Préameneu in zijn memorie van toelichting vóór het wetgevend lichaam het eerder relatief karakter van dit zogezegde vermoeden had onderlijnd : « La présomption qui en résulte ne sera décisive qu'autant qu'elle ne sera pas affaiblie par d'autres circonstances » (Locré, III, bl. 88, nr. 13).

(1) Men raadplege evenwel de jongste rechtsleer, die de actie tot ontkenning ook aan andere personen wil zien toekennen, zoals bv. het openbaar ministerie of bepaalde overheden, dit in het belang van het kind : Legeais, R., *o.c.,* bl. 78; — Holleaux, G., *o.c.,* bl. 495 e.v.; — Anders : Kluyskens, A., *Personen- en Familierecht,* nr. 551, bl. 511; — De Page, I, nr. 1095, bl. 1104-1105.

(2) Decottignies, R., *Les présomptions en droit privé,* nr. 43, bl. 94 e.v.

(3) Voor deze en andere wettelijke vermoedens en de rechtvaardiging ervan, zie verder, nr. 382.

(4) Gény, F., *Science et technique,* III, nr. 234, bl. 300.

(5) Haardt, W.L., *De beginselen van het burgerlijk bewijs,* in *Handelingen Nederlandse Juristenvereniging* 1951, I, bl. 91-92.

(6) De Page, III, nr. 854, bl. 848, met uitvoerige referenties; — Verbr., 5 juli 1926, *Pas.,* 1927, I, 38.

immers de rechten van de verdediging geschonden worden. Dit zou bv. het geval zijn moest men een bewijsaanbod doen van feiten die al te lang geleden zijn (1).

227. — Achtereenvolgens werd er dus op gewezen dat men slechts het recht heeft feiten te stellen en eventueel te bewijzen, wanneer deze feiten pertinent, afdoend en toelaatbaar zijn.

Door sommige auteurs werden nog tal van andere voorwaarden gesteld opdat men de feiten waarvan het bewijs aangeboden wordt, metterdaad zou mogen bewijzen.

Aldus werd bepaald dat het moest gaan over een betwist feit (2). Een dergelijk vereiste is bijna vanzelfsprekend; waarom zou men het bewijs willen voorbrengen van niet betwiste en erkende feiten?

Anderen voegen eraan toe dat het te bewijzen feit rechtsgevolgen moet meebrengen (3). Ook hier kan men zeggen dat deze voorwaarde grotendeels overeenstemt met de noodzakelijkheid afdoende feiten aan te halen (zie boven, nr. 223).

Dat men slechts bewijs kan leveren voor feiten die niet voor waar moeten gehouden worden ingevolge zekere wettelijke bepalingen (4), zou eveneens als een overbodig vereiste kunnen beschouwd worden.

Inderdaad, wanneer men aanneemt dat elk aangeboden bewijs ter zake dienend moet zijn, dan erkent men meteen dat dit aanbod slechts kan betrekking hebben op feiten, die n u t t i g zijn, d.w.z. van een zodanige aard zijn dat zij het verloop van het geding kunnen beïnvloeden.

Nuttige feiten zijn dan feiten, die bepaald zijn, door de tegenpartij betwist worden en niet tegengesproken zijn door de vaststaande gegevens van het geding (5).

Uit het voorgaande blijkt dus dat de drie aangeduide voorwaarden alomvattend zijn en volstaan om de feiten, waarvan het bewijs aangeboden wordt, te kunnen beoordelen.

228. — In deze afdeling werd voornamelijk uitgeweid over het tweede aspect van het recht op bewijs, nl. het recht om zelf zijn beweringen te bewijzen.

Ten aanzien van de verweerder is dit recht trouwens een gevolg van het

---

(1) Vgl. Béraud, R., *o.c.,* nr. 9, *J.C.P.,* 1950, I, 870, die voorhoudt dat de vergoeding van het slachtoffer zou moeten verminderd worden, zo door zijn fout, nl. het laattijdig instellen van de eis, de bewijslast voor diegene die de onrechtmatige daad stelde, aanzienlijk wordt verzwaard; — zie ook boven, nr. 200.

(2) Zie artikel 253 Rv.; — Garsonnet et Cézar-Bru, II, nr. 230, bl. 365 e.v.; — Sadek Fhamy, M., *o.c.,* bl. 236.

(3) Sadek Fhamy, M., *o.c.,* bl. 230 e.v.

(4) Garsonnet et Cézar-Bru, II, nr. 231 e.v., bl. 369 e.v., geven als voorbeelden hiervan : de gedingbeslissende eed en de wettelijke vermoedens.

(5) Vgl. Porre, G., *o.c.,* bl. 69 e.v.

ongeschreven beginsel dat men het recht heeft om in het geding geroepen te worden (1).

Deze beschouwingen leiden tenslotte tot het derde vraagpunt: vermits eenieder het recht heeft de aangevoerde feiten te bewijzen, kan men hieruit dan ook afleiden dat elke partij het recht zou hebben om de bewijzen die zij nodig heeft, te halen waar ze zich ook mogen bevinden? M.a.w. is het recht op bewijs zo absoluut, dat men ook de tegenpartij en zelfs derden kan verplichten aan de bewijslevering mee te werken?

Dit probleem werd reeds in zijn geheel besproken (zie boven, nr. 205 e.v.), zodat thans enkel nog de vordering tot overlegging moet behandeld worden.

AFDELING III. DE VORDERING TOT OVERLEGGING

1 §. Begrip en terminologie.

229. — De *actio ad exhibendum* (2) kan best weergegeven worden door de term vordering tot overlegging (3).

Deze term werd slechts door enkele auteurs gebezigd (4). Anderen gebruiken de termen exhibitieplicht (5) of editieplicht (6).

230. — Bij het bepalen van de vordering tot overlegging, moet eerst en vooral gewezen worden op tal van processuele regelingen, die duidelijk van voormelde rechtsvordering moeten onderscheiden worden.

Vooreerst mag deze rechtsvordering niet verward worden met de exceptie van niet-mededeling van stukken, zoals die geregeld wordt in het wetboek van burgerlijke rechtsvor-

(1) Zie Pactet, P., *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative,* nr. 12 e.v., bl. 26 e.v., die spreekt van *le droit d'être appelé dans l'instance.*

(2) Deze *actio (Dig.,* 10, 4) had in het Romeins Recht oorspronkelijk niet de betekenis die thans aan dit begrip wordt toegekend. Gewoonlijk was deze *actio* de inzet van een procedure van revindicatie (Van Oven, J.C., *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht,* 3de uitg., Leiden, 1948, nr. 47 a, bl. 100 e.v.; — Dekkers, R., *o.c., R.C.J.B.,* 1959, 149-150); bij analogie werd zij evenwel, dank zij de *actio in factum,* uitgebreid en toegepast in de zin zoals thans wordt aangenomen: overlegging van stukken, dienende om de beweringen van de wederpartij te staven.

(3) Zie Van Dale, *Groot woordenboek der Nederlandse taal:* overleggen = tonen, laten zien, bv. stukken ter inzage overleggen.

(4) Kluyskens, A., *De Verbintenissen,* nr. 298bis, bl. 445, spreekt van overlegging van huiselijke registers en papieren. Bij Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 233 e.v., worden herhaaldelijk de termen overleggingsplicht en vertoningsplicht dooreen gebruikt.

(5) Ligtenberg, H., *De exhibitieplicht in het Nederlandsche recht,* Leiden, 1893; — Suyling, J.Ph., *o.c.,* nr. 388, bl. 118 e.v.

(6) Suyling, J.Ph., *o.c., l.c.*

dering (art. 188-192 Rv.). Dit is immers een incidenteel geschil, weleens met verwijzing naar de *Digesta* (1), *actio de edendo* genoemd (2).

De vordering tot overlegging daarentegen wordt juist gekenmerkt door het feit dat hier niet de mededeling gevraagd wordt van de stukken die door de tegenpartij spontaan worden ingeroepen; men vordert daarentegen de overlegging van die stukken, die nog niet werden gebruikt en waarvan de tegenpartij de mededeling weigert. Ook kan er van een *actio ad exhibendum* sprake zijn, wanneer men de mededeling van stukken vraagt aan een derde, die geen partij is in het proces, maar die dank zij deze overlegging tot de oplossing van het geschil kan bijdragen (zie verder, nr. 262 e.v.).

Vervolgens moet de dwanguitgifte (art. 846-854 Rv.; — zie ook art. 1334 B.W.), eveneens onderscheiden worden van de vordering tot overlegging (3). Dank zij deze procedure kunnen de gedingvoerende partijen een expeditie of een uittreksel bekomen van de akte, waarbij zij geen partij waren en die neergelegd is bij een derde.

Tenslotte kan de mededeling van een strafdossier evenmin tot het domein van de *actio ad exhibendum* gerekend worden; enkel de Procureur-Generaal kan over deze mededeling statueren (4). Het belang van de mededeling van een strafdossier is trouwens zeer groot, gezien de uitgebreide bevoegdheden van de agenten en rechtsmachten van onderzoek bij het opsporen van bewijsmateriaal (5).

(1) *Dig.,* 2, 13.

(2) Brussel, 10 april 1816, *Pas.,* 1816, 94; — Gent, 19 juli 1838, *Pas.,* 1838, 208; — zie hierover ook nog: Mimin, P., Noot onder Cass. fr., 27 juni 1939, *D.C.,* 1941, *J.,* 111.

(3) Dekkers, R., II, nr. 633, bl. 365; — Anders: Capitant, H., *Vocabulaire juridique,* Paris, 1936, Tw. *Action ad exhibendum.* Gemeld onderscheid werd zeer duidelijk belicht door Garsonnet et Cézar-Bru, VII, 3de uitg., Paris, 1921, nr. 13 e.v., bl. 29 e.v.; — zie ook Rb. Brussel, 14 november 1911, *Pas.,* 1912, III, 5.

(4) Verbr., 12 juni 1913, *Pas.,* 1913, I, 322; — Verbr., 4 januari 1923, *Pas.,* 1923, I, 136; — vgl. Cass. fr., 6 januari 1893, *D.P.,* 1893, 1, 102. Hoewel deze regeling door Demogue werd bekritiseerd *(Traité des Obligations en général,* III, Paris, 1923, nr. 215, bl. 350), worden als argumenten meestal ingeroepen: art. 271 e.v. Sv. en art. 125 van het K.B. van 28 december 1950 (Crimineel tarief).

(5) Zie desbetreffend: Hucher, G., *De l'utilisation devant la juridiction civile d'un dossier pénal,* Proefschr., Caen, 1941; — Giraud, M., *La preuve civile par pièces de procédure pénale,* Proefschr., Alger, 1941; — Devismes, *De la production et de la force probante des pièces d'une procédure pénale devant les juridictions civiles et commerciales,* Paris, 1943; — Garraud, *L'utilisation à titre de preuve dans un procès civil des pièces et documents tirés d'un dossier pénal, J.C.P.,* 1943, I, 317.

Het spreekt van zelf dat eenmaal dat het strafdossier werd medegedeeld, alle partijen in de gelegenheid moeten gesteld worden dit dossier te onderzoeken en eventueel de inhoud ervan te betwisten (1).

Een probleem dat hoofdzakelijk in Frankrijk tot vele betwistingen heeft aanleiding gegeven, is het volgende : mogen de partijen zich tegen de mededeling van het strafdossier verzetten? Te recht werd op deze vraag ontkennend geantwoord (2).

231. — Het is wellicht overbodig eraan te herinneren dat elke gedingvoerende partij de bewijselementen, die door derden of zelfs door de tegenpartij werden verstrekt, mag gebruiken. Men neemt zijn bewijzen waar men kan — dit is een gevolg van het recht op bewijs —, op voorwaarde evenwel dat deze op een rechtmatige wijze verkregen werden : « L'ordre social ne permet pas que l'on puisse obtenir, même le maintien des droits qu'il consacre, par des procédés contraires à son principe fondamental » (3).

2 §. Het vraagstuk.

A. *Wetgeving.*

232. — Zeer delicaat is nu de kwestie of men de overlegging van stukken, die niet werden ingeroepen en die dus — althans processueel — niet gemeen zijn aan de gedingvoerende partijen, mag eisen (4).

Naar Belgisch recht bestaat er geen enkele wettekst, waaruit blijkt dat de vordering tot overlegging algemeen mogelijk zou zijn. Nergens wordt deze vordering principieel omschreven en gereglementeerd.

Men kan weliswaar zekere sporadische teksten aanhalen, die in welbepaalde gevallen een dergelijke vordering voorzien.

(1) Dit in toepassing van het algemeen principe van de gelijkheid der partijen; — zie ook uitdrukkelijk o.m. Cass. fr., 7 maart 1949, *D.*, 1949, *J.*, 457, met noot Crémieu.

(2) Beudant, IX², nr. 1299, bl. 392 e.v. : deze auteur heeft dit probleem omstandig toegelicht met overvloedige referenties. Er weze ook verwezen naar de algemene principes volgens dewelke de partijen elkaar medewerking verschuldigd zijn : zie boven, nr. 205 e.v.

(3) Gény, F., *Des droits sur les lettres missives,* II, nr. 178, bl. 89; — zie ook nog verder in verband met het briefgeheim : nr. 275 e.v.

(4) Voor de toepassing van deze *actio* in het Romeins recht en in het oude recht, raadplege men de zeer bevattelijke bespreking met de talrijke referenties in het advies van Advocaat-Generaal Hynderick vóór Brussel, 6 maart 1863, *B.J.*, 1863, 372 e.v.; — zie ook : Demontès, E., *L'action ad exhibendum en droit moderne,* bl. 20 e.v.; — Beudant, IX², nr. 1173, bl. 246, voetnoot 2; — Dekkers, R., *De la collaboration des plaideurs dans l'administration de la preuve,* noot onder Luik, 31 januari 1956, *R.C.J.B.,* 1959, 149-150; — Ligtenberg, H., *o.c.,* bl. 9 e.v.

233. — Zo zijn er in het burgerlijk wetboek twee artikelen die de vordering tot overlegging uitdrukkelijk voorzien.

Het nieuwe artikel 218 (1) is buitengewoon interessant omdat hier voor de eerste maal een duidelijke reglementering van de vordering tot overlegging wordt gegeven, met betrek tot de verplichting van elk der echtgenoten om bij te dragen in de lasten van het huisgezin.

Na bepaald te hebben dat de vrederechter van de laatste echtelijke verblijfplaats elke echtgenoot kan machtigen om de inkomsten van de andere echtgenoot te ontvangen (art. 218, 2de lid), vervolgt dit artikel (lid 3, 4, 5, 6 en 7) : « De rechter kan aan de echtgenoten en zelfs aan derden bevelen hem inlichtingen te verstrekken, dan wel boeken of bescheiden over te leggen waaruit het bedrag van de inkomsten, schuldvorderingen en opbrengsten van de arbeid van partijen kan blijken; de door derden te verstrekken inlichtingen worden aan de rechter schriftelijk medegedeeld.

Geeft de derde aan de vorderingen van de rechter binnen de door deze gestelde termijn geen gevolg of blijken de verstrekte inlichtingen onvolledig of onjuist te zijn, dan kan de rechter bij een met redenen omkleed vonnis bevelen dat de derde in persoon zal verschijnen op een dag die hij bepaalt. Een voor eensluidend verklaard afschrift van de beschikking wordt bij de oproepingsbrief aan de derde gevoegd.

De sancties bepaald in de artikelen 263 en volgende van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering kunnen worden toegepast op de gedaagde derde die niet verschijnt of weigert de gevraagde inlichtingen te verstrekken.

In de oproepingsbrief van de derde wordt, op straffe van nietigheid, de tekst van het voorgaande lid opgenomen.

Wanneer de rechter aan het Bestuur der Directe Belastingen beveelt hem gegevens te verstrekken over het bedrag aan inkomsten, schuldvorderingen en opbrengsten van de arbeid van de echtgenoten of van een van hen, zijn de ambtenaren van dat Bestuur ontslagen van de geheimhouding waartoe zij verplicht zijn krachtens de wetten betreffende de inkomstenbelastingen » (2).

Er was immers uit de praktijk gebleken dat de rechter zich moeilijk een juist beeld kon vormen van de inkomsten der echtgenoten. Om dit te verhelpen, worden aan de rechter informatiemiddelen verleend op grond waarvan hij kan eisen dat zowel de echtgenoten als derden hem alle dienstige inlichtingen zouden verstrekken.

Naast de veroordelingen, die zoals voor de niet-verschijnende getuigen (artikel 263 Rv.) kunnen uitgesproken worden, werd tijdens de voorbereidende werkzaamheden duidelijk de aandacht gevestigd

(1) Wet van 30 april 1958 betreffende de wederzijdse rechten en plichten van de echtgenoten.

(2) Men vindt trouwens in het fiscaal recht zekere bepalingen, waaruit blijkt dat belastingsplichtige en administratie moeten samenwerken bij het verzamelen van de nodige inlichtingen : art. 55, 1ste lid, en 62 S.W.I.B. Zie ook artikel 6 van het Regentsbesluit d.d. 23 augustus 1948, betreffende de rechtspleging voor de Raad van State.

op het feit dat de derden die onjuiste inlichtingen verstrekken, eveneens strafrechtelijk kunnen vervolgd worden (1).

234. — Het tweede artikel, dat hier kan vermeld worden, is artikel 842, 2de en 3de lid, van het burgerlijk wetboek, volgens hetwelk, ingeval van verdeling, de deelgenoot, die de titels van de verdeelde eigendom bezit, verplicht kan worden deze titels ten dienste te stellen van de deelgenoten, die er belang bij hebben.

In aansluiting met dit artikel kan gewezen worden op het begrip *gemene titel,* waaraan een grote uitbreiding werd gegeven : dubbels van onderhandse akten, inventarissen, titels van verdeling of likwidatie,... (2).

Er weze ook aan herinnerd dat een dading kan nietig verklaard worden op grond van later ontdekte titels, die door een der partijen werden achtergehouden (art. 2057, 1ste lid, B.W.).

235. — Er zijn daarenboven tal van wettelijke bepalingen, die een doorlopende publiciteit voorzien : « il y a une exhibition permanente dans toutes les formalités de publicité » (3). Men denke bv. aan de openbaarheid van de akten van de burgerlijke stand (art. 45 B.W.), van de registers van de hypotheekbewaarder (wet van 16 december 1851) en van diegene die ingericht werd met het oog op de handelsverrichtingen (wet van 3 juli 1956 op het handelsregister, speciaal artikel 32 e.v.).

236. — Tenslotte kan ook verwezen worden naar de gevallen waarin bepaalde personen gehouden zijn rekenschap te geven van hun beheer, zoals bv. de voogd (art. 469 B.W.), de testamentaire uitvoerder (art. 1031 B.W.), en de lasthebber (art. 1993 B.W.) (zie ook boven, nr. 206). Deze rekenschap kan zelfs in rechte afgedwongen worden (art. 45 van de wet van 25 maart 1876 op de bevoegdheid; art. 528 e.v. Rv.).

Volledigheidshalve weze nog herinnerd aan de artikelen 1330 en 1331 van het burgerlijk wetboek betreffende de koopmansboeken, de huiselijke registers en papieren : vermits zij tot bewijs kunnen strekken tegen diegene die ze opstelde, moet men ze ook kunnen opvorderen (4).

237. — In het wetboek van koophandel bepaalt artikel 21 van de wet van 15 december 1875 dat de mededeling van koopmansboeken slechts kan bevolen worden in zaken be-

(1) Parlem. Besch. Senaat, 1956-57, nr. 346 : Verslag van de commissie belast met het onderzoek van het wetsontwerp.
(2) Zie desbetreffend : Aubry et Rau, XII, § 749, bl. 95; — Dekkers, R., *o.c., R.C.J.B.,* 1959, 152; — vgl. artikel 1922 en 1923 Ned. B.W. : zie verder, nr. 246 e.v.
(3) Demontès, E., *o.c.,* bl. 144, voetnoot 1.
(4) Laurent, XIX, nr. 355-356, bl. 384 e.v.; — Brussel, 14 februari 1881, *Pas.,* 1881, II, 216; — zie ook verder, nr. 244.

treffende de erfopvolging, gemeenschap, verdeling van een vennootschap en in geval van faillissement. Deze mededeling kan — hoewel ze ook ambtshalve door de rechter mag bevolen worden — gebeuren nadat een eis tot overlegging werd ingesteld (1).

Het spreekt vanzelf dat deze opsomming enkel limitatief moet geïnterpreteerd worden (2) en dat de rechter de bevoegdheid heeft, maar daarom nog niet verplicht is, een dergelijke mededeling te bevelen.

Er werd zeer dikwijls getwist over de rechtsgrond van deze bepaling. Sommigen hebben gemeend de verklaring te moeten vinden in de medeëigendom (3), verklaring die niet voldoet, vermits in geval van faillissement die medeëigendom niet bestaat.

Men zou kunnen menen dat een mededeling van de koopmansboeken in de aangehaalde gevallen gerust kon geschieden en niet meer gevaarlijk is, omdat het zou gaan over een handel die stopgezet werd; dit is een uitleg die evenmin bevredigt, zoals Thaller (4) te recht liet opmerken. Dergelijke motivering zou trouwens het recht op mededeling al te zeer beperken.

Het lijkt daarom veel juister deze bepaling in alle door de wetgever voorziene gevallen toe te passen, heel eenvoudig omdat de beide gedingvoerende partijen als het ware een recht hebben verkregen op de handelsboeken, hetzij als medeërfgenamen, hetzij als deelgenoten of als schuldeisers van een faillissement (5).

Artikel 22 en volgende van de wet van 15 december 1872 bepalen op hun beurt dat de openlegging van de boeken door de rechter zelfs ambtshalve kan bevolen worden.

238. — Sommige auteurs hebben gemeend in deze artikelen een argument *a contrario* tegen de vordering tot overlegging te kunnen ontdekken. Inderdaad, zo redeneren zij, de wetgever heeft de *actio ad exhibendum* enkel aanvaard in de vermelde gevallen en haar aldus impliciet in alle andere gevallen afgeschaft (6).

Deze redenering kan moeilijk als deugdelijk beschouwd worden. Zoals verder zal worden aangetoond (zie nr. 243 en 260) kan een vordering tot overlegging niet toegelaten worden, zo hieruit enig nadeel zou spruiten voor de persoon die tot de overlegging gehouden is. Welnu, in zaken van koop-

(1) Frédericq, L., *Traité de droit commercial,* I, nr. 134, bl. 257.
(2) Frédericq, L., I, nr. 134, bl. 254; — Cass. fr., 29 april 1897, *D.P.,* 1897, 1, 288.
(3) Frédericq, L., *o.c.,* I, nr. 134, bl. 256; — Thaller, E., *Traité élémentaire de droit commercial,* 8ste uitg., door J. Percerou, Paris, 1931, nr. 211, bl. 162.
(4) *o.c.,* nr. 211, bl. 161.
(5) Ripert, G., *Traité élémentaire de droit commercial,* 3de uitg., Paris, 1954, nr. 404, bl. 180-181.
(6) Aubry et Rau, XII, § 749, voetnoot 24, bl. 95.

handel verzet de geheimhouding van zekere aangelegenheden zich dikwijls tegen een overlegging van documenten; juist daarom was de tussenkomst van de wetgever noodzakelijk om de vordering tot overlegging toepasselijk te stellen (1).

239. — Tenslotte zijn in het wetboek van burgerlijke rechtsvordering verschillende artikelen opgenomen, die tot uiteenlopende interpretaties kunnen aanleiding geven.

Zo omschrijven de artikelen 188 en volgende van gemeld wetboek de rechtspleging van mededeling der ingeroepen stukken, terwijl de artikelen 839 en volgende aanduiden op welke wijze de uitgifte of het afschrift van een akte kunnen bekomen worden.

Hoewel deze artikelen zekere aanwijzingen verstrekken, kunnen zij toch niet om reeds vermelde redenen als een bevestiging van de vordering tot overlegging beschouwd worden (zie boven, nr. 230).

Men zou kunnen denken dat vermelde artikelen opnieuw *a contrario* de afschaffing van de *actio ad exhibendum* inhouden, vermits de wetgever ze juist uitdrukkelijk en uitsluitend heeft toegestaan in de vermelde gevallen.

Deze redenering gaat evenmin op om dezelfde redenen, als die welke aangehaald werden in verband met de artikelen 21 en 22 van de wet van 15 december 1872 (zie boven, nr. 238).

Inderdaad, de wetgever heeft de artikelen 846 en volgende van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering moeten uitvaardigen, omdat het o.m. aan de notarissen verboden is akten aan derden mede te delen (artikel 23 wet 25 *ventôse* jaar XI; — art. 458 S.W.), zodat het noodzakelijk bleek dit verbod in sommige gevallen op te heffen.

Anderzijds kan er aan de limitatieve bepaling van artikel 188 en volgende van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering geen belang gehecht worden, vermits hier een procedure wordt voorzien strekkende tot mededeling der ingeroepen stukken. Men zou hieruit enkel kunnen afleiden dat deze stukken alleszins moeten medegedeeld worden en dat de rechtbank hier niet over een discretionaire bevoegdheid beschikt zoals ter zake van de vordering tot overlegging.

Anderen hebben gemeend hierin een bewijs te mogen vinden van de toelaatbaarheid ener *actio ad exhibendum,* omdat volgens hen vermelde artikelen en meer bepaald de artikelen 188 en volgende van

(1) Men vindt trouwens nergens in de voorbereidende werken een spoor terug van de interpretatie gegeven door auteurs zoals Aubry et Rau : Hynderick in zijn geciteerd advies, *B.J.,* 1863, 376.

het wetboek van burgerlijke rechtsvordering niet beperkend moeten geïnterpreteerd worden (1).

Geen van beide interpretaties kan voldoening geven, omdat, zoals vroeger betoogd werd, de vordering tot overlegging duidelijk te onderscheiden valt van de rechtspleging tot mededeling der ingeroepen stukken en van de dwanguitgifte (zie boven, nr. 230).

240. — Het plaatsbezoek, omschreven door artikel 295 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering, bekrachtigt in zekere zin de verplichting van elke gedingvoerende partij om de rechter in staat te stellen zich een juist oordeel te vormen aan de hand van een persoonlijk onderzoek van het betwiste voorwerp (2).

In aansluiting hiermede kan ook artikel 917 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering aangehaald worden, volgens hetwelk ieder belanghebbende de vrederechter kan verzoeken over te gaan tot het opzoeken van een bestaand testament (3).

Het onderzoek naar de echtheid van geschriften (art. 193-213 Rv.) kan eveneens ingeroepen worden, omdat men soms verplicht wordt een stuk van vergelijking in te dienen, hetwelk misschien nadelig zou kunnen uitvallen (zie vnl. art. 200 en 206 Rv.).

241. — Dit zijn dus in hoofdzaak de enige wetteksten, die wel zekere aanknopingspunten kunnen verschaffen met betrek tot de vordering tot overlegging, doch geen voldoende rechtsgrond zijn voor de algehele aanvaarding van een dergelijke vordering.

Er zijn weliswaar nog andere wetteksten, die op een onrechtstreekse en impliciete wijze de *actio ad exhibendum* mogelijk maken; hierop zal verder de aandacht gevestigd worden (zie nr. 257 e.v.).

B. *Rechtspraak.*

242. — Het probleem is evenwel gerezen en de rechtspraak heeft getracht tegenover deze leemte van de wet, enkele principes voorop te stellen.

In de meeste gevallen moest uitspraak gedaan worden over een vordering tot overlegging van stukken, die bij de tegenpartij berustten (4).

(1) Demontès, E., *o.c.,* bl. 131; — zie ook de rechtspraak die verder (zie nr. 242) zal aangehaald worden. *Adde :* Rb. Charleroi, 11 april 1863, *B.J.,* 1869, 641; — Rb. Antwerpen, 10 mei 1890, *Pas.,* 1891, III, 21; — Cass. fr., 7 juli 1910, *D.P.,* 1912, 1, 62.
(2) Beudant, IX², nr. 1174, bl. 247.
(3) Dekkers, R., *o.c., R.C.J.B.,* 1959, 153.
(4) Voor de *actio ad exhibendum* gericht tegen derden, zie verder, nr. 262 e.v.

Talrijke vonnissen en arresten stellen als principe voorop dat de algemene rechtsbeginselen, en meer bepaald de goede trouw, de billijkheid en het zoeken naar de waarheid, een dergelijke vordering kunnen rechtvaardigen en dat de bestaande wetgeving zich hiertegen niet verzet (1).

Volgens diezelfde rechtspraak kan de rechtsspreuk *Nemo tenetur edere contra se instrumenta propria* (2) tegen deze principes niet opwegen, omdat de partijen geen stukken mogen verbergen (3).

Sommigen uitspraken hebben — blijkbaar ten onrechte (zie boven, nr. 230 en 239) — hun beslissing gemotiveerd door artikel 188 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering zo te verklaren, dat het niet limitatief moest worden opgevat, doch daarenboven ook moest uitgebreid worden tot die stukken, die niet door de tegenpartij werden ingeroepen (4).

243. — De vereisten die door de rechtspraak werden vastgelegd, zijn de volgende :

1) De eiser moet een werkelijk en actueel belang hebben bij de overlegging van de gevraagde stukken (5), die daarenboven een rechtstreeks verband moeten vertonen met het gevoerde geschil (6).

2) De eiser moet duidelijk aangeven over welke stukken het gaat (1), en tevens bewijzen dat deze stukken in het bezit van de tegenpartij zijn (2).

Dit bewijs moet trouwens ook geleverd worden in geval van openlegging van handelsboeken, waarvan het houden niet wettelijk verplichtend is gesteld; in dat geval moet de feitenrechter toch weten of de boeken bestaan (3).

Indien het evenwel gaat om stukken, die wettelijk in het bezit moeten zijn van de tegenpartij (bv. wettelijk verplichte handelsboeken), dan zal de feitenrechter het bewijs van het bezit als geleverd beschouwen en de tegenpartij zelf met het bewijs belasten; deze laatste zal moeten aantonen dat hij door overmacht buiten het bezit dezer stukken gesteld werd (4).

Doch geleidelijk werd de rechtspraak strenger in de bepaling van de vereisten, die een *actio ad exhibendum* mogelijk maken : de gevraagde stukken moeten ernstig bewijsmateriaal zijn, dat een grote invloed kan uitoefenen op de verdere gang van het geschil (5).

Wie een eis tot overlegging instelt, zal dus ook moeten bewijzen dat in het gevorderde stuk het beding, dat hij inroept, geschreven staat (6).

3) Tenslotte mag de toewijzing van de *actio ad exhibendum* niet nadelig zijn voor de partij, wier stukken moeten medegedeeld worden (7), en evenmin in botsing komen met andere belangen, die hoger staan, zoals bv. het briefgeheim (8) of het geheim van de boekhouding en van de processen-verbaal ener stichting (9).

---

(1) Brussel, 10 april 1816, *Pas.*, 1816, 94; — Brussel, 12 februari 1819, *Pas.*, 1819, 306; — Brussel, 13 januari 1820, *Pas.*, 1820, 14; — Brussel, 6 april 1821, *Pas.*, 1821, 351; — Brussel, 15 juni 1822, *Pas.*, 1822, 175; — Brussel, 3 augustus 1833, *Pas.*, 1833, II, 215; — Gent, 19 juli 1838, *Pas.*, 1838, II, 208; — Brussel, 3 november 1852, *Pas.*, 1853, II, 38; — Rb. Dinant, 12 november 1859, *Pas.*, 1862, II, 216; — Luik, 24 april 1861, *Pas.*, 1862, II, 216; — Rb. Antwerpen, 16 november 1867, *B.J.*, 1868, 365; — Luik, 4 april 1868, *Pas.*, 1868, II, 219; — Brussel, 24 februari 1869, *B.J.*, 1869, 641; — Brussel, 16 maart 1870, *Pas.*, 1870, II, 121; — Luik, 15 juli 1886, *Pas.*, 1887, II, 17; — Rb. Charleroi, 6 juli 1893, *Pas.*, 1893, III, 381; — Rb. Luik, 5 december 1894, *Pas.*, 1895, III, 208; — Brussel, 11 mei 1897, *Pas.*, 1897, II, 365; — Brussel, 17 maart 1898, *Pas.*, 1898, II, 248; — Luik, 25 november 1947, *Pas.*, 1947, II, 70; — Luik, 31 januari 1956, *R.C.J.B.*, 1959, 141, met noot R. Dekkers.

(2) Voor de oorsprong van dit adagium, zie Dekkers, R., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1959, bl. 149, voetnoot 6.

(3) Brussel, 15 juni 1825, *Pas.*, 1825, II, 310; — Brussel, 11 mei 1897, *Pas.*, 1897, II, 365; — zie ook : Rb. Namen, 24 juli 1893, *Pas.*, 1893, III, 380.

(4) Luik, 4 april 1868, *Pas.*, 1868, II, 219; — Brussel, 24 februari 1869, *B.J.*, 1869, 641; — Rb. Luik, 5 december 1894, *Pas.*, 1895, III, 208.

(5) Gent, 19 juli 1838, *Pas.*, 1838, II, 208; — Rb. Dinant, 12 november 1859, *Pas.*, 1862, II, 216; — W.R. Brugge, 16 december 1935, *R.W.*, 1935-36, 579. Het arrest van het hof van beroep te Gent van 19 juli 1838 spreekt van een *intérêt apparent,* hetgeen begrijpelijk is, vermits de verzoeker soms het bedoelde stuk nog niet ingezien heeft.

(6) Luik, 15 juli 1886, *Pas.*, 1887, II, 17; — Brussel, 17 maart 1898, *J.T.*, 1899, 9. Men vergete immers niet dat de te bewijzen feiten pertinent of ter zake dienend moeten zijn : zie boven, nr. 222.

(1) Een algemene overlegging van alle stukken mag dus niet gevorderd worden; men moet nauwkeurig de kwestieuse stukken aanduiden : Rb. Antwerpen, 10 mei 1890, *Pas.*, 1891, III, 21; — Rb. Dendermonde, 11 december 1890, *Pas.*, 1891, III, 307; — Rb. Charleroi, 6 juli 1893, *Pas.*, 1893, III, 381; — Rb. Namen, 24 juli 1893, *Pas.*, 1893, III, 380. In het Engelse recht drukt men dat zeer beeldrijk uit door te bepalen dat de vordering tot overlegging geen *fishing character* mag hebben : zie verder, nr. 254.

(2) Gent, 17 december 1833, *Pas.*, 1833, II, 255; — Rb. Dinant, 12 november 1859, *Pas.*, 1862, II, 216; — Luik, 4 april 1868, *Pas.*, 1869, II, 219; — Rb. Namen, 24 juli 1893, *Pas.*, 1893, III, 380; — Rb. Luik, 5 december 1894, *Pas.*, 1895, III, 208; — Luik, 30 december 1896, *Pas.*, 1897, II, 212; — Brussel, 11 mei 1897, *Pas.*, 1897, II, 365 (hier werd de vordering juist afgewezen, omdat dit bewijs niet geleverd werd); — Rb. Neufchâtel, 12 juni 1957, *D.*, 1957, *J.*, 538.

(3) Hrb. Brussel, 7 februari 1928, *Jur. Comm. Brux.*, 1928, 412; — vgl. Rb. Charleroi ,11 april 1863, *B.J.*, 1869, 641.

(4) Demogue, R., *Traité des obligations,* III, nr. 212, bl. 343.

(5) Brussel, 24 februari 1869, *B.J.*, 1869, 641; — Brussel, 17 maart 1898, *Pas.*, 1898, II, 248. Ook dit vereiste sluit nauw aan bij de noodzaak slechts het bewijs aan te bieden van feiten, die afdoend zijn : zie boven, nr. 223; — vgl. Verbr., 20 juni 1961, *J.T.*, 1961, 609.

(6) Brussel, 9 juli 1908, *Pas.*, 1909, II, 122.

(7) Brussel, 24 februari 1869, *B.J.*, 1869, 641; — zie ook in algemene zin : De Page, III, nr. 729, A, bl. 710; — Dekkers, R., II, nr. 633, bl. 365.

(8) Rb. Brussel, 12 juli 1955, *R.W.*, 1955-56, 1384; — vgl. Cass. fr., 15 juli 1901, *D.P.*, 1901, 1, 499; — zie hierover verder, nr. 272 e.v.

(9) Rb. Brussel, 14 november 1911, *Pas.*, 1912, III, 5.

C. *Rechtsleer.*

244. — Wanneer men de rechtsleer nagaat dan valt het op dat de Belgische rechtsgeleerden meestal aarzelen om een algemene vordering tot overlegging te aanvaarden (1).

Nochtans zijn de meeste auteurs het eens om — buiten de betwistingen tussen handelaars, waarbij dan toepassing wordt gemaakt van de artikelen 21 en 22 van het wetboek van koophandel — de overlegging van handelsboeken (2) en van de registers en huiselijke papieren (3) te aanvaarden, mits de rechter van deze mogelijkheid slechts zeer voorzichtig zou gebruik maken en artikel 1315 van het burgerlijk wetboek (zie hierover verder, nr. 271) hierdoor niet zou omzeilen.

Zij vinden de bevestiging van deze zienswijze in de tekst zelf van de artikelen 1330 en 1331 van het burgerlijk wetboek (4).

245. — In Frankrijk heeft de rechtsleer, behoudens met betrekking tot de handelsboeken en de registers en huiselijke papieren (5), zich weinig om het probleem bekommerd. De oudere auteurs verwerpen de *actio ad exhibendum,* omdat volgens hen de eiser processueel de volledige bewijslast draagt en dus alle nodige stukken in zijn bezit moet hebben (6); de jongere auteurs geven een beschrijvende rechtsvergelijking en schijnen dus wel impliciet de mogelijkheid van een vordering tot overlegging te erkennen, doch durven geen nadere omschrijving geven (1).

Deze leemte werd dan ook op een gelukkige manier aangevuld door enkele auteurs die op min of meer uitgebreide wijze de studie van de *actio ad exhibendum* hebben aangevat (2).

D. *Rechtsvergelijking.*

246. — In Nederland werd de overleggingsplicht uitdrukkelijk voorzien, vermits artikel 1922 van het burgerlijk wetboek bepaalt dat eenieder kan vorderen dat een gemene titel op een derde plaats in bewaring zou worden gebracht om daarvan afschrift of uittreksel te laten maken op eigen kosten (3), terwijl artikel 1923 van hetzelfde wetboek voorziet dat een partij in elke stand van het geding de rechter kan verzoeken de tegenpartij te bevelen stukken over te leggen, die aan beide partijen gemeen zijn, de zaak in geschil betreffen en zich onder hare berusting bevinden (4).

247. — Interessant is het hier te wijzen op het feit, dat het artikel 1932 in het ontworpen doch nooit ingevoerde Nederlands burgerlijk wetboek van 1830 als volgt zou geluid hebben : « In elke stand van het geding kan de ene partij aan den rechter verzoeken dat de wederpartij worde bevolen om onder eede die stukken over te leggen, welke onder hare berusting zijn en de zaak in geschil betreffen. Indien het, in de loop van een geding, uitgemaakt is, dat één der partijen een blijkbaar belang heeft bij de overlegging van een titel, welke in het bezit van een derde is, zal deze op bevel des rechters gehouden zijn, van dat stuk inzage te geven en een afschrift of uittreksel daarvan te laten nemen naar den vorm, welke bij het Wetboek van burgerlijke Rechtsvordering is voorgeschreven » en dat de opname in bedoeld wetboek

(1) De Page, III, nr. 733, bl. 715-716; — Dekkers, R., II, nr. 633, bl. 365-366; — zie nochtans Dekkers, R., *o.c., R.C.J.B.,* 1959, 148 e.v.

(2) De Page, III, nr. 827, bl. 819.

(3) De Page, III, nr. 828, bl. 820; — Kluyskens, A., *De Verbintenissen,* nr. 298bis, bl. 447; — Laurent, XIX, nr. 355, bl. 384 e.v.

(4) Deze zienswijze wordt trouwens gedeeld door de Belgische rechtspraak. Zie betreffende de handelsboeken : Gent, 15 juni 1892, *Pas.,* 1892, II, 413; — Luik, 2 november 1898, *Pas.,* 1899, II, 102; — Brussel, 24 maart 1905, *Pas.,* 1905, II, 144; — W.R. Brugge, 16 december 1935, *R.W.,* 1935-36, 579; — Anders, doch ten onrechte : Brussel, 10 maart 1903, *Pas.,* 1904, II, 58; — Luik, 23 januari 1909, *Pas.,* 1909, II, 312. Zie ook betreffende de registers en huiselijke papieren : Brussel, 23 oktober 1815, *Pas.,* 1815, 492; — Brussel, 3 april 1833, *Pas.,* 1833, 215; — Brussel, 3 november 1852, *Pas.,* 1853, II, 38; — Brussel, 14 februari 1881, *Pas.,* 1881, II, 216.

(5) De meeste auteurs verwerpen de mogelijkheid van een vordering tot overlegging van de registers en huiselijke papieren, behoudens wanneer de gevraagde stukken gemeenschappelijke eigendom zouden zijn van de beide partijen : Aubry et Rau, XII, § 758, bl. 272-273; — Colin, A., et Capitant, H., *Cours élémentaire de droit civil français,* 10de uitg. door L. Julliot de la Morandière, II, Paris, 1948, nr. 763, bl. 511; — Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations,* IV, nr. 2447, bl. 159-160; — Planiol et Ripert, VII^2, nr. 1494, bl. 943; — zie ook in dezelfde zin : Cass. fr., 17 februari 1869, *S.,* 1869, 1, 160; — Toulouse, 9 juni 1877, *S.,* 1878, 2, 144; — Cass. fr., 16 maart 1909, *S.,* 1909, 1, 128. Aanvaarden daarentegen wel de overlegging dezer stukken : Duranton, M., XIII, nr. 210; — Toullier, C.B.M., VIII (IV^2), nr. 404, bl. 384; — Bonnier, E., II, nr. 746, bl. 325-326; — Beudant, IX^2, nr. 1239, bl. 325-326.

(6) Toullier, C.B.M., VIII, (IV^2), nr. 20, bl. 16; — zie ook Garsonnet et Cézar-Bru, II, nr. 239, bl. 382-383, en VII, nr. 18, bl. 42-43; — Aubry et Rau, XII, § 749, bl. 95.

(1) Planiol et Ripert, VII^2, nr. 1412, bl. 834 e.v.; — Ripert et Boulanger, II, nr. 2171, bl. 702; — vgl. die arresten, welke eveneens de *actio ad exhibendum* doen veronderstellen : Cass. fr., 19 februari 1907, *S.,* 1907, 1, 271; — Cass. fr., 16 maart 1921, *Rev. trim. dr. civ.,* 1921, 740; — zie ook de talrijke voorbeelden aangehaald door Demogue, *Traité des obligations,* III, nr. 210, bl. 339 e.v.

(2) Gény, F., *Des droits sur les lettres missives,* II, nr. 181 e.v., bl. 95 e.v.; — Demontès, E., *o.c.;* — Demogue, R., *o.c.,* III, nr. 210 e.v., bl. 338 e.v.; — Solus, H., *Le rôle du juge dans l'administration de la preuve* in *Travaux de l'association H. Capitant* 1949, bl. 128 e.v.; — *Beudant,* IX^2, nr. 1173 e.v., bl. 245 e.v.

(3) Dit laatste volgens het algemeen beginsel dat een dergelijke overlegging de overleggende partij geen nadeel mag berokkenen : zie boven, nr. 243 en verder nr. 260 en nr. 265 e.v.

(4) Vgl. de wettelijke bepalingen van het B.G.B. : zie verder, nr. 250. Verder vindt men over verschillende wetboeken verspreide voorschriften : zie o.m. art. 11, 257, 350, 681,... van het Wetboek van Koophandel. Volgens Suyling moet in deze artikelen geen uitzonderingsrecht, maar wel een algemeen recht gezien worden : *o.c.,* nr. 388, bl. 119.

grotendeels te danken zou geweest zijn aan Belgische invloeden (1). Deze opmerking is wel in zekere mate belangrijk omdat zij aantoont dat in België toen reeds de gedachte had ingang gevonden, dat de *actio ad exhibendum* mocht ingesteld worden (2).

248. — Daar men in Nederland tot de bevinding is gekomen dat de partijen meestal tot een vrijwillige overlegging van de gevraagde stukken overgaan, ten einde een nadelige gevolgtrekking uit een afwijzende houding te vermijden, heeft men in het nieuw ontwerp bewijsrecht 1959 de afschaffing van de gemelde artikelen 1922 en 1923 van het burgerlijk wetboek voorgesteld. Zij zouden vervangen worden door twee nieuwe artikelen in het wetboek van burgerlijke rechtsvordering, nl. de artikelen 843a en 843b.

Artikel 843a : « (1) Hij die daarbij rechtmatig belang heeft kan op zijn kosten inzage, afschrift of uittreksel vorderen van een onderhandse akte, aangaande een rechtsbetrekking waarin hij partij is, van degene die deze akte te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft.

(2) De rechter bepaalt zo nodig de wijze waarop inzage, afschrift of uittreksel zal worden verschaft ».

Artikel 843b : « (1) Hij die een schriftelijk bewijsmiddel heeft verloren, kan van degene, die de beschikking heeft over een geschrift, hetwelk tot bewijs kan dienen van enig feit, waarop het verloren bewijsmiddel betrekking had, of die zodanig geschrift onder zijn berusting heeft, vorderen te zijnen behoeve op zijn kosten, voorzover nodig, inzage, afschrift of uittreksel van dat geschrift te verschaffen.

(2) De rechter bepaalt zo nodig de wijze waarop inzage, afschrift of uittreksel zal worden verschaft.

(3) Hij die uit hoofde van zijn beroep, stand of wettige betrekking tot geheimhouding verplicht is, is niet gehouden aan deze vordering te voldoen, indien het geschrift uitsluitend uit dien hoofde te zijner beschikking staat of onder zijn berusting is ».

249. — De hele vraag is nu te weten wat er onder g e m e n e t i t e l moet worden verstaan (art. 1922 en 1923 Ned. B.W.).

Hierop hebben de oudere auteurs en rechtspraak geantwoord dat daaronder zijn te verstaan die titels, die aan verschillende personen hebben toebehoord in medeëigendom (3).

Deze opvatting was vnl. gebaseerd op de voorbereidende werken en op het feit dat het ontworpen artikel 1932 nooit werd overgenomen.

Doch geleidelijk zag men in dat een dergelijke enge interpretatie leidde tot de nuttelоosheid van artikel 1923 voormeld, vermits in geval van medeëigendom het algemeen principe van de medeëigendom als vrij genot en volstrekte beschikking toch elders reeds in het burger-

(1) Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 235.
(2) Vgl. trouwens de oudste Belgische rechtspraak : zie nr. 242, voetnoot 1.
(3) Ligtenberg, H., *o.c.*, bl. 69 e.v.; — Diephuis, G., II, bl. 444 e.v.

lijk wetboek was opgenomen en het dus niet nodig was dit nogmaals te herhalen (1).

De Hoge Raad heeft dan ook in 1921 met die oude leer principieel gebroken en het voldoende geacht wanneer één der partijen *enig recht* op de gevorderde stukken kan laten gelden (2). Zodat dus tegenwoordig als gemene stukken worden aangezien niet alleen de stukken, die medeëigendom zijn der partijen (3), maar ook die waarop men enig recht kan inroepen (4).

Suyling (5) verklaart dat elke akte die opgemaakt is om tot bewijs te dienen van een rechtsbetrekking waarin de verzoeker partij was, als gemeen moet aangezien worden (6).

Star Busmann (7) is van oordeel dat het begrip *enig recht* in werkelijkheid aansluit bij het belang dat men heeft, om alle op het geding betrekkelijke geschriften te doen overleggen.

250. — Ook in D u i t s l a n d heeft de wetgever uitdrukkelijk de vordering tot overlegging geregeld. De hoofdprincipes kunnen teruggevonden worden in § 810 B.G.B. (8) :

« Wer ein rechtliches Interesse daran hat, eine in fremdem Besitze befindliche Urkunde einzusehen, kann von dem Besitzer die Gestattung der Einsicht verlangen, wenn die Urkunde in seinem Interesse errichtet oder in der Urkunde ein zwischen ihm und einem anderen bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet ist oder wenn die Urkunde Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält, die zwischen ihm und einem anderen oder zwischen einem von beiden und einem gemeinschaftlichen Vermittler gepflogen worden sind ».

Dat hierdoor een *Einsicht in Urkunden* en zelfs een *Vorlegungspflicht* wettelijk geregeld werd, is niet alleen belangrijk op zichzelf doch meteen ook interessant, gezien de principes die in § 810 B.G.B. vastgelegd worden (9).

(1) Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 236.
(2) H.R., 20 mei 1921, *W.*, 10779, met noot Star Busmann; *N.J.*, 1921, 788; — zie ook Van Kuyk, J., *De betekenis van gemeen in de artikelen 1922 en 1923 B.W.*, *W.P.N.R.*, 2690; — H.R., 31 januari 1947, *N.J.*, 1948, 115.
(3) Zie aldus nog : Arr. Rb. Haarlem, 18 december 1928, *W.*, 12002.
(4) Arr. Rb. Maastricht, 15 juni 1925, *N.J.*, 1926, 119; — H.R., 28 mei 1926, *W.*, 11518; — Hof Den Bosch, 9 november 1926, *N.J.*, 1927, 543.
(5) *o.c.*, nr. 388, bl. 118.
(6) Vgl. Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 237.
(7) In zijn vermelde noot onder H.R., 20 mei 1921.
(8) § 809 B.G.B. behandelt de *Vorlegung von Sachen.*
(9) Enneccerus, L., Kipp, Th. und Wolff, M., *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts,* II, *Recht der Schuldverhältnisse,* 14de uitg. door H. Lehmann, § 219, bl. 841 e.v.

251. — Verschillende grondvoorwaarden worden vereist om de stukken van de tegenpartij te kunnen opvorderen.

In de eerste plaats moet er een verband bestaan tussen het bedoelde stuk en de partij die de overlegging ervan vordert.

Dit verband kan op drie wijzen tot uitdrukking komen, ofwel omdat bedoeld document opgesteld werd in het belang van de verzoeker, ofwel omdat het een tussen hem en een andere persoon bestaande rechtsverhouding bevestigt, of tenslotte omdat het de beraadslagingen bevat die tussen de verzoeker en een andere persoon of tussen beide en een derde gemeenschappelijke tussenpersoon gevoerd werden nopens een bepaalde rechtshandeling.

Daarenboven moet de verzoeker een wettelijk belang *(rechtliches Interesse)* hebben bij de inzage van het gevraagde document, d.w.z. dat er aanknopingspunten moeten zijn tussen de ingeroepen rechtshandeling en de inhoud van bedoeld document (1). Volgens sommigen zou dit vereiste betekenen dat de verzoeker bv. niet om inzage van documenten mag vragen om er de nodige bewijsstukken in te vinden voor een later te voeren geding (2).

Eigenlijk zal het volstaan een bepaalde aanspraak te kunnen doen gelden om dit wettelijk belang te bewijzen; de wetgever wou enkel vage vermoedens als een grond voor een dergelijke *actio ad exhibendum* uitsluiten (3).

Hoewel het in principe enkel gaat om een inzage *(Einsicht)* zal de verzoeker naar gelang van de omstandigheden ook de toelating kunnen krijgen om kopij te nemen, zo de belangen der tegenpartij hierdoor niet geschaad worden.

In werkelijkheid kan die beperking tot inzage trouwens omzeild worden door de toepassing van § 809 B.G.B., waarin de *Vorlegung von Sachen* uitdrukkelijk geregeld wordt, zodat alsdan het document als een zaak zou kunnen beschouwd worden.

252. — De §§ 421 en volgende Z.P.O. omschrijven nader de overleggingsplicht van de partijen. Wanneer de tegenpartij erkent in het

(1) Vgl. Brussel, 9 juli 1908, *Pas.*, 1909, II, 122, waarin verklaard wordt dat de verzoeker moet bewijzen dat het voor te leggen document het beding bevat, dat hij inroept; — zie ook Gent, 19 juli 1838, *Pas.*, 1838, II, 208, waarin sprake is van *un intérêt apparent.*

(2) Vgl. Rb. Brussel, 28 juni 1850, *B.J.*, 1852, 1653, waar gezegd wordt dat de eiser geen *actio ad exhibendum* heeft omdat hij alle nodige stukken moet hebben, vooraleer het proces aan te vangen. Deze zienswijze is ongetwijfeld verregaand, omdat zij eenzijdig berust op de procesrechtelijke verhouding eiser - verweerder.

(3) Enneccerus-Lehmann, *o.c.*, § 219, bl. 842.

bezit te zijn van de gevorderde stukken, dan gebiedt de rechtbank de overlegging ervan, zo zij van de gegrondheid der vordering overtuigd is (§ 425 Z.P.O.). Beweert de tegenpartij daarentegen dat zij de gevraagde bescheiden niet bezit, dan kan de rechtbank een partijenverhoor bevelen om op grond hiervan uitspraak te doen over de vordering tot overlegging (§ 426 Z.P.O.).

Weigert de tegenpartij, ondanks de uitspraak van de rechtbank, de documenten over te leggen, dan kan de rechtbank de door de eiser voorgelegde afschriften of aangehaalde beweringen voor waar aanzien (§ 427 Z.P.O.).

Vooraf moet de eiser volgende elementen aangeven : 1) de aanduiding van de stukken, 2) de opgave van de feiten, die door deze stukken kunnen bewezen worden, 3) de zo volledig mogelijke beschrijving van de inhoud van die documenten, 4) de omstandigheden, waaruit blijkt dat die stukken zich in het bezit van de tegenpartij bevinden, 5) de gegrondheid van de vordering tot overlegging (§ 424 Z.P.O.) (1).

253. — Tal van toepassingsgevallen van deze vordering tot overlegging zijn zowel in het *bürgerliches Gesetzbuch* als in het *Handelsgesetzbuch* terug te vinden.

Zo zal de schuldeiser de nodige stukken moeten overmaken aan de schuldenaar in geval van kwijting (§ 371 B.G.B.) of aan de nieuwe schuldeiser in geval van overdracht van de schuldvordering (§ 402 B.G.B.).

Gelijkaardige bepalingen zoals die van de artikelen 21 en volgende van het wetboek van koophandel, werden ook in het *Handelsgesetzbuch* opgenomen (zie o.m. de §§ 45, 47, 118 en 157, III).

254. — In Engeland kent men de rechtspleging van het voorleggen der documenten, *discovery of documents,* waardoor elke partij over de mogelijkheid beschikt om mededeling te krijgen niet alleen van de stukken die door de tegenpartij werden ingeroepen (in dat geval spreekt men van *production and inspection of documents),* maar ook van alle stukken die in het bezit van de tegenpartij zijn en die verband houden met het geschil (2).

De rechtspleging gebeurt in grote trekken als volgt : nadat *the*

(1) Men raadplege verder : Lent, F., *o.c.*, § 52, bl. 134 e.v.; — Bernhardt, W., *o.c.*, § 34, bl. 125 e.v.; — Rosenberg, L., *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts,* § 119, bl. 556.

(2) Ross, *The law of Discovery,* London, 1912; — Demontès, E., *o.c.*, bl. 57 e.v.

Master of the Supreme Court een *order for discovery* heeft verleend, moeten beide partijen een lijst geven van de belangrijke stukken die in hun bezit zijn. De tegenpartij mag alsdan, zonder dat de andere partij hiertegen bezwaar kan maken, een onderzoek doen en kopij nemen van die stukken (1).

Worden deze stukken niet overgelegd, dan zijn tal van sancties voorzien (2).

Het algemeen principe zou in de volgende zin kunnen samengevat worden : de *discovery* dient enkel om aan de partijen toe te laten een welbepaalde zaak te verdedigen en niet om hen de mogelijkheid te geven na te gaan of er soms niet een reden bestaat om een proces in te spannen (3).

Een auteur heeft het kernachtig uitgedrukt : « the Court will give no assistance to Discovery which is of a 'fishing' character » (4). Een partij zal dus de vraag tot mededeling slechts ingewilligd zien zo zij voldoende aanspraken heeft doen gelden (5), en zo de overlegging nodig blijkt voor de oplossing van het geschil. De rechtbanken hebben dus een discretionaire bevoegdheid om de *discovery* toe te staan volgens de omstandigheden der zaak (6).

In sommige gevallen kan de tegenpartij zich evenwel verzetten tegen de *discovery* en nl. wanneer die overlegging strijdig zou zijn met de openbare orde of wanneer ze aanleiding zou geven tot een strafrechtelijke vervolging. Het kan ook gebeuren dat de tegenpartij zich mag beroepen op de geheimhoudingsplicht. Tenslotte kan geen *discovery* bevolen worden, zo die enkel maar zou dienen om de bewijsvoering van de tegenpartij te ontdekken en aldus diens bewijsmiddelen te ontzenuwen (7).

255. — Volledigheidshalve moeten ook hier de artikelen 210 en volgende van het Italiaanse wetboek van burgerlijke rechtsvordering vermeld worden, volgens dewelke de rechter op verzoek van een der gedingvoerende partijen, zowel aan de tegenpartij als

(1) James, Ph., *Introduction to English law,* 3de uitg., London, 1955, bl. 71.
(2) *Order* 31. De regeling der rechtspleging voor de *Supreme Court* vindt men in een codex die bestaat uit *Orders*.
(3) *Gourley* v. *Plimsoll,* 8 C.P. 374; — *Fisher* v. *Owen,* 8 Ch. D. 655; — *Barham* v. *Huntingfield,* [1913] 2 K.B. 157; — *Hennessey* v. *Wright,* 24 Q.B.D. 448.
(4) Wilshere, A.M., *The outlines of procedure in an action in the King's Bench Division,* bl. 109.
(5) Vgl. Enneccerus-Lehmann, *o.c.,* § 219, bl. 842 : zie boven, nr. 242; — Garsonnet et Cézar-Bru, VII, nr. 15, bl. 32 e.v., betreffende de dwanguitgifte.
(6) *Waynes & C°* v. *Bradford & C°,* [1906] I Ch. 29.
(7) Zie Wilshere, A.M., *o.c.,* bl. 111 e.v.

aan derden (ook de openbare besturen) de verplichting kan opleggen sommige stukken over te leggen (1).

Ingevolge artikel 118 van hetzelfde wetboek, kon de rechter trouwens reeds een *ordine d'ispezione di persone e di cose* uitvaardigen.

3 §. Proeve van oplossing.

256. — Wil men de geldigheid van de vordering tot overlegging nagaan, dan zal niet alleen de aandacht moeten gevestigd worden op bepaalde wetteksten die belangrijke aanknopingspunten verschaffen, doch ook en vooral op zekere algemene rechtsbeginselen, die zonder de minste twijfel de *actio ad exhibendum* mogelijk maken.

Hier moeten natuurlijk de principes inzake medewerking der partijen (zie boven, nr. 205 e.v.) niet meer in herinnering gebracht worden; het is dan ook overbodig nogmaals de hoger aangehaalde wetteksten op te sommen.

257. — Zo zijn er naast de reeds vermelde sporadische wetteksten (zie boven, nr. 232 e.v.), twee belangrijke artikelen, die kunnen ingeroepen worden om het bestaan van de vordering tot overlegging in ons recht te bewijzen : het betreft nl. de artikelen 448 en 480-10° van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering.

Wanneer een gedingvoerende partij veroordeeld werd doordat zij een beslissend stuk dat door de tegenpartij werd achtergehouden niet had kunnen voorbrengen, zal de termijn van beroep slechts een aanvang nemen van zodra het bewuste stuk in het bezit van de veroordeelde partij zal gekomen zijn (art. 448 Rv.).

Men zou wellicht kunnen opwerpen dat de in vermeld artikel gebezigde term *recouvrée* betrekking heeft op een stuk dat *opnieuw* in het bezit van de verzoeker is gekomen en dat hem dus oorspronkelijk toebehoorde. Het belang van deze tekstverklaring is duidelijk, vermits zij in laatstgenoemd geval geen *actio ad exhibendum* voorziet, maar enkel de terugvordering van een persoonlijk stuk.

De gebezigde term *recouvrée* is ongetwijfeld dubbelzinnig, maar de verklaring die eraan gegeven werd is zeer positief; het gaat hier over alle beslissende stukken, onverschillig of zij toebehoorden aan de verzoeker, aan de tegenpartij of aan een derde (2). Men vergelijke met de gelijkaardige tekst van het Nederlands wetboek van burger-

(1) Voor nadere gegevens, zie : Micheli, G.A., *L'onere della prova,* nr. 24 e.v., bl. 133 e.v.; — zie ook : Calamandrei, P., *Consequenze della mancata esibizione di documenti, Riv. dir. proc. civ.,* 1930, 2, 289.
(2) Garsonnet et Cézar-Bru, VI, nr. 156, bl. 289-290, voetnoot 14; — Paris, 29 mei 1832, *S.,* 1832, 2, 516; — Paris, 12 augustus 1850, *D.P.,* 1851, 2, 23.

lijke rechtsvordering (art. 382-8°) « Indien men na het vonnis stukken van een beslissende aard *nader* in handen heeft bekomen ».

258. — Ook artikel 480 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering bepaalt onder 10° dat het r e k w e s t c i v i e l toegelaten wordt wanneer de verzoeker een beslissend stuk, dat door toedoen van de tegenpartij werd achtergehouden, in zijn bezit heeft kunnen krijgen. Hiertoe wordt dus o.m. vereist dat de verzoeker het beslissend stuk niet kende en dat hij het daarenboven in zijn bezit heeft op het ogenblik van zijn rekwest civiel (1).

Het eerste vereiste wordt afgeleid uit het feit dat, zo de verzoeker het bedoelde stuk kende, hij er ook de overlegging moest van gevraagd hebben (2). Dit impliceert dus ongetwijfeld de mogelijkheid van een *actio ad exhibendum.*

Daarenboven moet men bij het instellen van het rekwest civiel over het beslissend stuk beschikken, zoniet zou de rechter het beslissende karakter ervan niet kunnen beoordelen (3). Ook dit vereiste onderstelt de mogelijkheid van een *actio ad exhibendum* : de verzoeker moet eerst een dergelijke vordering instellen om de beslissende stukken in handen te krijgen (4), tenzij hij ze natuurlijk op een andere wijze heeft kunnen bekomen.

Zekere auteurs hebben niet nagelaten hierop de aandacht te vestigen (5). Doch soms werd betwijfeld of deze redenering in staat zou zijn weerstand te bieden aan de rechtsspreuk *nemo tenetur edere contra se instrumenta propria,* die — althans in Frankrijk — diep wortel geschoten heeft (6).

Te recht werd opgemerkt dat de rechtsspreuk *nemo tenetur* nergens in de wet is opgenomen (7); men weet toch met welke omzichtigheid *adagia* moeten gebezigd worden (8), vooral wanneer ze als hoofdargument worden ingeroepen.

259. — Verschillende wetteksten geven dus ongetwijfeld belang-

(1) Zie hetgeen reeds over het rekwest civiel gezegd werd : boven, nr. 195 e.v.
(2) R.P.D.B., Tw. *Requête civile,* nr. 232; — vgl. Rb. Luik, 22 februari 1939, *J.T.,* 1940, 89. Zie ook in het administratief recht : R. v. St., arrest Lafontaine nr. 7116, *R.J.D.A.,* 1959, 172.
(3) R.P.D.B., Tw. *Requête civile,* nr. 233; — Brussel, 10 juni 1904, *Pas.,* 1904, II, 341; — Anders : Garsonnet et Cézar-Bru, VI, nr. 470, bl. 791.
(4) R.P.D.B., Tw. *Requête civile,* nr. 234.
(5) Demontès, E., *o.c.,* bl. 131-132; — Glasson, E., Tissier, A., et Morel, R., *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procedure civile,* II, nr. 606, bl. 687; — Solus, H., *Rôle du juge dans l'administration de la preuve,* in *Travaux de l'Association H. Capitant* 1949, bl. 137.
(6) Solus, H., *o.c., l.c.*
(7) Glasson, Tissier et Morel, *o.c.,* II, nr. 606, bl. 686.
(8) De Page, I, nr. 185, bl. 234-235.

rijke aanwijzingen (1), die nog versterkt worden door sommige algemene r e c h t s b e g i n s e l e n.

In het burgerlijk wetboek vindt men het algemeen principe, volgens hetwelk de wettelijk gesloten overeenkomsten t e g o e d e r t r o u w moeten uitgevoerd (art. 1134 B.W.) en niet alleen verbinden tot hetgeen daarin is uitgedrukt, maar ook tot al de gevolgen die door de billijkheid, het gebruik of de wet aan de verbintenis worden toegekend (art. 1135 B.W.).

In zijn werk *Traité des obligations en général* heeft Demogue aan dit begrip een gepaste uitbreiding gegeven door zijn bekende theorie van de *microcosme* (de solidariteit tussen de contractanten en hun plicht tot onderlinge samenwerking) te grondvesten op het principe van de goede trouw (2). Volgens Ripert is de overleggingsplicht een plicht van solidariteit en onderlinge steunverlening : « Une personne est constituée débitrice parce qu'elle est seule en mesure de rendre service » (3).

De partijen vormen een kleine gemeenschap, waar elk van hen moet bijdragen tot de verwezenlijking van de individuele doeleinden. Deze verplichting tot samenwerking blijft ook bestaan tijdens een geding, omdat beide partijen moeten bijdragen tot de uitvoering van de overeenkomsten in overeenstemming met de principes van de goede trouw : zij moeten derhalve elkaar over en weer inlichten.

Hierbij vergete men niet dat het vereiste van goede trouw niet uitsluitend tot het gebied van de verbintenissen uit overeenkomsten beperkt is, hoewel de wetgever dit slechts alleen daarvoor uitdrukkelijk bepaalde in artikel 1134 voormeld. Ook de andere verbintenissen moeten te goeder trouw uitgevoerd worden; de goede trouw is immers een algemeen vereiste bij de uitoefening van elk recht en bij de verrichting van alle rechtshandelingen, ook buiten het gebied van de overeenkomst (4).

Daartoe is het niet nodig zich te beroepen op de voorbijgestreefde theorie van het gerechtelijke contract (5); de rechtsverhoudingen tussen de partijen worden immers door het procesrecht beheerst (6). Dit belet evenwel niet dat

(1) Artikel 1036 Rv. kan nogmaals ingeroepen worden : zie boven, nr. 209. Wanneer sommige geschriften mogen verwijderd worden, waarom zou de overlegging ervan niet mogen bevolen worden?
(2) *o.c.,* VI, nr. 3 e.v., bl. 8 e.v.; — Baert, F., *De goede trouw bij de uitvoering van overeenkomsten, R.W.,* 1956-57, 489 e.v.
(3) *La règle morale dans les obligations civiles,* 4de uitg., Paris, 1949, nr. 156, bl. 285.
(4) Vgl. *Aequitas und bona fides - Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius,* Basel, 1955, o.m. de bijdrage van O.A. Germann, bl. 71 e.v.; — Anders : Haardt, W.L., *Fair play in het burgerlijk geding,* bl. 17.
(5) Zie nochtans : Dekkers, R., *o.c., R.C.J.B.,* 1959, 156.
(6) Brosens, W., A.P.R., Tw. *Beroep in burgerlijke zaken en in zaken van koophandel,* nr. 672, kleine tekst; — voor de *status quaestionis,* zie : Cornu, G., et Foyer, J., *o.c.,* bl. 363.

het algemeen beginsel van de goede trouw ook toepasselijk zou zijn in het procesrecht.

Hieruit kan men ook dadelijk afleiden dat de gedingvoerende partijen de verplichting hebben mee te werken aan de bewijslevering (1).

Deze verplichting kan enkel maar bevestigd worden door de erkenning van de *actio ad exhibendum,* die door de rechter in het kader van vermelde principes kan ingewilligd worden (2).

Vandaar de grote rol die aan de rechter toekomt, zonder dat hij daarom zijn opdracht te buiten gaat : hij herziet of wijzigt de overeenkomst niet, maar constateert en bekrachtigt enkel de door de partijen gewilde uitvoering volgens de goede trouw (3).

260. — Er is natuurlijk een rechtsgrond voor de *actio ad exhibendum* wanneer het gaat over stukken die gemeen zijn aan de beide gedingvoerende partijen (4).

Zo ook zal men de overlegging van stukken kunnen bekomen, wanneer er een belangengemeenschap ingevolge een of andere rechtshandeling tussen beide partijen heeft bestaan, zoals b.v. een vennootschap of een lastgeving (5), of een verzekeringscontract (6).

Maar men kan ongetwijfeld verder gaan en met de Belgische rechtspraak herhalen dat de regel *nemo tenetur edere contra se* moet wijken voor de billijkheid en het belang van het gerecht, wanneer deze

(1) Demogue, R., *o.c.,* III, nr. 211, bl. 341; — Baert, F., *o.c., R.W.,* 1956-57, 501; — Suyling, J.Ph., *o.c.,* nr. 388, bl. 119; — zie ook boven, nr. 205 e.v.

(2) Het principe van de goede trouw wordt overigens door de Belgische rechtspraak ingeroepen : zie boven, nr. 242.

(3) Asser-Rutten, *Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht,* dl. III, *Verbintenissenrecht,* 2de stuk, *Overeenkomst en verbintenis uit de wet,* Zwolle, 1954, bl. 302; — vgl. Meijers, E.M., *Goede trouw en stilzwijgende wilsverklaring, Mededelingen Koninklijke Academie van wetenschappen, Afdeling Letterkunde,* dl. 84, Serie B, nr. 5, Amsterdam, 1937, bl. 3 : « ...rechtsbetrekkingen waarbij de taak van de rechter niet enkel bestaat in het toepassen van het door partijen overeengekomene, maar waarbij hij op grond van de eischen der goede trouw, van partijen bepaalde gedragingen kan verlangen... ».

(4) Dit wordt trouwens erkend, zelfs door de auteurs die afwijzend staan tegenover de *actio ad exhibendum :* Aubry et Rau, XII, § 749, bl. 95; — André, G., *Du principe de la neutralité du juge,* bl. 44; — Garsonnet et Cézar-Bru, II, nr. 239, bl. 383. Zie ook in dezelfde zin : Brussel, 4 maart 1824, *Pas.,* 1824, 58; — Cass. fr., 16 maart 1892, *D.P.,* 1892, 1, 240; — Cass. fr., 16 maart 1909, *S.,* 1909, 1, 128; — Besançon, 31 juli 1951, *D.,* 1951, *J.,* 692. Zo meent Brussel, 3 november 1852, *Pas.,* 1853, II, 38, dat de jarenlange vriendschap tussen partijen voor zekere stukken een medeëigendom had geschapen.

(5) Beudant, IX², nr. 1175, bl. 247-248; — Cass. fr., 15 november 1898, *D.P.,* 1900, 1, 317.

(6) Mazeaud H. et L., die te recht een andersluidend arrest van het Franse Hof van Cassatie (Cass. fr., 31 mei 1954, *Rev. gén. ass. terr.,* 1954, 422) bekritiseren : *Rev. trim. dr. civ.,* 1955, 329-330.

rechtsspreuk slechts moet dienen om zuiver egoïstische motieven te dekken (1).

En hier ligt dan werkelijk de juiste maatstaf om de vordering tot overlegging te kunnen beoordelen : de rechtbank zal soeverein de b e l a n g e n a f w e g e n en de motieven van beide partijen onderzoeken, ten einde na te gaan of de *actio ad exhibendum* al dan niet moet erkend worden. Zij zal o.m. nazien of de goede trouw en het ontbreken van rechtsmisbruik een dergelijke vordering rechtvaardigen.

Het beginsel van de v e r g e l i j k e n d e b e l a n g e n w a a r d e r i n g zal dikwijls leidinggevend zijn bij de beslissing, die van de rechter verwacht wordt. Het beeld van de weegschaal van Themis is hier zeer sprekend : de rechter weegt de aanspraken van de beide partijen af. Ieder der partijen werpt daarbij in de schaal wat te haren bate de doorslag kan geven : wiens aanspraak het zwaarst weegt, wint (2).

De rechter beslist te wiens gunste de schaal moet overslaan, rekening houdend met de aanspraken en de belangen die tegenover elkaar staan : « Quand les intérêts divers,... entrent en conflit, comme on l'aperçoit surtout à propos de la production en justice des missives, la raison nous invite à faire prévaloir le droit le plus fort, à moins qu'il ne soit possible de faire à chacun sa part » (3).

Diezelfde belangenwaardering vindt men trouwens ook ten dele terug in het begrip rechtsmisbruik : « telkens wanneer een te grote onevenredigheid bestaat tussen het persoonlijk belang dat men dient en andermans belang dat men ernstig schaadt, kan van rechtsmisbruik gesproken worden » (4). Zo zou de eigenaar van de gevorderde stukken zich niet kunnen beroepen op artikel 544 van het burgerlijk wetboek om zich te verzetten tegen de overlegging; zo zou daarentegen de overlegging niet mogen bevolen worden, wanneer het belang van de eiser niet kan opwegen tegen de nadelen die voor de verweerder aan de overlegging zouden verbonden zijn.

(1) Zie de boven aangehaalde rechtspraak onder nr. 242; — vgl. Dijon, 29 februari 1876, *D.P.,* 1877, 2, 94; — Cass. fr., 17 juni 1879, *S.,* 1881, 1, 116; — Paris, 29 juli 1882, *S.,* 1882, 2, 233; — Nancy, 23 januari 1892, *D.P.,* 1893, 2, 365; — Cass. fr., 19 februari 1907, *S.,* 1907, 1, 271; — Poitiers, 30 mei 1927, *D.H.,* 1927, 408; — Rennes, 14 juni 1928, *Rev. trim. dr. civ.,* 1928, 898, met noot R. Demogue; — zie ook Thévenet, J., *Un essai d'interprétation de l'article 1315 du Code civil, Rev. gén. dr. lég. jur.,* 1921, bl. 283 e.v.

(2) Scholten, P., *Algemeen deel,* bl. 173; — zie ook de rake opmerkingen van Meijers, E.M., *De taak der rechtswetenschap ten aanzien der vrije rechtspraak,* in *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen,* I, Leiden, 1954, bl. 10 e.v.

(3) Gény, F., *Science et technique,* II, nr. 174, bl. 407. Een interessant toepassingsgeval van het principe der vergelijkende belangenwaardering vindt men in de stelling *landbouw gaat vóór jacht :* Pauwels, A., A.P.R., Tw. *Wildschade,* nr. 98; — Verbr., 11 juli 1895, *Pas.,* 1895, I, 242.

(4) Meijers, E.M., *Misbruik van recht en wetsontduiking,* in *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen,* I, bl. 74; — vgl. Verbr., 12 juli 1917, *Pas.,* 1918, I, 65 : « ...qu'entre différentes façons d'exercer son droit avec la même utilité, il n'est pas permis de choisir celle qui sera dommageable pour autrui »; — zie ook de reeds vermelde noot van de Bersaques onder Gent, 20 november 1950, *L'abus de droit, R.C.J.B.,* 1953, 272 e.v.

Men begrijpt dan ook best dat deze overlegging niet zal bevolen worden, wanneer de geheimhouding of het briefgeheim al te zeer in het gedrang zouden komen (zie hierover verder, nr. 272 e.v.).

Een treffend voorbeeld — hoewel het de overlegging door derden (zie verder, nr. 263) betreft — wordt opnieuw gegeven door artikel 218, 7de lid, van het burgerlijk wetboek (1), volgens hetwelk de ambtenaren van het bestuur der directe belastingen ontslagen zijn van de hun opgelegde geheimhouding, wanneer de rechter beveelt dat hem gegevens zouden verstrekt worden over het bedrag van de inkomsten, schuldvorderingen en opbrengsten van de arbeid van een van de echtgenoten.

261. — Bij die vergelijkende belangenwaardering wordt geleidelijk meer en meer de aandacht gevestigd op de noodzaak om in elke betwisting zoveel mogelijk de materiële waarheid te ontdekken (2).

En dit is dan het derde rechtsbeginsel, dat ten aanzien van de vordering tot overlegging, moet in het licht gesteld worden. Het ontdekken van de materiële waarheid is van evenveel zo niet van meer belang dan de toepassing van de rechtsspreuk *nemo tenetur edere contra se.*

Goede trouw, vergelijkende belangenwaardering en het vinden van de materiële waarheid zijn ongetwijfeld de toetsstenen bij de beoordeling van de vordering tot overlegging.

Op grond van voorgaande overwegingen mag dus gerust bevestigd worden dat in ons recht plaats is voor een vordering tot overlegging.

4 §. De vordering tot overlegging tegenover derden.

262. — Het kan ook gebeuren dat de beslissende stukken die men nodig heeft om zijn eis te staven, bij derden berusten.

Hier stelt zich dus de vraag of ook derden kunnen gehouden zijn tot het overleggen van stukken die in hun bezit zijn.

Zonder daarom het complexe terrein van de relativiteit der overeenkomsten te betreden, mag hier toch in herinnering gebracht worden dat, ondanks de bepaling van artikel 1165 van het burgerlijk wetboek, de derden zich dikwijls kunnen beroepen op de tussen andere partijen gesloten overeenkomsten (3).

(1) Wet van 30 april 1958 : zie boven, nr. 224.
(2) Hierover wordt elders uitvoerig gehandeld : zie nr. 340.
(3) Verbr., 27 mei 1909, *Pas.*, 1909, I, 272; — Verbr., 11 april 1929, *Pas.*, 1929, I, 156; — vgl. Verbr., 17 juni 1960, *R.C.J.B.*, 1961, 449 e.v., met noot S. Frédericq. Op het principe van de relativiteit van de contracten zijn er trouwens belangrijke uitzonderingen : voor een opsomming hiervan, zie De Page, I, nr. 119 e.v., bl. 156 e.v.; — zie ook ter illustratie : De Page, III, nr. 42, bl. 56-57.

Daarenboven kunnen de derden o.m. vrijwillig tussenkomen in een geding (artikel 339 Rv.) en zelfs derden verzet aantekenen tegen een vonnis dat hen benadeelt (artikel 474 Rv.). De derden kunnen zich dus mengen in de rechtsbetrekkingen tussen twee andere partijen; hieraan zou ook een recht van de partijen moeten beantwoorden, nl. de mogelijkheid om van derden de medewerking aan de bewijslevering te vereisen (1).

263. — Voor het geval de derde een openbaar ambtenaar is, heeft de wetgever herhaaldelijk een rechtspleging ingericht die afwijkingen inhoudt ten aanzien van het algemeen beginsel van de geheimhouding.

Zo zijn de notarissen en andere depositarissen verplicht uitgifte of afschrift van een akte af te leveren aan de belanghebbende partijen (art. 839 e.v. Rv.) en kunnen zij zelfs gehouden zijn, na beoordeling door de rechtbank (2), uitgifte of uittreksel van een akte af te leveren aan personen die hierbij geen partij waren (art. 846 e.v. Rv.).

Verder kan nuttig verwezen worden naar artikel 201 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering, volgens hetwelk bij het onderzoek naar de echtheid van geschriften, de openbare ambtenaren, die in het bezit zijn van de vergelijkingsstukken, verplicht kunnen worden deze over te leggen. Deze derden mogen zich niet onttrekken aan de medewerking met het gerecht, evenmin als zij zich mogen onttrekken aan een getuigenverhoor (3).

Tenslotte kan ook artikel 218, 7de lid, van het burgerlijk wetboek hier in herinnering gebracht worden (zie boven, nr. 233).

Buiten de uitdrukkelijk voorziene gevallen wordt het ten zeerste betwist of openbare ambtenaren en de openbare besturen in het algemeen tot overlegging kunnen verplicht worden (4).

264. — Doch het probleem stelt zich hoofdzakelijk ten aanzien van derden, die als particulier zouden aangesproken worden om zekere stukken die in hun bezit zijn, over te leggen.

Een dergelijke vordering wordt meestal niet aanvaardbaar ge-

(1) Demontès, E., *o.c.*, bl. 175.
(2) De rechtbank beschikt over een soevereine beoordelingsmacht (R.P.D.B., Tw. *Compulsoire*, nr. 3; — Cass. fr., 19 januari 1870, *D.P.*, 1870, 1, 220) en zal in werkelijkheid een ernstig belang in hoofde van de verzoeker vereisen (Beudant, IX², nr. 1176, bl. 249). Deze laatste moet tevens het bewijs leveren dat het gevraagde document tot de oplossing van het geschil zal bijdragen (R.P.D.B., *o.c., l.c.*).
(3) Glasson, Tissier et Morel, *o.c.*, II, nr. 617, bl. 713-714; — Garsonnet et Cézar-Bru, II, nr. 265, bl. 427, voetnoot 31.
(4) Demogue, R., *Traité des obligations*, III, nr. 215, bl. 349-350; — zie trouwens zeer uitdrukkelijk tegen elke overlegging van fiscale dossiers : Brussel, 3 februari 1958, *Pas.*, 1958, II, 98.

acht (1), omdat men meent dat de derden niet mogen lastig gevallen worden met een vraag tot overlegging van bewijsstukken, die in hun bezit zouden zijn (2), tenzij natuurlijk deze stukken vrijwillig voorgebracht worden (3).

Vermits de tegenstanders van de vordering tot overlegging zich hier moeilijk nog kunnen beroepen op de rechtsspreuk *nemo tenetur edere contra se,* is deze afwijzende houding voornamelijk te wijten aan de individualistische opvatting volgens dewelke een derde niets te zien heeft in een geschil tussen twee gedingvoerende partijen. De andere argumenten die tegen de *actio ad exhibendum* worden ingeroepen zijn hoofdzakelijk gesteund op de rechten eigen aan elke menselijke persoon : het eigendomsrecht van de derde op de gevraagde stukken, het beginsel van de geheimhouding en de onschendbaarheid van de menselijke persoon.

Hiertegen kan evenwel opgeworpen worden dat de oproeping als getuige (art. 262 e.v. Rv.) (4) en de dwanguitgifte (art. 846 e.v. Rv.) wel toegelaten worden door de wet ondanks de bezwaren die eraan kunnen verbonden zijn. Er wordt zelfs aanvaard dat de feitenrechter ambtshalve één der partijen kan verplichten om een derde in zake te roepen, wanneer deze laatste de voorwaarden vervult om in het geding tussen te komen (5). Waarom zouden deze mogelijkheden niet mogen uitgebreid worden tot de overlegging van documenten? (6)

In Duitsland heeft de wetgever uitdrukkelijk de overleggingsplicht van de derden omschreven op bijna dezelfde wijze als die van de procespartijen (§§ 429, 430 en 431 Z.P.O.); hetzelfde kan ook gezegd worden van artikel 210 van het Italiaanse wetboek van burgerlijke rechtsvordering (zie boven, nr. 255).

265. — De rechtbank zal trouwens oordelen of deze overlegging de derde niet kan benadelen en o.m. nagaan of de mogelijke schending van de geheimhouding zich niet verzet tegen de *actio ad exhibendum.* De rechter zal ook hier aan echte belangenwaardering doen (1).

(1) Zie bv. De Page, III, nr. 733, bl. 716.
(2) Demontès, E., *o.c.,* bl. 182.
(3) Cass. fr., 26 februari 1912, *D.P.,* 1913, 1, 470.
(4) Soms wordt voorgehouden dat het getuigenis een publiekrechtelijke plicht is : Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 262.
(5) Art. 339 e.v. en art. 466 Rv.; — art. 38 van de wet van 25 maart 1876; — Verbr., 10 juli 1884, *Pas.,* 1884, I, 266; — Verbr., 21 april 1910, *Pas.,* 1910, I, 195.
(6) Demogue, R., *o.c.,* III, nr. 214, bl. 347-348; — Hynderick, *o.c., B.J.,* 1863, 378-379. Trouwens telkens wanneer een derde als getuige opgeroepen wordt, moet hij de stukken die in zijn bezit zijn laten onderzoeken : Demogue, R., *o.c., l.c.;* — Planiol et Ripert, VII², nr. 1411, bl. 834; — Toulouse, 25 november 1902, *D.P.,* 1903, 2, 207; — zie ook : Dekkers, R., *o.c., R.C.J.B.,* 1959, 150-151.

Anderzijds wordt het principe, volgens hetwelk de derde niet moet tussenkomen in een geding dat hem vreemd is, zeer dikwijls omzeild door verschillende procédés, die door de rechtspraak werden aangewend om de overlegging te bekomen.

Zo zal de gedingvoerende partij de overlegging van stukken die in het bezit van een derde zijn, kunnen vorderen, wanneer die derde medeplichtig is aan bedrog (2), wanneer de derde het bewijsstuk bezit van een misdrijf van de tegenpartij (3), of wanneer die derde in het bezit is van een brief waaruit de onrechtmatige mededinging van de tegenpartij blijkt (4).

Daarenboven kan de derde tot schadevergoeding veroordeeld worden, wanneer zijn foutieve weigering tot overlegging van stukken aan de verzoekende partij schade zou berokkend hebben.

Zo bv. wanneer een persoon morele schade heeft geleden, en deze schade kon verhinderd worden door het voorbrengen van een brief die in het bezit was van een derde, kan deze laatste veroordeeld worden tot schadeloosstelling zo hij niet bewijst dat hij door overmacht buiten het bezit van die brief werd gesteld (5).

Wanneer een verzekeringsmakelaar niet in het bezit kan komen van de commissie waarop hij recht heeft, doordat de verzekerde weigert het bewijsstuk over te maken waaruit de tussenkomst van de makelaar blijkt, kan de verzekerde veroordeeld worden tot schadevergoeding (6).

In die voorwaarden zal een derde zich dus moeilijk kunnen onttrekken aan de overlegging van bewijsstukken die in zijn bezit zijn.

266. — Of men daarom — buiten deze uitzonderlijke gevallen — van een verplichting van de derden mag gewagen, is een andere vraag. Inderdaad, de rechter zal soeverein beoordelen of de tegen een derde ingestelde *actio ad exhibendum* moet ingewilligd worden.

Bij die beoordeling zal hij zich meestal laten leiden door de principes die reeds in het Romeins recht toegepast werden, nl :

(1) Zie bv. Rb. Brussel, 12 juli 1955, *R.W.,* 1955-56, 1384 (vordering tot overlegging van brieven van de *de cujus,* die in het bezit waren van de notaris, ten einde te bewijzen dat de *de cujus* geesteszwak was) : « Overwegende dat de wettelijke voorwaarde der gezondheid van geest om geldig te testeren, de vrijheid en de onafhankelijkheid van de erflater waarborgt en principieel ter zijner bescherming werd voorzien; dat deze bescherming moet wijken voor het hoger sociaal belang van het briefgeheim ».
(2) Cass. fr., 31 mei 1842, *S.,* 1842, 1, 490; — Riom, 8 januari 1849, *S.,* 1849, 2, 460.
(3) Demontès, E., *o.c.,* bl. 197.
(4) Rb. Charleroi, 29 juli 1897, *Pas.,* 1897, III, 339.
(2) Cass. fr., 31 mei 1842, *S.,* 1842, 1, 490; — Riom, 8 januari 1849, *S.,* 1849, *D.P.,* 1909, 2, 293.
(6) Hrb. St.-Niklaas, 22 november 1960, *R.W.,* 1960-61, 1002.

1) deze overlegging mag de derde-bezitter geen schade berokkenen (1),

2) deze overlegging moet nuttig zijn voor de oplossing van het geschil (2),

3) de derde, van wie overlegging gevergd wordt, moet in het hangende geschil als getuige kunnen opgeroepen worden (3).

Waar deze vordering algemeen in de Belgische rechtspraak als ontvankelijk wordt aangezien (4) blijven meestal dezelfde vereisten gelden als die welke voorzien werden bij een *actio ad exhibendum* tegen een gedingvoerende partij (5).

Daarenboven werd dan nagegaan of de drie boven vermelde vereisten vervuld waren, en meer bepaald of de derde als getuige kon gehoord worden (6), en of deze overlegging niet nadelig was voor de derde (7). Zo mogen bv. de kosten van deze overlegging niet ten laste van de derde vallen (8).

Het gerecht dat een beeld moet geven van de waarheid, moet dus eveneens op de medewerking van derden kunnen rekenen opdat de rechterlijke uitspraken zoveel mogelijk de werkelijke weergave van die waarheid zouden zijn (9).

De vordering tot overlegging tegen derden kan trouwens ook nog gerechtvaardigd worden op grond van de spreuk die op alle menselijke handelingen toepasselijk is : *quod tibi non nocet et alteri prodest facile concedendum* (10).

---

(1) *C.*, 4, 21, 22.

(2) *Dig.*, 10, 4, 3, 9.

(3) *C.*, 4, 21, 22; — Demogue, R., *o.c.*, III, nr. 214, bl. 348; — Hynderick, *o.c.*, *B.J.*, 1863, 373.

(4) Brussel, 15 januari 1855, *Pas.*, 1855, II, 355; — Brussel, 6 maart 1863, *B.J.*, 1863, 382; — Hrb. Luik, 17 december 1898, *J.T.*, 1899, 9; — Gent, 13 april 1905, *Pas.*, 1907, II, 320; — Brussel, 23 november 1910, *P.P.*, 1911, nr. 583-584; — Hrb. Brussel, 1 april 1926, *B.J.*, 1928, 127; — Brussel, 29 juni 1959, *J.T.*, 1962, 13.

(5) Brussel, 23 november 1910, *P.P.*, 1911, nr. 583-584 : men moet bewijzen dat de gevraagde stukken werkelijk in het bezit van de derde zijn; — Brussel, 15 januari 1855, *Pas.*, 1855, II, 355 : de partijen moeten een werkelijk actueel en rechtmatig belang hebben bij de inzage van die stukken.

(6) P.B., Tw. *Action ad exhibendum,* nr. 11; — Brussel, 6 maart 1863, *B.J.*, 1863, 382; — Hrb. Luik, 17 december 1898, *J.T.*, 1899, 9.

(7) Rb. Gent, 14 februari 1859, *B.J.*, 1859, 397.

(8) P.B., Tw. *Action ad exhibendum,* nr. 11 en 12; — Demontès, E., *o.c.*, bl. 116; — Hrb. Brussel, 1 april 1926, *B.J.*, 1926, 127.

(9) Een merkwaardige rechtvaardiging van de *actio ad exhibendum* tegenover derden, vindt men in het reeds herhaaldelijk vermeld advies van Advocaat-Generaal Hynderick : *B.J.*, 1863, 372 e.v.

(10) Demogue, R., *o.c.*, III, nr. 209, bl. 335. Dit is trouwens een toepassing van de hogervermelde regel, volgens dewelke de overlegging de derde geen nadeel mag berokkenen.

5 §. Praktische toepassing van de vordering tot overlegging.

267. — Het is niet zonder belang op grond van voorgaande principes, zeer overzichtelijk de praktische toepassing van de vordering tot overlegging nader te preciseren (1).

Vooraf mag erop gewezen worden dat eenieder die er een actueel en rechtmatig belang bij heeft, in principe kan eisen dat bepaalde stukken die in het bezit zijn van de tegenpartij of van een derde, zouden overgelegd worden (2).

De eiser zal hoofdzakelijk moeten aantonen dat hij die stukken nodig heeft om de hoofdeis te staven en dat deze stukken daarenboven ernstig, ter zake dienend en afdoend bewijsmateriaal vormen.

Hij zal natuurlijk hierbij zijn eis nauwkeurig *in concreto* moeten omschrijven en aanduiden over welke stukken het gaat, alsmede het bewijs leveren dat deze stukken werkelijk in het bezit van de tegenpartij of van een derde zijn.

268. — Het spreekt vanzelf dat in elke stand van het geding deze overlegging mag gevraagd worden. In dat geval kan de rechter door een vonnis alvorens recht te doen de overlegging bevelen. Hoewel elk geval afzonderlijk moet onderzocht worden (3) zal een dergelijk vonnis toch meestal interlocutoir zijn omdat het laat voorzien dat de hoofdvordering mogelijk gegrond zal verklaard worden (4). De tegenpartij wordt immers reeds benadeeld, doordat de rechtbank aanneemt dat, indien de gevorderde stukken werkelijk bestaan, zij afdoende kunnen zijn om de vordering gegrond te verklaren.

De vraag stelt zich evenwel of men ook door middel van een hoofdvordering, buiten elk ander geding, de overlegging van zekere stukken in rechte mag vragen. Deze vraag zal meestal ontkennend beantwoord worden, omdat de rechtsgronden van een overlegging (goede trouw, materiële waarheid,...) hier niet aanwezig zijn; tegenover het persoonlijk belang van de bezitter der stukken staat geen enkel belang van de eiser in overlegging (5).

---

(1) Zie hetgeen reeds boven op verschillende plaatsen gezegd werd : nr. 243, 260, 265 en 266.

(2) Demontès, E., *o.c.*, bl. 270.

(3) Brosens, W., A.P.R., Tw. *Beroep in burgerlijke zaken en in zaken van koophandel,* nr. 278; — R.P.D.B., Tw. *Appel en matière civile et commerciale,* nr. 79.

(4) Brosens, W., A.P.R., Tw. *Beroep in burgerlijke zaken en in zaken van koophandel,* nr. 279; — R.P.D.B., Tw. *Appel en matière civile et commerciale,* nr. 85; — vgl. Verbr., 7 september 1961, *Pas.*, 1962, I, 33.

(5) Zie boven, nr. 260; — Hrb. Luik, 8 mei 1923, *Jur. Liège,* 1923, 213; — vgl. voor handelsboeken : Cass. fr., 16 maart 1892, *D.P.*, 1892, 1, 240.

Met het oog op een eventueel toekomstig geschil, zou een vordering tot overlegging

Hier kan nuttig verwezen worden naar de procedure van het verhoor op feiten en vraagpunten; deze procedure mag niet gebruikt worden om na te gaan of er soms geen nieuwe argumenten kunnen gevonden worden (1).

Het kan evenwel gebeuren dat men een afzonderlijke vordering moet instellen om zekere stukken te bekomen, die men dringend nodig heeft voor een geding dat men zinnens is te voeren en dat geen aanvang kan nemen zolang men niet in het bezit van de betwiste stukken gekomen is. Een dergelijk uitzonderlijk geval zal zich o.m. voordoen bij toepassing van de reeds vermelde artikelen 448 en 480, 10°, van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering (zie boven, nr. 257 en 258). Wie de procedure van rekwest civiel op basis van vermeld artikel 480, 10°, wenst in te stellen, zal toch eerst de overlegging van het bedoelde stuk moeten eisen; dit kan enkel geschieden bij wijze van een afzonderlijke vordering (2).

Men kan naar analogie verwijzen naar de mogelijkheid om onder vorm van een hoofdvordering een deskundig onderzoek aan te vragen (3).

269. — De rechtbank is niet verplicht de eis tot overlegging in te willigen; zij beschikt over een discretionaire bevoegdheid bij de beoordeling van de ingestelde vordering.

In aansluiting hiermede moet gewezen worden op het feit dat de rechter zelfs ambtshalve de overlegging mag bevelen. Dit werd onlangs bevestigd door een arrest van het Hof van Cassatie, dat aldus ook voor de eerste maal op zo duidelijke wijze de mogelijkheid van een *actio ad exhibendum* toelaatbaar acht :

« ...Attendu, d'autre part, que la juridiction saisie, qui a la pouvoir d'ordonner, même d'office, aux parties contendantes la production de documents qu'elles possèdent et qui sont jugés nécessaires pour la solution du litige, peut aussi avoir égard aux documents que le ministère public propose à cette fin, à la condition de soumettre ceux-ci aux parties pour leur permettre de les discuter contradictoirement » (4).

Bij deze beoordeling zal de rechter natuurlijk eerst nagaan of het wel nodig is de overlegging te bevelen, of m.a.w. de over te leggen stukken een ter zake dienend en afdoend bewijs zullen vormen.

---

toch moeten aanvaard worden, omdat in dergelijke omstandigheden, eenieder die van een wettig belang laat blijken, alle nuttige onderzoeksmaatregelen kan doen bevelen. Voor de bespreking van dit probleem, zie o.m. : Bruntz, Ch., *L'examen à futur,* Proefschr., Nancy, 1905; — Cornu, G., et Foyer, J., *o.c.,* bl. 301 e.v.

(1) Hof Amsterdam, 5 februari 1929, *N.J.,* 1929, 960; — Arr. Rb. Den Haag, 16 december 1930, *N.J.,* 1931, 902.

(2) R.P.D.B., Tw. *Requête civile,* nr. 234.

(3) Voor een uitvoerige bespreking van dit probleem, zie Cloquet, A., *A.P.R.,* Tw. *Deskundig onderzoek,* nr. 338 e.v.

(4) Verbr., 20 juni 1961, *J.T.,* 1961, 609, met noot Ch. Van Reepinghen; *Pas.,* 1961, I, 1157.

Daarenboven zal de rechtbank de wederzijdse belangen waarderen en afwegen. Vooral moet onderzocht worden of de overlegging niet strijdig is met de openbare orde of met zekere strikt persoonlijke belangen van de tegenpartij of van de derde (geheimhouding, briefgeheim,...). Dat bij dit alles, de rechtbank erover moet waken dat de persoon die verplicht wordt zekere stukken over te leggen, hierbij geen nadeel ondervindt, werd reeds vroeger beklemtoond (zie boven, nr. 243 en 266). Het is wel duidelijk dat dit vereiste hoofdzakelijk betrekking heeft op de overlegging door derden (allerhande onkosten); de tegenpartij kan immers in geval van gedwongen overlegging, in het ongelijk gesteld worden, hetgeen niet als een werkelijk nadeel mag beschouwd worden in de zin zoals vooropgesteld werd. Wel zou de tegenpartij benadeeld worden, moesten bv. de overgelegde stukken aanleiding geven tot een strafrechterlijke vervolging, die met het geding geen uitstaans heeft (1).

Het is onnodig nogmaals zeer nadrukkelijk te bevestigen dat deze stukken op tegensprekelijke wijze moeten kunnen beoordeeld worden.

270. — Maar wanneer eenmaal de overlegging door de rechtbank bevolen werd, zal de bezitter van het bewijsstuk hiertoe gehouden zijn onder vorm van een verbintenis tot doen (2). Hij zal slechts aan de sancties bij het niet-nakomen dezer verbintenis kunnen ontsnappen, wanneer hij zou bewijzen dat het bedoelde stuk niet meer in zijn bezit is en dat deze buitenbezitstelling aan hem niet te wijten is (3).

Vermits het hier gaat over een verbintenis tot doen, kan de uitvoering niet *in natura* afgedwongen worden. Zo zou de rechtbank niet tot een huiszoeking mogen doen overgaan, maar slechts die sancties kunnen toepassen welke door de aard der verbintenis mogelijk zijn (4).

In dit verband werd in Frankrijk de opvatting gehuldigd dat de rechtbank mocht veroordelen tot doen, onder verbeurte van een dwangsom (5), dit

---

(1) Zie boven, nr. 254; — Anders : Dekkers, R., *o.c., R.C.J.B.,* 1959, 155.

(2) Demontès, E., *o.c.,* bl. 117; — Beudant, IX², nr. 1175, bl. 248.

(3) Demontès, E., *o.c.,* bl. 166; — Demogue, R., *Traité des obligations,* III, nr. 212, bl. 343; — Cass. fr., 22 december 1897, *D.P.,* 1899, 1, 85.

(4) Cass. fr., 4 mei 1885, *Gaz. Pal.,* 1885, 2, 472; — zie ook A.T(issier), noot onder Paris, 26 januari 1910, *S.,* 1911, 2, 185.

(5) Demontès, E., *o.c.,* bl. 170; — Gény, F., *o.c.,* II, nr. 182, bl. 101; — zie ook : Esmein, A., *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes, Rev. trim. dr. civ.,* 1903, bl. 5 e.v., speciaal bl. 26 e.v.

in navolging trouwens van wetgeving en rechtspraak die de praktijk van de dwangsom aanvaard hebben (1).

In België wordt de dwangsom eenparig door rechtsleer en rechtspraak verworpen (2). Er bestaan ongetwijfeld andere middelen om de schuldenaar tot nakoming van zijn verbintenissen te verplichten, zoals bv. de veroordeling tot schadeloosstelling (3), doch ter zake van overlegging van stukken ware de dwangsom als dwangmiddel zeer nuttig.

Men kan immers moeilijk met zekerheid bepalen of de partij die de overlegging vordert gelijk zal krijgen en dus schade lijdt; wel staat het vast dat de rechter, in geval van weigering, beperkt wordt in zijn onderzoek naar de materiële waarheid, zodat een sanctie wegens inbreuk op het bevel van de rechter hier ten zeerste gerechtvaardigd zou zijn (4).

De belangrijkste sanctie zal evenwel hierin bestaan dat de rechtbank zware vermoedens zal koesteren ten nadele van de procespartij die weigert de overlegging te doen. Men vergelijke met artikel 330 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering, volgens hetwelk de rechtbank in geval van niet-verschijning van een procespartij op een verhoor nopens feiten en vraagpunten, de door de tegenpartij gestelde feiten voor waar kan aanzien; in Frankrijk heeft de wet van 23 mei 1942 dit artikel vervangen door de nieuwe bepaling van artikel 336 C. pr. civ., volgens dewelke een begin van schriftelijk bewijs kan gezien worden in de niet-verschijning van een procespartij bij een verhoor nopens feiten en vraagpunten (5). Zelfs kan de rechtbank vonnissen ten voordele van de partij die de overlegging had gevorderd (6).

(1) Zie desbetreffend : Kayser, P., *L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile, Rev. trim. dr. civ.,* 1953, bl. 209 e.v.

(2) Kluyskens, A., *De verbintenissen,* nr. 73, bl. 145; — De Page, III, nr. 161, bl. 181; — Ronse, J., *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad,* nr. 442 e.v., bl. 306 e.v.; — Verbr., 24 januari 1924, *Pas.,* 1924, I, 151; — Verbr., 10 maart 1932, *Pas.,* 1932, I, 98; — Verbr., 30 september 1937, *Pas.,* 1937, I, 249, met besluiten Procureur-Generaal Leclercq; — Verbr., 10 februari 1956, *Pas.,* 1956, I, 603; *R.W.,* 1956-57, 1011.

(3) Zie desbetreffend : Ronse, J., *De dwangsom in het Belgisch recht,* Preadvies voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle, 1961.

(4) Men vergelijke met de wettelijke reglementering in Nederland : Van Opstall, S.N., *De regeling van de dwangsom in het Nederlands recht,* Preadvies voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle, 1961.

(5) Volgens Solus, H., *o.c., Travaux de l'association H. Capitant,* 1949, bl. 138, is dit een argument dat bij analogie kan gebezigd worden in geval van weigering om de gevraagde stukken over te leggen; — Anders : Gény, F., *o.c.,* II, nr. 182, bl. 100. Zie ook artikel 8, 2de lid, van het Nederlandse wetboek van koophandel, volgens hetwelk de rechter uit de niet-vervulling van de wettelijke overleggingsplicht, de gevolgtrekking kan maken, die hem gerade voorkomt. Ook Best schrijft in zijn *Principles on the law of evidence,* London, 1866, bl. 363 : « Where effective proofs are in the power of a party, who refuses or neglects to produce them, then naturally raises a presumption that those proofs, if produced, would make against him ».

(6) Demogue, R., in zijn reeds vermelde noot onder Rennes, 14 juni 1928, *Rev. trim.*

In dit verband is het voorbeeld van de door Demogue gecommenteerde uitspraak zeer typisch : indien binnen de 15 dagen de gevorderde stukken niet overgelegd werden, zou de eiser in het gelijk worden gesteld (1).

Wanneer de procespartij of de derde, die de overlegging moet doen, weigert hiertoe over te gaan, kan een veroordeling tot schadevergoeding volgen (2).

Men kan zich zelfs de vraag stellen of naar analogie van het reeds besproken artikel 218, 4de lid, van het burgerlijk wetboek (zie boven, nr. 233), de rechtbank de persoonlijke verschijning van de derde niet kan bevelen, op straffe van veroordeling tot een boete zoals bepaald in artikel 263 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering ten aanzien van de niet-verschijnende getuige.

6 §. Besluit.

271. — Men zal wellicht na dit alles doen opmerken dat de bewijslast geen zin meer heeft, wanneer de medewerking van de tegenpartij en zelfs van derden in zekere gevallen kan afgedwongen worden (3).

Nogmaals weze hier in herinnering gebracht dat de bewijslastprincipes ook dienen om de rechter toe te laten ondanks zekere twijfels toch een vonnis te vellen en dit ten nadele van de partij, die de bewijslast droeg. De bewijslast — en dit werd eens te meer bevestigd door de toelaatbaarheid van de vordering tot overlegging — is geen processuele regeling waardoor de eiser of beter hij die beweert, verplicht wordt *alles* te bewijzen.

Dank zij de mogelijkheid van een *actio ad exhibendum* wordt de gelijkheid van beide gedingvoerende partijen werkelijkheid (4); geen enkele procespartij mag hinder ondervinden bij het verzamelen van

dr. civ., 1928, 897, nr. 3; — Demontès, E., *o.c.,* bl. 171; — Cass. fr., 17 juni 1879, *D.P.,* 1880, 1, 427; — Cass. fr., 16 maart 1921, *Rev. trim. dr. civ.,* 1921, 740; — Montpellier, 15 december 1948, *D.,* 1949, *J.,* 200; — § 427 *Z.P.O.* (boven, nr. 243). Soms werd ook als argument artikel 1178 B.W. ingeroepen, volgens hetwelk de voorwaarde voor vervuld wordt gehouden wanneer de schuldenaar die zich onder die voorwaarde verbonden heeft, zelf de vervulling ervan heeft verhinderd : Planiol et Ripert, VII², nr. 1411, bl. 384; — Demogue, R., noot onder Cass. fr., 16 maart 1921, *Rev. trim. dr. civ.,* 1921, 740; — Hrb. St.-Niklaas, 5 maart 1957, *R.W.,* 1957-58, 1913.

(1) Rennes, 14 juni 1928, *Rev. trim. dr. civ.,* 1928, 897 e.v.; — vgl. Nancy, 23 januari 1892, *D.P.,* 1893, 2, 365.

(2) Planiol et Ripert, *o.c., l.c.;* — Cass. fr., 16 maart 1921, *Rev. trim. dr. civ.,* 1921, 740; — zie boven, de onder nr. 200 en 265 reeds aangehaalde rechtspraak.

(3) In die zin kan een deel van de rechtsleer aangehaald worden volgens dewelke de vordering tot overlegging de bewijslast niet mag omkeren : zie boven, nr. 245.

(4) Een interessant toepassingsgeval van de gelijkheid der partijen inzake bewijslevering kan ook gezien worden in artikel 1325 B.W., volgens hetwelk een akte die een wederzijdse overeenkomst vaststelt, in twee exemplaren moet worden opgesteld.

de stukken, die zij nodig heeft om haar eis te staven. De vordering tot overlegging betekent dus dat de tegenpartij aan de bewijsvoering moet medewerken of minstens dat geen der procespartijen gehinderd mag worden door de tegenpartij bij het volbrengen van haar bewijsverplichtingen en bij het uitoefenen van haar recht op bewijs.

AFDELING IV. HET BRIEFGEHEIM

272. — Herhaaldelijk werd de aandacht gevestigd op het feit dat zekere belangen de volledige uitoefening van het recht op bewijs in de weg staan.

Zonder daarom een volledige opsomming van dergelijke belangen te geven, kan toch hier als treffende illustratie het briefgeheim aangehaald worden. De hieronder uitgewerkte principes zijn dus *mutatis mutandis* toepasselijk op andere gelijkaardige belangen zoals de geheimhouding, de physische integriteit,... (zie verder, nr. 283 e.v.).

273. — De briefwisseling (1), die tegenwoordig een aanzienlijke rol speelt in het rechtsverkeer, stelt o.m. ook belangrijke bewijsproblemen. Het eigendomsrecht van de brieven en de wijze van tot standkoming van een contract, zijn eveneens problemen die door de briefwisseling worden gesteld, doch die hier niet ter sprake komen. Het is hier ook niet de plaats om na te gaan of de brieven als een schriftelijk bewijs mogen aangezien worden, vraag waarop trouwens ook in het burgerlijk recht door de huidige rechtsleer bevestigend geantwoord wordt (2).

Waar aan de briefwisseling algemeen een ware bewijskracht wordt toegekend (3), stelt zich in hoofdorde een belangrijk probleem : heeft men het recht om dit bewijsmateriaal in te roepen? Men merkt dadelijk dat dit probleem verband houdt met het recht op bewijs en tevens met de vordering tot overlegging.

Elders (zie boven, nr. 219 e.v.) werd het recht op bewijs behandeld en erkend; men moet dus ook nagaan of dit recht op bewijs

(1) Gény, F., *Des droits sur les lettres missives;* — Valéry, *Des lettres missives,* Paris, 1912; — R.P.D.B., Tw. *Lettre missive.*

(2) De Page, III, nr. 846, bl. 833 e.v.; — Fally, J., noot onder Luik, 28 oktober 1946, *R.C.J.B.,* 1948, 70 e.v.; — Planiol et Ripert, VII², nr. 1505, bl. 952 e.v.; — Anders : Laurent, XIX, nr. 224, bl. 243 e.v.

(3) Gény, F., *Des droits sur les lettres missives,* II, nr. 166, bl. 36 heeft het a.v. bevestigd : « Toute lettre missive, qui exprime, sous la signature d'une personne, sa volonté d'un certain résultat juridique, est, quant à ce, un acte, sous signature privée, jouissant de la force probante, que déterminent les articles 1322 à 1324 Code civil ».

toebehoort aan elke persoon, die uit de briefwisseling, die in zijn bezit zou kunnen komen, de rechtvaardiging kan halen van de feiten waaruit in zijn voordeel rechtsgevolgen zouden voortspruiten.

274. — Men begrijpt dadelijk het belang van deze probleemstelling, gezien de briefwisseling zeer dikwijls nuttige aanwijzingen kan geven betreffende de rechtsverhoudingen tussen bepaalde partijen. Hierbij mag men evenwel niet vergeten dat de brieven soms intieme zaken inhouden, die zo maar niet aan het daglicht mogen komen en die dan ook de reden zijn van het briefgeheim.

Welke is de rechtsgrond van dit briefgeheim? De meeste auteurs aanvaarden thans dat het briefgeheim het gevolg is van een werkelijke juridische gewoonte, zoals dit voor de eerste maal door Appert verkondigd werd (1). Deze zienswijze dient aangevuld te worden met de vaststelling dat het recht op de geheimhouding een persoonlijkheidsrecht is (2); zowel de eerbied voor de persoonlijkheid (3), als de zekerheid in de maatschappelijke betrekkingen (4) kunnen zich verzetten tegen het prijsgeven van het briefgeheim.

Het voorbrengen van de briefwisseling tijdens een geding stelt dus in feite twee problemen, die a.v. kunnen samengevat worden : Mag de bezitter van de bedoelde briefwisseling deze vrijwillig in een proces voorbrengen (recht op bewijs)? Kan men de bezitter van bepaalde brieven verplichten deze tijdens een betwisting voor te brengen (vordering tot overlegging)?

1 §. Vrijwillige overlegging van brieven.

275. — Vooraleer de vrijwillige voorbrenging van brieven door de bezitter ervan nader te onderzoeken, moet evenwel voorafgaandelijk op een essentieel vereiste gewezen worden : de briefwisseling moet op een geoorloofde wijze in de handen van de huidige bezitter gekomen zijn (5). De bewijselementen

(1) Noot onder High Court of Justice, 27 november 1897, *S.,* 1899, 4, 9; — zie in dezelfde zin : Bartin in Aubry et Rau, XII, § 760ter, bl. 287, voetnoot 2bis; — Beudant, IX², nr. 1227, bl. 308, voetnoot 2.

(2) B.G.H., 25 mei 1954, *J.Z.,* 1954, 698, met noot H. Coing; — zie ook : Martin, L., *Le secret de la vie privée, Rev. trim. dr. civ.,* 1959, 227 e.v.

(3) Planiol et Ripert, *o.c.,* III, *Les Biens,* 2de uitg., door M. Picard, nr. 585, bl. 563 e.v.; — vgl. De Page et Dekkers, V, Brussel, 1952, nr. 1130, bl. 979.

(4) Vred. Antwerpen, 4 januari 1911, *T.Vred.,* 1911, 116; — Rb. Brussel, 12 juli 1955, *R.W.,* 1955-56, 1384; — Cass. fr., 2 augustus 1938, *Pas.,* 1939, II, 40.

(5) Gény, F., *o.c.,* II, nr. 178, bl. 87; — De Page et Dekkers, V, nr. 1125, bl. 974; — Gent, 8 februari 1850, *Pas.,* 1850, II, 113; — Luik, 10 januari 1889, *B.J.,* 1889, 209; — zie ook : Verbr., 11 maart 1960, *J.T.,* 1961, 60; *R.W.,* 1959-60, 1937; — Cass. fr., 21 juli 1862, *S.,* 1862, 1, 926.

die men wenst aan te wenden, moeten trouwens altijd op een geoorloofde wijze verkregen worden (1).

Men heeft herhaaldelijk de vraag gesteld of in geschillen van een echtscheiding, scheiding van tafel en bed, ontkenning van vaderschap, gemeld vereiste nog toepasselijk was op de personen die een zeker gezag kunnen doen gelden over andere personen (de echtgenoot tegenover zijn vrouw, de ouders tegenover hun kinderen) en aldus in het bezit kunnen komen van bepaalde brieven (2).

Tot voor korte tijd was iedereen akkoord om te verklaren dat de man bv. alleszins het recht had om de briefwisseling van zijn vrouw te controleren en ze dienvolgens over te leggen tijdens een betwisting tussen echtgenoten, op voorwaarde dat de inbezitstelling op een geoorloofde wijze geschiedde (3).

In deze opvatting is evenwel wijziging gekomen sinds de Franse wet van 18 februari 1938 de verplichting tot gehoorzaamheid van de gehuwde vrouw heeft opgeheven : « mari et femme doivent également pouvoir faire écarter du débat une lettre qui serait parvenue aux mains de l'autre époux » (4). Het is vanzelfsprekend dat ook in België de wet van 30 april 1958 betreffende de wederzijdse rechten en plichten van de echtgenoten aan deze ongelijkheid tussen de echtgenoten een einde zal gesteld hebben en dus aan beide echtelieden een gelijk recht op inzage van elkaars briefwisseling zal hebben gegeven. Een dergelijke evolutie is volledig gerechtvaardigd, daar de gelijkheid tussen de gedingvoerende partijen in het gedrang was gebracht : het recht op bewijs werd immers niet gelijkelijk aan de beide echtgenoten toegekend (5).

Dit wordt ten overvloede bevestigd door een uitvoerig gemotiveerd vonnis van de burgerlijke rechtbank te Antwerpen d.d. 15 februari 1960 (6), volgens hetwelk de echtgenoten wederzijds een recht van inmenging in elkaars briefwisseling hebben (7).

276. — In dit verband kan evenwel de vraag gesteld worden, wie het b e w i j s moet leveren dat de brieven op een g e o o r l o o f d e w i j z e in het bezit zijn gekomen van diegene die ze wenst over te leggen. Het spreekt vanzelf dat het probleem zich enkel stelt, zo de bezitter van de brief noch de auteur, noch de bestemmeling ervan is.

(1) Corr. Bergen, 13 juni 1958, *Pas.*, 1959, III, 58 (gebruik van filmen).
(2) Zie Beudant, IX², nr. 1228, bl. 312, voetnoot 2.
(3) De Page, I, nr. 721, bl. 795; — Beudant, IX², nr. 1228, bl. 312; — Brussel, 28 april 1875, *Pas.*, 1875, II, 217; — Brussel, 30 juni 1881, *Pas.*, 1882, II, 9; — Luik, 10 januari 1888, *B.J.*, 1889, 209; — Verbr., 27 februari 1913, *Pas.*, 1913, I, 123; — Cass. fr., 5 februari 1900, *S.*, 1901, 1, 17, met noot E. Naquet; — Cass. fr., 5 april 1900, *D.P.*, 1901, 1, 45.
(4) Rb. Seine, 9 januari 1947, *D.*, 1947, 176; — Cass. fr., 1 juni 1949, *J.C.P.*, 1949, IV, *éd. avoués*, nr. 1255.
(5) De Page et Dekkers, *o.c., l.c.*, hadden hierop reeds in dezelfde zin kritiek uitgebracht.
(6) *R.W.*, 1960-61, 1198, met noot G. Baeteman.
(7) Vgl. nochtans Brussel, 14 februari 1961, *J.T.*, 1961, 223 (geheim van de telefoongesprekken).

Daar vereist wordt voor de overlegging van brieven, dat zij op een geoorloofde wijze in het bezit gekomen zijn van diegene die er zich op beroept (1), moet de aanwezigheid van dit vereiste dan ook bewezen worden door de bezitter (2).

Het is daarom niet nodig hier beroep te doen op vermoedens (3); het geoorloofd bezit is een essentieel vereiste en moet dus normaal door diegene die er zich op beroept bewezen worden.

In werkelijkheid zal dit bewijs meestal uit de feitelijke omstandigheden zelf afgeleid worden; de feitenrechter zal op grond van zijn vrije bewijswaardering een oordeel ter zake vellen. Uit de omstandigheid bv. dat een partij, die een fotokopij bezit van een brief waarvan zij toevallig kennis had mogen nemen, kan afgeleid worden dat het bezit van die fotokopij op een ongeoorloofde wijze werd verkregen (4); men neemt daarentegen aan dat de echtgenote op geoorloofde wijze in het bezit is gekomen van de brieven van haar man, doordat zij die in de echtelijke woonplaats gevonden heeft (5). Een dergelijke bewijswaardering sluit trouwens aan bij het principe van de gewone gang van zaken; het is niet normaal dat een derde in het bezit is van een brief, doch is die derde de echtgenoot van de auteur of van de bestemmeling, dan mag men aannemen dat hij op een geoorloofde wijze in het bezit van de brief is gekomen.

Het is opvallend dat de meeste rechtspraak die de bewijslast gelegd heeft op diegene die zich tegen het overleggen van de brief verzet, juist geveld werd in echtscheidingsprocedures. Dit bevestigt in een zekere mate de stelling die hier verdedigd wordt; het was evenwel verkeerd de bewijslast op de tegenpartij van de bezitter te leggen, vermits men door bewijswaardering kon aannemen dat de

(1) De Page et Dekkers, V., nr. 1125 en 1131, bl. 974 e.v., bl. 980 e.v.
(2) Brussel, 23 juni 1958, *J.T.*, 1958, 513, met advies Advocaat-Generaal A. Van den Branden de Reeth; — Lyon, 6 juli 1922, *D.P.*, 1923, 2, 163; — Anders : R.P.D.B., Tw. *Divorce*, nr. 337; — Luik, 10 januari 1888, *B.J.*, 1889, 209; — Brussel, 6 januari 1892, *Pas.*, 1892, II, 197; — Rb. Luik, 21 februari 1927, *Pas.*, 1927, III, 138; — Hrb. Brussel, 6 februari 1930, *Jur. Comm. Brux.* 1930, 5; — Rb. Brussel, 11 mei 1944, *J.T.*, 1944-45, 17; — Rb. Brussel, 5 februari 1957, *J.T.*, 1957, 301; — vgl. : Luik, 25 mei 1957, *R.W.*, 1958-59, 1756; — Hrb. Brussel, 28 januari 1958, *Jur. Comm. Brux.*, 1958, 221; — zie ook in tegengestelde zin : Cass. fr., 13 juli 1897, *S.*, 1898, 1, 220; — Cass. fr., 19 juli 1909, *D.P.*, 1909, 1, 503; — Cass. fr., 28 mei 1954, *Gaz. Pal.*, 1954, 2, 83.
(3) Zie nochtans aldus : Rb. Brussel, 5 februari 1957, *J.T.*, 1957, 301 (goede trouw wordt vermoed); — Brussel, 23 juni 1958, *J.T.*, 1958, 513 (vermoeden dat een derde het bezit op een ongeoorloofde wijze heeft verkregen).
(4) Hrb. Brussel, 28 januari 1958, *Jur. Comm. Brux.*, 1958, 221.
(5) Verbr., 28 mei 1953, *Pas.*, 1953, I, 750; — Rb. Dinant, 5 december 1956, *Pas.*, 1957, III, 93; — Brussel, 28 november 1960, *R.W.*, 1961-62, 2550; — vgl. : Rb. Hoei, 22 februari 1961, *Jur. Liège*, 1960-61, 181.

bezitter in zijn bewijsopdracht geslaagd was en aldus het tegenbewijs aan de wederpartij mocht opleggen.

277. — Wanneer de vraag gesteld wordt of eenieder die in het bezit is van zekere brieven, deze vrijwillig mag overleggen, kan men een onderscheid maken op grond van het eigendomsrecht op de briefwisseling, naargelang het de bestemmeling is (1) dan wel een andere persoon die de brieven wil voorbrengen (2).

In een betwisting moet men nochtans hoofdzakelijk uitgaan van de gedingvoerende partijen, die elk hun recht op bewijs kunnen doen gelden (3); daarom is het beter een onderscheid te maken naargelang het geding gevoerd wordt tussen de schrijver en de bestemmeling of tussen een van beiden en een derde (4).

278. — Tussen schrijver en bestemmeling kan er moeilijk nog sprake zijn van briefgeheim, vermits de gevoerde briefwisseling gemeen is aan beide gedingvoerende partijen (5). Hoogstens zou men kunnen bevreesd zijn voor eventuele publiciteit tijdens het geding, maar hieraan kan verholpen worden door de brief eenvoudig bij het dossier te voegen (6).

Een belangrijk gedeelte van de rechtspraak heeft evenwel gemeend te moeten vooropstellen dat strikt-confidentiële brieven (7) slechts mogen voorgebracht worden door de bestemmeling mits toestemming van de schrijver (8). Deze opvatting kan bezwaarlijk aanvaard worden, omdat het soms zeer moeilijk is uit te maken of bepaalde brieven

(1) Deze is immers de eigenaar van de door hem ontvangen brieven : Hanssens, E., *Du secret des lettres,* Brussel, 1890, nr. 173 e.v., bl. 174 e.v.; — De Page et Dekkers, V, nr. 1125 e.v., bl. 974 e.v.; — R.P.D.B., Tw. *Lettre missive,* nr. 7 e.v.

(2) In de Franse rechtsleer gaat men meestal uit van dit onderscheid : Beudant, IX², nr. 1228, bl. 309 e.v.; — Planiol et Ripert, VII², nr. 1504, bl. 949 e.v.; — Aubry et Rau, XII, § 760*ter*, bl. 287 e.v.

(3) Vgl. Dekkers, R., *o.c., R.C.J.B.,* 1959, 148, die er te recht op wijst dat er een verschil is tussen het eigendoms- en beschikkingsrecht over de brief en het gebruik ervan tijdens een geding.

(4) Zie aldus : De Page et Dekkers, V, nr. 1131, bl. 979 e.v.; — R.P.D.B., Tw. *Lettre missive,* nr. 37 e.v.

(5) De Page et Dekkers, *o.c., l.c.;* — Hanssens, E., *o.c.,* nr. 212 e.v., bl. 215 e.v.

(6) Dit wordt bevestigd door een deel van de rechtspraak : Rb. Bergen, 8 februari 1900, *B.J.,* 1900, 664; — Brussel, 12 juni 1907, *Pas.,* 1908, II, 247; — Cass. fr., 5 mei 1897, *S.,* 1901, 1, 454.

(7) Voor het begrip confidentiële brief : Naquet, E., noot onder Cass. fr., 5 februari 1900, *S.,* 1901, 1, 17.

(8) Brussel, 27 januari 1873, *Pas.,* 1873, II, 300; — Hrb. Antwerpen, 27 december 1902, *J.T.,* 1903, 127; — Rb. Aarlen, 8 november 1905, *Pas.,* 1906, III, 325; — Rb. Charleroi, 27 juli 1921, *J.T.,* 1925, 740; — Cass. fr., 3 februari 1873, *Pas. fr.,* 1873, 777; — Cass. fr., 9 februari 1881, *S.,* 1881, 1, 183, met noot Labbé; — Cass. fr., 5 mei 1888, *S.,* 1901, 1, 454; — Toulouse, 10 juni 1909, *D.P.,* 1909, 2, 293.

al dan niet vertrouwelijk zijn; de beoordeling van het confidentiële karakter kan toch niet uitsluitend afhangen van subjectieve criteria zoals bv. de wil van de schrijver (1).

In werkelijkheid is het de rechtbank die zal nagaan of de overlegging van briefwisseling noodzakelijk is voor de oplossing van het geschil (2) en of het confidentiële karakter van zekere brieven zich tegen die overlegging niet verzet (3). Weer zal een vergelijkende belangenwaardering (4) zich opdringen, zoals trouwens uitdrukkelijk werd verklaard door een arrest van het hof van beroep te Brussel (5).

Wanneer er dus een werkelijk conflict bestaat tussen het briefgeheim en het recht op bewijs, wordt meestal aan dit laatste de voorkeur gegeven wanneer er een werkelijk en rechtmatig belang op het spel staat (6) en nl. wanneer de brief het regelmatig bewijs levert van feiten waaruit een subjectief recht kan afgeleid worden (7). De rechtspraak geeft enkele voorbeelden van een dergelijk wettelijk belang (8).

279. — De kwestie schijnt ingewikkelder, wanneer het geding niet meer gevoerd wordt tussen schrijver en bestemmeling.

Zo kan het gebeuren dat een derde op een geoorloofde wijze in het bezit is gekomen van een brief (9) en deze wenst over te

(1) Het is nochtans zeer moeilijk objectieve criteria aan te leggen ten einde het confidentiële karakter van de briefwisseling te bepalen. Dit is trouwens de reden waarom de meeste auteurs een opsomming geven van concrete gevallen waarin dit confidentiële karakter al dan niet aanwezig is : Hanssens, E., *o.c.,* nr. 243 e.v., bl. 241 e.v.; — R.P.D.B., Tw. *Lettre missive,* nr. 61 e.v.

(2) Dit is toch reeds een belangrijke waarborg, vermits de rechtbank het gebruik van zgn. vertrouwelijke brieven slechts zal toelaten, wanneer zij werkelijk een oplossing kunnen brengen in het hangend geschil (zie hoger, nr. 222 en 223).

(3) Dit is een feitelijke kwestie : De Page et Dekkers, V, nr. 1129, bl. 978-979; — R.P.D.B., Tw. *Lettre missive,* nr. 61 e.v.; — Advies Advocaat-Generaal Pholien vóór Verbr., 27 februari 1913, *Pas.,* 1913, I, 125.

(4) Zie ook : Martin, L., *o.c., Rev. trim. dr. civ.,* 1959, nr. 2, bl. 228-229; — Hubmann, H., *Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion, J.Z.,* 1957, 526.

(5) Het beginsel dat de confidentiële brieven slechts mogen overgelegd worden mits toestemming van de schrijver, moet wijken telkens wanneer een hoger sociaal belang op het spel staat (zoals bv. inzake echtscheiding, stellen onder gerechtelijke raad,...) : Brussel, 9 juni 1873, *Pas.,* 1873, II, 359; — Cass. fr., 2 augustus 1938, *Pas.,* 1939, II, 40.

(6) Luik, 31 januari 1956, *R.C.J.B.,* 1959, 141.

(7) Demontès, E., *o.c.,* bl. 152; — Glasson et Tissier, *o.c.,* II, nr. 607, bl. 680; — Planiol et Ripert, *o.c.,* III, *Les biens,* 2de uitg., door M. Picard, nr. 585, bl. 592 e.v.; — Aubry et Rau, XII, § 760*ter*, bl. 288; — Beudant, IX², nr. 1228, bl. 310; — Cass. fr., 31 december 1913, *S.,* 1914, 1, 267.

(8) Cass. fr., 26 juli 1864, *S.,* 1865, 1, 33 (wanneer de brief een verbintenis bewijst); — Cass. fr., 3 maart 1879, *S.,* 1881, 1, 351 (lasterlijke brieven).

(9) D.w.z. in werkelijkheid impliceert dit de toestemming van de bestemmeling. Vgl. Brussel, 12 juni 1907, *Pas.,* 1908, II, 247.

leggen in een geding. Meestal wordt thans aanvaard dat de toestemming van de schrijver niet vereist wordt (1). Nochtans werd soms voorgehouden dat confidentiële brieven niet mogen voorgebracht worden door derden (2); men vraagt zich af waarin het vertrouwelijke karakter nog bestaat wanneer een derde op regelmatige wijze in het bezit van een brief werd gesteld (3).

Wanneer er in zijn hoofde een persoonlijk en gewettigd belang (4) bestaat om tot de voorlegging over te gaan, kan dit recht hem niet ontzegd worden (5) : het briefgeheim moet wijken voor het recht op bewijs (6).

Zelfs dienstverslagen van de administratie, die uiteraard een vertrouwelijk karakter vertonen, mogen door derden, die op geoorloofde wijze in het bezit ervan gekomen zijn, voor het gerecht ingeroepen worden (7).

280. — Doch men kan zich ook afvragen of een brief mag ingeroepen worden t e g e n e e n d e r d e. Soms werd hierop ontkennend geantwoord (8), doch wanneer de bestemmeling het recht heeft de schrijver van de brief als getuige te doen horen, waarom zou hij dan niet gerechtigd zijn de briefwisseling die in zijn bezit is voor te leggen in een geding? (9). Het recht om een zelfs vertrouwelijk schrijven voor te brengen is gerechtvaardigd « par les mêmes nécessités sociales qui justifient l'obligation, pour les témoins, de déposer

(1) Brussel, 9 januari 1889, *Pas.*, 1889, II, 185; — Rb. Bergen, 8 februari 1900, *B.J.*, 1900, 664; — Hrb. Antwerpen, 27 februari 1903, *J.T.*, 1903, 390; — Hrb. Brussel, 15 december 1936, *Jur. Comm. Brux.*, 1938, 300; — Anders : Brussel, 9 juni 1873, *B.J.*, 1873, 859, dat de toestemming van auteur en bestemmeling vereist; — Rb. Aarlen, 8 november 1905, *Pas.*, 1906, III, 325(*id.*).

(2) Hanssens, E., *o.c.*, nr. 219, bl. 219-220; — R.P.D.B., Tw. *Lettre missive*, nr. 42; — Luik, 6 januari 1890, *Pas.*, 1890, II, 127; — Brussel, 3 februari 1892, *J.T.*, 1893, 294.

(3) Vgl. Rb. Charleroi, 27 juli 1921, *J.T.*, 1921, 710.

(4) Dit belang werd oorspronkelijk zeer limitatief opgevat. Men was immers van oordeel dat het briefgeheim slechts moest wijken in procedures van echtscheiding of scheiding van tafel en bed (Verbr., 27 februari 1913, *Pas.*, 1913, I, 123) of ingeval de brief moest dienen om de bezitter ervan toe te laten bedrieglijke of beledigende handelingen van de briefschrijver te bewijzen (Gent, 18 februari 1850, *Pas.*, 1850, II, 113; — Rb. Charleroi, 29 juli 1897, *Pas.*, 1897, III, 339).

(5) De Page et Dekkers, V, nr. 1131, bl. 980; — Rb. Charleroi, 29 juli 1897, *Pas.*, 1897, III, 339 (onrechtmatige mededinging); — Rb. Antwerpen, 25 mei 1898, *J.T.*, 1900, 736 (quasidelict); — Hrb. Antwerpen, 27 februari 1903, *J.T.*, 1903, 390(*id.*); — Hrb. Brussel, 15 december 1936, *Jur. Comm. Brux.*, 1938, 300 (laster); — Rb. Brussel, 11 mei 1944, *J.T.*, 1944, 17 (bedrieglijke erfenisbejaging); — Rb. Brussel, 5 februari 1957, *J.T.*, 1957, 301; — Cass. fr., 26 juli 1864, *S.*, 1865, 1, 33 (brief die een verbintenis ten voordele van de derde bewijst); — Cass. fr., 17 juni 1907, *D.P.*, 1908, 1, 161, met noot G. Ripert (brief geschreven in het belang van de derde, inzake natuurlijke afstamming); — Cass. fr., 25 februari 1954, *D.*, 1956, *Somm.*, 15.

(6) Pirson, R., noot onder Rb. Brussel, 11 mei 1944, *J.T.*, 1944-45, 17.

(7) Verbr., 11 maart 1960, *R.W.*, 1959-60, 1937; *J.T.*, 1961, 60.

(8) Hanssens, E., *o.c.*, nr. 216 en 217, bl. 219.

(9) De Page et Dekkers, V, nr. 1131, bl. 981.

en justice, pour les parties, de comparaître personnellement ou de subir l'interrogatoire sur faits et articles » (1).

281. — Hoewel de rechtsleer in principe streng het briefgeheim afkondigt, wordt dus in werkelijkheid dikwijls de voorkeur gegeven aan het recht op bewijs, zodat op de eerste vraag betreffende de vrijwillige overlegging meestal bevestigend mag geantwoord worden.

Ook inzake briefwisseling tussen advocaten is er een versoepeling merkbaar (2).

Inderdaad, geleidelijk heeft men ingezien dat het briefgeheim niet zo intrinsiek verbonden was met de briefwisseling, maar er slechts één der menigvuldige aspecten van uitmaakte. De brieven zijn het voorwerp van verschillende rechten, die naast elkaar staan en waarvan het r e l a t i e v e b e l a n g zal moeten beoordeeld worden. Men denke aan het eigendomsrecht, aan het recht op het briefgeheim en aan het recht op bewijs (3).

En vermits het recht op bewijs ook behoort tot de groep van de persoonlijkheidsrechten of *droits innés* (4), begrijpt men niet waarom het briefgeheim zich *a priori* zou verzetten tegen het aanwenden van brieven ter bewijsvoering in een betwisting.

Men kan zich wellicht de vraag stellen waarom er dan nog een onderscheid gemaakt wordt tussen een vertrouwelijke brief en een brief die een dergelijk confidentieel karakter niet heeft. Inderdaad, er werd herhaaldelijk op gewezen (zie boven, nr. 278 en 279) dat, door het feit dat de brief op een geoorloofde wijze in de handen gekomen was van de bestemmeling of van de derde, men moeilijk nog van een werkelijk briefgeheim kon spreken. Hoogstens bestaat dit briefgeheim nog wanneer zekere brieven tegen een derde ingeroepen worden, doch ook in dat geval werd meestal het gebruik ervan aanvaard, tenzij wanneer de schrijver zich op een geheimhoudingsplicht zou kunnen beroepen (5).

(1) Bartin in Aubry et Rau, XII, § 760ter, bl. 289-290, voetnoot 4bis.

(2) Zie noot L. Crémieu onder Douai, 15 juni 1956, *D.*, 1957, *J.*, 97.

(3) Vgl. Bartin in Aubry et Rau, *o.c.*, *l.c.* Voor een toepassing van de belangenwaardering, zie o.m. : Cass. fr., 5 februari 1900, *S.*, 1901, 1, 17, met noot E. Naquet.

(4) Gény, F., *o.c.*, II, nr. 178, bl. 88 : « Pareil droit dérive nécessairement de la faculté, appartenant à tous, de réunir et de proposer aux juges tous moyens aptes à établir et à sauvegarder leurs intérêts juridiquement consacrés, faculté naturelle et innée, qui fait partie de la personnalité de chacun. En principe, toute personne prend sa preuve où elle peut la trouver ».

(5) De Page et Dekkers, V, nr. 1131, bl. 981; — Verbr., 27 februari 1913, *Pas.*, 1913, I, 123.

Het onderscheid tussen een vertrouwelijk en een niet-vertrouwelijk schrijven, komt eigenlijk slechts ter sprake bij de vordering tot overlegging.

2 §. Vordering tot overlegging van brieven.

282. — Daar men niet altijd over de brieven, die men nodig heeft, beschikt, moet de vraag gesteld worden of een v o r d e r i n g t o t o v e r l e g g i n g v a n b r i e v e n kan geschieden.

Voor het antwoord op deze vraag zal in grote mate het vertrouwelijke karakter van de briefwisseling doorslaggevend zijn, waar dit in geval van vrijwillige voorlegging uiteindelijk veel minder belang vertoonde.

En aldus zal de *actio ad exhibendum* ontvankelijk zijn, van zodra de feitenrechter zal geoordeeld hebben dat de gevraagde briefwisseling als niet vertrouwelijk moet aangezien worden (1).

Indien een vertrouwelijk schrijven dus vrijwillig mag voorgelegd worden, kan het gebeuren dat men hiertoe niet gedwongen mag worden door een vordering tot overlegging (2).

Deze vordering blijft evenwel in principe toelaatbaar (3); de feitenrechter zal nochtans in elk afzonderlijk geval nagaan, op grond van de boven aangegeven principes (zie nr. 260), of de gevraagde overlegging moet geweigerd worden wegens het vertrouwelijke karakter van de bedoelde briefwisseling.

Door vergelijkende waardering van de wederzijdse belangen, die op het spel staan, zal de rechtbank een beslissing weten te treffen (4).

Indien men aanneemt dat de partijen zich mogen verzetten tegen de vordering tot overlegging wegens de hogere belangen die op het spel zouden staan, dan is het duidelijk dat deze vergelijkende belangenwaardering slechts door de rechtbank zelf kan geschieden; daarom zal het bewuste stuk eerst door de rechters, vergaderd in raadkamer, onderzocht worden. Zijn zij van oordeel dat het stuk mag overgelegd worden, dan zullen zij hiertoe de nodige bevelen geven (vgl. artikel 1036 Rv.); zoniet zal het stuk aan de bezitter teruggeven worden (5).

(1) Het is immers een feitelijke kwestie, zoals boven, nr. 278 en 279, gezegd werd.
(2) De Page et Dekkers, V, nr. 1131, bl. 981.
(3) Luik, 31 januari 1956, *R.C.J.B.*, 1959, 141, met noot R. Dekkers.
(4) Zie bv. Brussel, 9 juni 1873, *B.J.*, 1873, 859; — Rb. Brussel, 12 juli 1955, *R.W.*, 1955-56, 1384.
(5) Dekkers, R., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1959, 154-155.

3 §. Aanverwante gevallen.

283. — Boven (zie nr. 272) werd er terloops gewezen op het feit dat sommige hogere belangen *mutatis mutandis* op dezelfde wijze als het briefgeheim in botsing kunnen komen met het recht op bewijs. Ook hier zullen de principes in grote trekken dezelfde zijn. Zonder hierover uit te weiden, kunnen toch nog enkele specifieke gevallen aangehaald worden.

Hij die tot g e h e i m h o u d i n g verplicht is mag zelf uitmaken, wanneer hij als getuige opgeroepen wordt, of hij al dan niet zekere verklaringen zal afleggen. De rechtbank is evenwel verplicht na te gaan of het beroep van de getuige zijn weigering om een verklaring af te leggen, rechtvaardigt, en of de feiten te zijner kennis kwamen ter gelegenheid van de uitoefening van zijn beroep (1).

De getuige dient dus af te wegen wat in het gegeven geval zwaarder weegt : het belang van de maatschappij en het belang van het individu betrokken bij zijn zwijgen of het belang van de maatschappij betrokken bij zijn spreken. Pitlo (2) voegt eraan toe dat door de verdieping van het sociaal besef in de laatste jaren, meer en meer wordt ingezien dat de geheimhoudingsplicht in het belang van het algemeen wordt opgelegd en dat dus, onder gegeven omstandigheden, het algemeen belang bij het spreken betrokken zwaarder kan wegen dan dat bij het zwijgen betrokken (3).

Het beroepsgeheim kan natuurlijk ook betrokken zijn bij de overlegging van brieven en aldus soms een hinder zijn voor de mededeling ervan (4).

284. — Wanneer men om zijn beweringen te staven, door de rechtbank zodanige maatregelen zou moeten doen bevelen dat hierdoor de p h y s i s c h e i n t e g r i t e i t e n p e r s o o n l i j k e o n s c h e n d b a a r h e i d van een partij wordt aangetast, zal het recht op bewijs zeer dikwijls beperkt worden; wat afgewogen moet worden

(1) Advies Advocaat-Generaal Mélot vóór Verbr., 22 maart 1888, *Pas.*, 1888, I, 129; — Rb. Antwerpen, 22 januari 1944, *Pas.*, 1945, III, 65; — Verbr., 23 juni 1958, *Pas.*, 1958, I, 1180.
(2) *o.c.*, bl. 91.
(3) Verschillende auteurs hebben zich uitgesproken ten voordele van een versoepeling van de geheimhouding; zij vragen dat de onderscheidene belangen zouden afgewogen worden : Legeais, R., *o.c.*, bl. 156 e.v.; — Colombini, A., noot onder Aix, 12 maart 1948, *J.C.P.*, 1948, II, 4288; — Reboul, M., *Des cas limites du secret professionnel médical, J.C.P.*, 1950, I, 825; — zie ook : Verbr., 23 juni 1958, *J.T.*, 1958, 597, met andersluidende noot van L. Carlier; — vgl. nochtans Cass. fr., 29 maart 1927, *D.P.*, 1927, 1, 185, met noot L. Mazeaud.
(4) Verbr., 27 februari 1913, *Pas.*, 1913, I, 123; — Cass. fr., 29 maart 1927, *D.P.*, 1927, 1, 185; — zie boven, nr. 272.

is « d'une part l'importance du droit dont le plaideur entend établir les éléments, d'autre part la gravité de l'atteinte à la personne qu'implique en l'espèce sa demande de preuve » (1).

Zo wordt algemeen aanvaard dat de narco-analyse zozeer in strijd is met de menselijke vrijheid dat zij nooit zou mogen toegepast worden (2).

Doch ook het bloedonderzoek stelt een gelijkaardig probleem (3). Hierbij heeft men gemeend het *noli me tangere* te moeten inroepen (4); de rechtbanken, die zich evenwel in geschillen van natuurlijke afstamming hebben uitgesproken ten voordele van het bloedonderzoek, hebben niet geaarzeld de goedaardigheid van een dergelijk lichamelijk onderzoek te vergelijken met de familiale, sociale en materiële belangen die aan het bewijs van de afstamming verbonden zijn en bovenal met het grote belang van de taak van het gerecht, die erin bestaat de waarheid te ontdekken : « L'ordre public commande que soit découverte la vérité, fin suprême de la justice, fût-ce au prix d'une atteinte (légère) à la liberté individuelle » (5).

Trouwens in andere gevallen wordt soms zonder veel tegenkanting een lichamelijk onderzoek bevolen, zoals bv. in geval van nietigheid van het huwelijk wegens niet-voltrekking van de huwelijksdaad (6), in geval van een eis tot echtscheiding wegens venerische besmetting

(1) R.V., *Preuve et atteintes à la personne, J.C.P.,* 1949, I, 758, nr. 6.
(2) Steghers, F., *De narco-analyse, R.W.,* 1950-51, 689 e.v., met uitvoerige bibliografie.
(3) Zie desbetreffend o.m. : Nerson, R., *Les droits extrapatrimoniaux,* Proefschr., Grenoble, 1939, bl. 78 e.v.; — Savatier, R., *Recherche des groupes sanguins et preuve de la filiation, Cahiers Laënnec,* 1949, bl. 15 e.v.; — Barbier, P., *L'examen du sang et le rôle du juge dans les procès relatifs à la filiation, Rev. trim. dr. civ.,* 1949, 345 e.v.
(4) Carbonnier, J., noot onder Rb. Lille, 18 maart 1947, *D.,* 1947, *J.,* 511; — vgl. met de kritiek op het bloedonderzoek door H. Rousseau in noot onder Rb. Nice, 18 november 1937, *S.,* 1939, 2, 16.
(5) Nerson, R., *Les progrès scientifiques et l'évolution du droit familial,* in *Mélanges Ripert,* I, bl. 429; — zie de rechtspraak die het bloedonderzoek toelaat en o.m. : Luik, 24 juni 1948, *Pas.,* 1948, II, 95; — Brussel, 31 maart en 19 mei 1944, onuitg., vermeld door Ch. Van Reepinghen in noot onder Cass. fr., 25 juli 1949, *J.T.,* 1949, 445; — Gent, 19 oktober 1949, *R.W.,* 1949-50, 582; — Cass. fr., 25 juli 1949, *D.,* 1949, *J.,* 585, met noot J. Carbonnier; — Cass. fr., 17 juni 1953, *J.C.P.,* 1953,II, 7822, met noot J. Savatier (de feitenrechter beoordeelt soeverein de toelaatbaarheid); — H.R., 12 juni 1953, *N.J.,* 1954, 61, met noot D.J.V.
(6) Zie bv. Rb. Brussel, 11 april 1896, *Pas.,* 1896, III, 253 : de rechtbank erkent impliciet de mogelijkheid om door een geneeskundig onderzoek het bewijs van de niet-voltrekking van de huwelijksdaad te leveren; — zie ook Cass. fr., 17 februari 1913, *S.,* 1913, 1, 260.

van de echtgenoot (1), in geval van dronkenschap achter het stuur (2),...

AFDELING V. ALGEMEEN BESLUIT

285. — Uit het voorgaande kan opgemaakt worden dat het recht op bewijs een zodanig belang heeft gekregen, dat het slechts uitzonderlijk kan lamgelegd worden. Dit alles ligt in de lijn van de huidige opvattingen over het proces, dat minder individualistisch wordt gezien : het streven naar de materiële waarheid is de voornaamste opdracht van elke rechter.

Daarenboven blijkt eveneens hoezeer de bewijslast geen procesrechtelijke regeling is, maar een werkelijke materieelrechtelijke leidraad voor de rechtbank, die pas dan zal uitspreken ten nadele van de partij die de bewijslast draagt, wanneer er ondanks alle door beide partijen aangebrachte bewijzen, toch nog twijfel bestaat.

(1) Vgl. bv. Rb. Kortrijk, 10 april 1952, *R.W.,* 1952-53, 1653, met artikel Storme, M., *Vrijheid tot huwen, prenuptiaal onderzoek en de algemene verklaring van de rechten van de mens, R.W.,* 1952-53, 1625 e.v. De vader van een jongen die in het huwelijk wou treden, had zich bij de rechtbank voorzien na eerbiedige akte van zijn zoon, daar hij van oordeel was dat deze laatste om gezondheidsredenen niet mocht huwen; de rechtbank duidde een deskundige aan die moest onderzoeken of verweerder niet aangetast was door een of andere kwaal.
(2) Wet van 15 april 1958, met een nadere reglementering door K.B. van 10 juni 1959.

TITEL IV.

DE TAAK VAN DE RECHTER TEN AANZIEN VAN DE BEWIJSVOERING IN HET PRIVAATRECHTELIJK GESCHIL

286. — Het staat vast dat de beoordeling van de taak van de rechter (1) van zeer groot belang is bij de behandeling van de bewijslast, reden waarom vele — vnl. Franse — auteurs als vertrekpunt voor deze studie de zgn. lijdelijkheid van de rechter nemen (2).

Historisch gezien heeft het Canoniek recht ter kering van misbruiken de vrijheid van de rechter willen beperken en aldus, samen met het invoeren van de wettelijke regelen der bewijsprincipes, de lijdelijkheid van de rechter vooropgesteld. Dat hierdoor het belang van de bewijslast aanzienlijk verscherpt wordt, is duidelijk vermits de bewijslevering aldus volledig bij de gedingvoerende partij berust.

Dienvolgens mocht zo weinig mogelijk overgelaten worden aan de persoonlijke overtuiging van de rechter : overal moest hij onder het toezicht van de objectieve rechtsregel worden gesteld. Men vreesde dat de beoordeling volgens persoonlijke ervaring al te willekeurig zou kunnen zijn (zie ook boven, nr. 75).

Kenschetsend is het feit dat Portalis in de rechter hoofdzakelijk een *arbitre éclairé et impartial* (3) zag, hetgeen volledig overeenstemde met de toenmalige mening over de rechterlijke functie.

Deze zienswijze heeft er toe geleid dat men veel meer aandacht schonk aan de formele waarheid en dat, waar men de neutraliteit van de rechter wilde bevestigen, veeleer de lijdelijkheid of passiviteit als beginsel werd vooropgesteld (4).

In werkelijkheid is er, ondanks de invloed van het Canoniek recht, geen enkel wetsartikel dat de rechter een onthoudingsplicht oplegt; veeleer moet aangenomen worden dat vele auteurs op de lijdelijkheid van de rechter een nadruk hebben gelegd, die niet door de wetgever

---

(1) Over de taak van de rechter in het algemeen, zie o.m. : Demogue, R., *Les notions fondamentales du droit privé,* bl. 519 e.v.; — Dumon, F., *De tegenwoordige opdracht van de rechter, R.W.,* 1951-52, 1105 e.v.; — Uytterhoeven, H., *Richterliche Rechtsfindung und Rechtsvergleichung,* Bern, 1959; — Fabreguettes, M.P., *La logique judiciaire et l'art de juger,* 2de uitg., Paris, 1926; — Warlomont, R., *Le magistrat. Son statut et sa fonction,* Brussel, 1949; — Gorphe, F., *Les décisions de justice, Etude psychologique et judiciaire,* Paris, 1952; — Meier-Hayoz, A., *Der Richter als Gesetzgeber,* Zürich, 1951; — De Page, H., *A propos du gouvernement des juges. L'équité en face du droit,* Paris-Brussel, 1931.

(2) Zie bv. Planiol et Ripert, VII², nr. 1416, bl. 839; — Beudant, IX², nr. 1151, bl. 218.

(3) Locré, I, bl. 158.

(4) Zie als voorbeeld van dergelijke begripsverwarring : Dabin, J., *La technique de l'élaboration du droit positif,* bl. 79, waar deze auteur *passivité* en *neutralité* op dezelfde voet plaatst. Dezelfde begripsverwarring bij De Page (III, nr. 716, bl. 685) en Dekkers (II, nr. 627, bl. 361); — zie ook Thomas, A., *La passivité du juge civil, Justice libre,* 1949, nr. 30, I; — Anders en te recht : Marty, G. et Raynaud, P., I, nr. 212, bl. 344; — Ronse, J., *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad,* nr. 164, bl. 134 e.v.

uitdrukkelijk was bedoeld, doch hoofdzakelijk verklaarbaar is op grond van door formalistische sleur ingeslopen tradities (1).

Uit het hiernavolgend onderzoek zal blijken dat — zelfs in de klassieke theorie — het principe van de lijdelijkheid niet met de werkelijkheid overeenstemt.

(1) Haardt, W.L., *De beginselen van het burgerlijk bewijs,* in *Handelingen van de Nederlandse Juristen-Vereniging,* 1951, I, bl. 56.

HOOFDSTUK I.

DE KLASSIEKE OPVATTING

287. — Uitgaande van deze zgn. lijdelijkheid van de rechter, heeft de traditionele leer de taak van de rechter samengevat in enkele positieve stelregelen, die meestal afgeleid worden uit de bestaande wetteksten; daarnaast werd als principe vastgesteld dat al wat niet uitdrukkelijk toegelaten was, aan de rechter moest worden verboden.

Onder die positieve stelregelen kan men er voornamelijk drie vermelden, die als fundamenteel aangezien worden.

In de eerste plaats wordt algemeen aanvaard dat de rechter toezicht moet houden op de te bewijzen feiten en op de regelmatigheid van het bewijs.

Verder mag de rechter de gevolgtrekkingen die moeten en kunnen afgeleid worden uit de geleverde bewijzen, zelf interpreteren en bepalen.

Tenslotte kan de rechter zelfs ambtshalve onderzoeksmaatregelen bevelen.

288. — De rechter houdt eerst en vooral toezicht op de regelmatigheid van het bewijs en op de te bewijzen feiten.

Dit principe houdt voornamelijk verband met de wettelijkheid van de bewijsregeling, waarvan de partijen in beginsel niet mogen afwijken (1) en waarvan de rechter de toepassing moet waarborgen.

Doordat de rechter toezicht uitoefent op de regelmatigheid van de bewijslevering, wordt een beperking gesteld aan de vrijheid van de partijen inzake bewijsvoering. Wanneer de wet — soms zelfs zeer uitvoerig — de reglementering van de bewijsmiddelen heeft vastgesteld, dan was het om de doelmatigheid ervan te bewerkstelligen en de rechten der partijen te vrijwaren. De partijen mogen er dus niet

(1) Zie nochtans de overeenkomsten van de partijen ter zake : boven, nr. 56 e.v.

naar willekeur van afwijken (1) en de rechter zal hieraan de hand moeten houden.

Zo zou een getuigenverhoor niet kunnen bevolen worden in strijd met de bepalingen van artikel 1341 van het burgerlijk wetboek.

Om dezelfde redenen kan de rechtbank toezicht houden op de uitvoering van een deskundig onderzoek en o.m. nagaan of het wel tegensprekelijk is geschied (2) en of de deskundige zijn opdracht niet is te buiten gegaan (3).

Zo is de rechter ook niet verplicht te doen overgaan tot onderzoeksmaatregelen die door één der partijen of door beide gevraagd worden. Het kan immers gebeuren dat hij reeds overtuigd is van het bewezen zijn van de door de partijen aangehaalde feiten; een onderzoeksmaatregel zou dan eerder nutteloos blijken.

De partijen hebben niet het minste recht in dit verband te doen gelden : zij kunnen alsdan, zelfs in de gevallen waarin de wet de mogelijkheid voorziet, de rechter niet verplichten over te gaan tot het bevelen van een persoonlijke verschijning der partijen (4), van een deskundig onderzoek (5), van een getuigenverhoor (6), van een eedaflegging (7), van een verhoor op feiten en vraagpunten (8), of van een bloedonderzoek (9).

Het is tenslotte aan de rechter dat de taak wordt toebedeeld om na te gaan of de feiten, waarvan door de partijen het bewijs wordt aangeboden, afdoend, ter zake dienend en toelaatbaar zijn (art. 253 en 254 Rv.) (10).

(1) Zie nochtans voorgaande voetnota.

(2) Verbr., 3 februari 1910, *Pas.*, 1910, I, 91; — Cass. fr., 29 november 1932, *S.*, 1933, 1, 70.

(3) De deskundige zou bv. geen bevoegdheid hebben om getuigen te horen : Cass. fr., 5 juni 1947, *D.*, 1947, *J.*, 406; — zie desbetreffend : Cloquet, A., A.P.R., Tw. *Deskundig onderzoek in burgerlijke zaken en in zaken van koophandel,* nr. 776 e.v.

(4) Cass. fr., 13 februari 1923, *D.P.*, 1923, 1, 192.

(5) Verbr., 16 oktober 1941, *Pas.*, 1941, I, 375; — Verbr., 13 mei 1943, *Pas.*, 1943, I, 174; — Verbr., 12 december 1957, *Pas.*, 1958, I, 392. Tenzij de wet zelf een deskundig onderzoek zou verplichtend gesteld hebben (zie bv. artikelen 126, 466, 1519 en 1678 B.W.) : Cloquet, A., *o.c.*, nr. 64 e.v.; — Cass. fr., 14 april 1908, *D.P.*, 1908, 1, 392; — Cass. fr., 24 maart 1950, *D.*, 1950, *J.*, 398.

(6) Verbr., 26 april 1849, *Pas.*, 1849, I, 389; — Verbr., 28 juni 1938, *Pas.*, 1938, I, 232; — Verbr., 26 oktober 1956, *Pas.*, 1957, I, 195 (impliciet); — Cass. fr., 29 december 1909, *D.P.*, 1911, 1, 315; — Cass. fr., 5 maart 1929, *D.H.*, 1929, 250; — Cass. fr., 22 april 1940, *D.H.*, 1940, 129.

(7) Hrb. Gent, 25 juni 1906, *Jur. Comm. Fl.*, 1907, nr. 3231; — Cass. fr., 16 juli 1900, *D.P.*, 1900, 1, 462.

De feitenrechter beoordeelt immers het nut (de wenselijkheid) van de gedingbeslissende eed (Verbr., 23 november 1876, *Pas.*, 1877, I, 26; — Verbr., 14 januari 1892, *Pas.*, 1892, I, 76; — Luik, 4 december 1923, *Jur. Liège,* 1924, 17; — Hrb. Brussel, 14 december 1937, *Jur. Comm. Brux.*, 1939, 51; — Hrb. Brussel, 27 januari 1939, *Jur. Comm. Brux.*, 1945, 274; — Brussel, 17 juni 1959, *Pas.*, 1961, II, 51; — Cass. fr., 18 oktober 1909, *D.P.*, 1910, 1, 207; — H.R., 20 december 1915, *N.J.*, 1916, 420), alsmede de toelaatbaarheid ervan (Verbr., 15 maart 1945, *Pas.*, 1945, I, 134; — Cass. fr., 6 juli 1926, *S.*, 1927, 1, 120; — zie nochtans Aubry et Rau, XII, § 753, voetnoten 32 en 34, bl. 147-148).

(8) Rb. Gent, 19 oktober 1954, *R.W.*, 1954-55, 1015; — Hrb. Brussel, 30 mei 1961, *Jur. comm. Brux.*, 1961, 176; — Rb. Brussel, 7 maart 1962, *J.T.*, 1962, 279.

(9) Cass. fr., 17 juni 1953, *J.C.P.*, 1953, II, 7822, met noot J. Savatier.

(10) Verbr., 4 oktober 1945, *Pas.*, 1945, I, 233; — zie ook in verband met de gedingbeslissende eed : Gent, 22 december 1955, *R.W.*, 1956-57, 1507; — zie over deze begrippen : boven, nr. 222 e.v.

Hier bemerkt men dus dat de rechten van de partijen tot hun juiste verhoudingen worden teruggebracht : « Les parties disposent de leurs droits, non des faits et des preuves » (1).

289. — Dat de rechter persoonlijk mag overgaan tot de interpretatie van de gedane bewijslevering, lijdt geen twijfel, wanneer men weet dat — behoudens in geval van wettelijk bewijs, waarvan de wetgever zelf de bewijskracht heeft bepaald — hij zijn recht van vrije bewijswaardering behoudt en oordeelt volgens zijn inwendige overtuiging *(intime conviction)* (2).

De bewijswaardering door de rechter heeft een belangrijke invloed, ook op de betekenis van de bewijslast der partijen (3). De bewijswaardering beduidt immers de wijze waarop de rechter waarde mag en moet toekennen aan de door de partijen gedane bewijslevering; de rechter waardeert of het bewijs al dan niet werd geleverd.

Hoofdzakelijk kan men ter zake twee opvattingen onderscheiden : de vrije bewijstheorie en de theorie van het verplicht of gebonden bewijs.

Volgens de vrije bewijstheorie wordt het oordeel over het al dan niet geleverd zijn van het bewijs of beter over het al dan niet vaststaan van de te bewijzen feiten, geheel aan het vrije inzicht van de rechter overgelaten (4). Deze theorie heeft het grote voordeel dat zij open oog heeft voor de werkelijkheid; een bewijs wordt immers slechts als geleverd beschouwd, zodra de rechter in gemoede overtuigd is van de waarheid der te bewijzen feiten (5).

De theorie van het gebonden of verplicht bewijs houdt voor dat de wetgever aan de rechter richtlijnen moet verstrekken omtrent de waarde van de door de partijen aangebrachte bewijzen. Onder bepaalde omstandigheden zal het hem verboden of geboden zijn het bewijs al dan niet als geleverd te beschouwen.

Het grote argument ten voordele van deze theorie is dat de partijen moeten weten, bij het aangaan hunner transacties, dat zij tijdens een eventueel proces in hun bewijs zullen slagen en niet uitsluitend van het subjectieve inzicht van de rechter zullen afhankelijk zijn (6); zo is het systeem van de vooraf gemaakte

(1) Glasson, Tissier et Morel, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile,* II, nr. 593, bl. 658.

(2) Gorphe, F., *L'appréciation des preuves en justice,* bl. 145, spreekt van *critique judiciaire des preuves.*

(3) Zie hierover vnl. verder bij de bespreking van de ervaringsregelen : nr. 313 e.v.; — zie ook boven, nr. 139 e.v.

(4) Rosenberg, L., *o.c.*, § 14, bl. 179.

(5) Zie Suyling, J.Ph., *o.c.*, nr. 393, bl. 125 : de rechter oordeelt of het bewijs geleverd is *naar de inspraak van zijn geweten.*

(6) Scheltema, F.G., *o.c.*, bl. 100.

bewijzen noodzakelijk om, met het oog op een mogelijk proces, over een bewijsmiddel te beschikken dat in geval van ontkenning, het bewijs van het ontkende recht volstrekt waarborgt (1). Soms was de theorie van het gebonden bewijs ook ingegeven uit wantrouwen voor de rechter (2).

Bij een onderzoek naar het Belgische burgerlijke bewijsrecht blijkt dat beide opvattingen daarin zijn verwerkt. In het algemeen bemerkt men nochtans dat geleidelijk meer de nadruk wordt gelegd op de *vrije* bewijswaardering (3).

290. — Als regel mag worden vooropgesteld dat de rechter vrij is in het waarderen van de feiten waaraan de wet niet een bepaalde bewijzende betekenis toekent (4).

Het is trouwens zeer moeilijk, zoniet onmogelijk, de bewijsrechtelijke betekenis van bepaalde feiten *in abstracto* vast te stellen, zonder rekening te houden met hun onderling verband : vermits alleen de rechter dit verband *in concreto* kan kennen, en dit verband telkens zeer verschillend zal zijn, moet het in beginsel aan de rechter overgelaten worden vast te stellen welke feiten bewijzende betekenis hebben en welke bepaalde betekenis zij in het betrokken verband hebben (5).

Er zijn natuurlijk uitzonderingen op dit principe — reden waarom men van een gemengd stelsel zou kunnen spreken —, vermits verschillende wettelijke bepalingen de rechter verplichten aan enkele bewijsmiddelen wèl een bepaalde waarde toe te kennen, onverschillig of hij van die waarde al dan niet innerlijk overtuigd is. De wet doet dit o.m. in de artikelen 1319 en 1322 (authentieke en onderhandse akten), 1352 (wettelijke vermoedens),

(1) Suyling, J.Ph., *o.c.*, nr. 399, bl. 129 e.v.
(2) Zie boven, nr. 286; — vgl. Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 49-50.
(3) Zie : Van Dievoet, E., *Het burgerlijk recht in België en Nederland van 1800 tot 1940. De rechtsbronnen*, Antwerpen, 1943, bl. 374 e.v.; — vgl. o.m. Star Busmann, C.W., *Het burgerlijk wetboek en het burgerlijk proces (bewijs)*, in *Gedenkboek burgerlijk wetboek*, 1838-1938, bl. 611 e.v.
(4) Vgl. artikel 236 van het Nederlands ontwerp Gratama van 1920 : « De waardering van de kracht van elk gebezigd bewijsmiddel is aan de rechter overgelaten, behoudens de gevallen, waarin de wet aan bepaalde bewijsmiddelen een bijzondere bewijskracht verbindt »; — voor de bespreking van dit ontwerp, zie o.m. Meilink, J.G., *o.c.*, in *Handelingen der Nederlandse Juristen Vereniging*, 1924, I, bl. 11 e.v. Laatstgenoemde auteur gaat misschien te ver wanneer hij voorhoudt dat een volledig vrije bewijstheorie de rechtszekerheid in het geheel niet in gevaar kan brengen, omdat alle rechters logischerwijze de feiten in gelijke zin zullen waarderen *(o.c.*, bl. 13). In aansluiting hiermede kan ook artikel 179 van het nieuwe Nederlandse wetsontwerp in zake bewijsrecht aangehaald worden : « De waardering van het bewijs is, voorzover de wet niet anders bepaalt, aan het oordeel des rechters overgelaten »; — zie ook : artikel 40 van de Zwitserse wet d.d. 4 december 1947 op de federale procedure.
(5) Eggens, J., *De beginselen van het burgerlijk bewijs*, in *Handelingen der Nederlandse Juristenvereniging*, 1951, I, bl. 53.

1356 (gerechtelijke bekentenis) en 1361 (gedingbeslissende eed) (1) van het burgerlijk wetboek. Andersom zijn er bepalingen die een verbod inhouden voor de rechter, zoals bv. artikel 1331 van het burgerlijk wetboek over de registers en huiselijke papieren.

De vrijheid van bewijsvoering in het handelsrecht blijkt o.m. uit de artikelen 1341, 2de lid, van het burgerlijk wetboek en 25 van de wet van 15 december 1872. De feitenrechter zal in dergelijke geschillen vrijelijk en soeverein het getuigenbewijs kunnen toelaten (2). Nochtans is er een duidelijke strekking merkbaar om ook in handelsgeschillen het getuigenbewijs af te wijzen in belangrijke aangelegenheden waarvoor men de gewoonte heeft een geschrift op te stellen (3). Dit bevestigt eens te meer de toenadering van burgerlijk en handelsrecht ook op het domein van het bewijs, gezien de versoepeling enerzijds en de verstrakking anderzijds van de regelen ter zake (4).

291. — Binnen die perken beoordeelt de rechter vrij de waarde van de voorgebrachte bewijzen. Zo moet hij in de gevallen waarin het getuigenbewijs toegelaten is, geenszins rekening houden met het aantal getuigen van de ene partij vergeleken met dat van de tegenpartij (5) : hij mag zelfs zijn overtuiging grondvesten op de verklaring van één getuige, zonder te moeten motiveren, waarom hij deze getuigenverklaring verkozen heeft boven een andere (6). Het adagium *testis unus, testis nullus* is in het stelsel van het burgerlijk wetboek van geen toepassing meer (7).

(1) De vraag of de wettelijke vermoedens, de gerechtelijke bekentenis en de gedingbeslissende eed als bewijsmiddelen mogen aangezien worden, blijft hier buiten beschouwing. Voor de vermoedens, zie verder, nr. 353 e.v.
(2) Gent, 27 oktober 1923, *P.P.*, 1923, bl. 307; — Brussel, 28 januari 1958, *P.A.*, 1958, 121.
(3) Gent, 23 juni 1911, *Jur. Comm. Fl.*, 1912, bl. 115; — Brussel, 25 juli 1917, *Pas.*, 1917, II, 335; — Luik, 25 juni 1937, *Pas.*, 1938, II, 78; — Hrb. Oostende, 2 oktober 1957, *R.W.*, 1957-58, 1111; — Gent, 20 juni 1959, *R.W.*, 1959-60, 692.
(4) Frédericq, S., *De eenmaking van het burgerlijk recht en het handelsrecht*, nr. 98 e.v., bl. 124 e.v.; — zie ook boven, nr. 76.
(5) Guldener, M., *o.c.*, bl. 15. De rechter is immers soeverein bij de beoordeling van de waarde der getuigenissen : Verbr., 11 februari 1937, *Pas.*, 1937, I, 50; — Verbr., 6 augustus 1941, *Pas.*, 1941, I, 316; — Verbr., 12 oktober 1944, *Pas.*, 1945, I, 10; — Verbr., 11 februari 1955, *Pas.*, 1955, I, 628. Dit kan nochtans delicate problemen stellen, vermits de rechter de zin der getuigenis niet mag vervormen : vgl. met de interpretatie der contracten : De Page, II, nr. 566, B en C, bl. 527 e.v.
(6) Cass. fr., 2 januari 1940, *D.H.*, 1940, 89.
(7) Solus, H., *Rôle du juge dans l'administration de la preuve*, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, 1949, bl. 130; — De Page, III, nr. 708, bl. 668; — Anders : art. 1942 Ned. B.W., volgens hetwelk de verklaring van één enkele getuige, zonder enig ander middel van bewijs, geen geloof in rechten verdient. De werkingssfeer van dit artikel is evenwel door rechtsleer en rechtspraak feitelijk tot bescheiden omvang teruggevoerd : Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 251 e.v.; — Houwing, Ph., noot onder H.R., 26 november 1948, *N.J.*, 1949, 97.
Men moet ook aannemen dat, waar in elke getuigenverklaring oordeelsvorming begrepen is, aan de oordeelsvrijheid van de getuige een grens moet komen : de grens ligt daar waar de rechter zich krachtens zijn eigen bevoegdheid zijn eigen oordeel moet voorbehouden, en zijn eigen levenswijsheid laat beslissen (Gerbrandy, S., *o.c.*, bl. 22 e.v.).

Meer nog, de wetgever zelf heeft in artikel 1353 van het burgerlijk wetboek uitdrukkelijk bepaald dat, waar het bewijs door vermoedens toegelaten is, de rechter zelf de voorgebrachte vermoedens mag beoordelen; dat dit oordeel soeverein is werd door de rechtspraak bevestigd (1). En hoewel de wettekst spreekt van verschillende vermoedens, wordt aanvaard dat één enkel vermoeden kan volstaan (2).

De rechter spreekt bovendien uit in volle vrijheid, zonder zelfs gebonden te zijn door de onderzoeksmaatregelen die hij zelf bevolen heeft. Zo zal hij in het geheel niet verplicht zijn het advies van de door hem aangestelde deskundige in te volgen, wanneer dit niet zou stroken met zijn persoonlijke overtuiging (art. 323 Rv.) (3) : een tussenvonnis bindt de rechter niet (4). Zo ook is de rechter totaal vrij bij de beoordeling van de bewijswaarde van de afgelegde (of niet afgelegde) aanvullende eed (5).

Waar de rechter tenslotte toezicht moet houden op de regelmatigheid van de bewijslevering (zie boven, nr. 279) mag hij zelf geen maatregelen bevelen, waarbij hij dit toezicht aan derden zou opdragen en aldus het wezen zelf van bepaalde bewijsmiddelen zou kunnen wijzigen (6). Trouwens artikel 138 van de wet van 18 juni 1869 op de rechterlijke organisatie verbiedt aan de rechters hun rechtsmacht te delegeren.

In zekere zin kan soms zelfs gewaagd worden van een geanticipeerde bewijswaardering, wanneer de rechter oordeelt dat op een bewijsaanbod niet moet ingegaan worden wegens de ondeugdelijkheid van het bewijs dat men aanbiedt te leveren, omdat het nl. niet ter zake dienend is (1).

(1) Verbr., 3 november 1881, *Pas.*, 1881, I, 395; — Verbr., 2 maart 1899, *Pas.*, 1899, I, 133; — Verbr., 25 juni 1925, *Pas.*, 1925, I, 311; — Verbr., 5 november 1925, *Pas.*, 1926, I, 45; — Verbr., 28 oktober 1942, *Pas.*, 1942, I, 261; — Verbr., 15 september 1960, *Pas.*, 1961, I, 50; — Cass. fr., 19 oktober 1897, *D.P.*, 1897, 1, 572; — Cass. fr., 18 oktober 1933, *D.H.*, 1933, 539.

(2) Laurent, XIX, nr. 636 en 637, bl. 655; — De Page, III, nr. 708, C., bl. 668; — Verbr., 23 april 1914, *Pas.*, 1914, I, 191; — Verbr., 20 februari 1919, *Pas.*, 1919, I, 72; — Verbr., 29 december 1932, *Pas.*, 1932, I, 255.

(3) Zie o.m. Verbr., 29 november 1945, *Pas.*, 1945, I, 281, waarin gezegd wordt dat de rechter zich mag baseren op de vaststellingen van een deskundige, zonder daarom diens besluiten te moeten aanvaarden; — zie ook : Verbr., 11 juni 1953, *J.T.*, 1953, 584; — Verbr., 1 maart 1954, *J.T.*, 1954, 440; — Verbr., 12 oktober 1961, *Pas.*, 1962, I, 171.

(4) Solus, H., *o.c., l.c.;* — Cass. fr., 23 mei 1911, *D.P.*, 1912, 1, 421; — Cass. fr., 19 april 1944, *D.*, 1945, *J.*, 56.

(5) Verbr., 21 april 1904, *Pas.*, 1904, I, 203; — Cass. fr., 1 december 1949, *Gaz. Pal.*, 1950, 1, 39.

(6) Aan de deskundigen mag bv. geen algemene volmacht gegeven worden waardoor de rechter van zijn vrij appreciatievermogen zou afstand doen : Luik, 23 maart 1939, *Jur. Liège*, 1939, 177; — Brussel, 25 juni 1955, *Pas.*, 1955, II, 21; — Brussel, 26 september 1959, *Pas.*, 1961, II, 61; — Cass. fr., 8 april 1935, *D.P.*, 1935, I, 94, met noot P. Mimin; — Cass. fr., 12 juli 1938, *D.H.*, 1938, 529.

292. — Uit het voorgaande blijkt hoezeer de bewijswaardering door de rechter belangrijk is. Men mag weliswaar het belang van de bewijswaardering niet overdrijven, doch het moet toch gezegd dat hierop in België zeer weinig nadruk werd gelegd.

Het is nochtans onmogelijk vaste richtlijnen aan de rechter mee te geven (2), niet alleen omdat het subjectieve inzicht van de rechter moeilijk kan uitgeschakeld worden (3), maar ook omdat de bewijswaardering geschiedt in het licht van de concrete omstandigheden van elke zaak.

De bewijswaardering moet tot resultaat hebben dat de rechter niet meer twijfelt aan de waarheid van hetgeen door één der partijen werd voorgebracht. Dit betekent niet dat hieromtrent zekerheid moet bestaan, hetgeen trouwens zelden mogelijk is; de rechterlijke overtuiging mag op de waarschijnlijkheid gebaseerd zijn, omdat de waarschijnlijkheid subjectief de twijfel uitsluit (4).

Daarenboven moet de rechter niet zodanig overtuigd zijn, dat hij meent dat zijn redenering steeds en in elk geval de juiste zal zijn; het volstaat dat zijn overtuiging in het licht van de omstandigheden van de zaak als de meest normale en betrouwbare voorkomt (5).

Men mag immers niet vergeten dat de partijen *domini litis* zijn, zodat verschillende feiten zeer dikwijls door hen zelfs niet aangevoerd worden. Het oordeel van de rechter zal natuurlijk om deze reden reeds objectief gezien onvolledig of onjuist blijven; dit sluit nochtans niet uit dat de rechter zich een idee van de ware toedracht heeft kunnen vormen op basis van hetgeen door de partijen werd gesteld.

Ook kan de rechter zich soms tevreden stellen met een zwak bewijs, omdat hij bij de bewijswaardering rekening mag houden met de bewijsmoeilijkheden waarvoor de partijen staan.

293. — De taak van een rechter bestaat er dus in de bewijzen te waarderen en in geweten te oordelen of deze volstaan om zijn overtuiging te grondvesten (6).

Dit betekent niet dat de rechter willekeurig mag oordelen : het volstaat immers niet dat hij verklaart dat hij overtuigd is van het

(1) Guldener, M., *o.c.*, bl. 16.

(2) Zie nochtans Can. 1789; — zie ook de artikelen 1943 en volgende Ned. B.W.

(3) Toch mag gezegd worden dat de bewijswaardering ook logisch geconstrueerd wordt, zodat zij in werkelijkheid dikwijls niet zozeer zal verschillen van rechter tot rechter : vgl. de uitlating van Meilink, *o.c.*, bl. 13.

(4) Guldener, M., *o.c.*, bl. 6.

(5) Zie bv. Verbr., 8 september 1960, *J.T.*, 1961, 220.

(6) Vgl. Can. 1869, waarin sprake is van morele overtuiging.

bestaan van zekere feiten, hij moet zijn overtuiging kunnen motiveren.

Bij de bewijswaardering staan hem daarenboven verschillende middelen ter beschikking, waarop verder de aandacht zal gevestigd worden : ervaringsregelen, algemeen-bekende feiten,... (zie verder, nr. 313 e.v. en 325 e.v.).

Tenslotte mag men niet uit het oog verliezen dat, waar het domein van de vrije bewijswaardering ophoudt, de regelen van de bewijslast weer volle geldingskracht bekomen.

Interpretatie van de gedane bewijslevering houdt immers uiteindelijk ook de beoordeling in van het feit of de partijen hun bewijsverplichtingen hebben nageleefd. De rechter zal alsdan de *daad* moeten stellen, d.w.z. uitspraak vellen ten gunste van één der partijen; men vergete immers niet dat de rechter weliswaar de wederzijdse partijbelangen waardeert (zie hierover boven, nr. 260), doch daarom niet bemiddelt (1). Hebben de partijen elk hun feiten gesteld en eventueel bewezen, dan zal de rechter moeten uitspreken ten nadele van de partij, die volgens hem aan haar bewijslast niet heeft voldaan (2).

294. — Een derde bevoegdheid die volgens de traditionele opvattingen aan de rechter wordt toegekend is de mogelijkheid om ambtshalve onderzoeksmaatregelen te bevelen (3).

Alhoewel aan de burgerlijke rechter algemeen het recht wordt ontzegd om tot werkelijke onderzoeksverrichtingen over te gaan, zoals bv. het geval kan zijn in strafzaken en zelfs in administratieve procedures (4), toch blijft het een feit dat hem sommige initiatieven toekomen inzake bewijsvoering. Ook dit betekent een belangrijke tempering aan het principe van de zgn. lijdelijkheid van de rechter.

Zo bepaalt het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering zelf dat de rechtbank ambtshalve een deskundig onderzoek (art. 302 Rv.), een getuigenverhoor (art. 254 Rv.), een plaatsbezoek (art. 295 Rv.) (5), de persoonlijke verschijning der partijen (art. 119 Rv.) (1), de openlegging van handelsboeken (art. 22 wet 15 december 1872) (2), en zelfs de aanvullende eed (art. 1366 B.W.) (3) mag bevelen. De rechter mag ook ambtshalve aan de partijen vragen stellen (art. 428 Rv.), zelfs tijdens een verhoor op feiten en vraagpunten dat nochtans van de partijen uitgaat (art. 333 Rv.); hij kan eveneens derden doen tussenkomen, zelfs in beroep (4). Zoals vroeger werd betoogd (zie boven, nr. 269), mag hij ook ambtshalve de partijen tot de overlegging van stukken verplichten.

Het belang van deze bevoegdheid is vrij groot, vermits men hier toch moeilijk nog kan spreken van passiviteit, waar de rechter vermelde onderzoeksmaatregelen mag treffen, zonder dat de partijen hierom verzochten (5). Aldus kunnen zelfs feiten komen vast te staan waarmede de rechter rekening mag houden, ook al is daarop door de partijen geen beroep gedaan (6).

Daarenboven hebben tal van nieuwe bewijsprocédés het veld van deze onderzoeksverrichtingen nog aanzienlijk vergroot, mede dan zij de vooruitgang van wetenschap en techniek (7). Men denke o.m. aan het bloedonder-

(1) Vgl. de opmerking van Motulsky, H., *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits,* nr. 27, bl. 372, voetnoot 60.

(2) Vgl. Scholten, P., *Algemeen deel,* bl. 179.

(3) Zie desbetreffend : Hébraud, P., et Raynaud, P., *Jurisprudence française en matière de procédure civile,* nr. 9, *Des pouvoirs que le juge peut exercer d'office, Rev. trim. dr. civ.,* 1955, 699; — Julian, P., *L'indispensable accélération de la justice civile,* Paris, 1958, bl. 11 e.v.

(4) Zie Pactet, P., *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative,* nr. 58, bl. 92 e.v.

(5) Zie o.m. : Rb. Luik, 16 januari 1956, *Jur. Liège,* 1955-56, 219. Behoudens natuurlijk in de uitzonderingsgevallen voorzien door bedoeld artikel.

(1) Zelfs in de gevallen waarin het getuigenbewijs niet toegelaten is : Cass. fr., 19 oktober 1925, *D.P.,* 1926, 1, 89, met noot R. Savatier; — zie ook Brussel, 26 november 1930, *Pas.,* 1931, II, 1. Er moet hierbij aangestipt worden dat in Frankrijk de artikelen 324 en volgende van de *Code de procédure civile* (verhoor op feiten en vraagpunten) vervangen werden ingevolge de wet van 23 mei 1942, houdende inrichting van de procedure der persoonlijke verschijning van partijen : deze procedure is volgens Holleaux (Noot onder Paris, 22 februari 1952, *D.,* 1952, *J.,* 401) « un des seuls procédés qui... confèrent légalement (au juge), en procédure civile, des pouvoirs proprement inquisitoires »; — zie ook voor een interessant toepassingsgeval in zaken van koophandel : Luik, 24 november 1960, *R.C.J.B.,* 1961, 45 e.v., met noot E. Gutt.

(2) Voor de vordering tot overlegging, zie boven, nr. 267 e.v.

(3) Er moet evenwel enig ander, doch onvoldoende, bewijs voorradig zijn (art. 1367 B.W.); de rechter beoordeelt vrij de elementen die als begin van bewijs kunnen dienen (Verbr., 5 oktober 1939, *Pas.,* 1939, I, 402). Hij beslist eigenmachtig of hij alsdan de aanvullende eed zal opleggen (Verbr., 5 juni 1919, *Pas.,* 1919, I, 155; — Cass. fr., 27 juli 1920, *S.,* 1921, 1, 167) en aan welke partij (zie verder, nr. 339).

(4) Verbr., 21 april 1910, *Pas.,* 1910, I, 195; — zie ook : *R.P.D.B.,* Tw. *Intervention en matière civile,* nr. 95 e.v.

(5) Solus, H., *o.c.,* bl. 133. Deze auteur wijst trouwens in dit verband op de evolutie in Frankrijk inzake de bevoegdheden van de rechter, belast met het volgen der rechtspleging : volgens het Franse wetsdecreet van 30 oktober 1935 mocht deze rechter enkel onderzoeksmaatregelen treffen, zo de partijen erom verzochten. De Franse wet van 15 juli 1944 heeft dit gewijzigd en bepaald dat hij die maatregelen zelfs ambtshalve zou mogen bevelen : art. 81, 1ste lid, C. pr. civ. Het Franse decreet van 22 december 1958 heeft tenslotte nog aanzienlijk de taak van de rechter uitgebreid : Solus, H., *La réforme de la procédure civile française, J.T.,* 1959, 449 e.v.

(6) H.R., 27 november 1942, *N.J.,* 1943, 35.

(7) Houin, R., *Le progrès de la science et le droit de la preuve, Rev. int. dr. comp.,* 1953, 70 e.v.; — *La preuve et la science,* in *Travaux de l'Association Henri Capitant,* 1952, Montréal, 1956, bl. 495 e.v.; — Carel, *Les modes de preuve au XXe siècle, Gaz. Pal.,* 1957, 1, *Doctr.,* 32 e.v.

zoek (1), dat zelfs ambtshalve zou kunnen bevolen worden (2), en aan de opname op geluidsband, waaruit de feitenrechter sommige gevolgtrekkingen kan afleiden (3).

(1) Zie boven, nr. 284; — zie ook : Tallon-Frouin, J., *De la preuve de la filiation adultérine,* Proefschr., Strasbourg, 1945; — Holleaux, G., *Remarques sur la preuve de la filiation paternelle en droit allemand, suisse et français, Rev. int. dr. comp.,* 1953, 473 e.v.

(2) Aldus Holleaux in een noot onder Cass. fr., 13 januari 1959, *D.,* 1959, *J.,* 45 : zie boven, nr. 156.

(3) Verbr., 24 november 1961, *R.W.,* 1961-62, 1741; — zie ook : Vred. Flexhe-Slins, 28 mei 1958, *Jur. Liège,* 1958-59, 14; — Dijon, 29 juni 1955, *Gaz. Pal.,* 1955, 2, 92; — vgl. Rb. Brussel, 7 mei 1958, *J.T.,* 1958, 364; — *Adde :* Röhl, H., *Tonband-aufnahmen - Zulässigkeit und Grenzen ihrer Anwendung im Rechtsstaat, J.Z.,* 1957, 67 e.v.

HOOFDSTUK II.

DE ZOGENAAMDE LIJDELIJKHEID VAN DE RECHTER

295. — Maar afgezien van deze vrij algemeen aanvaarde principes, tast men enigszins in het duister en beperkt men er zich toe te verklaren dat de rechter buiten de vermelde bevoegdheden volledig lijdelijk is.

Deze lijdelijkheid heeft tot gevolg dat de rechter bij de vorming van zijn overtuiging slechts mag rekening houden met de elementen die door de partijen werden aangebracht : « le juge est une sorte d'automate à qui l'on fournit les matériaux du procès pour retirer ensuite un jugement » (1).

In Duitsland noemde men de Franse rechters *Rechtsprechungsautomate,* terwijl in Frankrijk zelf de uitdrukking van *juge aux mains liées* (2) gebezigd werd.

Hieruit volgt dus dat voor het overige de hele gang van het geding in de handen van de partijen komt te liggen : zij zijn meester van de procedure en moeten hun standpunt contradictoir laten gelden of minstens in de gelegenheid daartoe gesteld worden. Volgens Bartin is daarentegen de lijdelijkheid van de rechter het gevolg van het tegensprekelijk karakter van het geding, en zou, door het feit dat de rechter zelf nieuwe elementen in het geding brengt, de verhouding der partijen volledig kunnen gewijzigd worden ten nadele van een van hen (3).

(1) Tissier, A., *Le centenaire du code de procédure et les projets de réforme, Rev. trim. dr. civ.,* 1906, 648; — vgl. Beudant, IX², nr. 1151, bl. 219; — zie ook : Dumon, F., *De tegenwoordige opdracht van de rechter, R.W.,* 1951-52, 1119.

(2) Zie Désiry, R., *Le rôle du juge dans le déroulement de l'action civile, D.,* 1956, *Chr.,* 145.

(3) Aubry et Rau, XII, § 749, noot 8*ter*, bl. 74-75; — vgl. Beudant, IX², nr. 1151, bl. 219, voetnoot 3, die verklaart dat in werkelijkheid beide principes elkaar niet volledig dekken, omdat partijen wel kunnen afstand doen van het inroepen der lijdelijkheid van de rechter, doch niet van het principe van het contradictoir debat.

296. — Dienvolgens mag de rechter, volgens deze traditionele leer, zijn overtuiging niet baseren op de persoonlijke kennis die hij mocht hebben van de feiten waarover er betwisting ontstaan is (1); zo zou de rechtbank geen rekening mogen houden met inlichtingen die haar vóór de uitspraak ter kennis gebracht worden (2) of die zij zou bekomen hebben buiten de door de wet bepaalde formaliteiten (3).

In dezelfde gedachtengang zou de rechter zijn uitspraak niet mogen afleiden uit elementen van een ander geding, die niet door de partijen tegensprekelijk werden aangevoerd (4). Evenmin zou de rechter de overlegging van stukken, die niet door de partijen werden aangehaald, mogen bevelen (zie hierover : boven, nr. 267 e.v.).

297. — De redenen, waarom aan de rechter in het algemeen elk initiatief wordt ontzegd, zijn te vinden in het tegensprekelijk karakter van het debat, in de wettelijkheid van de bewijsregeling en in de rechten zelf van de partijen.

Het tegensprekelijk karakter van elk geding kan inderdaad beschouwd worden als een der pijlers van het procesrecht : beide partijen moeten gehoord worden en tussenkomen in alle procedures die verband houden met het hangende geschil. Elke partij moet dienvolgens kennis kunnen nemen van alle feitelijke elementen, zodat

(1) De Page, III, nr. 716, bl. 684; — Laurent, XIX, nr. 83, bl. 79-80; — Beudant, IX², nr. 1151, bl. 219; — Aubry et Rau, XII, § 749, bl. 74; — Planiol et Ripert, VII², nr. 1416, bl. 839 e.v.; — Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations,* III, nr. 2056, bl. 416 e.v.; — Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 34; — Nokes, G.D., *An introduction to Evidence,* London, 1952, bl. 47; — Verbr., 8 november 1926, *Pas.,* 1927, I, 85; — Verbr., 3 juli 1941, *Pas.,* 1941, I, 269; — Verbr., 30 oktober 1959, *Pas.,* 1960, I, 251; — Verbr., 23 december 1960, *Pas.,* 1961, I, 456; — Cass. fr., 3 augustus 1887, *S.,* 1887, 1, 320; — Cass. fr., 23 juni 1904, *S.,* 1905, 1, 238; — Cass. fr., 7 maart 1922, *D.P.,* 1925, 1, 120; — Cass. fr., 13 februari 1928, *S.,* 1928, 1, 167; — Cass. fr., 19 oktober 1937, *S.,* 1937, 1, 372; — Cass. fr., 26 maart 1946, *D.,* 1946, *J.,* 254.

(2) Cass. fr., 19 oktober 1937, *Pas.,* 1939, II, 69 (kennis door leden van de Werkrechtersraad van zekere feiten betreffende de syndicale actie in een bedrijf); — Cass. fr., 15 januari 1941, *D.A.,* 1941, 83; — Cass. fr., 26 maart 1946, *S.,* 1946, 1, 254; — Cass. fr., 22 juni 1951, *Rev. ferm.,* 1951, 305 (dit laatste arrest gaat zeker te ver wanneer het verklaart dat de rechtbank de pachtprijs door de deskundigen bepaald niet mag wijzigen, motiverend dat zekere leden van die rechtbank de waarde van de grond kenden en meenden dat de door de deskundigen bepaalde pacht overdreven was; zie hierover verder, nr. 326); — Cass. fr., 9 mei 1952, *D.,* 1953, *J.,* 73, met noot R. Savatier; — H.R., 10 november 1916, *N.J.,* 1916, 1283 (het arrest *a quo* werd verbroken omdat hierin de strekking van een overeenkomst werd vastgesteld aan de hand van brieven en dergelijke, die niet door de partijen in het geding waren gebracht).

(3) Persoonlijk niet-officieel plaatsbezoek : Verbr., 30 januari 1852, *Pas.,* 1852, I, 262; — Verbr., 16 februari 1928, *Pas.,* 1928, I, 77; — Cass. fr., 29 december 1926, *S.,* 1927, 1, 104; — Cass. fr., 6 januari 1950, *D.,* 1950, *J.,* 279. Persoonlijk getuigenverhoor : Cass. fr., 24 april 1907, *Pand. fr.,* 1907, I, 205; — Cass. fr., 22 december 1924, *S.,* 1925, 1, 37; — zie ook : Luik, 30 april 1954, *Pas.,* 1955, II, 99.

(4) Cass. fr., 15 januari 1941, *D.A.,* 1941, 83.

zij ze kan beoordelen, toelichten en eventueel betwisten. Dit tegensprekelijk karakter blijkt duidelijk uit verschillende wetteksten, die o.m. bepalen dat een plaatsbezoek in aanwezigheid der partijen moet geschieden (art. 45 Rv.), dat de gebruikte stukken moeten medegedeeld worden (art. 188 Rv.), dat het tegengetuigenverhoor van rechtswege plaats grijpt (art. 256 Rv.), dat de deskundige beide partijen van zijn onderzoek moet verwittigen (art. 315 Rv.).

Trouwens het hele verloop van een rechtsgeding is hiervan een treffende illustratie; zo moeten ook de bewijzen van de ene partij steeds door de andere gekend zijn (1). Dit is immers een elementaire regel van *fair play.*

Zelfs de verstekprocedure vormt op deze principes geen uitzondering, vermits de partij, die verstek liet gaan, in de gelegenheid geweest is zich te doen horen, maar die gelegenheid verzuimd heeft. Daarenboven heeft die partij het recht om tegen het verstekvonnis in verzet te komen bij de rechter die het gewezen heeft, waarna een nieuwe behandeling van de zaak volgt.

Moest de rechter in bewijsaangelegenheden tussenkomen dan zou volgens de traditionele opvatting afbreuk gedaan worden aan deze tegensprekelijkheid, omdat de partijen alsdan niet kunnen oordelen over de factoren die de beslissing van de rechter hebben beïnvloed en ze dus ook eventueel niet kunnen weerleggen (2).

298. — Ook de wettelijkheid van de bewijsregeling heeft volgens de traditionele opvatting de zgn. lijdelijkheid van de rechter tot gevolg : de wetgever heeft a.h.w. een statuut van het bewijs vastgelegd door de bewijslast op de partijen te leggen en de bewijsprocédés te reglementeren.

Het zijn de partijen die een geding aanhangig maken en die zelf de elementen moeten bewijzen op de door de wet vastgestelde wijze, om hieruit de door de wet voorziene rechtsgevolgen te zien afleiden. De rechter blijft de opperste scheidsrechter en niets meer (3).

In dezelfde gedachtengang zou volgens sommige auteurs artikel 1315 van het burgerlijk wetboek zelf een beperking stellen aan de bewijsappreciatie door de rechter, vermits hij in geval van twijfel

(1) Cass. fr., 10 juli 1939, *D.H.,* 1939, 479.

(2) Laurent, XIX, nr. 84, bl. 79-80; — Gilly, G., *Contribution à l'étude du système actuel des preuves en droit civil,* bl. 19, voetnoot 1; — Verbr., 8 november 1926, *Pas.,* 1927, I, 85; — Cass. fr., 23 juli 1904, *S.,* 1905, 1, 235; — Cass. fr., 12 november 1907, *D.P.,* 1908, 1, 96.

(3) Beudant, IX², nr. 1151, bl. 219; — De Page, III, nr. 709, bl. 670; nr. 716, bl. 684.

moet uitspreken ten nadele van de partij die de nodige bewijzen niet heeft voorgebracht (1). Trouwens wanneer men meende dat de feitenrechter op grond van zijn persoonlijke kennis had geoordeeld, werd dikwijls artikel 1315 van het burgerlijk wetboek als middel van verbreking ingeroepen (2).

299. — Tenslotte zouden ook de subjectieve rechten van de partijen door de tussenkomst van de rechter in het gedrang worden gebracht. De aanspraken der gedingvoerende partijen zijn immers ten zeerste geconditioneerd door de bewijselementen, waarover de partijen beschikken en die de aard en de perken van elke vordering bepalen : « Il résulte de là que si l'on permettait au juge d'introduire, de sa propre autorité, dans le débat, des éléments de preuve qui y seraient jusque là restés étrangers, il pourrait arriver (puisque ces éléments de preuve seraient, par là même, devenus communs aux deux parties), que la prétention de celle des parties à laquelle ces éléments de preuve nouveaux seraient opposés, en fût, par elle, modifiée et transformée, au détriment de l'autre : l'étendue et peut-être l'objet du débat se trouveraient changés en conséquence de l'intervention personnelle du juge, et rien ne serait plus contraire à la nature de sa mission » (3).

300. — Wil men evenwel deze redenen aan een nader onderzoek onderwerpen, dan zal men bemerken dat zij allen de weerslag zijn van belangrijke principes, waaraan geen afbreuk mag gedaan worden, maar waaraan de tussenkomst van de rechter binnen zekere perken ook geen afbreuk zal doen.

De noodzaak om het processueel debat op tegenspraak te voeren, wordt toch niet in het gedrang gebracht wanneer de rechter zelf tot onderzoeksverrichtingen overgaat of dit door anderen (bv. deskundigen) laat geschieden. Waarom zou hij niet alle maatregelen mogen treffen, die hem nodig toeschijnen, ten einde tot de materiële waarheid te komen, op voorwaarde natuurlijk dat de rechten van de verdediging niet geschonden worden en dat zijn tussenkomst niet verdoken weze?

Er mag hier aangestipt worden dat een rechter die een tussenvonnis

(1) Legeais, R., *o.c.*, bl. 100 e.v., waar de auteur spreekt van *l'imputation légale du risque de la preuve.*
(2) Zie aldus o.m. : Verbr., 30 oktober 1959, *Pas.*, 1960, I, 251; — Cass. fr., 19 oktober 1937, *D.H.*, 1937, 584.
(3) Bartin in Aubry et Rau, XII, § 749, noot 8*ter*, bl. 75.

velt, een getuigenverhoor of een persoonlijke verschijning beveelt,..., de mogelijkheid van tegenspraak geenszins vermindert.

301. — Dat de wettelijke regeling van bewijs en bewijslast de rechter tot een volstrekte lijdelijkheid dwingt, is een stelling die geen rekening houdt met tal van feitelijke omstandigheden, die er zeer dikwijls de rechter toe leiden de draagwijdte van die wettelijke regeling enigszins te beperken, zonder daarom de wet te keren.

Voorbeelden liggen voor de hand. Slechts enkele ervan zullen volstaan om aan te tonen dat de vrije bewijswaardering van de rechter gewild werd door de wetgever, juist om de al te strakke bewijsregeling te versoepelen.

Het bewijsrisico is voor de partij, die moest bewijzen en het niet deed. Maar de waardering van het al dan niet geleverde bewijs ligt bij de rechter, die zal moeten nagaan of de beweringen der partijen voldoende gestaafd werden om een waarschijnlijkheid ten hunnen voordele te doen ontstaan (zie boven, nr. 289 e.v.).

Verder werden de bewijsmiddelen strak gereglementeerd en gehiërarchiseerd : men denke aan de artikelen 1341 en volgende van het burgerlijk wetboek, die zeer uitdrukkelijk de voorrang van het schriftelijk bewijs hebben bepaald. Toch lijdt deze regeling uitzondering ingevolge de artikelen 1347 en 1348 van het burgerlijk wetboek, o.m. wanneer er een begin van schriftelijk bewijs bestaat. De appreciatie van dit begin van schriftelijk bewijs wordt aan de rechter overgelaten, die dit op een zeer ruime wijze zal kunnen doen (1). Deze verruimde appreciatie sluit trouwens aan bij de evolutie van de wetgeving in sommige landen : in Nederland werd de beperking van het getuigenbewijs opgeheven; in Italië bestaat zij nog principieel doch kan de rechter, rekening houdend met de aard van de overeenkomst, de hoedanigheid van de partijen en de omstandigheden der zaak, getuigenbewijs toelaten boven het wettelijk bepaalde bedrag (art. 2721, 2de lid, C.c.it.).

Een duidelijke en dagelijkse toepassing van de versoepeling der strakke bewijsregeling vindt men tenslotte in de begroting *ex aequo et bono* van de schadeloosstelling. Inderdaad, indien de omvang van de schade, waarvan het bestaan zeker is, voor geen nauwkeurige begroting vatbaar is, moet de feitenrechter een dergelijke begroting doen (2). Het is duidelijk dat de eiser de nodige aanknopingspunten zal moeten verschaffen ten einde de rechter toe te laten in zijn begroting *ex aequo et bono* de werkelijkheid zo dicht mogelijk te benaderen (3). Doch uiteindelijk zal de feitenrechter zelf alle gegevens nauwkeurig afwegen om deze begroting te kunnen doen : « Constatant la caractère certain d'un dommage causé par une infraction et l'impossibilité de fixer le montant de ce dommage avec une précision mathématique le juge l'évalue légalement *ex aequo et bono,* c'est-à-dire en tenant compte, en conscience, de tous les éléments de nature à exercer une influence sur son cal-

(1) De Page, III, nr. 891 e.v., bl. 876 e.v.
(2) Ronse, J., A.P.R., Tw. *Schade en schadeloosstelling,* nr. 357.
(3) Gent, 2 juni 1949, *R.W.*, 1949-50, 27; — Luik, 10 maart 1952, *Bull. Ass.*, 1952, 449.

cul » (1). Dat hierbij de ervaring een belangrijke rol zal spelen, hoeft wel geen betoog (zie ook verder, nr. 313 e.v.).

302. — De belangrijkste reden van de zgn. lijdelijkheid van de rechter vindt men ongetwijfeld in de opvatting vertolkt door Bartin (2) : wanneer de rechter tussenkomt, dan zouden de aanspraken van de partijen kunnen gewijzigd worden. Het is inderdaad juist dat, wanneer een partij een eis instelt of een aanspraak laat gelden, zij vooraf haar bewijsmogelijkheden heeft gewikt en gewogen en tevens heeft nagegaan over welke verweermiddelen de tegenpartij zou kunnen beschikken (3). Dat deze voorzieningen helemaal anders uitvallen, kan het gevolg zijn van een ingrijpen door de rechter.

Toch kan men zich in verband hiermede zeer te recht de vraag stellen of het niet in het belang van de materiële waarheid en van de rechtvaardigheid is, dat de werkelijke toedracht van de zaak aan het licht zou komen, veeleer dan de toedracht die door één van de partijen gewenst wordt. Daarenboven is het niet gerechtvaardigd dat een partij die haar aanspraak laat gelden, dit enkel kan doen omdat zij zou weten dat de tegenpartij over geen tegenbewijzen beschikt, ofwel omdat zijzelf de stukken, die ten voordele van de tegenpartij zijn, achterhoudt : « le magistrat n'est pas condamné à assister, impuissant, à la victoire d'une cause, qu'il sait mauvaise, uniquement parce que l'une des parties est mal défendue » (4).

Er werd gezegd dat de rechter enkel een *arbitre supérieur* is (5), maar men vergeet hierbij dat de scheidsrechter tussenbeide mag komen wanneer oneerlijke methodes gebruikt worden (6). Voegt men laatstgenoemde opmerking bij hetgeen reeds gezegd werd over het

(1) Noot onder Verbr., 15 mei 1950, *Pas.*, 1950, I, 652; — zie ook : Verbr., 5 september 1957, *Pas.*, 1957, I, 1384; — Verbr., 2 februari 1959, *Pas.*, 1959, I, 564; — Verbr., 20 juni 1960, *Pas.*, 1960, I, 1198; — Verbr., 5 juni 1961,*Pas.*, 1961, I, 1066; — Verbr., 29 juni 1961, *Pas.*, 1961, I, 1197; — Verbr., 6 november 1961, *Pas.*, 1962, I, 276.

(2) Aubry et Rau, XII, § 749, noot 8*ter*, bl. 75.

(3) Zo zou de rechter niet, buiten de partijen om, het verweer van de gedaagde mogen aanvullen : H.R., 22 juni 1928, *N.J.*, 1928, 1486; — H.R., 31 oktober 1946, *N.J.*, 1946, 733. Hij mag daarentegen wel de argumenten der partijen aanvullen, zo voorwerp en oorzaak van de eis ongewijzigd blijven en hij zich hierbij enkel baseert op de door de partijen gestelde feiten : Verbr., 8 november 1957, *Pas.*, 1958, I, 243; — zie ook verder, nr. 307 en 343.

(4) Motulsky, H., *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits*, nr. 33, bl. 376 : deze uitlating wordt evenwel door gemelde auteur gedaan niet als een vaststelling van het bestaande, maar als een wens voor de toekomstige regeling van de taak van de rechter.

(5) Beudant, IX², nr. 1151, bl. 219.

(6) Solus, H., *o.c.*, bl. 146; — vgl. de uitspraak van Pitlo, A., *o.c.*, bl. 7 : « Onze rechter is geen marionet ».

fair play en de medewerking der partijen (zie boven, nr. 193 e.v. en 205 e.v.), dan mag hieruit afgeleid worden dat de rechter de partijen kan verplichten om samen met hem de materiële waarheid op te sporen. In dergelijke omstandigheden kan moeilijk sprake zijn van een inbreuk op de rechten der partijen.

303. — In heel deze aangelegenheid kan men zich toch node ontdoen van de gedachte dat het principe van de lijdelijkheid van de rechter van een zekere schijnheiligheid niet vrij te pleiten is.

Enerzijds wordt het principe van de innerlijke overtuiging van de rechter vooropgesteld (1), terwijl daarentegen verschillende beperkingen worden aangebracht aan zijn volledige handelingsvrijheid.

Dat het geldende rechtssysteem gebaseerd is op het beginsel van de innerlijke overtuiging van de rechter, blijkt niet alleen uit de algemene geest van de rechtspleging maar ook uit verschillende wettelijke bepalingen, die uitdrukkelijk die vrije waardering door de rechter hebben verkondigd. Talrijke voorbeelden zijn hiervan voorhanden (2), doch in het kader van deze uiteenzetting, is vooral de vrije bewijswaardering door de rechter van belang, zoals die door menigvuldige artikelen van het burgerlijk wetboek en van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering werd bepaald.

Omdat deze bewijswaardering zo belangrijk is en niet steeds voldoende werd beklemtoond, weze er nogmaals (zie boven, nr. 289 e.v.) aan herinnerd dat de wetgever zelf dit beginsel heeft vooropgesteld.

Zoals reeds gezegd hebben de artikelen 1347 en 1348 van het burgerlijk wetboek een uitgebreide bevoegdheid gegeven aan de rechter om af te wijken van de strakke regeling voorzien door artikel 1341 : het beoordelen van de aanwezigheid van een begin van schriftelijk bewijs (3) en van de vereiste

(1) Voor dit begrip, zie o.m. : Gorphe, F., *Les décisions de justice*, bl. 113.

(2) Zo bemerkt men dat zelfs buiten het domein der bewijsregeling, in de gevallen waarin de vrijheid van de rechter toch beperkt werd, een ontwikkeling waarneembaar is die geleid heeft tot een ruimere bevoegdheid van de rechter. Waar bv. de oorspronkelijke regeling van de *Code civil* elke vrijheid aan de rechter ontkende om de bedongen geldelijke voordelen te matigen, heeft de Belgische wetgever artikel 1907*ter* (K.B. 18 maart 1935) ingevoerd, waardoor aan de rechter toegelaten wordt om, naar aanleiding van een geldlening, die door de lener bedongen voordelen te verminderen, wanneer zij blijkbaar de normale interest overschrijden. Zie in dezelfde zin § 343 B.G.B. en art. 123, 3de lid, O.R.; — vgl. Rb. Luik, 17 februari 1960 en Hrb. Luik, 30 maart 1957, *Jur. Liège*, 1959-60, 231.

(3) Een verhoor op feiten en vraagpunten kan bv. dienen als een begin van schriftelijk bewijs : Verbr., 14 mei 1926, *Pas.*, 1926, I, 373; — Cass. fr., 16 juli 1918, *D.P.*, 1918, 1, 77. Ook een verklaring ter zitting die speciaal op bevel van de voorzitter werd geakteerd, kan eveneens als een begin van schriftelijk bewijs beschouwd worden : De Page, III, nr. 892, bl. 878; — zie ook in geval van persoonlijke verschijning : Cass. fr., 11 mei 1949, *D.*, 1949, *Somm.*, 29.

waarschijnlijkheid (art. 1347 B.W.) (1), of van de onmogelijkheid om zich een schriftelijk bewijs aan te schaffen (art. 1348 B.W.) is volledig vrij (2). De vrije bewijswaardering door de rechter komt nog sterker tot uiting in de artikelen 1349 en 1353 van het burgerlijk wetboek, waarin bepaald wordt dat de rechter soeverein de bewijskracht van de feiten, die als vermoedens worden ingeroepen, beoordeelt (3). Volgens het wetboek van burgerlijke rechtsvordering beoordeelt de rechter o.m. het afdoende karakter van de feiten waarvoor een getuigenverhoor wordt gevraagd (art. 254 Rv.) en de waarde van een deskundig onderzoek (art. 323 Rv.) (4). Trouwens herhaaldelijk werd door de rechtspraak de vrije bewijswaardering van de rechter beklemtoond (5), hetgeen in werkelijkheid overeenstemt met het principe van de innerlijke overtuiging (6) : uitdrukkelijk werd aan de rechter ontzegd dit appreciatievermogen over te dragen aan een deskundige (7).

Derhalve, indien de rechter moet uitspreken volgens zijn innerlijke overtuiging en zo in werkelijkheid deze overtuiging gevormd werd door bewijsmiddelen die niet werden gebruikt volgens de wettelijke regelen, kan de wet wel bepalen dat de rechter officieel en uitdrukkelijk met deze bewijsmiddelen geen rekening mag houden, maar kan zij niet verhinderen dat de rechter uiteindelijk toch door deze bewijsmiddelen innerlijk beïnvloed wordt (8).

(1) Verbr., 7 januari 1942, *Pas.,* 1942, I, 3.

(2) Verbr., 7 oktober 1895, *Pas.,* 1895, I, 284 (de rechter beoordeelt soeverein of een begin van schriftelijk bewijs het gestelde feit waarschijnlijk maakt); — Rb. Luik, 11 juni 1924, *Jur. Liège,* 1924, 202 (*id.*); — Verbr., 3 juni 1935, *Pas.,* 1935, I, 270 (*id.*); — Cass. fr., 13 maart 1900, *D.P.,* 1900, 1, 263 (*id.*); — Cass. fr., 17 maart 1938, *D.P.,* 1938, 1, 115, met noot P. Mimin; — Verbr., 23 november 1920, *Pas.,* 1921, I, 144 (de opsomming van artikel 1348 B.W. is niet limitatief).

(3) Verbr., 3 november 1881, *Pas.,* 1881, I, 395; — Verbr., 5 november 1925, *Pas.,* 1926, I, 45; — Cass. fr., 19 oktober 1897, *D.P.,* 1897, 1, 572; — zie ook verder, nr. 364 e.v.

(4) Verbr., 10 november 1936, *Pas.,* 1936, I, 414; — Cass. fr., 11 juli 1899, *D.P.,* 1900, 1, 395 : de feitenrechter is niet verplicht de motieven aan te duiden, waarom hij afwijkt van het advies van een deskundige.

(5) Men vergelijke met sommige buitenlandse wetteksten zoals bv. § 286 Z.P.O. : « Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe an zu geben, die für die richterliche Ueberzeugung leitend gewesen sind ».

(6) Verbr., 16 december 1943, *Pas.,* 1944, I, 177 : de rechter beoordeelt vrij de feiten die door de partijen werden gesteld.

(7) Cass. fr., 15 december 1930, *S.,* 1931, 1, 68; — Cass. fr., 13 december 1936, *Gaz. Pal.,* 1936, 2, 283; — Cass. fr., 22 maart 1937, *Gaz. Pal.,* 1937, 2, 87.

(8) Zie tussenkomst raadsheer M. Ancel bij de bespreking van het verslag Solus, in *Travaux de l'Association H. Capitant,* 1949, bl. 142; — Asser-Anema-Verdam (*o.c.,* bl. 34-35) laten weliswaar opmerken dat de rechter zich in dergelijke gevallen zal moeten verschonen en zij verwijzen desbetreffend naar de met artikel 378 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering overeenstemmende wettekst. Dat dit toepasselijk is ingeval de rechter persoonlijk ooggetuige was van een of ander feit, kan wel aanvaard worden, doch men kan moeilijk vooropstellen dat de rechter zich telkens zou moeten verschonen wanneer hij als particulier persoon toevallig een of ander weet in verband met het hangende

Is dit alles dan niet eerder schijnheilig? (1)

304. — Dat er in de leer van de zgn. lijdelijkheid van de rechter een gebrek is aan logische samenhang, blijkt nog duidelijker wanneer men nagaat welke volgens de traditionele leer de s a n c t i e s zijn in geval van inbreuk op het principe van de lijdelijkheid van de rechter. De normale sanctie is ongetwijfeld het verhaal wegens machtsoverschrijding (2); in werkelijkheid zal deze sanctie zeer dikwijls een dode letter blijven om volgende redenen.

In de eerste plaats mag niet vergeten worden dat de partijen ten allen tijde de bewijsregeling kunnen verzaken in zoverre het niet gaat om bepalingen van openbare orde. De gedingvoerende partijen kunnen zich dus neerleggen bij het gebrek aan wettelijke pleegvormen inzake bewijsregeling (3), op voorwaarde evenwel dat zij de resultaten van de gedane opzoekingen contradictoir hebben kunnen bespreken (4).

Daarenboven mag men niet over het hoofd zien dat het toezicht van het Hof van Cassatie tenslotte louter vormelijk is. Het kan immers voorkomen dat de feitenrechter voorzorgen nam en geen gewag maakte in zijn motivering van de oorsprong der stukken of der inlichtingen, die hij in het geding had gebracht (zie verder, nr. 347). Zo kan het gebeuren dat een gerechtelijke beslissing verbroken zal worden omdat er sprake is van « inlichtingen door de rechtbank ingewonnen » (5) of « feiten die ter persoonlijke kennis van de rechtbank werden gebracht » (6), terwijl er daarentegen van geen ver-

geschil. Men denke bv. aan de vrederechter, die moet oordelen over geburenmoeilijkheden, die in het hele dorp bekend zijn! Vgl. ook met hetgeen verder gezegd wordt over de algemeen-bekende feiten : zie nr. 325 e.v.

(1) Sommige auteurs geven trouwens zelf tot een dergelijke kritiek aanleiding. Zo schrijft Bentham (*Traité des preuves judiciaires,* dl. I, bl. 101) : « Il ne suffit pas que sa décision soit juste, il faut encore qu'elle le paraisse ». Men vergelijke met de wijze les van Boileau : « Le vrai peut quelquefois n'être pas vraisemblable » (*Art poétique,* chant III).

(2) Zie artikel 80 van de wet van 27 *ventôse* jaar VII; — vgl. Verbr., 6 februari 1922, *Pas.,* 1922, I, 152, met voetnoot (2).

(3) De partijen kunnen zich neerleggen bij het feit dat de rechter uitspraak heeft gedaan op grond van zijn persoonlijke kennis : Cass. fr., 13 december 1912, *D.P.,* 1912, 1, 158; — Cass. fr., 19 oktober 1937, *D.H.,* 1937, 584 (impliciet); — Cass. fr., 26 maart 1946, *D.,* 1946, *J.,* 254. Zo kan het ook gebeuren dat de partijen aanwezig waren bij een niet-officieel plaatsbezoek en hiermee dus impliciet instemden : Rb. Bergen, 8 december 1937, *Pas.,* 1939, III, 4; — vgl. Toulouse, 9 juni 1884, *D.P.,* 1885, 2, 113.

(4) Bartin in Aubry et Rau, XII, § 749, noot 8*sexies,* bl. 76-77; — Cass. fr., 19 oktober 1937, *S.,* 1937, 1, 372.

(5) Cass. fr., 24 april 1907, *Pand. fr.,* 1907, 1, 205; — Cass. fr., 7 juli 1913, *S.,* 1913, 1, 456; — zie ook Verbr., 29 november 1954, *Pas.,* 1955, I, 275.

(6) Verbr., 3 juli 1941, *Pas.,* 1941, I, 269.

breking sprake kan zijn wanneer de uitspraak gebaseerd is op « inlichtingen die aan de rechtbank werden overgemaakt » (1). In dat verband is de uitspraak van het Hof van Cassatie d.d. 12 maart 1923 (2), zeer illustrerend : « er blijkt niet uit de lezing van het arrest *a quo* dat de feitenrechter de elementen voor zijn beslissing elders zou gehaald hebben dan uit de debatten en onderzoeksverrichtingen van het proces » (3).

Een verbreking kan dus moeilijk geschieden, zo de rechter zelf niet verklaard heeft dat hij zich steunt op zijn persoonlijke kennis (4). In het laatste geval zou er enkel verbreking kunnen volgen, zo er een gebrek aan wettelijke basis of een contradictie in de motivering kan vastgesteld worden (5); maar zo er voldoende andere motieven zijn, blijft het arrest of vonnis onaanvechtbaar (6). Hetzelfde doet zich trouwens ook voor wanneer de rechter de bewijskracht van feitelijke vermoedens (7) of van een aanvullende eed (8) en de ontvankelijkheid van het aanbod van bewijs op een soevereine wijze beoordeelt (9). Wanneer hij bv. meent dat het aangeboden bewijs geen nut heeft omdat zijn overtuiging reeds vaststaat, is dit oordeel soeverein (10). Dit betekent natuurlijk niet dat die bevoegdheid discretionair zou zijn, vermits het Hof van Cassatie zich het recht voorbehoudt om een toezicht uit te oefenen op de uitspraken, die verkeerdelijk in rechte gemotiveerd zijn en bv. verklaren dat een gesteld feit

(1) Cass. fr., 11 maart 1935, *Gaz. Pal.*, 1935, 1, 773.
(2) *Pas.*, 1923, I, 235.
(3) In dezelfde zin : Verbr., 8 november 1926, *Pas.*, 1927, I, 85; — Verbr., 16 december 1960, *Pas.*, 1961, I, 423; — zie ook Verbr., 5 november 1957, *Pas.*, 1957, I, 230, volgens hetwelk de feitenrechter niet verplicht is aan te duiden op welke zitting de gegevens, die zijn overtuiging hebben gevormd, werden ingewonnen. In dit verband herleze men de rake opmerking van Dabin over het verband tussen de bewijslast en de motivering van het vonnis : *Cause illicite en matière de donations entre concubins,* noot onder Verbr., 13 november 1953, *R.C.J.B.*, 1954, 16-17; — zie ook : Ronse, J., *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad,* nr. 167, bl. 137-138.
(4) Zie ook de pertinente opmerkingen van Bartin : Aubry et Rau, XII, § 749, noot 8*quater,* bl. 75-76; — vgl. Marty, G., *La distinction du fait et du droit,* Proefschr., Toulouse, 1929, bl. 184.
(5) Vgl. Verbr., 21 april 1960, *Pas.*, 1960, I, 972.
(6) Cass. fr., 29 december 1902, *S.*, 1905, 1, 544.
(7) Verbr., 3 november 1881, *Pas.*, 1881, I, 395; — Verbr., 5 november 1925, *Pas.*, 1926, I, 45; — Verbr., 23 oktober 1956, *Pas.*, 1957, I, 184.
(8) Verbr., 23 juni 1887, *Pas.*, 1887, I, 322.
(9) Planiol et Ripert, VII², nr. 1415, bl. 838-839; — Verbr., 5 juli 1926, *Pas.*, 1927, I, 38. Tenzij de feitenrechter zijn beslissing niet motiveerde : Verbr., 28 september 1956, *Pas.*, 1957, I, 65; — Beudant, IX², nr. 1172, bl. 245.
(10) Aubry et Rau, XII, § 749, bl. 79-80; — Cass. fr., 13 juni 1864, *D.P.*, 1864, 1, 333; — Cass. fr., 3 januari 1905, *D.P.*, 1905, 1, 75; — Cass. fr., 21 oktober 1935, *S.*, 1936, 1, 27; — Cass. fr., 8 januari 1936, *D.H.*, 1936, 97; — vgl. : Verbr., 18 maart 1955, *Pas.*, 1955, I, 792; — Verbr., 25 januari 1956, *Pas.*, 1956, I, 539; — Verbr., 19 oktober 1956, *Pas.*, 1957, I, 163; — Verbr., 22 november 1957, *Pas.*, 1958, I, 304.

niet voldoende is om de aanspraak van de eiser te rechtvaardigen (1). Zelfs wanneer de rechter enkel in feite motiveert, kan het hoogste gerechtshof toch nog nagaan of voldoende redenen opgegeven werden om het bewijsaanbod af te wijzen (2).

Hieruit volgt dat het principe van de lijdelijkheid van de rechter zeer dikwijls in werkelijkheid geen andere sanctie kent dan het geweten van de magistraat, die zijn overtuiging moet grondvesten op wettelijke bewijsmiddelen (3).

305. — Voorgaande vaststellingen sluiten nauw aan bij het vertrekpunt (zie boven, nr. 286) : de rechter ziet niet lijdelijk toe op de debatten tussen de gedingvoerende partijen, maar hij blijft hoofdzakelijk n e u t r a a l en onpartijdig. Deze stelling wordt niet alleen bevestigd door de bestaande wetteksten, die ter zake konden ingeroepen worden; ook in de toekomst ware het wenselijk dat meer de nadruk zou gelegd worden op de taak van de rechter om op onpartijdige wijze de materiële waarheid op te sporen (4). De rechter is vooral beperkt ten aanzien van het aanvoeren van de feiten en veel minder ten aanzien van het bewijs ervan (5); zijn de feiten eenmaal gesteld, dan zou de rechter zoveel mogelijk de materiële waarheid moeten opzoeken.

Bij het vervullen van een dergelijke taak staan de rechter tal van hulpmiddelen ter beschikking, die hem dan ook minder afhankelijk maken van de werkzaamheid der partijen. Aldus zijn er verschillende gegevens die de rechter kent en waarvan hij bij de beoordeling van het geschil mag gebruik maken, zonder dat deze gegevens vooraf door de partijen moeten bewezen worden. Deze hulpmiddelen zijn a.h.w. vereisten opdat de rechter zijn taak naar behoren zou kunnen vervullen.

(1) Cass. fr., 5 maart 1901, *S.*, 1903, 1, 451; — Cass. fr., 27 november 1929, *D.H.*, 1930, 68; — vgl. Cass. fr., 6 juni 1950, *D.*, 1951, *J.*, 273, met noot P. Lerebours-Pigeonnière.
(2) Verbr., 13 februari 1958, *Pas.*, 1958, I, 643 (verbreking van een arrest, dat bij het afwijzen van een verweer, niet aangegeven had dat de verweermiddelen onjuist waren of niet ter zake dienend); — Cass. fr., 7 april 1913, *D.P.*, 1916, 1, 171 (verbreking van een arrest, waarbij een vraag om een deskundig onderzoek zonder meer verworpen werd); — Cass. fr., 29 juni 1933, *D.H.*, 1933, 474 (verbreking van een arrest dat een feit niet afdoende beschouwde omdat het onvoldoende precies was).
(3) Vgl. Van Dievoet, E., *Het burgerlijk recht in België en in Nederland van 1800 tot 1940. De rechtsbronnen,* bl. 290 : « De rechter stelt veelal, in de diepte van zijn geweten, de eiser of verweerder in het gelijk of in het ongelijk, zonder dat hij of voordat hij aan de toepassing van enige wettelijke regel heeft gedacht »; — zie ook : Gorphe, F., *Les décisions de justice,* bl. 31 e.v.
(4) Vgl. de opvatting van Böhmer : zie verder, nr. 340.
(5) Scheltema, F.G., *o.c.*, bl. 7.

HOOFDSTUK III.

HULPMIDDELEN BIJ DE VERVULLING VAN DE TAAK VAN DE RECHTER

306. — De hulpmiddelen, die de rechter ter beschikking staan, zijn hoofdzakelijk : de kennis van het objectieve recht, de ervaringsregelen en de kennis van de feiten.

Vooreerst moet de rechter het objectieve recht kennen, dat in het geding moet worden toegepast. Verder moet hij op de hoogte zijn van de ervaringsregelen, die gelden in de tijd en in de maatschappij waarin hij leeft. Tenslotte moet hij ook een voldoende zekerheid hebben nopens het bestaan van de feiten, waaraan de door elk der partijen ingeroepen rechtsgevolgen verbonden zijn.

AFDELING I. KENNIS VAN HET OBJECTIEVE RECHT.

307. — Dat de rechter het objectieve recht moet kennen is een voorwaarde, die vanzelfsprekend is. Hoewel natuurlijk zijn taak niet beperkt blijft tot het toepassen van het objectieve recht op een bestaande partijenverhouding, is de recht-spraak toch hoofdzaak : door hem zal het recht moeten geconcretiseerd en geïnterpreteerd worden.

Men kent de regel *curia jus novit* (1); in feite is dit meer een doelmatigheidsregel dan wel een principiële vaststelling (2). Het betekent dat de rechter het objectieve recht moet toepassen, zonder dat de partijen, die er zich op beroepen, het bestaan ervan moeten bewijzen (3).

(1) Vgl. de bekende boutade « Avocat, passez aux faits, le tribunal connaît le droit » : Beudant, IX², nr. 1142, bl. 209; — Dekkers, R., II, nr. 624, bl. 359.

(2) Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 24.

(3) Men heeft in dit verband voorgesteld de scheidingslijn tussen de taak van de rechter en die van de partijen te leggen in het onderscheid tussen het recht en de feiten (Motulsky, H., *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits*, nr. 7, bl. 358). Hoe aanlokkelijk ook, toch lijkt deze voorstelling niet altijd met de werkelijkheid overeen te stemmen.

Vooraf moet nochtans een misverstand uit de weg geruimd worden. Hoewel de rechter de wet kent, evenals de partijen (1), betekent dit niet dat geen discussie kan ontstaan betreffende de draagwijdte van de wet. In dit geval kan men niet meer spreken van bewijs, maar enkel van interpretatie der wet (2). De rechter past dus het objectieve recht ambtshalve toe; in dat opzicht is hij dus zeker niet lijdelijk, vermits hij niet afhankelijk is van de processuele houding der gedingvoerende partijen (3).

Men mag in dit verband enigermate vergelijken met de uitlegging van overeenkomsten : de rechter mag een hem voorgelegde en t.a.v. de inhoud onbetwiste overeenkomst zelfstandig uitleggen en daarbij zelfs tot een andere uitkomst komen dan de partijen hem voordragen (4).

In het objectieve recht, waarvan de rechter kennis moet hebben, behoort evenwel een onderscheid gemaakt te worden tussen het geschreven positieve recht enerzijds (5), het gewoonterecht en het buitenlandse recht anderzijds.

1 §. Buitenlands recht.

308. — Of het buitenlandse recht voor het bewijs als recht kan gelden, is een vraag die nu eens ontkennend, dan weer bevestigend beantwoord wordt.

In Frankrijk en klaarblijkelijk ook in België wordt meestal aangenomen dat de vreemde wet een feit is, waarvan het bestaan en de inhoud door de partijen moeten bewezen worden (6).

Klaarblijkelijk ligt deze opvatting ten grondslag aan de rechtspraak van het

(1) Zie het adagium « Eenieder wordt geacht de wet te kennen » : Vranckx, A., *R.W.*, 1955-56, 1217 e.v.

(2) De Page, III, nr. 720, bl. 688; — Beudant, IX², nr. 1142, bl. 209.

(3) Men vergelijke met artikel 48 Ned. Rv., volgens hetwelk de rechter van ambtswege de rechtsgronden moet aanvullen, die niet door de partijen werden aangevoerd : zie hierover De Kanter, P.J., *Rechtsgronden en rechtsmiddelen,* Proefschr., Leiden, 1928; — zie ook : Motulsky, H., *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits,* nr. 12 e.v., bl. 361 e.v.; — vgl. Laurent, XIX, nr. 83, bl. 79-80; — zie ook verder, nr. 343.

(4) Vaststaande rechtspraak; zie Dabin, J., noot onder Verbr., 30 januari 1947, *R.C.J.B.*, 1947, bl. 215 e.v., speciaal bl. 223; — zie in dezelfde zin : H.R., 27 juni 1947, *N.J.*, 1947, 431, met noot D.J.V.; — vgl. Advies toenmalige eerste Advocaat-Generaal L. Cornil vóór Verbr., 4 april 1941, *Pas.*, 1941, I, 121.

(5) Dit geschreven positieve recht is natuurlijk ruimer dan het begrip wet in de enge zin van het woord. Het omvat dus niet alleen de eigenlijke wetteksten, doch ook de algemene regelingen uitgaande van bevoegde overheidsorganen en de internationale verdragen die in een wet werden opgenomen of door een wet werden bekrachtigd. Het hoeft geen nader betoog dat de adagia hier niet bij horen (Verbr., 16 februari 1843, *Pas.*, 1843, I, 183; — Verbr., 12 maart 1956, *Pas.*, 1956, I, 739), punt waarover geen betwisting bestaat.

(6) Planiol et Ripert, VII², nr. 1409, bl. 831; — Beudant, IX², nr. 1143, bl. 210; — Bartin in Aubry et Rau, XII, § 749, noot 3*quater*, bl. 70-71; — Bartin, E., *Principes de*

Hof van Cassatie, waar het zich principieel onbevoegd verklaarde om kennis te nemen van de voorzieningen ingesteld wegens schending van een louter vreemde wet en waar het aan de feitenrechter het vermogen toekende de vreemde wet soeverein te interpreteren (1). Hierbij wordt uit het oog verloren dat de rechter in elk geval vonnist krachtens het Belgische recht, ongeacht of hij een tekst van de Belgische wet toepast of een principe van het Belgische systeem van internationaal privaatrecht (bv. verwijzing naar een vreemde wet) (2).

Volgens de heersende stelling verliest een wet hare soevereine werking buiten de grenzen en kan de regel *Nemo censetur* niet toegepast worden op het buitenlandse recht. Sommigen beweerden dat deze opvatting een overblijfsel is van de verouderde theorie volgens dewelke de toepassing van een vreemde wet slechts geduld wordt *ex comitate gentium* (3). In werkelijkheid is zij ingegeven door praktische overwegingen omdat de opzoekingen ter zake al te moeilijk zouden zijn tengevolge van de anarchie in de internationale betrekkingen (4).

Wanneer dan toch vreemd recht wordt toegepast, dan geschiedt dit zeer dikwijls krachtens een Belgische wetsbepaling (eigen regel van het internationaal privaatrecht) of een internationaal verdrag dat in België werd goedgekeurd; in de overige gevallen zal de verwijzing naar een vreemde wet soms als een facultatieve feitelijke kwestie beschouwd worden (5).

---

droit international privé, I, Paris, 1930, § 107, bl. 276; — vgl. De Page, III, nr. 706, bl. 664; — zie ook vnl. : Clasens, L., *La preuve de la loi étrangère et l'office de législation étrangère au Ministère de la Justice en France, Clunet,* 1911, 1149; *J.T.,* 1911, 660; — Niboyet, J.P., *Qu'est-ce que la loi étrangère aux yeux d'un juge d'un pays déterminé, Rev. dr. int. lég. comp.,* 1928, 753 e.v.; — Perrot, R., *Le régime des preuves en droit international privé français,* nr. 30, *J.T.,* 1962, 277; — Cass. fr., 6 februari 1843, *S.,* 1843, 1, 209; — Cass. fr., 16 mei 1888, *D.P.,* 1888, 1, 305; — Cass. fr., 9 april 1910, *Clunet,* 1910, 1200; — Cass. fr., 5 januari 1943, *S.,* 1943, 1, 59; — Cass. fr., 25 mei 1948, *D.,* 1948, *J.,* 357, met noot *P.L.P.; J.C.P.,* 1948, II, 4542, met noot van M. Vasseur; — Cass. fr., 7 december 1949, *Clunet,* 1950, 176; — vgl. in de Italiaanse rechtspraak : Milano, 14 december 1928, *Clunet,* 1930, 815; — Cass. it. (Roma), 1 december 1930, *Clunet,* 1931, 760; — Genua, 31 maart 1932, *Clunet,* 1933, 233; — in dezelfde zin in Engeland : *Mostyn* v. *Fabrigas,* (1774), I Cowper 161; — zie nochtans R.P.D.B., Tw. *Conflit de lois,* nr. 50.

Uiteraard kan geen rekening worden gehouden met de intussen uitgesproken mercuriale van Procureur-Generaal Hayoit de Termicourt : *La Cour et la loi étrangère.*

(1) Zie o.m. Verbr., 5 april 1937, *Pas.,* 1937, I, 99; — Verbr., 19 april 1937, *Pas.,* 1937, I, 115; — Verbr., 26 maart 1953, *Pas.,* 1953, I, 581; — Verbr., 4 oktober 1956, *Pas.,* 1957, I, 88; — Verbr., 16 januari 1958, *Pas.,* 1958, I, 505; — Verbr., 27 oktober 1960, *Pas.,* 1961, I, 210; — Verbr., 2 januari 1961, *Pas.,* 1961, I, 465; — Verbr., 29 mei 1961, *Pas.,* 1961, I, 1037.

(2) Zie voor het principe : Scholten, P., *Algemeen deel,* bl. 197 e.v.; — zie ook R.P.D.B., Tw. *Conflit de lois,* nr. 52.

(3) Bartin in Aubry et Rau, XII, § 749, noot 3*quater,* bl. 70-71.

(4) Beudant, IX², nr. 1143, bl. 210; — Planiol et Ripert, VII², nr. 1409, bl. 831.

(5) Dit blijkt bv. uit de gevallen, waarin door de Belgische rechtspraak nog het principe van de terugwijzing (*renvoi*) wordt toegepast. Zie desbetreffend : Spanoghe, E.,

309. — Anders luidt de Nederlandse rechtsleer en rechtspraak, volgens dewelke het toenemende internationale verkeer ertoe geleid heeft dat ook het vreemde recht door de rechter moet gekend zijn (1).

In dit verband kan men zich de vraag stellen of de aanwezigheid van het internationale gerechtshof te Den Haag en de daarbij horende uitgebreide rechtsdocumentatie soms niet aan de oorsprong liggen van deze opvatting.

Een tussenoplossing vindt men in Duitsland, waar de wet zelf (§ 293 Z.P.O.) bepaalt dat het vreemde recht niet moet bewezen worden, behoudens wanneer het aan de rechter onbekend is : « Das in einem anderen Staate geltende Recht, die Gewohnheitsrechte und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gericht unbekannt sind. Bei Ermittlung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen ».

310. — Deze laatste opvatting is ongetwijfeld de meest gerechtvaardigde; men kan immers enerzijds bezwaarlijk aanvaarden dat de vreemde wet haar imperatief karakter zou verliezen in een ander land (2), terwijl toch anderzijds met zekere praktische moeilijkheden moet rekening gehouden worden.

In werkelijkheid bemerkt men trouwens dat de opvattingen der verschillende landen elkaar benaderen. Zo ziet men dat in Frankrijk aanvaard wordt dat de rechter zelf mag deelnemen aan de opzoekingen van het vreemde recht (3), terwijl de Nederlandse rechter zich door deskundigen of door de partijen kan laten voorlichten (4).

Droit international privé, Examen de jurisprudence, R.C.J.B., 1950, bl. 344-345, *R.C.J.B.,* 1954, bl. 57-58.

(1) Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 25; — Pitlo, A., *o.c.,* bl. 12-13; — Van Brakel, S., *Grondslagen en beginselen van Nederlands Internationaal Privaatrecht,* 2de uitg., Zwolle, 1950, bl. 45; — Mulder, A.C.J., *Internationaal Privaatrecht,* 2de uitg., Arnhem, 1947, bl. 239; — Salomon, R., *Het vreemde recht in de Nederlandse procedure, N.J.B.,* 1934, bl. 513; — Kollewijn, R.D., *Vreemd recht is recht,* in *Feestbundel van Oven,* Leiden, 1946, bl. 154 e.v.; — vgl. : H.R., 4 juni 1915, *W.,* 9871, met noot E.M. Meijers; — H.R., 8 april 1927, *N.J.,* 1927, 1110, met noot P.S.; — H.R., 20 maart 1931, *N.J.,* 1931, 890; — H.R., 28 juni 1937, *N.J.,* 1938, 1, met noot E.M. Meijers; — H.R., 2 april 1942, *N.J.,* 1942, 468; — Anders : Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 15-16; — Suyling, J. Ph., *o.c.,* nr. 391, bl. 123.

(2) Planiol et Ripert, VII², nr. 1409, bl. 831.

(3) Beudant, IX², nr. 1143, bl. 210; — Bartin, E., *o.c.,* § 107, bl. 279; — Perrot, R., *o.c., J.T.,* 1962, 277, nr. 30; — Cass. fr., 26 april 1950, *D.,* 1950, *J.,* 361, met noot Lenoan; — Cass. fr., 2 maart 1960, *J.C.P.,* 1960, II, 11734, met noot H. M(otulsky).

(4) Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 25; — Arr. Rb. Amsterdam, 5 maart 1926, *N.J.,* 1926, 1357.

Telkens zal de rechter soeverein de waarde van de door de partijen aangebrachte bewijzen onderzoeken, mits hij deze waardering motivere (1).

Uiteindelijk mag vooropgesteld worden dat het bestaan van het vreemde recht een feit is dat door diegene die er zich op beroept, zal moeten bewezen worden (2), tenzij dat bestaan behoort tot het domein der algemeen-bekende feiten, die geen bewijs meer behoeven (3). Wanneer bv. een Engelse vrouw een overeenkomst ondertekende waartoe zij volgens de Belgische wet niet bevoegd zou zijn, dan zal zij voor de Belgische rechters het bewijs moeten leveren van het bestaan van de Engelse wet die zij gebeurlijk inroept om zich bevoegd te noemen. De inhoud van deze wet zal evenwel niet moeten aangetoond worden, vermits de inhoud van een vreemde wet tot het normale kennisgebied van de rechter behoort (4).

Aldus wordt een antwoord gegeven op de vraag, welke de positie is van de partijen bij de toepassing van een vreemde wet. Dit belet evenwel niet dat op dit terrein rechter en partijen daadwerkelijk zouden samenwerken om de toepasselijke rechtsregel te vinden.

2 §. Gewoonterecht.

311. — Ten aanzien van het gewoonterecht wordt thans (5) bijna algemeen aanvaard dat het evenals het geschreven recht ambtshalve moet toegepast worden door de rechter, die hiervan dus de nodige kennis dient te hebben (6).

(1) Aix, 12 mei 1947 en 10 november 1947, *S.*, 1948, 2, 81, met noot Niboyet; *J.C.P.*, 1948, II, 4150, met noot Benoist; — Cass. fr., 26 april 1950, *D.*, 1950, *J.*, 361, met noot Lenoan; — Arr. Rb. Amsterdam, 17 april 1925, *N.J.*, 1925, 861; — Hof Den Haag, 25 maart 1948, *N.J.*, 1948, 641.

(2) Dit bewijs kan door alle middelen geleverd worden, o.m. door raadpleging van de rechtsleer : Rb. Gent, 24 december 1952, *J.T.*, 1953, 205. Dit zal niet steeds eenvoudig zijn : Cass. fr., 25 mei 1948, *S.*, 1949, 1, 21, met noot Niboyet.

(3) Zie verder, nr. 325 e.v.; — vgl. Scheltema, F.G., *o.c.*, bl. 16 e.v.

(4) Motulsky, H., *L'office du juge et la loi étrangère*, in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, dl. I, Paris, 1960, bl. 337 e.v. Dit is ongetwijfeld de reden waarom het Hof van Cassatie soms overgegaan is tot de verbreking van vonnissen en arresten, die geweigerd hadden een vreemde wet toe te passen : vgl. o.m. Verbr., 28 maart 1952, *Pas.*, 1952, I, 483.

(5) Vroeger werd het gewoonterecht als een feitelijk gegeven beschouwd, dat dus enkel door de rechter mocht worden toegepast, nadat bestaan en inhoud ervan door de partij die het inriep, waren bewezen : Aubry et Rau, VIII, 4de uitg., Paris, 1878, § 749, noot 4, bl. 152. Tengevolge van een heftige reactie tegen deze stelling door de Duitser G.F. Puchta (*Das Gewohnheitsrecht*, dl. I, 1828, bl. 104-110, geciteerd door Gény, F., *Méthode d'interprètation en droit privé positif*, 2de uitg., Paris, 1954, I, nr. 118, bl. 353) werd geleidelijk de tegenovergestelde opvatting gehuldigd.

(6) Gény, F., *o.c.*, I, nr. 118, bl. 352 e.v.; — Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, I, 3de uitg., Paris, 1907, nr. 26, bl. 27; — Bartin in Aubry et Rau, XII, § 749, noot 3^{bis}, bl. 69; — Beudant, IX², nr. 1144, bl. 211-212; — Planiol

Het gewoonterecht als *opinio juris vel necessitatis* is recht en kan dus ambtshalve door de rechter toegepast worden, zelfs wanneer hij hiervan alleen een persoonlijke kennis had (1). Uit het eigenaardige karakter van het gewoonterecht volgt evenwel ook dat de rechter samen met de partijen de nodige opzoekingen mag verrichten om bestaan en inhoud van dit gewoonterecht te kennen (vgl. boven, nr. 310).

312. — Te recht moet een onderscheid gemaakt worden tussen het gewoonterecht (*coutume*) en de gebruiken (*usages*) (2) : deze laatste zijn voornamelijk te beschouwen als stilzwijgende clausules die de overeenkomsten der partijen aanvullen, zoals trouwens door de wetgever uitdrukkelijk werd voorzien (zie o.m. de artikelen 1135, 1159 en 1160 van het burgerlijk wetboek, betreffende de algemene interpretatie der contracten, en de artikelen 1736, 1745, 1748, 1753, 1754, 1757, 1759, 1762 en 1777 betreffende gebruiken inzake huur).

Het zijn meestal plaatselijke of professionele gebruiken, die stilzwijgend de vorming van bepaalde juridische handelingen omgeven en aanvullen (3).

De gebruiken zijn feiten waarvan het bewijs moet geleverd worden door de partij, die er zich op beroept. Herhaaldelijk heeft het Hof van Cassatie bevestigd dat het bestaan en de toepassing van een

et Ripert, VII², nr. 1409, bl. 830; — Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 25; — Suyling, J. Ph., *o.c.*, nr. 391, bl. 124; — H.R., 10 april 1884, *W.*, 5025; — H.R., 18 december 1924, *W.*, 11345, met noot S.B.; — H.R., 7 april 1932, *N.J.*, 1932, 1613; — H.R., 31 januari 1935, *N.J.*, 1935, 478, met noot E.M. Meijers; — vgl. § 293 Z.P.O. voormeld; — Anders : Lefebvre, M., *La coutume comme source formelle du droit*, Proefschr., Lille, 1906, bl. 78-79; — Scheltema, F.G., *o.c.*, bl. 15-16; — Diephuis, G., *o.c.*, bl. 295.

(1) Gény, F., *o.c.*, I, nr. 118, voetnoot 4, bl. 355.

(2) Zie aldus o.m. noot R.H. onder Verbr., 29 mei 1947, *Pas.*, 1947, I, 217. Soms werd dit onderscheid niet met voldoende duidelijkheid vooropgesteld : De Page, I, nr. 9, bl. 16 e.v., nr. 187, F, bl. 238; — Verbr., 26 april 1872, *Pas.*, 1872, I, 244. Toch haalt laatstgenoemde auteur voorbeelden aan, die ongetwijfeld tot het gewoonterecht moeten gerekend worden, en die hij als algemeen geldend aanziet ondanks de afwezigheid van positieve wetteksten : zo bv. het huishoudelijk mandaat van de gehuwde vrouw, waarvan men achteraf getracht heeft zekere gronden van rechtvaardiging kunstmatig te construeren, waar het ten slotte gaat om een zeer oude gewoonte (De Page, I, nr. 9, bl. 20; — vgl. Defacqz, E., *Ancien droit belgique*, dl. I, Brussel, 1873, bl. 381; — zie ook Decottignies, R., *Les présomptions en droit privé*, nr. 23, bl. 46). Hetzelfde gewoonterechtelijk karakter moet toegekend worden aan de hoofdelijkheid van commerciële medeschuldenaars (De Page, III, nr. 328, bl. 309). In deze en andere gevallen gaat het dus werkelijk om een gewoonterecht, waarvan het bestaan niet moet bewezen worden.

(3) Gény, F., *o.c.*, I, nr. 130 e.v., bl. 418 e.v.; — Beudant, IX², nr. 1145, bl. 212-213; — Planiol et Ripert, VII², nr. 1409, bl. 830; — Suyling, J. Ph., *o.c.*, nr. 391, bl. 124; — zie ook Van Ryn, J., *Principes de droit commercial*, I, Brussel, 1954, nr. 19, bl. 24.

gebruik essentieel een feitelijke kwestie is (1) en niet voor de eerste maal vóór het Hof mocht ingeroepen worden (2). Dit belet evenwel niet dat het Hof van Cassatie zou onderzoeken of de feitenrechter zich niet vergist heeft in het wettelijk begrip van het gebruik (3) of in de gevolgen die wettelijk voortvloeien uit een gebruik waarvan het bestaan werd vastgesteld (4).

In zaken van koophandel kan het bewijs van dergelijke gebruiken geleverd worden aan de hand van een geschreven verklaring, uitgaande van een kamer van koophandel of van een groep vooraanstaande handelaars (5).

Of de gebruiken in geval van betwisting ambtshalve door de rechter mogen toegepast worden, wanneer het algemeen-bekende gebruiken zijn, is een vraag waarop verder bevestigend zal geantwoord worden (zie verder, nr. 325 e.v.) (6).

AFDELING II. KENNIS VAN DE ERVARINGSREGELEN.

1 §. Begrip en betekenis.

313. — Ook de kennis van de ervaringsregelen is een vereiste opdat de rechter zijn taak naar behoren zou kunnen vervullen. Deze vaststelling is uitermate belangrijk, zoals verder zal blijken.

Dit vereiste wordt zelden vooropgesteld, omdat men meestal de mening is toegedaan dat de rechter enkel maar het recht moet toepassen op de door de partijen gestelde en bewezen feiten. Hierbij verliest men uit het oog dat in werkelijkheid de rechter meer doet

(1) Verbr., 2 december 1926, *Pas.*, 1927, I, 95; — zie ook : Cass. fr., 14 oktober 1957, *Bull. Cour Cass.*, 1957, nr. 371.
(2) Verbr., 26 april 1872, *Pas.*, 1872, I, 244; — Verbr., 20 juni 1957, *Pas.*, 1957, I, 1259.
(3) Verbr., 29 mei 1947, *Pas.*, 1947, I, 217.
(4) Verbr., 25 september 1947, *Pas.*, 1947, I, 380; — Verbr., 19 februari 1953, *Pas.*, 1953, I, 476.
(5) In de Franse rechtsleer ook *parère* (*quid paret*) genoemd : Ripert, G., *Traité élémentaire de droit commercial,* nr. 45, bl. 22; — Cloquet, A., A.P.R., Tw. *Deskundig onderzoek in burgerlijke zaken en in zaken van koophandel,* nr. 62; — zie bv. : Hrb. Kortrijk, 26 april 1958, *R.W.*, 1958-59, 1611.
(6) Voor een interessant toepassingsgeval, zie Gent, 4 mei 1961, *R.W.*, 1961-62, 841, met een zeer gedocumenteerd advies van de toenmalige Advocaat-Generaal J. Matthys; — zie ook Hof Leeuwarden, 12 oktober 1949, *N.J.*, 1950, 353.
Zo oordeelde bv. de rechtbank van eerste aanleg te Charleroi op 2 mei 1955 (*Pas.*, 1956, III, 108) dat het niet de gewoonte is dat advocaten aangetekende brieven versturen; wanneer dienvolgens een advocaat bevestigt een bepaalde brief te hebben verstuurd, kan een eenvoudige ontkenning hiervan dan ook niet volstaan om deze bevestiging te ontzenuwen.

dan dat : bij de toepassing van het recht houdt hij rekening met de ervaringsregelen, die hem toelaten uit bepaalde concrete feiten een op de ervaring gebaseerd besluit te kunnen trekken.

De groepering der gebeurtenissen, de deductie, het afleiden van besluiten uit de door de partijen voorgebrachte feitelijke gegevens, dat alles behoort wezenlijk tot de taak van de rechter. De ervaringsregelen zijn juist een typisch voorbeeld van dit aspect van 's rechters taak.

De ervaringsregelen zijn algemene regelmatigheden, met een zuiver empirisch karakter, die zullen dienen om de feitelijke gegevens van een geding en de aangebrachte bewijzen te waarderen. Dat de rechter ambtshalve en zonder nader bewijs door de partijen, de kennis heeft van dergelijke ervaringsregelen is niet inherent aan zijn rechterschap, maar enkel het gevolg van het feit dat hij zoals ieder ontwikkeld maatschappelijk man op de hoogte is van hetgeen zich normaal voordoet in de maatschappij en in de tijd waarin hij leeft (1).

Het was de toenmalige eerste Advocaat-Generaal L. Cornil, die er op wees dat het onderzoek van de betekenis der woorden geen feitenkwestie is, doch ook behoort tot de opdracht van het Hof van Cassatie : « Si vous cessiez de comprendre les mots... vous vous condamneriez irrévocablement à l'inaction. Vous ne faites rien — et vous ne pourriez rien faire — sans rechercher le sens qu'il faut attribuer à des mots... » (2). Kan niet met evenveel reden en naar analogie gezegd worden dat de feitenrechter tot onmacht gedoemd is, zo hij geen gebruik zou mogen maken van de kennis der evaringsregelen en der algemeen-bekende feiten?

Op het belang van de ervaringsregelen werd voor het eerst de aandacht gevestigd in Duitsland (3) en in navolging hiervan ook in Nederland (4).

Soms heeft men voorgehouden dat de ervaringsregelen geen speciale vermelding verdienen omdat zij normaal behoren tot de persoonlijkheid van de rechter (5). Bij verder onderzoek zal nochtans blijken dat deze regelen in het kader van de bewijsvoering een specifieke betekenis krijgen.

Het belang van die ervaringsregelen is duidelijk, wanneer men weet dat met behulp hiervan de rechter o.m. de waarheid van sommige

(1) Hetzelfde kan ook gezegd worden ten aanzien van de algemeen-bekende feiten : zie hierover verder, nr. 325 e.v.
(2) Advies vóór Verbr., 4 april 1941, *Pas.*, 1941, I, 120.
(3) Zie Stein, F., *Das private Wissen des Richters,* Leipzig, 1893 : hoewel het de verdienste was van deze auteur voor het eerst hierop de aandacht te hebben gevestigd, had hij het ongetwijfeld verkeerd voor, wanneer hij verklaarde dat de algemene ervaringsregelen tot het domein van het private weten van de rechter behoorden; — zie ook : Rosenberg, L., *o.c.*, § 14, bl. 179 e.v.
(4) Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 26 e.v.; — Suyling, J. Ph., *o.c.*, nr. 398, bl. 128 e.v.; — Grünebaum, A., *o.c.*, bl. 92.
(5) Zie aldus Thesingh, H., *o.c.*, nr. 3, bl. 13-15.

bestreden feiten afleidt uit andere bewezen feiten. Doordat een bepaald feit regelmatig het gevolg of de oorzaak is van een ander feit, wordt uit het bewijs van het laatste het bestaan van het eerste afgeleid.

Dank zij zijn vrije bewijswaardering neemt de rechter aldus zekere feiten aan, zolang geen omstandigheden voorhanden zijn die een afwijking van de gewone gang van zaken veronderstellen. Zonder deze regelen ware geen oplossing denkbaar, omdat een absolute zekerheid onmogelijk is; de rechter zal zich steeds met een hoge graad van waarschijnlijkheid moeten tevreden stellen.

314. — In België en in Frankrijk werd zelden de aandacht gevestigd op dit belangrijk aspect van de rechterlijke taak. Weliswaar heeft men andere begrippen uitgewerkt, die enigszins overeenstemmen met het begrip *ervaringsregel,* of minstens het bestaan van dit begrip veronderstellen.

Zo is herhaaldelijk onderlijnd geworden dat de rechter slechts uitzonderlijk zekerheid zal hebben en meestal genoegen zal moeten nemen met een min of meer grote waarschijnlijkheid (*probabilité*) (1). Men vergat er aan toe te voegen dat de rechter deze waarschijnlijkheid slechts kon bekomen door de feiten die door de partijen gesteld en bewezen waren te toetsen aan zijn ervaring en aan de normale gang van zaken.

Ook Bartin heeft op de hem eigen originele wijze een gelijkaardige poging ondernomen door te gewagen van een verplaatsing van het bewijsobject (*déplacement de l'objet de la preuve*) (2). Deze opvatting kan met de woorden van Bartin (3) als volgt geresumeerd worden : « La force des choses conduit à substituer à la preuve des faits générateurs du droit prétendu, qu'il est pratiquement impossible d'atteindre, la preuve des faits voisins et connexes, de la réalité desquels le plaideur demande au juge d'inférer, par un détour plus ou moins long, la réalité de ceux qu'il aurait voulu, mais qu'il n'a pu atteindre directement : l'objet de la preuve se déplace ». Hier wordt dus ook aan de rechter de taak opgedragen om uit de bewezen feiten andere af te leiden, waaraan de door de partij ingeroepen rechtsgevolgen verbonden zijn; de rechter beoordeelt eveneens of de feiten die men wil bewijzen voldoende ter zake dienend zijn, d.w.z. een voldoende eng verband vertonen met de feiten die men eruit wil afleiden (zie hierover boven, nr. 222).

Het is ook op de ervaringsregelen dat het zogenaamd *prima facie* bewijs of bewijs op het eerste gezicht (*Beweis des ersten Anscheins*)

(1) Etymologisch kan trouwens een vergelijking gemaakt worden tussen *probatio* en *probabilitas,* termen die ongetwijfeld van dezelfde familie zijn.

(2) Aubry et Rau, XII, § 749, noot 10bis, bl. 78. Dit begrip werd nadien door verschillende auteurs overgenomen : Picard, M., *De la preuve par commune renommée,* bl. 118 e.v.; — Beudant, IX2, nr. 1146, bl. 213; — zie hetgeen desbetreffend reeds boven werd gezegd : nr. 187.

(3) *o.c., l.c.*

berust. De ervaringsregelen laten de rechter immers toe zich bij het begin van het proces tevreden te stellen met een eerste oppervlakkig bewijs. Zo zal het causaal verband voldoende vaststaan, wanneer de partij die met het bewijs belast is een zodanig uiterlijk samentreffen van feiten aantoont, hetwelk volgens de normale gang van zaken doet besluiten tot een verhouding van oorzaak tot gevolg; de tegenpartij zal dan moeten bewijzen dat het ingetreden gevolg niet op de aangehaalde oorzaak kan betrekking hebben. Dit tegenbewijs is geleverd wanneer werd aangetoond dat nog andere oorzaken het gestelde gevolg konden hebben, zodat de rechter alsdan begint te twijfelen en zal moeten oordelen volgens de algemene principes van het bewijsrisico, hetgeen tot gevolg heeft dat de bewijslast, zoals bij het begin van het proces, op de eiser blijft rusten (1).

Nog anderen spreken van « présomptions naturelles qui sont admises par le jugement commun des hommes d'après l'ordre normal des choses » (2).

Tenslotte kan ook en vooral verwezen worden naar de feitelijke vermoedens, waarbij de ervaringsregelen een belangrijke rol spelen, zonder dat men ze hiermede nochtans kan vereenzelvigen (zie verder nr. 315 en 364 e.v.).

Zo ziet men dat waar 's rechters kennis van de ervaringsregelen niet werd aanvaard, omdat zij misschien niet zou stroken met zijn zgn. lijdelijkheid, andere technieken gevonden werden om bijna gelijkaardige resultaten te bekomen.

315. — Toch zijn de ervaringsregelen anders en meer dan dit alles; zij zijn het die de rechter toelaten de voorgebrachte bewijzen en bewijsmiddelen te waarderen, tot een zekere graad van waarschijnlijkheid te besluiten en te beoordelen of de verplaatsing van het bewijsobject strookt met de gewone gang van zaken.

Aldus zal de feitenrechter bv. aan de hand van de ervaringsregelen kunnen nagaan of sommige feitelijke vermoedens afdoende zijn. Door vermoedens leidt men immers zekere feiten af uit het bestaan van andere feiten; de ervaring zal leren of het tussen deze feiten gelegde verband gerechtvaardigd is (zie hierover verder, nr. 364 e.v.).

Op grond van de ervaring zal de rechter oordelen over feitenkwesties, die slechts uit de aard der zaak zuiver hypothetisch kunnen opgelost worden.

Aldus zal het innerlijke leven van de mens (bedoelingen, inzicht, motieven,...) slechts kunnen benaderd worden dank zij bepaalde veronderstellingen die berusten op het principe van de gewone gang

(1) Bernhardt, W., *o.c.,* § 22, bl. 84-85; — zie ook : Lent, F., *o.c.,* § 47, bl. 125-126, die er evenwel ten onrechte aan toevoegt dat het *prima facie* bewijs de bewijslast omkeert; — in dezelfde zin : Wassermeyer, H., *Der prima facie Beweis und die benachbarten Erscheinungen,* Münster-Westfalen, 1954, bl. 19 e.v.

(2) Gorphe, F., *L'appréciation des preuves,* bl. 32; — zie ook : Garraud, R., *Traité d'instruction criminelle,* Paris, 1907, II, nr. 483, bl. 258.

van zaken. Wil men bv. bepalen of een persoon nalatig is geweest, dan zal men op grond van de ervaring moeten onderzoeken of die persoon de gevolgen van zijn handelwijze had kunnen voorzien, indien hij meer oplettend ware geweest. Het antwoord op de vragen naar het causaal verband, naar hetgeen zou geschied zijn had een bepaald feit zich niet voorgedaan (1), kortom naar al hetgeen slechts *in hypothesi* kan benaderd worden, zal meestal beoordeeld worden in het licht van de eigen levenservaring van de feitenrechter (2).

Uit al het voorgaande blijkt voldoende het belang van de ervaringsregelen; het is dan ook begrijpelijk dat zij dikwijls de inhoud en de betekenis van de bewijslast wijzigen of minstens bepalen, zonder daarom aan het principe zelf van de bewijslastverdeling te tornen (3).

2 §. Gevolgen.

316. — In de eerste plaats verlichten de ervaringsregelen aanzienlijk de bewijslast. Het zal immers meestal volstaan dat de partij die de bewijslast draagt, omstandigheden aanvoert, die volgens de ervaring en de gewone gang van zaken de waarheid van de door haar gestelde feiten rechtvaardigt, om dan het tegenbewijs over te laten aan de andere partij die zulkdanige feiten zal moeten aanvoeren om de normale toepassing van de ervaringsregelen ter zake uit te schakelen.

Het ware onbegonnen werk alle gevallen aan te halen, waarin de rechter zijn overtuiging baseert op algemene ervaringsregelen. Dagelijks en in de meest uiteenlopende betwistingen wordt de bewijslast verlicht ingevolge de toepassing van deze regelen.

Zo kan door de feitenrechter op grond van de ervaring zonder nader bewijs aangenomen worden dat de gehuwde vrouw de toestemming heeft van haar man om normale huishoudelijke uitgaven te doen (4), dat courante waren tegen de marktprijs te verkrijgen en te verkopen zijn (5), dat een verloofde met het slachtoffer zou gehuwd zijn ware het ongeval de dag voor het

(1) In dit verband kan o.m. het probleem aangehaald worden van de berekening van bestaan en omvang der toekomstige schade (zie desbetreffend Ronse, J., A.P.R., Tw. *Schade en schadeloosstelling,* nr. 74 en 94 e.v.). In Zwitserland heeft de wetgever de oplossing a.v. gegeven : « Der nicht ziffernmäszig nachweisbare Schaden ist nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den *gewöhnlichen Lauf der Dinge*... abzuschätzen » (artikel 42 O.R., tweede lid). Ook in Duitsland bepaalt § 252 B.G.B. : « ...Als entgangen gelt der Gewinn, welcher nach dem *gewöhnlichen Laufe der Dinge*... mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte ».

(2) Zie nochtans : Verbr., 23 september 1954, *Pas.,* 1955, I, 36.

(3) Op de aanvoeringslast hebben zij blijkbaar geen invloed : zie ook verder, nr. 325.

(4) Constante rechtspraak.

(5) *R.G.Z.,* 90, 425; — *R.G.Z.,* 99, 46; — *R.G.Z.,* 105, 286.

huwelijk niet gebeurd (1), dat toekomstige schade zeker is wanneer zij de normale ontwikkeling is van een actueel zekere toestand (2), dat er schade is wanneer men in zijn eer en aanzien gekrenkt wordt (3), dat het afwijken van de rijweg te wijten is aan de onhandigheid van de autogeleider (4), dat iemand die een tweedehandswagen koopt, weet dat hij gebreken heeft (5), dat het administratief ontslag uit een krankzinnigengesticht de zekerheid van de genezing niet bewijst (6),...

317. — Wanneer men evenwel het belang van de ervaringsregelen in het licht stelt, mag hierbij niet overdreven worden. Het gevaar is inderdaad niet denkbeeldig dat het probleem van de bewijslast alsdan zou herleid worden tot het eenvoudig oordeelkundig aanwenden van gemelde regelen (7). Deze opvatting werd reeds vroeger bekritiseerd (zie boven, nr. 165).

Het volgende voorbeeld kan dit best illustreren. Dikwijls leidde men uit de ervaring het voortduren van een bepaalde toestand af (8). Er wordt weliswaar meestal ondervonden dat een eenmaal ingetreden toestand voortduurt, zolang geen verandering plaats grijpt, welke dienvolgens moet bewezen worden; een tegenovergestelde ervaring leert nochtans met evenveel recht dat de wijziging van zekere toestanden na een bepaalde tijd de regel is (9).

Het zou trouwens zeer gevaarlijk zijn moest men daarenboven elke ervaringsregel zodanig willen abstraheren dat men er telkens een wettelijk vermoeden van maakt (10).

318. — Het is vermoedelijk ook deze overdrijving, die ten grondslag ligt aan de twistvraag of de ervaringsregelen kunnen leiden tot een omkering van de bewijslast. Deze regelen zouden

(1) Deze vaststelling is van belang omdat alsdan de verloofde aanspraak kan maken op een schadevergoeding in zijn hoedanigheid van toekomstige echtgenoot : Ronse, J., A.P.R., Tw. *Verloving,* nr. 66.

(2) Ronse, J., *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad,* nr. 202, bl. 162; — Hrb. Brussel, 7 oktober 1937, *R.G.A.R.,* 1938, 2744; — Verbr., 28 oktober 1942, *Pas.,* 1942, I, 261; — Verbr., 17 mei 1943, *Pas.,* 1943, I, 178.

(3) *Ratcliffe* v. *Evans,* (1892), 61 L.J.Q.B. 535; — Hof Amsterdam, 5 december 1952, *N.J.,* 1953, 708.

(4) Corr. Dinant, 27 juni 1939, *Bull. Ass.,* 1939, 881.

(5) Hrb. Gent, 23 februari 1954, *R.W.,* 1954-55, 622 : op grond van deze vaststelling kan de rechter aan de eiser-koper het bewijs opleggen dat de verweerder-verkoper de gebreken kende (vgl. boven, nr. 138).

(6) Angers, 19 maart 1956, *D.,* 1957, *J.,* 23. Zie ook de voorbeelden aangehaald door De Page, III, nr. 730, bl. 711-712.

(7) Aldus in algemene zin : Beckh, H., *Die Beweislast nach dem B.G.B.,* bl. 221 e.v.; — Hellwig, K., *System des Deutschen Zivilprozessrechts,* dl. I, bl. 475; — Stein, F., *o.c.,* bl. 35 e.v.; — R.G., *Recht,* 1919, 391; — R.G., *L.Z.,* 1921, 143; — Hof 's Hertogenbosch, 7 januari 1954, *N.J.,* 1954, 421.

(8) Beckh, H., *Die Beweislast nach dem B.G.B.,* bl. 66 e.v.; — H.R., 10 juni 1930, *N.J.,* 1931, 55.

(9) Wach, A., *Z.Z.P.,* 29, 386; — Rosenberg, L., *o.c.,* § 14, bl. 184.

(10) Vgl. Verbr., 18 januari 1945, *R.C.J.B.,* 1947, 81, met noot Cl. Renard; — zie verder, nr. 371 en 393.

immers volgens sommigen (1) een werkelijke verschuiving of omkering van de bewijslast tot gevolg hebben, doordat de eiser slechts datgene hoeft te bewijzen wat volgens de normale gang van zaken het bestaan van het vorderingsrecht doet veronderstellen; de verweerder zou dan feiten moeten bewijzen, die volgens de levenservaring abnormaal zijn (2).

Dat deze voorstelling van zaken grotendeels op een verwarring tussen bewijslast en bewijswaardering berust, werd herhaaldelijk onderlijnd (3) : men maakt onvoldoende onderscheid tussen w a t moet bewezen worden en h o e dit dient te geschieden. Men kan het ook a.v. uitdrukken : wanneer de rechter op grond van de ervaringsregelen overtuigd wordt van de waarheid van een door de wet vereist feit, dan wordt de bewijslast niet verschoven, maar wordt het b e w i j s a l s g e l e v e r d b e s c h o u w d (4).

Het belang van dit onderscheid ligt voor de hand. Is het een omkering van de bewijslast, dan zal niet alleen het Hof van Cassatie toezicht kunnen uitoefenen, maar zal daarenboven de werkelijke bewijslast op de tegenpartij gelegd worden met al de nadelige gevolgen die eraan verbonden zijn. In geval van bewijswaardering is het oordeel van de feitenrechter soeverein en zal aan de tegenpartij slechts het tegenbewijs worden opgelegd, waarbij het volstaat omstandigheden aan te wijzen welke, ondanks de ervaringsregelen, bij de rechter twijfel wekken betreffende de waarheid van eisers beweringen.

Het Hof van Cassatie is vermoedelijk deze laatste zienswijze bijgetreden, zoals o.m. blijkt uit een arrest van 21 maart 1901 (5). Ter zake stond vast dat een derde tussengekomen was bij de overdracht van een handelszaak, doch kon geen enkel schriftelijk bewijs voorgebracht worden van het feit dat deze tussenkomst ten bezwarende titel geschiedde. Toch oordeelde de feitenrechter op grond van de overweging « que toute peine mérite salaire », dat de verkoper van de handelszaak moest veroordeeld worden om aan die derde een vergoeding te betalen. De voorziening in verbreking op grond van een zogezegde omkering van de bewijslast, werd verworpen omdat de feitenrechter soeverein de omstandigheden, waaruit hij het bewijs afleidt, mag beoordelen. In een ander geval erkende het Hof van Cassatie impliciet dat de feitenrechter het bewijs van een geneeskundige tussenkomst ten bezwarende titel o.m. mocht

(1) Hellwig, K., *o.c.,* I, bl. 475; — Beckh, H., *o.c.,* bl. 221 e.v.
(2) Zie bv. Arr. Rb. Breda, 18 december 1951, *N.J.,* 1953, 29.
(3) Rosenberg, L., *o.c.,* § 10, bl. 126; — Gautschi, W., *Beweislast und Beweiswürdigung bei freiem richterlichem Ermessen;* — zie ook boven, nr. 165.
(4) Rosenberg, L., *o.c., l.c.;* — Grünebaum, A., *o.c.,* bl. 151 e.v.
(5) *Pas.,* 1901, I, 177.

afleiden uit dezelfde overweging « que toute peine mérite salaire » (1).

Dit betekent dus dat het Hof van Cassatie oog heeft voor de bewijswaardering van de feitenrechter, die een oordeel mag vellen aan de hand van zekere ervaringsregelen. In deze en andere gevallen geschiedde geen omkering van de bewijslast (2), doch de eenvoudige vaststelling, op grond van de ervaring, dat het verschuldigde bewijs voorlopig geleverd was. De tegenpartij kan alsdan volstaan met aan te tonen dat de ingeroepen ervaringsregel ter zake niet toepasselijk kan zijn (3); de bewijslast zal dan meteen op de eiser blijven rusten.

319. — Ter verduidelijking dient erop gewezen te worden dat van een omkering van de bewijslast slechts sprake kan zijn, wanneer één der gedingvoerende partijen belast wordt met een bewijs van feiten, waarvan het tegendeel normaal door de andere partij zou moeten geleverd worden. Wanneer bv. getwist wordt over het bestaan van een overeenkomst, dan zou de bewijslast worden omgekeerd zo diegene die beweert dat de overeenkomst niet tot stand kwam van meet af aan met het bewijs hiervan zou belast worden, zonder dat hij die zich op de overeenkomst beroept het bestaan hiervan in de ogen van de rechter zou bewezen hebben.

Aldus wordt het dan ook duidelijk dat er ingevolge de ervaringsregelen van een omkering van de bewijslast geen sprake is (4). Inderdaad, de rechter waardeert steeds het bewijs — het weze een getuigenbewijs of een bewijs door vermoedens, die volgens de ervaring beoordeeld worden — en zal het al dan niet als voldoende beschouwen; de rechter oordeelt nl. of de met bewijs belaste partij voorlopig aan hare verplichtingen heeft voldaan (5).

De tegenpartij zal alsdan het tegenbewijs (de ervaringsregel is niet toepasselijk) of het bewijs van het tegendeel (de overeenkomst ging teniet,... : rechtsverhinderende en rechtsvernietigende feiten) moeten leveren.

(1) Verbr., 19 februari 1953, *Pas.,* 1953, I, 476.
(2) Anders, doch ten onrechte De Page, die een zeer scherpe kritiek uitoefende op gemeld arrest van het Hof van Cassatie d.d. 21 maart 1901 : III, nr. 728, A, bl. 708. Het vonnis van de burgerlijke rechtbank te Aarlen d.d. 22 november 1938 (*Pas.,* 1940, III, 43), dat door deze auteur wordt ingeroepen, is hiermede niet volledig in tegenspraak, vermits het ter zake ging om de verzorging van familileden en de rechtbank van oordeel was dat de eventuele vergoeding van dergelijke prestatie niet gemakkelijk mocht aanvaard worden, nu gebleken was dat diegene die een vergoeding eiste, verklaard had zich gelukkig te achten kosteloos zijn diensten te mogen aanbieden.
(3) Vgl. de motivering Rb. Aarlen, 22 november 1938, voormeld.
(4) Men kan zich trouwens de vraag stellen of de rechter de bewijslast mag omkeren. Dit probleem werd behandeld bij de bespreking van de procesrechtelijke theorie : zie boven, nr. 161 e.v.
(5) Suyling, J. Ph., *o.c.,* nr. 380, bl. 109-110; — zie boven, nr. 289 e.v.

Het gebeurt soms dat een procespartij de bewijsvoering van de tegenpartij moeilijk of onmogelijk heeft gemaakt (zie desbetreffend boven, nr. 215). In een dergelijk geval kan de rechter het betwiste feit als bewezen beschouwen op grond van de ervaringsregel dat men de bewijsvoering niet verhindert, zo het te bewijzen feit onwaar zou zijn (1).

Een gebrek aan voldoende medewerking kan de balans ook doen overhellen ten nadele van de partij die weigert de nodige medewerking te verlenen. De rechter zal immers deze houding waarderen en hieruit de voor de hand liggende besluiten halen; in een dergelijk geval kan er evenmin sprake zijn van een omkering van de bewijslast (2).

320. — De rechter kan aldus, zonder aan de regelen omtrent de bewijslast te kort te doen, eveneens de gedaagde helpen. Het voorbeeld van de openbare bibliotheek, die de teruggave van een boek vordert, kan opnieuw dienen ter illustratie (zie boven, nr. 143). De ontlener die tot teruggave wordt aangesproken, hoeft zich niet ongerust te maken. Uit het vaststaande gebruik dat de ontlener bij teruggave zijn ontvangstbewijs weerkrijgt, mag de rechter afleiden dat het boek werd terugbezorgd zolang de bibliotheek gemeld ontvangstbewijs niet kan voorleggen (3).

321. — Tenslotte hebben dus — zoals trouwens uit het voorgaande duidelijk kan afgeleid worden — de ervaringsregelen ook hun belang voor het bewijs van de tegenpartij (4).

Wanneer inderdaad, ingevolge de bewijswaardering door de rechter op grond van zekere ervaringsregelen, bepaalde feiten voorlopig als bewezen worden aangezien, dan kan de tegenpartij zich meestal vergenoegen met een indirect tegenbewijs. Zij zal m.a.w. elementen aanvoeren, waaruit de onjuistheid blijkt van de indiciën dank zij dewelke de rechter zijn eerste overtuiging had gegrondvest.

(1) Vgl. art. 330 Rv.; — zie ook in die zin § 444 Z.P.O., volgens hetwelk de inhoud van een stuk, dat door een procespartij wordt achtergehouden, door de eenvoudige bewering van de tegenpartij als bewezen kan aangezien worden; — vgl. met de vordering tot overlegging : boven, nr. 229 e.v.

(2) Zie boven, nr. 205 e.v.; — anders, doch ten onrechte : Cass. fr., 3 maart 1926, *S.*, 1926, 1, 167; — Cass. fr., 5 april 1927, *S.*, 1927, 1, 222. In beide geschillen had de feitenrechter de verweerder veroordeeld omdat deze laatste geweigerd had stukken over te leggen waaruit de nodige gegevens konden gehaald worden om de beweringen van de eiser te staven of te weerleggen; telkens volgde de verbreking, omdat de bewijslast zgz. werd omgekeerd en de eiser het bewijs van de gestelde feiten niet met wettelijke bewijsmiddelen had geleverd. Hierbij verloor men uit het oog dat de rechter op grond van de bewijswaardering gerust het door de eiser te leveren bewijs kon afleiden uit de weigering van de verweerder om ter zake mede te werken; van een omkering van de bewijslast is alsdan uiteraard geen sprake.

(3) Rosenberg, L., *o.c.*, § 14, bl. 191; — vgl. Suyling, J. Ph., *o.c.*, nr. 380, bl. 110.

(4) Voor de verduidelijking van de begrippen bewijs en tegenbewijs : zie boven, nr. 140.

Het is dus zo dat de aard van het tegenbewijs bepaald wordt door de wijze waarop het hoofdbewijs werd geleverd.

Vermits nu dit hoofdbewijs aanzienlijk verlicht wordt door de ervaringsregelen, draagt het tegenbewijs hier ook de gevolgen van.

Diegene die het tegenbewijs moet leveren, zal feiten aanvoeren die de normale toepassing van de ervaringsregelen uitschakelen.

AFDELING III. KENNIS VAN DE FEITEN.

322. — Uiteindelijk moet toch de kennis van de feiten aan de rechter aangebracht worden (1), opdat hij hieraan dank zij de ervaringsregelen de door het objectieve recht voorziene gevolgen moge verbinden.

Er zijn evenwel uitzonderlijk ook gevallen, waarin deze kennis niet door de partijen moet aangebracht worden, hetzij omdat de rechter reeds ambtshalve de feiten kent (processuele feiten en algemeen-bekende feiten), hetzij omdat een dergelijk bewijs overbodig geworden is.

1 §. Processuele feiten.

323. — De rechter heeft inderdaad ambtshalve de kennis van sommige feiten, en wel in de eerste plaats van de processuele feiten, d.w.z. van de feiten die in het geding zelf vóór de rechter hebben plaats gehad (2).

Dergelijke feiten moeten begrijpelijkerwijze niet meer bewezen worden, vermits de rechter er tijdens het geding kennis heeft van genomen. Als dusdanig kunnen aangehaald worden : het getuigenverhoor, het niet verschijnen van de eiser of van de verweerder, de debatten (3), het nemen van besluiten door de partijen, het vertonen

(1) Volledigheidshalve weze er aan herinnerd, dat de rechter zijn beslissing niet ambtshalve mag doen steunen op feiten die niet door de partijen werden gesteld (zie boven, nr. 305), tenzij het natuurlijk gaat om feiten die aan het licht kwamen tijdens een van de onderzoeksverrichtingen waartoe hij op regelmatige wijze overging (zie boven, nr. 294 en verder, nr. 344).

(2) In Duitsland spreekt men van *gerichtskundige Tatsachen :* Lent, F., *o.c.*, § 46, bl. 122; — Bernhardt, W., *o.c.*, § 30, bl. 112; — vgl. Suyling, J. Ph., *o.c.*, nr. 389, bl. 120. Diephuis (III, bl. 271) gebruikt ten onrechte de uitdrukking *eigen waarneming door de rechter,* daar dit tot verwarring aanleiding kan geven.

(3) Zelfs zo deze feiten niet in schriftelijke besluiten werden opgenomen : Verbr., 23 september 1960, *Pas.*, 1961, I, 84.

van overtuigingstukken ter zitting (1), de afgelegde verklaringen bij een persoonlijke verschijning der partijen (2), uitgebrachte bekentenissen, de processuele houding van de partijen (3).

Er mag zelfs aangenomen worden dat de rechter zijn persoonlijke kennis van deze processuele feiten mag inroepen tegen een eventueel proces-verbaal of de vaststellingen van het zittingsblad (4).

Trouwens, zo dergelijke feiten nog moesten bewezen worden, dan zou aan de bewijsvoering geen einde komen : elk bewijs ware alsdan een *probatio diabolica* (5).

324. — In het wetboek van burgerlijke rechtsvordering vindt men zeer mooie v o o r b e e l d e n terug van de kennis van de processuele feiten.

Zo wordt algemeen aanvaard dat ingevolge de bewoordingen van artikelen 42 en 43 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering, gewijzigd door het K.B. van 30 maart 1936, de rechter in laatste aanleg geen proces-verbaal van plaatsschouwing moet opstellen (6). Hier zal de rechter dus werkelijk oordelen op grond van zijn kennis der processuele feiten.

Hetzelfde vindt men terug in artikel 322 van hetzelfde wetboek, volgens hetwelk de rechter de deskundige kan doen oproepen voor de rechtbank om zonder nadere formaliteit inlichtingen te verstrekken over het deskundig onderzoek.

De raming van de konijnenschade is hiervan een duidelijke toepassing. De raming door een deskundige, in aanwezigheid van de vrederechter, moet niet in een proces-verbaal opgenomen worden, wanneer de zaak niet beroepbaar is (7).

Ook kunnen in dezelfde zin nog de artikelen 40 en 294^{bis} (art. 15 K.B. 30 maart 1936) van hetzelfde wetboek aangehaald worden betreffende het getuigenverhoor in zaken die niet voor beroep vatbaar zijn.

(1) Bv. de physische ontsiering, die persoonlijk door de rechtbank wordt vastgesteld : Ronse, J., *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad,* nr. 665, bl. 435.

(2) Van deze verklaringen moet geen proces-verbaal opgemaakt worden; het volstaat dat de rechtbank de verklaringen der partijen, waarop ze zich steunt, in haar vonnis vermeldt : R.P.D.B., Tw. *Comparution personnelle,* nr. 83 e.v.; — Vred. Aarschot, 22 juni 1957, *R.W.,* 1957-58, 1022; — Verbr., 19 mei 1961, *Pas.,* 1961, I, 1011; — Cass. fr., 31 januari 1905, *Pas.,* 1905, IV, 129.

(3) Zie bv. Verbr., 5 april 1957 (*Pas.,* 1957, I, 957) : de rechter, die bij de beoordeling van de oprechtheid van een verklaring door een derde afgelegd, rekening houdt met het feit dat de belanghebbende partij deze verklaring niet heeft tegengesproken, baseert zich niet op een bekentenis van deze partij, maar weerhoudt enkel de houding van deze laatste als element ter appreciatie van de waarde van gemelde verklaring; — vgl. art. 8, 2de lid, Ned. Rv. en art. 116 C.pr.c.it.

(4) Zie aldus : Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 33.

(5) Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 27.

(6) Van Bever, H., A.P.R., Tw. *Afpaling,* nr. 58; — Cass. fr., 22 juli 1895, *D.P.,* 1896, 1, 376.

(7) Artikel 7^{bis} van de wet van 28 februari 1882, gewijzigd door de wet van 4 april 1900; — Pauwels, A., A.P.R., Tw. *Wildschade,* nr. 247 en 252.

Uit deze en andere processuele feiten — en hier ligt juist het belang ervan — kan de rechter allerlei besluiten trekken. Zo kan hij uit de omstandigheid, dat een partij zich in haar conclusies tegenspreekt, niet antwoordt op de gestelde vragen, weigert stukken over te leggen (zie hierover boven, nr. 270), de gevolgtrekking afleiden dat hare beweringen voor onwaar en die van de tegenpartij voor waar moeten gehouden worden. Men vergelijke in dit verband met art. 330 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering, volgens hetwelk indien de partij, die uitgenodigd werd op een verhoor nopens feiten en vraagpunten, niet verschijnt, de feiten waarover het verhoor loopt, voor erkend kunnen gehouden worden.

2 §. Algemeen - bekende feiten.

325. — Ten einde elk misverstand ter zake te vermijden, is het nodig vooraf een bepaling te geven van hetgeen als a l g e m e e n - b e k e n d f e i t kan aangezien worden. Zonder de minste twijfel is de omschrijving in Asser-Anema-Verdam (1) de meest aangepaste : « Als notoir is te beschouwen elk feit of elke toestand, die elk beschaafd, op de hoogte van zijn tijd staand man moet geacht worden te kennen zonder nader onderzoek of die hij zonder noemenswaardig onderzoek uit algemeen toegankelijke bronnen kan te weten komen, en die tevens genoegzame zekerheid bevatten, om als rechtvaardigingsgrond te dienen voor een ernstig maatschappelijke handeling, in dit geval een vonnis » (2).

Het onderscheid tussen de ervaringsregelen en de notoire feiten werd niet steeds met voldoende duidelijkheid weergegeven (3). Ervaringsregelen zijn tenslotte geen feiten, doch de eenvoudige toepassing van een algemeen weten (4), of het regelmatig verband tussen verschillende feiten (5).

Belangrijk is het dan ook te weten of de algemeen-bekende feiten eveneens tot de ambtshalve kennis van de rechter mogen gerekend worden en dienvolgens evenmin bewijs behoeven.

Aanvaardt men de zopas gegeven bepaling, dan is het antwoord

(1) *o.c.,* bl. 30.

(2) Vgl. de bepaling in *Cockle's Cases and Statutes on Evidence,* bl. 13 : « Any matter of such common knowledge that it would be an insult to intelligence to require proof of it »; — zie ook Lent, F., *o.c.,* § 46, bl. 122, die zegt dat het bewijs hiervan eenvoudig grotesk zou zijn.

(3) Zie bv. Cloquet, A., A.P.R., Tw. *Deskundig onderzoek,* nr. 438; — evenmin Chevalier, J., *Remarques sur l'utilisation du juge de ses informations personnelles, Rev. trim. dr. civ.,* 1962, bl. 5 e.v.

(4) Zie Pitlo, A., *o.c.,* bl. 16.

(5) Over het begrip algemene bekendheid en het onderscheid met de ervaringsregelen, leze men de noten B.V.A.R(ölingh) onder H.R., 22 maart 1949, *N.J.,* 1949, 356 en H.R., 16 januari 1951, *N.J.,* 1951, 333.

op de gestelde vraag vanzelfsprekend : de algemeen-bekende feiten behoren tot de ambtshalve kennis van de rechter en moeten dienvolgens door de partijen niet bewezen worden (1).

In Duitsland werd dit trouwens uitdrukkelijk door § 291 Z.P.O. bevestigd : « Tatsachen, die bei dem Gericht offenkundig sind, bedürfen keines Beweises » (2).

Volledigheidshalve weze er evenwel aan herinnerd dat de algemeen-bekende feiten, voor zover het rechtsfeiten zijn, zoals elk ander rechtsfeit, door de partijen moeten gesteld worden (3).

In Engeland spreekt men in dit verband van *judicial notice* hetgeen niet belet dat de partijen, hoewel zij geen bewijslast te dien aanzien dragen, toch de aandacht van de rechtbank hierop kunnen vestigen (*refreshing the memory ot the court*).

Wanneer men evenwel de bepaling van het begrip notoir feit te wijd neemt, dan gaat het meestal over zodanig vanzelfsprekende feiten, dat zij nimmer door de partijen zullen betwist worden en dus ook niet voor bewijs in aanmerking hoeven te komen. Daarom moet men dit begrip ook benaderen vanuit het oogpunt der procederende partijen én van de rechter, die tussen hen over het concrete geschil moet oordelen (4).

326. — Uit de gegeven omschrijving blijkt dat de rechter die kennis rechtstreeks kan bezitten, of zelfs onrechtstreeks na raadpleging van naslagwerken of wetenschappelijke boeken (5).

Vaststaande feiten van technische aard mogen eveneens tot de algemeen-bekende feiten gerekend worden, zelfs zo daarvan doorgaans slechts specialisten op de hoogte zijn (6). Een rechter, die — soms eerder toevallig — deze feiten zou kennen, mag ze gerust op eigen gezag aannemen; deze opvatting stemt trouwens overeen met de

(1) De Hartog, L.S.G., *Notoire feiten in het burgerlijk geding,* Proefschr., Amsterdam, 1899, bl. 51 e.v.; — Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 30 e.v.; — Scholten, P., *Algemeen deel,* bl. 150. In België werd niet steeds op duidelijke wijze het onderscheid gemaakt tussen de algemeen-bekende feiten en de persoonlijke kennis van de rechter : zie bv. Verbr., 30 oktober 1959, *Pas.,* 1960, I, 251.

(2) Zie desbetreffend : Bernhardt, W., *o.c.,* § 30, I, bl. 112.

(3) Zie desbetreffend ook hetgeen reeds t.a.v. de vrijstellingen inzake aanvoering werd gezegd : boven, nr. 20 e.v.

(4) Van Empel, A.C., *Algemene bekendheid en eigen wetenschap des rechters, W.P.N.R.,* 1961, 4694.

(5) *Read* v. *Lincoln,* [1892] A.C. 644; — *Mc. Quaker* v. *Goddard,* [1940] I K.B. 687 : de rechter mag zelf naslagwerken inzien of vragen dat ze door de partijen zouden aangehaald worden.

(6) Zie ook : Warlomont, R., *o.c.,* nr. 29 e.v.

In dit verband kan een interessant geval aangehaald worden dat onlangs beslecht werd door het Hof van Beroep te Brussel (Brussel, 31 mei 1960, *Pas.,* 1961, II, 204). In graad van beroep werden voor het eerst bepaalde wetenschappelijke publicaties ingeroepen; het hof was te recht van oordeel dat dergelijke stukken die algemeen bekend waren voor vakspecialisten, niet moesten medegedeeld worden.

bepaling van artikel 323 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering, volgens dewelke de rechters niet verplicht zijn het advies van de deskundige te volgen, zo dit niet strookt met hun overtuiging (1). Men vergete trouwens niet dat het deskundig onderzoek moet beschouwd worden als een aanvulling van de persoonlijke kennis van de rechter (2).

Is de samenstelling van de rechtbanken van koophandel en van de werkrechtersraden, juist niet o.m. gebaseerd op de bekommernis om in dergelijke geschillen recht te laten spreken door personen, die beter bekend zijn met de gegevens van het sociaal en economisch gebeuren? Kan in deze bekommernis ook niet een gedeeltelijke verklaring gevonden worden van de veelvuldige arbitrages?

Daarenboven is de kennis van deze algemeen-bekende feiten zeer dikwijls verbonden aan een bepaalde plaats of een bepaalde tijd : er zijn feiten die thans als notoir doorgaan, doch die het niet waren in het verleden. Desondanks zijn er enkele constanten der menselijke natuur, die onveranderlijk zijn : zo kan iemand, die slechts tijdens de laatste 14 dagen vóór de geboorte betrekking kon hebben met de moeder, onmogelijk de vader zijn van het geboren kind (3).

Als klassieke voorbeelden kunnen o.m. aangehaald worden : de waarde der munt, de maten en gewichten, de loop der jaargetijden, de zondagen en wettelijke feestdagen, de betekenis van de woorden (zie boven, nr. 313), de ligging van kruispunten (4).

In de rechtspraak kunnen tal van algemeen-bekende feiten teruggevonden worden : het feit dat katten en kemels huisdieren zijn (5), het feit dat de straten van Londen gevaarlijk zijn voor de fietsers (6), de waardevermindering van het geld (7), het genomen zijn van een distributiemaatregel (8), de betekenis van een gebruikelijk beding (9), de rechtskennis van de notaris (10), het gedrag van automobilisten tijdens de verduistering (11), de verkoopprijs van populaire muziekuitgaven (12), de plunderingen te Arnhem in de winter

(1) Een rechter mag zijn persoonlijke technische kennis inroepen om het werk van een deskundige te beoordelen; Cass. fr., 28 oktober 1949, *Bull. Cour Cass.,* nr. 971, bl. 1046.

(2) de le Court, E., *Considérations sur l'expertise judiciaire, J.T.,* 1955, 506.

(3) *R.* v. *Luffe,* (1807), 9 East 193.

(4) Zie bv. H.R., 17 februari 1950, *N.J.,* 1950, 325 : « een plaatselijke gesteldheid kan van algemene bekendheid zijn ».

(5) *Mc. Quaker* v. *Goddard,* [1940] 1 K.B. 687; het verschil tussen huisdier en wild dier was van belang voor de aansprakelijkheid.

(6) *Dennis* v. *White and Co,* [1916] 2 K.B. 1.

(7) *Bryant* v. *Foot,* (1868), L.R. 3 Q.B. 497.

(8) H.R., 24 maart 1922, *W.,* 10913.

(9) H.R., 24 januari 1924, *N.J.,* 1924, 371; — vgl. boven, nr. 312.

(10) H.R., 23 november 1947, *N.J.,* 1948, 135; — vgl. Dalcq, R.O., *Responsabilité notaire, Examen de jurisprudence, Rev. prat. not.,* 1956, 148 e.v.

(11) H.R., 19 december 1947, *N.J.,* 1948, 456.

(12) Arr. Rb. 's Gravenhage, 29 juni 1898, *W.,* 7197.

1944-45 (1), de verkeersopstoppingen in de Koninklijke straat te Brussel rond 17 uur (2), de bij de jaarwisseling 1960-61 in België uitgebroken werkstaking (3),...

327. — Bij dit alles moet nochtans worden aangemerkt dat het soms zeer moeilijk zal zijn nauwkeurig een grens te trekken tussen de algemeen-bekende feiten en de eigen wetenschap van de rechter. Deze eigen wetenschap (persoonlijke kennis) wordt nochtans zeer dikwijls, doch meestal niet uitdrukkelijk, aangewend door de feitenrechter; het voornaamste bezwaar is natuurlijk dat de partijen dit pas vernemen bij het vellen van het vonnis.

De rechtspraak zal dus dikwijls niet algeheel kunnen bevredigen. Ofwel oordeelt de rechter op een wijze, die strijdig is met eigen weten en zal bij hem een gevoel van onbehagen overblijven (4); ofwel gebruikt hij de eigen wetenschap en doet hij iets dat niet mag.

Om dergelijke bezwaren tegen te gaan, werd onlangs voorgesteld dat de rechter bij een persoonlijke verschijning der partijen of op een of andere manier deze laatste zou inlichten over wat hij persoonlijk weet, zodat de partijen dit dan kunnen betwisten. Dit voorstel strekte er meteen toe bij artikel 176 van het Nederlands ontwerp bewijsrecht een derde lid toe te voegen, dat a.v. zou luiden : « De rechter mag alleen dan zijn oordeel over voldoend betwiste stellingen doen steunen op feiten van algemene bekendheid, een buiten partijen om gevormd technisch oordeel of op eigen ervaring en wetenschap betreffende bepaalde feiten en omstandigheden, indien hij tevoren partijen daaromtrent heeft ingelicht en hen in staat heeft gesteld zich daarover uit te laten » (5).

328. — Uit het voorgaande blijkt dat er geen verwarring mogelijk is tussen het begrip *algemeen-bekend feit* en hetgeen in het burgerlijk wetboek wordt bepaald nopens de algemene bekendheid (*commune renommée* : art. 1415, 1442 en 1504 B.W.) en het kennelijk karakter van zekere handelingen of onbevoegdheden (*notoriété* : art. 444, 503 en en 1994 B.W.) (6).

Enerzijds is de algemene bekendheid een bewijsmiddel — in werkelijkheid

(1) Hof Arnhem, 22 maart 1949, *N.J.*, 1950, 144.
(2) Zie nochtans : Verbr., 25 september 1959, *J.T.*, 1959, 631, met noot Ch. V.R.; — zie hierover verder, nr. 371.
(3) Hrb. Antwerpen, 14 november 1961, *R.W.*, 1961-62, 715; — Rb. Bergen, 4 mei 1962, *J.T.*, 1962, 406.
(4) Men vergelijke met het gevoelen dat het procesrecht soms een hinder is voor de volledige kennis van de waarheid : Gerbrandy, S., *Het waarheidsprobleem in het burgerlijk procesrecht*, bl. 29 e.v.; — zie verder, nr. 347.
(5) Van Empel, A.C., *Algemene bekendheid en eigen wetenschap des rechters*, *W.P.N.R.*, 1961, 4695; — vgl. Drucker, H.L., *Eigen wetenschap des rechters*, *R.M.*, 1914, 58 e.v.; — zie ook nog : Chevalier, J., *o.c.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1962, bl. 12-13, 16 en 18.
(6) Deze begripsverwarring vindt men o.m. bij André, G., *La neutralité du juge*, bl. 52.

een variante van het getuigenbewijs — dat slechts mag aangewend worden in de gevallen die uitdrukkelijk door de wetgever werden aangeduid, en nl. om aan de gehuwde vrouw, die gemeen is van goederen, toe te laten het bestaan van zekere goederen, waarvan de man een inventaris had moeten opmaken, te bewijzen. Daar zij uiteraard noch afdoend, noch ter zake dienend kan zijn, vermits zij enkel gebaseerd is op horen zeggen (*on dit*) en op de publieke opinie, werkt zij essentieel als een sanctie (1).

Anderzijds heeft het kennelijk karakter van sommige handelingen of onbevoegdheden met het bewijs niets te maken : de in de vermelde artikelen vereiste kennelijkheid is enkel een publiciteitsvorm als grondvoorwaarde van de toepasselijkheid van zekere wettelijke bepalingen (2). Dit blijkt nog meer uit het feit dat de kennelijkheid zelf door diegene die ze inroept moet bewezen worden (3).

3 §. Feiten, waarvan het bewijs overbodig is.

329. — Van bepaalde feiten moet tenslotte geen bewijs meer geleverd worden, omdat het overbodig geworden is. Zo heeft de wetgever in enkele gevallen aan de rechter de toelating gegeven om uitspraak te doen, hoewel de werkelijkheid der gestelde feiten niet bewezen werd, meestal omdat het niet meer als nodig voorkwam dit te doen. Dit is o.m. zo ingevolge een bekentenis of een gedingbeslissende eed.

330. — Artikel 1356 van het burgerlijk wetboek bepaalt dat de bekentenis volle bewijskracht heeft tegen hem die ze gedaan heeft, zodat de eiser van alle bewijs ontheven wordt omtrent de feiten waarover de bekentenis gaat. Hoewel in werkelijkheid een bekentenis op zich zelf niets bewijst, wordt hieraan bewijskracht toegekend op grond van de overweging dat iemand die tegen zijn eigen belang in iets erkent, toch wel de waarheid moet spreken.

De rechter is dienvolgens gebonden door die bekentenis, zelfs wanneer hij van de oprechtheid ervan niet overtuigd is : de bekentenis stelt vrij van elk bewijs (4).

Er werd zeer veel geredetwist over de wezenlijke aard van de bekentenis (5).

(1) Picard, M., *o.c.*, bl. 152; — Planiol et Ripert, VII², nr. 1514, bl. 964; — zie ook : Dekkers, R., II, nr. 690, bl. 402, voetnoot 2.
(2) Picard, M., *o.c.*, bl. 97 e.v.
(3) Bartin in Aubry et Rau, XII, § 749, noot 9, bl. 77-78.
(4) De Page, III, nr. 1022, bl. 1043. Zeer te recht wijst deze auteur erop dat dit geldt zowel voor de gerechtelijke als voor de buitengerechtelijke bekentenis, mits de werkelijkheid van deze laatste nader onderzocht wordt : *o.c.*, nr. 1024, bl. 1045-1046; — zie ook Decottignies, R., *o.c.*, nr. 54, bl. 124 e.v.; — vgl. § 288 Z.P.O., volgens hetwelk de door de tegenpartij erkende feiten geen nader bewijs behoeven.
(5) Zie o.m. : Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 395 e.v.; — Aubry et Rau, XII, § 751, bl. 116 e.v.; — Picard, M., *o.c.*, bl. 128-130; — Planiol et Ripert, VII², nr. 1562, bl. 1035-1036.

Toch wordt meestal aanvaard dat zij geen eigenlijk bewijsmiddel is, doch veeleer elke bewijsvoering overbodig maakt en uitsluit (1).

Inderdaad, de bekentenis berust enigszins op het beginsel dat de rechter slechts moet ingrijpen — in zover het geen betwisting is, die het openbaar belang betreft — wanneer de partijen het oneens zijn. Blijkt nu evenwel tengevolge van de bekentenis dat er tussen de partijen over een of meer punten geen betwisting meer is, dan moet de rechter niet verder tot een onderzoek of een beoordeling overgaan.

Hierdoor ontstaat geen eigenlijke omkering van de bewijslast, maar staan de door de eiser gestelde feiten vast zonder bewijs (2). Het probleem van de bewijslast stelt zich dus niet meer in hoofde van diegene die de feiten, die het voorwerp van de bekentenis uitmaken, moest bewijzen.

331. — Ook de gedingbeslissende eed speelt dezelfde rol als een bewijs, zonder daarom zelf een bewijs te zijn. Inderdaad, men zal zich slechts op de eed beroepen bij gebrek aan elk ander bewijs : hier is het de onmogelijkheid van bewijs, die de wetgever er toe gebracht heeft om bij middel van de eed alle verdere bewijslevering overbodig te maken. Dit blijkt trouwens uit artikel 1363 van het burgerlijk wetboek, waarin bepaald wordt dat men niet ontvankelijk is om de valsheid van de eed te bewijzen; niet het waarheidsgehalte van de eed, maar de onmogelijkheid van bewijs beheerst deze rechtsinstelling (3).

(1) Artikel 1356, 2de lid, B.W.; — De Page, III, nr. 1007, bl. 1023 en nr. 1014, bl. 1037-1038; — Pitlo, A., *o.c.,* bl. 117; — Asser-Anema-Verdam, *o.c., l.c.;* — Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 83-84; — Anders : Vigelius, C.C., *De leer der bekentenis volgens Nederlandsch burgerlijk procesrecht,* bl. 8 e.v.; — Diephuis, G., III, bl. 97.

(2) Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 18-19. In die zin kan men — wat het resultaat betreft — dan ook enigermate de bekentenis vergelijken met een vermoeden : vgl. Planiol et Ripert, VII², nr. 1562, bl. 1035; — zie verder, nr. 389.

(3) De Page, III, nr. 718*quinquies,* bl. 697, voetnoot 3; — Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 29.

Het rechtskarakter van de gedingbeslissende eed heeft tot vele discussies aanleiding gegeven. Hoewel nog wordt voorgehouden dat de eed een bewijsmiddel zou zijn (Pitlo A., *o.c.,* bl. 137; — Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 83; — Diephuis, G., III, bl. 151 e.v.; — Suyling, J. Ph., *o.c.,* nr. 503, bl. 263-264; — H.R., 15 juli 1923, *N.J.,* 1923, 1027), kan deze opvatting moeilijk verdedigd worden daar de beslissende eed niets bewijst : voor de mens met een rekbaar geweten is het de gelegenheid om een slechte zaak te winnen, voor de mens met een scherp zedelijkheidsbewustzijn de gelegenheid om een eerlijke zaak te verliezen. Het is juist bij gebrek aan bewijsmiddel dat de eed wordt opgedragen (De Page, III, nr. 1041, bl. 1073; — Laurent, XX, nr. 232, bl. 267; — Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations,* IV, nr. 2748, bl. 421); eenmaal afgelegd, mag de eed trouwens niet meer beoordeeld worden door de feitenrechter.

Afgezien van de theorie, die in de eed een scheidsmiddel ziet (Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 438-439; — Dabin, J., *La technique de l'élaboration du droit positif,* bl. 81, voetnoot 1; — Gény, F., *Science et technique,* III, bl. 273-274), neemt men veelal aan dat men hier te doen heeft met een partijenovereenkomst van een speciale soort (Pothier, *Traité des obligations,* nr. 916; — De Page, III, nr. 1042, B, bl. 1075 e.v.; — Eggens, J., *o.c.,* in *Handelingen Nederlandse Juristenvereniging,* 1951, I, bl. 27). Men zou wellicht in de eed een speciale vorm van bewijslastovereenkomst kunnen zien. Inderdaad, normaal draagt de eiser (of hij die een exceptie inroept) de bewijslast, zodat hij bij

332. — Kunnen bij vermelde feiten, waarvan het bewijs als overbodig wordt geacht, ook nog de gevallen gevoegd worden waarin er een gebrek is aan tegenspraak? Dit zal zich voordoen wanneer de tegenpartij in gebreke is een behoorlijke, bepaalde en afdoende tegenspraak naar voren te brengen (1).

Het niet-voldoende weerspreken van de gestelde feiten, of beter gezegd de ongemotiveerde ontkenning, werd reeds elders besproken (zie boven, nr. 140). Men kan toch moeilijk beweren dat in een dergelijk geval elk bewijs overbodig zou zijn (2). Het is evenwel nodig eens te meer een onderscheid te maken. Een gewone ontkenning van de door de eiser *gestelde* feiten laat de bewijslast op deze laatste rusten (3); heeft de eiser evenwel aan zijn *bewijs*verplichtingen voldaan, dan volstaat de ontkenning (4) van de tegenpartij niet meer zodat de eiser alsdan geen nader bewijs meer moet leveren (5).

In de gevallen waarin de ongemotiveerde ontkenning volstaat, moet deze ontkenning nochtans ondubbelzinnig zijn. Soms zal, zoals gezegd, een dergelijke ontkenning onvoldoende zijn en moet de verweerder zelfstandige feiten stellen. Dit zal het geval zijn telkens wanneer de rechter, rekening houdend met de wijze waarop het geding *in concreto* gevoerd wordt, geneigd zal zijn bij gebrek aan deugdelijke tegenspraak de eiser in het gelijk te stellen : zo bv. wanneer eisers stellingen aannemelijker zijn dan die van verweerder (6), wanneer het geding feiten betreft waarover de verweerder zich gemakkelijker kan uitlaten, wanneer de verweerder bij gebrek aan nadere mededeling de rechter in de onmogelijkheid stelt zich een oordeel over de zaak te vormen,... (7).

Dat het niet-weerspreken van de feiten, d.w.z. het niet-betwisten elk bewijs overbodig maakt, hoeft geen nader betoog : op de ver-

gebrek aan enig bewijs zal afgewezen worden; daarom vraagt hij een laatste kans door met de tegenpartij een overeenkomst te sluiten, waardoor de bewijslast op deze laatste wordt gelegd. De tegenpartij kan ofwel de eed afleggen en het proces winnen, ofwel de eed niet afleggen en dus vermits zij de bewijslast draagt, het proces verliezen. Er bestaat ook de mogelijkheid om de eed terug te wijzen en dus opnieuw de bewijslast op de eiser te leggen.

(1) Zie ook § 138, III, Z.P.O. : « Tatsachen, die nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen, wenn nicht die Absicht sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht ».

(2) Stévigny, G., *De bewijslast in het burgerlijk proces,* nr. 26, *R.W.,* 1957-58, 138; —Verbr., 20 mei 1915, *Pas.,* 1915-16, I, 294; — Anders : Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 19-20; — Pitlo, A., *o.c.,* bl. 14.

(3) Vgl. Verbr., 8 februari 1957, *Pas.,* 1957, I, 680.

(4) De ontkenning en de niet-behoorlijke betwisting kunnen immers betekenen dat de verweerder weigert mede te werken : Hrb. Brussel, 14 december 1948, *Bull. Ass.,* 1949, 225; — zie ook : H.R., 29 november 1957, *N.J.,* 1958, 31; — Thesingh, H., *o.c.,* nr. 27, bl. 61-62; — vgl. Hrb. Brussel, 28 januari 1958, *Jur. Comm. Brux.,* 1958, 221.

(5) Verbr., 25 januari 1956, *Pas.,* 1956, I, 538.

(6) Zie bv. Rb. Charleroi, 2 mei 1955, *Pas.,* 1956, III, 108 (boven, nr. 312 in voetnoot).

(7) Voor deze en andere gevallen, zie Gerbrandy, S., *Rechtspraak over de deugdelijkheid van het verweer in burgerlijke zaken, N.J.B.,* 1952, 369 e.v. en 385 e.v.

weerder rust, naar analogie van de bewijslast van de eiser, hetgeen soms genoemd werd *une charge de la contestation* (1).

Nochtans mag men hieruit niet afleiden, dat de rechter niet meer het recht zou hebben het bewijs te vorderen van feiten die niet betwist werden (2). Wanneer men nogmaals onderlijnt dat de rechter de materiële waarheid moet trachten te kennen, dan mag men geredelijk aannemen dat hij zich niet moet beperken tot het bewijsmateriaal dat de partijen hem wel willen aanbrengen; dit werd zeer duidelijk beklemtoond door een arrest van het Hof van Cassatie : « aucune loi ne fait obstacle à l'application du pouvoir conféré au juge par l'article 254 du code de procédure civile et lui permettant d'office toute preuve testimoniale qu'il estime utile *à la manifestation de la vérité*... Que la loi n'a pas voulu que dans *la recherche de la vérité,* les magistrats puissent se trouver limités par l'effet de la négligence ou de l'impéritie de la partie... » (3).

Er zijn trouwens grenzen aan het niet-betwisten, vermits de invloed van de niet-betwisting meestal beperkt blijft tot geschillen, die de betrekking hebben op rechtsgevolgen welke ter vrije beschikking van de partijen staan (4).

333. — Er moet een onderscheid gemaakt worden tussen het niet-weerspreken van de feiten enerzijds en de bekentenis anderzijds. Feiten, die niet betwist werden, kunnen immers nog in een latere fase van het geding — bv. in beroep — ontkend worden, in tegenstelling met de feiten die bekend werden.

De bekentenis is immers een uitdrukkelijke verklaring(5), zodat er van een stilzwijgende bekentenis in principe geen sprake kan zijn. Dit volgt niet alleen uit de in de wet gebruikte termen (art. 1356, 1ste lid, B.W.), maar ook uit het feit dat het zeer misleidend zou zijn, moest men in elk stilzwijgen een bekentenis zien (6).

(1) Motulsky, H., *Réalisation méthodique du droit privé,* nr. 110, bl. 119; — zie ook : Hrb. Brussel, 14 december 1948, *Bull. Ass.* 1949, 225.

(2) Zie nochtans aldus H.R., 27 februari 1924, *N.J.,* 1924, 495 : « bewijs van tussen partijen vaststaande feiten mag door de rechter niet gevorderd worden »; — zie ook : Rb. Bergen, 9 april 1954, *J.T.,* 1955, 22; — H.R., 17 december 1920, *W.,* 10736; — H.R., 10 december 1943, *N.J.,* 1944, 240; — Heenen, J., *Preuve de la conformité des marchandises vendues,* noot onder Gent, 1 februari 1952, *R.C.J.B.,* 1952, 210, voetnoot 1.

(3) Verbr., 3 juli 1913, *Pas.,* 1913, I, 368; — zie ook : Cass. fr., 18 februari 1885, *D.P.,* 1885, 1, 249; — Haardt, W.L., *o.c.,* in *Handelingen Nederlandse Juristenvereniging,* 1951, I, bl. 64; — vgl. Verbr., 11 oktober 1960, *Pas.,* 1961, I, 155.

(4) Zie verder nog, nr. 343; — zie ook : Thesingh, H., *o.c.,* nr. 22, bl. 49.

(5) Verbr., 6 juli 1950, *Pas.,* 1950, I, 812 : « l'aveu... exige la volonté de faire, au sujet d'une contestation née et actuelle, une *déclaration* destinée à servir de preuve à la partie adverse ».

(6) Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 390-391; — vgl. : De Page, III, nr. 1012, bl. 1035; — Planiol et Ripert, VII², nr. 1563, bl. 1036-1037; — Cass. fr., 11 augustus 1851, *S.,* 1851, 1, 472; — H.R., 22 april 1887, *W.,* 5434; — H.R., 22 maart 1901, *W.,* 7583; — Anders : Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 144; — Suyling, J. Ph., *o.c.,* nr. 386, bl. 116; — H.R., 29 januari 1886, *W.,* 5268; — H.R., 17 november 1892, *W.,* 6273.

Dit belet niet dat in zeer uitzonderlijke omstandigheden, het omstandig stilzwijgen van een partij zodanig kan zijn, dat het door de rechter in zekere mate *zoals* een bekentenis zou kunnen geïnterpreteerd worden. Dit betekent dus dat een dergelijke processuele houding weliswaar geen bekentenis is (1), doch door de rechter vrijelijk, wat de rechtsgevolgen betreft (2), met een bekentenis zou kunnen gelijkgesteld worden. De feitenrechter interpreteert immers de houding der procespartijen : hij doet aan bewijswaardering (3).

In dit verband kan ook nuttig verwezen worden naar artikel 330 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering en naar het arrest van het Hof van Cassatie van 5 april 1957 (4), volgens hetwelk de feitenrechter, die rekening houdt met het feit dat een procespartij een verklaring die door een derde gedaan werd, niet tegenspreekt, zich niet baseert op een bekentenis, maar heel eenvoudig de processuele houding weerhoudt als element bij de beoordeling van de zaak.

334. — De meest scherpe vorm van een tekort aan tegenspraak is tenslotte ongetwijfeld het verstek van de gedaagde.

Nochtans heeft het Hof van Cassatie blijkbaar de gevolgtrekking, die men uit deze vorm van gebrek aan tegenspraak wil afleiden, afgekeurd door te verklaren dat het verstek geenszins een bekentenis van de gedaagde inhoudt; de rechter moet op basis van de artikelen 19, 150 en 434 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering de eis van de verzoekende partij onderzoeken en nagaan of de ingestelde vordering als rechtmatig en gegrond voorkomt (5).

Daarenboven kan de rechter, in geval van verstek, in de krenking van een bepaald principe — zelfs zo dit niet van openbare orde is — een aanslag zien op de rechten van de verdediging. Wanneer de rechter dat doet, dan past hij het beginsel toe dat ten grondslag ligt aan de organisatie van de rechtspleging (6).

Deze vaststelling bevestigt nogmaals dat aan de rechter een belangrijke taak toegewezen wordt : bij het zoeken naar de eindbeslissing mag hij zich niet beperken tot de waarheid, zoals die door één partij gewild wordt, maar moet hij in de mate van het mogelijke rekening houden met de rechten van de beide partijen om tot de materiële waarheid te komen.

Hieruit volgt dat de rechter in de eerste plaats de rechtmatigheid van de vordering, d.w.z. de overeenstemming met de wet, zal moeten vaststellen : hierdoor wordt dus het juridisch verband tussen de feiten en de eis bedoeld. Doch ook de gegrondheid van de eis, nl. het bewijs

(1) Anders, doch ten onrechte : Cass. fr., 3 maart 1926, *S.,* 1926, 1, 167.

(2) Zie : Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 390; — Pitlo, A., *o.c.,* bl. 114-115.

(3) Vgl. De Page, *o.c., l.c.,* — zie nochtans voor de buitengerechtelijke bekentenis : Verbr., 19 oktober 1944, *Pas.,* 1945, I, 14.

(4) *Pas.,* 1957, I, 957.

(5) Verbr., 30 april 1936, *Pas.,* 1936, I, 228, met voetnoot 4 van P.L.

(6) Bernard, A., et Gutt, E., *Examen de jurisprudence* (1953-54), *Procédure civile, R.C.J.B.,* 1955, 163; — zie o.m. Vred. St. Gillis, 12 november 1952, *R.W.,* 1952-53, 1036, die zich ondanks het verstek onbevoegd verklaarde *ratione loci.*

van de gestelde feiten, moet door de rechtbank nagegaan worden. Sommigen leidden hieruit af dat de taak van de rechter uitgebreider is bij een verstekprocedure dan wel in geval van een rechtspleging op tegenspraak (1), vermits in het laatste geval de rechter de niet-betwiste feiten als vaststaande moet beschouwen, zelfs al acht hij ze ongegrond, terwijl hij in een verstekprocedure, zo de gestelde feiten als ongegrond voorkomen, de eis zal afwijzen of de eiser bewijs zal opleggen (2). Soms ging men zelfs zo ver te verklaren dat de rechter eventueel verplicht is de overlegging van bewijsstukken te bevelen (3).

Hoe dit ook zij, in werkelijkheid wordt deze stelling van het hoogste gerechtshof, zelden even strikt in de praktijk toegepast door de feitenrechter. Deze laatste is immers machtiger wanneer één der partijen verstekdoende is, omdat hij alsdan op geen besluiten hoeft te antwoorden. Indien hij verklaart dat de eis gegrond voorkomt, kan het Hof van Cassatie moeilijk oordelen of de vereiste bewijzen voorhanden waren (zie ook boven, nr. 23).

335. — In geschillen van staat en bekwaamheid wordt dikwijls bewijs opgelegd ondanks het verstek van de tegenpartij (4).

In dit opzicht is een vergelijking met Nederland treffend. Volgens de rechtsleer en de rechtspraak wordt de rechter in geval van verstek weliswaar van elk nader onderzoek naar de waarheid van eisers beweringen ontheven en kan hij zich voor de beoordeling van de gegrondheid uitsluitend baseren op de dagvaarding, zodat het vonnis mag gegeven worden zonder dat er van bewijs der gestelde feiten sprake is (5). Toch heeft de Hoge Raad, hoewel hij algemeen deze opvatting bijtreedt, de uitspraken die in verschillende personen- en familierechtelijke betwistingen bij verstek bewijs oplegden, gesanctioneerd door te beslissen dat artikel 76 van het Nederlands wetboek van burgerlijke rechtvordering (= art. 150 Rv.) de rechter toestaat bij verstek bewijs op te leggen (6).

In verschillende proceswetgevingen wordt trouwens uitdrukkelijk een verschil gemaakt voor de familierechtelijke gedingen. Het Duitse Z.P.O. voorziet een uitzondering op het beginsel dat de gerechtelijke bekentenis elk bewijs overbodig maakt (§ 288) voor zaken betreffende ontbinding of nietigheid van een huwelijk (§ 617), ontkenning van de wettigheid van een kind

(1) Voetnoot (4) P.L. onder Verbr., 30 april 1936, *Pas.*, 1936, I, 229.
(2) Scheltema, F.G., *o.c.*, bl. 21; — vgl. Pitlo, A., *o.c.*, bl. 9 en 15.
(3) Carré, C.L.J., *Lois de la procédure civile*, dl. II, 2de uitg., door A. Chauveau, Brussel, 1846, bl. 18.
(4) Vgl. met de omzichtigheid die aan de dag wordt gelegd bij de beoordeling van een bekentenis in een echtscheidingsprocedure : Verbr., 12 januari 1933, *Pas.*, 1933, I, 71; — art. 870 Rv.
(5) Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 28-29; — Scheltema, F.G., *o.c.*, bl. 21.
(6) H.R., 7 november 1930, *N.J.*, 1931, 91, met noot P.S.; — H.R., 15 maart 1946, *N.J.*, 1946, 187; — H.R., 26 augustus 1949, *N.J.*, 1950, 55, met noot D.J.V.

en inroeping of betwisting van staat (§ 640) en instelling of opheffing van curatele (§§ 670, 679, 684 en 686). In dezelfde zaken mogen evenmin dadelijk verstek-vonnissen gewezen worden (§ 618, waarnaar de §§ 640 en 670 verwijzen), vermits de eiser de feiten die aan de eis ten grondslag liggen, eerst moet bewijzen.

336. — In dit verband moet er ook op gewezen worden dat soms de mening werd geuit, dat de regel, krachtens dewelke de rechter de feiten, die niet of onvoldoende werden betwist of die bekend werden, als vaststaande moest aannemen, in bepaalde gevallen uitzondering lijdt.

Er werd nl. betoogd dat de overbodigheid van het bewijs in gemelde omstandigheden slechts betrekking zou hebben op gedingen van zuiver vermogensrechtelijke aard en dus niet van toepassing zou zijn op geschillen waarin het openbaar belang betrokken is (1), op geschillen van staat en bekwaamheid (2) ofwel op gedingen over rechten, die aan de beschikking van de partijen zijn onttrokken (3).

Deze opvatting kan niet anders dan met omzichtigheid gedeeld worden (4); zij sluit trouwens aan bij hetgeen in den beginne gezegd werd ten aanzien van het toepassingsgebied van de bewijslast (zie boven, nr. 80 e.v.).

337. — Over de invloed van de wettelijke vermoedens op de feitenkennis van de rechter, zal verder uitgeweid worden (zie verder, nr. 374 e.v.).

(1) Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 400 e.v.
(2) Star Busmann, C.W., *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, nieuwe uitg., Haarlem, 1948, nr. 204, bl. 242.
(3) Suyling, J. Ph., *o.c.*, nr. 369, bl. 89-90 en nr. 482 en 483, bl. 241 e.v.
(4) Aldus ook Scheltema, F.G., *o.c.*, bl. 22 e.v.

HOOFDSTUK IV.

BESLUIT

338. — Uit het voorgaande blijkt dat a a n d e r e c h t e r ondanks de traditionele opvatting over diens zogenaamde lijdelijkheid, toch een belangrijke t a a k in de hele bewijsregeling is opgedragen.

Dat deze taak een grote invloed uitoefent op de bewijslast van de partijen, ligt na de vorige uiteenzetting voor de hand.

De partijen moeten ongetwijfeld als *domini litis* de feiten aanvoeren en bewijzen (1), waaruit zij de werkelijke toedracht van het geschil willen zien afleiden om de door hen gewenste rechtsgevolgen te zien intreden. Doch de interpretatie ervan en de bewijswaardering behoren tot de soevereine bevoegdheid van de feitenrechter, die oordeelt of de voorgebrachte bewijzen voldoende zijn, dan wel of een nadere bewijslevering noodzakelijk is : in dit verband kan hij onderzoeksmaatregelen bevelen en zich de medewerking van de beide gedingvoerende partijen (zie boven, nr. 205 e.v.) verzekeren.

Vermeldenswaard in dit verband is het arrest van het Hof van Beroep te Luik d.d. 18 november 1948 (2), volgens hetwelk de rechter door de partijen de elementen mag doen aanbrengen, die onvoldoende werden belicht. Ter zake werd dan ook de heropening der debatten bevolen ten einde de beide partijen te verplichten zich nader te verklaren over een welbepaald geschilpunt.

Nochtans mocht de rechter, indien hij zich, zoals gebruikelijk, wilde tevreden stellen met de elementen aangevoerd door de partijen, zonder meer uitspreken ten nadele van de met het bewijs belaste partij. Zo hij bekommerd is om de materiële waarheid, zal hij verdere opzoekingen willen doen; hierbij verlieze men daarenboven niet uit het oog dat de rechter volgens de wet (art. 1134, 3de lid, B.W.) de rechten en verplichtingen van de partijen vaststelt naar de

(1) Ten onrechte werd betoogd dat ook de rechter bewijst, omdat wat de partijen bewezen willen zien, eerst werkelijk bewezen zou zijn, nadat en doordat de rechter dit bewezen heeft verklaard (Eggens, J., *o.c.,* in *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 1951, I, bl. 10-11). In werkelijkheid doet de rechter *zich* bewijzen door de partijen (Scholten, P., *Eggens' Bewijsrecht,* in *Verzamelde Geschriften,* IV, Zwolle, 1954, bl. 358).

(2) *Pas.,* 1949, II, 17.

eisen van de goede trouw (1) en hen kan verplichten ook tijdens het proces dienovereenkomstig te handelen (zie boven, nr. 259).

In talrijke gevallen heeft de feitenrechter trouwens het belang van zijn taak begrepen : zo werd niet alleen de bewijslast verlicht op grond van de algemene ervaringsregelen of van de feiten waarvan de rechter kennis mocht hebben, maar heeft de rechter zich ook, in navolging van de wetgever (2), laten leiden door sociale overwegingen om de bewijslast van bepaalde categorieën van personen (bv. slachtoffers van ongevallen) aanzienlijk te verlichten (3).

339. — Van een o m k e r i n g v a n d e b e w i j s l a s t door de feitenrechter kan er nochtans moeilijk gesproken worden (zie ook boven, nr. 191). De vereenvoudiging van het bewijs, noch de bewijswaardering, kunnen zoals gezegd in die zin geïnterpreteerd worden.

Te vermelden valt het feit dat artikel 19 van de wet van 17 april 1878, dat schijnbaar de rechter toelaat vrijelijk de bewijslast te regelen, evenmin een omkering van de bewijslast tot gevolg heeft. Volgens dit artikel zal wanneer de strafrechter de partijen voor de regeling van een prejudicieel geschil naar de burgerlijke rechtbank heeft verzonden, deze laatste de partij aanwijzen die ten opzichte van de te leveren bewijzen als eiser moet beschouwd worden. Nochtans blijkt dat de burgerlijke rechter hierbij de normale regelen van de bewijslast in acht moet nemen en dus niet willekeurig kan optreden (4).

In dit verband kan evenwel verwezen worden naar de a a n v u l l e n d e e e d; hier beslist de rechter of hij deze eed zal opleggen (zie boven, nr. 294) en aan welke partij (5).

(1) Baert, F., *De goede trouw bij de uitvoering van overeenkomsten, R.W.,* 1956-57, 496.

(2) Zie o.m. art. 1384 e.v. B.W.; — vgl. in dit verband artikel 1781 B.W., volgens hetwelk de meester van het werk op zijn woord geloofd werd inzake uitbetaling van lonen; dit artikel werd in het beginstadium van de sociale wetgeving opgeheven door de wet van 10 juli 1883.

Zie ook het verschil tussen huishuur en landpacht, waarvan bepaalde wettelijke regelingen totaal uiteenlopend zijn : wanneer geen staat van het gehuurde werd opgemaakt, wordt de huurder vermoed het in goede staat te hebben ontvangen (art. 1731 B.W.), terwijl de pachter vermoed wordt het te hebben ontvangen in de staat waarin het zich bevindt op het einde van de gebruiksperiode (art. 1778, § 6 : wet 7 juli 1951, art. 18); in werkelijkheid betreft het hier een totaal verschillende bewijslastregeling.

Hoewel normaal het causaal verband door het slachtoffer van een ongeval moet bewezen worden, bepaalt artikel 1, 6de lid, van de wet van 24 december 1903 op de arbeidsongevallen dat het ongeval tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst vermoed wordt te zijn veroorzaakt door die uitvoering (vgl. Cass. fr., 7 april 1921, *S.,* 1922, 1, 81).

(3) Rouast, in *Travaux association H. Capitant* 1949, bl. 77; — zie hierover verder, nr. 385 e.v.

(4) P.B., Tw. *Questions préjudicielles devant les tribunaux répressifs,* nr. 578 e.v.; — R.P.D.B., Tw. *Questions préjudicielles,* nr. 145 e.v.

(5) Zie desbetreffend : advies Advocaat-Generaal Pholien vóór Verbr., 10 juni 1915, *Pas.,* 1915-16, I, 313; — H.R., 29 mei 1925, *N.J.,* 1925, 970.

Er bestaan evenwel twee uitzonderingen op deze vrijheid van keuze van de rechter.

De vrijheid bij de keuze van de partij aan wie de aanvullende eed zal worden opgedragen moet zeer duidelijk onderlijnd worden, omdat dit element een belangrijke uitzondering brengt op de normale regelen van de bewijslast (1).

Inderdaad, de partij op wie de bewijslast rust, loopt het risico van de mislukking der bewijsvoering; zodra de grondslag van de eis of de basis van het verweer tegen een behoorlijk gestaafde eis ingebracht, voor een zeker deel bewezen is, gaat het soms niet op onverbiddelijk het beginsel toe te passen dat de partij die aan haar bewijsverplichting is tekort gekomen, steeds ongelijk krijgt (2). Wat niet geheel bewezen werd kan dan toch, ingevolge een eedopdracht door de rechter, bewezen worden.

De rechter hoeft zich dus geen vragen te stellen naar de verdeling van de bewijslast (3); hij zal zich bij de aanduiding van de partij die de eed zal moeten afleggen, vaak laten leiden door zijn indruk omtrent de betrouwbaarheid der gedingvoerende partijen (4).

Nochtans zal de eed bij voorkeur opgedragen worden aan de partij waarvan de beweringen reeds min of meer bewezen zijn (5). Minder gepast is de redenering volgens dewelke de voorkeur moet gegeven worden aan de verweerder, omdat het niet geraadzaam zou zijn de eiser, die normaal de bewijslast draagt, te laten oordelen over zijn eigen zaak (6).

340. — Geleidelijk bemerkt men dat de traditionele opvatting over de lijdelijkheid van de rechter afgedaan heeft. Meer en meer wordt de aandacht gevestigd op het feit dat de materiële waarheid veeleer dan de formele waarheid door de rechter moet achterhaald worden op grond van de door de partijen gestelde feiten. Böhmer heeft in dit verband het onderscheid gemaakt tussen hetgeen hij noemde de liberale opvatting van de formele waarheid en de socialistische opvatting van de materiële waarheid (1).

Andere auteurs hebben dezelfde idee verkondigd, doch uitgaande van een verkeerde vaststelling : de openbare orde of het procesrechtelijke karakter van de bewijsregeling kunnen niet als argumenten ter zake worden ingeroepen (2). Inderdaad, de waarheid zoals die door de rechter moet opgespoord worden blijft een relatieve waarheid, de waarheid namelijk over de verhouding van de partijen, zoals die in een concreet geding op grond van de procesvoering door die partijen en van het bindend oordeel door de rechter, tot gelding komt (3). Zo is het dat bv. het waarheidsgehalte van feiten, die met dit concrete geding geen uitstaans hebben en dus niet pertinent zijn (zie boven, nr. 222), geen enkel belang vertoont.

341. — Het lijkt wel nodig even stil te staan bij het onderscheid tussen formele waarheid en materiële waarheid, des te meer daar het belang en het bestaan van dit onderscheid onlangs nog in twijfel werden getrokken (4). Men kan weliswaar betreuren dat een dergelijk onderscheid gemaakt wordt, vermits er slechts één waarheid is, nl. de materiële waarheid.

Artikel 24 van de wet van 15 december 1872 bepaalt immers dat, wanneer een partij, aan wiens handelsboeken de andere partij verklaard heeft geloof te zullen hechten, deze boeken weigert open te leggen, de rechter alsdan de aanvullende eed mag opdragen aan de partij die de openlegging heeft aangevraagd. Anderzijds kan de schattingseed slechts aan de eiser opgedragen worden (art. 1369 B.W.).

(1) Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 473 en 476 stellen dit aspect enigszins anders voor, niet alleen omdat zij de procesrechtelijke theorie genegen zijn (zie boven, nr. 161 e.v.), maar ook omdat zij menen dat de gewone bewijslevering, zoals die o.m. gereglementeerd is door artikel 1315 van het burgerlijk wetboek, reeds zou afgelopen zijn op het ogenblik dat de aanvullende eed wordt opgedragen. Een dergelijke voorstelling verwekt ten onrechte de indruk dat de aanvullende eed geen afbreuk zou doen aan de normale bewijslastverdeling; de rechter grijpt nochtans daadwerkelijk in vermits hij niet uitspreekt ten nadele van de procespartij die de bewijslast draagt, doch zijn beslissing slechts treft na de al dan niet afgelegde aanvullende eed. Deze eed is trouwens voor tegenbewijs vatbaar.

(2) Suyling, J. Ph., *o.c.*, nr. 497, bl. 260.

(3) Pitlo, A., *o.c.*, bl. 157.

(4) De Page, III, nr. 1069, bl. 1097; — Cass. fr., 9 juni 1928, *S.*, 1929, 1, 45. Voor enkele toepassingsgevallen desbetreffend, zie o.m. : Gent, 3 maart 1932, *R.G.A.R.*, 1932, 1094; — Hrb. Brussel, 21 mei 1934, *R.G.A.R.*, 1935, 1848. In een zekere mate kan hierin een toepassing gezien worden van het principe van de geschiktheid tot bewijsvoering (*aptitude à la preuve*) : zie boven, nr. 97.

(5) Beudant, IX², nr. 1332, bl. 429; — Aubry et Rau, XII, § 767, bl. 390; — Garsonnet et Cézar-Bru, II, nr. 307, bl. 506; — Verbr., 8 oktober 1914, *Pas.*, 1915-16, I, 102 (ter zake had de feitenrechter de aanvullende eed opgedragen aan de eiser, die reeds zekere feitelijke vermoedens tot staving van zijn eis had voorgebracht); — Gent, 24 december 1959, *R.W.*, 1959-60, 1167.

(6) Aldus nochtans Rb. Dendermonde, 23 juni 1934, *Pas.*, 1936, III, 54.

(1) *Einführung in das bürgerliche Recht,* nieuwe uitg., Tübingen, 1954, dl. I, bl. 109 e.v.; — vgl. Katzarov, K., *Théorie de la nationalisation,* Neuchâtel, 1960, bl. 232 e.v.; bl. 369 e.v.; — zie ook Dekkers, R., *Le droit privé socialiste, J.T.,* 1960, 369 e.v.

Vóór Böhmer werd dit reeds verkondigd door Solon (zie Gabriel, *Essai sur la nature, les différentes espèces et les divers degrés de force des preuves,* nieuwe uitg. door Solon, Toulouse, 1824), die bevestigde dat de rechter zelf opzoekingen mag doen, omdat de waarheid *une et indivisible* is. Ook Demogue kan als één der voorlopers van deze opvatting beschouwd worden : *Les notions fondamentales du droit privé,* bl. 538 en 540.

Hoewel de beschouwingen van Böhmer lezenswaardig zijn, moet men toch voorzichtig zijn in het bezigen van sommige uitdrukkingen. Dit blijkt ook uit de Sovjetliteratuur, volgens dewelke de *burgerlijke rechters van de kapitalistische maatschappij* niet in staat zijn de materiële waarheid te ontdekken, omdat zij steeds zouden oordelen op grond van een klasserechtsbewustzijn! In de wetgeving van de U.S.S.R. wordt aan de rechter de bevoegdheid gegeven om ook buiten de partijen de nodige opzoekingen te doen en alle bewijsmateriaal te verzamelen (Wyschinski, A.J., *o.c.*, bl. 237 en 263 e.v.). Deze bevoegdheid van de rechter wordt uitdrukkelijk voorzien in artikel 18 van het nieuwe wetboek van burgerlijke rechtsvordering (Dekkers, R., *Beginselen der burgerlijke rechtspleging van de Sowjetunie en de Verenigde Republieken, R.W.*, 1961-62, 2572).

(2) Dit werd nochtans vooropgesteld door Le Balle, *o.c.*, bl. 38 e.v., en na hem door Legeais, *o.c.*, bl. 184; — vgl. de publiekrechtelijke theorie : boven, nr. 153 e.v.; — zie ook : Tissier, A., *o.c., Rev. trim. dr. civ.*, 1906, 653.

(3) Gerbrandy, S., *Het waarheidsprobleem in het burgerlijk procesrecht,* bl. 16 e.v.; — Melai, A.L., *Het waarheidsprobleem in het strafproces, Handelingen van de vereniging voor wijsbegeerte des rechts,* Zwolle, 1961, bl. 48.

(4) Gerbrandy, S., *o.c.*, bl. 33 e.v.

De waarheid in formele zin betekent dat de rechter zich tevreden mag stellen met datgene wat door de partijen en zoals het door de partijen wordt voorgebracht, zonder zich te bekommeern om wat werkelijk gebeurd is; bij het zoeken naar de materiële waarheid daarentegen, zal de rechter zich voornamelijk laten leiden door de gedachte dat hij feitenkennis moet verzamelen met het oog op een rechtvaardige beslissing, d.w.z. een beslissing die de werkelijk bestaande partijenverhouding benadert en zo mogelijk bekrachtigt.

Dit betekent niet dat de materiële waarheid zoals die in het procesrecht aan het licht moet treden niet e i g e n s o o r t i g zou zijn; men kan trouwens gemakkelijk aannemen dat het begrip *waarheid* in het algemeen een verschillende draagwijdte zal hebben op de onderscheidene gebieden van het menselijk bestaan.

Zo kan het o.m. gebeuren dat een aantal feiten die op zichzelf waar zijn, buiten beschouwing moeten blijven, omdat zij niet ter zake dienend of niet afdoend zijn (zie boven, nr. 222 e.v.). Het gezag van gewijsde kan eveneens een kennisneming door de rechter van feiten, die op zichzelf waar zijn, in de weg staan. Dat een strakke bewijslastverdeling, evenals de onsplitsbaarheid van de bekentenis (zie verder, nr. 351) en sommige wettelijke vermoedens (zie verder, nr. 374 e.v.) regelen zijn, die soms beletten dat de rechter rekening zou houden met waarheden, die in het hangende geschil een zeker belang hebben, hoeft dan ook geen nader betoog. Dergelijke voorschriften kunnen inderdaad verhinderen dat een onderzoek zou worden ingesteld naar de feiten die de verhouding tussen de partijen beheersen, of dat dit onderzoek zo bevredigend zou verlopen dat de rechter volledig kennis van die feiten bekomt. Deze vaststelling kan wel een zeker onbehagen scheppen, doch men verlieze hierbij niet uit het oog dat het proces een rechtsstrijd is met eigen regelen en kenmerken (1).

Erger wordt het wanneer men moet constateren dat de interpretatie door de rechtsleer en de rechtspraak zozeer de nadruk heeft gelegd op de processuele regelen of verkeerde opvattingen desbetreffend heeft gehuldigd, dat hierdoor de benadering van de waarheid wordt belemmerd en de beslissing van de rechter als onrechtvaardig moet voorkomen. Daarom juist was het nodig achtereenvolgens de bewijslastverdeling, de taak van de partijen en van de feitenrechter te ontleden ten einde in de mate van het mogelijke gemelde bezwaren op te vangen, in het belang van de materiële waarheid. Deze waarheid

(1) Gerbrandy, S., *o.c.*, bl. 36.

wordt immers niet bereikt wanneer de rechter, ingevolge de interpretatie die men aan sommige voorschriften geeft, niet vermag door te dringen tot een belangrijk feitencomplex, met het gevolg dat de uitspraak onrechtvaardig is. Nochtans is het hiervoor niet nodig aan de rechter inquisitoriale bevoegdheden te geven, des te meer daar het opsporen van de waarheid steeds langs de partijen om moet geschieden.

Tenslotte kan het gebeuren dat het verwijt moet gericht worden tot de wetgever, die de processuele regelen soms onvoldoende kan genuanceerd hebben en aldus de bevoegdheden van de feitenrechter al te zeer beperkt heeft.

342. — Hoe de tussenkomst van de feitenrechter verder in de toekomst *de lege ferenda* moet geregeld worden, weze hier buiten beschouwing gelaten. Er dient enkel aangestipt te worden dat meer en meer stemmen opgaan om de bevoegdheden van de rechter op dit gebied uit te breiden (1).

Reeds in 1938 werden door het Studiecentrum voor hervorming van de Staat, tal van voorstellen gedaan met het oog op een hervorming van de rechtspleging (2). In verband met de burgerlijke procedure werden interessante suggesties gedaan om de behandeling van de zaken en de ermee gepaard gaande onderzoeksverrichtingen in overstemming te brengen met de behoeften van de huidige samenleving.

Afgezien van de voorstellen betreffende het getuigenverhoor, het deskundig onderzoek,..., werd een stelsel uitgedacht om de feitenrechter beter in staat te stellen de gang van het onderzoek in het oog te houden (3). Hoewel men blijkbaar toen nog niet ver genoeg dierf gaan, waren toch sommige ontworpen wijzigingen een eerste stap in de goede richting; dit was o.m. het geval met het artikel, dat bestemd was om het oude artikel 80 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering te vervangen : « In al de gevallen en in elke stand van de zaak kan de voorzitter van de kamer, partijen gehoord of opgeroepen, zonder op de eindbeslissing te prejudiciëren : 1° Op verzoek van een van partijen alle conservatoire maatregelen of alle maatregelen van vooronderzoek, bevelen; 2° Wanneer partijen het eens zijn, of zelfs op aanvraag van partijen indien er gevaar bij verwijl is, alle andere maatregelen tot onderzoek gelasten... » (4).

In Nederland werd vooropgesteld dat de rechter zich bewijs zou mogen verschaffen buiten de partijen om (5) : de rechter zou ambtshalve aan alle

(1) Zie o.m. Legeais, R., *o.c.*, bl. 90 e.v.; — Stévigny, G., *o.c.*, nr. 81 e.v., *R.W.*, 1957-58, 155 e.v.; — Victor, R., *Over de formule « door alle middelen van recht, getuigen inbegrepen »*, *R.W.*, 1957-58, 1163 e.v.

(2) Studiecentrum tot hervorming van de Staat, *Hervorming van de rechtspleging*, 3 delen, Brussel, 1938.

(3) *o.c.*, I, bl. 201 e.v.

(4) *o.c.*, I, bl. 230-231.

(5) Zie desbetreffend : Haardt, W.L., *o.c.*, in *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging*, 1951, I, bl. 66 e.v.

ambtelijke instanties de door hem gewenste inlichtingen moeten kunnen vragen (1) en daarenboven vrij moeten zijn getuigenverhoor te gelasten van personen, die niet door de partijen genoemd werden (2).

Ook wordt gewenst dat de feitenrechter nog een vollediger toezicht zou houden over de wraking der getuigen, omdat deze wraking dikwijls een middel is om het onderzoek naar de waarheid te verhinderen (3). In zaken van koophandel staat men bv. dikwijls voor onderzoeksmoeilijkheden, die de gewenste spoedeisende behandeling in dergelijke aangelegenheden in de weg staan en nochtans zouden kunnen opgelost worden door het toekennen van ruimere bevoegdheden aan de handelsrechtbanken (4).

Tenslotte is het duidelijk dat, ingeval de bevoegdheden van de feitenrechter nog verder uitgebreid worden, sommige bijzondere rechtsplegingen hiervan de weerslag zullen ondergaan. Aldus zal de procedure van het verhoor nopens feiten en vraagpunten meer en meer vervangen worden door de persoonlijke verschijning der partijen (5); hetzelfde kan gezegd worden van de aanvullende eed, die de plaats zal innemen van de gedingbeslissende eed (6). Vermits het rekwest civiel vooral moet dienen om de gevolgen van een gebrekkige uitspraak, die hoofdzakelijk te wijten is aan de schuld der partijen, te herstellen, zal ook deze rechtspleging minder frequent worden (7); inderdaad, daar de schuld der partijen (art. 480, 1°, 9° en 10°, Rv.) slechts aanleiding

(1) Dat ook in België in deze richting wordt gegaan blijkt uit artikel 218, 7de lid, van het burgerlijk wetboek. Het algemeen principe vindt men reeds in artikel 213 van de Italiaanse *Codice di Procedura civile*. Zie ook voor enkele bijzondere procedures de artikelen 828d, 2de lid, en 860, 3de lid, van het Nederlandse wetboek van burgerlijke rechtsvordering.

(2) Meilink, J. G., *o.c.*, bl. 46-47.

(3) Arets, J., et Fettweis, A., *Observations sur l'interprétation de l'article 283 du Code de procédure civile,* noot onder Luik, 15 januari 1960, *R.C.J.B.*, 1960, 335; — Rb. Bergen, 23 november 1951, *Pas.*, 1952, III, 85.

(4) Gutt, E., *De certaines difficultés d'instruction dans la procédure commerciale,* noot onder Luik, 24 november 1960, en onder Hrb. Bergen, 2 juni 1959, *R.C.J.B.*, 1961, 50 e.v.

(5) Zie trouwens in die zin de Franse wet van 23 mei 1942 tot wijziging van de artikelen 324 e.v. C. pr. civ. : zie boven, nr. 294.

(6) Hoewel de wetgever oorspronkelijk zeer argwanend stond tegenover de aanvullende eed, vermits hij *enig ander bewijs* vereiste, en nadien zelfs werd betreurd dat deze vorm van eedopdracht in het burgerlijk wetboek behouden bleef (Aubry et Rau, XII, § 767, noot 1, bl. 388; — Laurent, XX, nr. 282, bl. 316), is heden ten dage toch een tendens merkbaar om enerzijds de gedingbeslissende eed in zover hij de rechter verplicht in de ene of de andere zin uit te spreken, enigszins te milderen, en anderzijds de aanvullende eed nog doelmatiger in te richten.

In Nederland werd herhaaldelijk de wens geuit dat de gedingbeslissende eed aan het vrij oordeel van de rechter zou worden overgelaten (Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 462). Soms ging men zo ver de eenvoudige afschaffing van de gedingbeslissende eed voor te stellen (Meilink, J. G., *o.c.*, bl. 43; — vgl. De Page, H., *Une survivance d'ordalie en droit moderne : le serment litisdécisoire, Mededelingen Koninklijke Belgische Academie, Klasse Letteren en Morele en Staatkundige wetenschappen,* 1954, bl. 382 e.v.) en de eedopdracht enkel toe te vertrouwen aan de rechter, die na een verhoor der partijen, dat hem de nodige gegevens verschaft over hun betrouwbaarheid, bindend gevolg zou verlenen aan de al dan niet afgelegde eed (Eggens, J., *o.c.*, bl. 28; — Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 449 en 473; — zie ook de nieuw ontworpen artikelen 229-232 Ned. Rv. in het *Nederlands ontwerp Bewijsrecht* 1959).

(7) Zie ook : Boyer, L., *Réflexions sur la requête civile,* nr. 36, *Rev. trim. dr. civ.*, 1956, 81.

kan geven tot rekwest civiel, zo deze schuld de eindbeslissing heeft bepaald (1), is het duidelijk dat een dergelijke beïnvloeding veel minder zal voorkomen wanneer de rechter over ruimere bevoegdheden beschikt.

343. — De lijdelijkheid van de rechter moet plaats maken voor de onpartijdigheid (2), die een uitvloeisel is van het principe van de gelijkheid der partijen voor de rechter (3).

Deze onpartijdigheid vereist geenszins dat de rechter volledig lijdelijk zou toezien bij de behandeling van het geschil. Hij is enkel in zover lijdelijk, dat hij slechts mag tussenkomen in de private geschillen, wanneer door de belanghebbende partij op hem beroep wordt gedaan (4), en dat hij enkel maar over het aan hem onderworpen geschil mag oordelen, zonder het voorwerp of de oorzaak ervan te wijzigen.

Het is haast een axioma geworden in de rechtspraak : de rechter mag zich enkel beroepen op feiten die op regelmatige wijze aan zijn beoordeling worden onderworpen, zonder hierbij noch het voorwerp noch de oorzaak van de eis te mogen wijzigen (5).

Het voorwerp behelst alle feiten waarvan de juridische inkleding de aanspraken van de partijen moet weergeven (6); de feiten zelf mogen niet vervormd worden door de rechter, die evenwel de juridische inkleding mag

(1) R.P.D.B., Tw. *Requête civile,* nr. 108 e.v., 214 e.v., 228 e.v.

(2) Littré bepaalt beide begrippen a.v. : « neutralité = abstention de ceux qui ne prennent point de parti dans des questions, dans des différends; passif = qui n'agit point ». Het is duidelijk dat de rechter wél handelend optreedt, vermits hij moet vonnissen.

(3) Deze gelijkheid werd reeds in het licht gesteld door Garsonnet et Cézar-Bru, *o.c.*, II, nr. 236, bl. 377, voetnoot 3, en uitvoerig behandeld door Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 80 e.v.; — zie ook : von Jhering, R., *L'esprit du droit romain,* dl. IV, § 62, bl. 51-52, voetnoot 52; — Esmein, P., *Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle, Rev. trim. dr. civ.*, 1933, bl. 643, nr. 8 e.v.; — Ronse, J., *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad,* nr. 164, bl. 134-135.

(4) Partijen hebben het initiatief bij het voeren van het burgerlijk proces, en kunnen zelfs een proces beëindigen vóór de rechter uitspraak deed : art. 402 en 403 Rv.; — vgl. Van Apeldoorn, L. J., *Inleiding tot de studie van het Nederlandse recht,* bl. 187. Anderzijds dient er nochtans op gewezen te worden dat sommige privaatrechtelijke kwesties ook aan de vrije beschikking van de partijen zijn ontnomen (zie ook boven, nr. 332), zodat zij niet aan het oordeel van de rechter kunnen onttrokken worden. Zo heeft de wetgever bv. uitdrukkelijk bepaald dat de partijen voor sommige geschillen geen dading mogen treffen (art. 2045 B.W.), noch een arbitrale rechtspraak mogen uitlokken (art. 1004 Rv.). Dit vormt dus weer een uitzondering op hetgeen nog als lijdelijkheid van de rechter wordt aangezien : Pitlo, A., *o.c.*, bl. 9; — Motulsky, H., *Le rôle respectif du juge et des parties,* nr. 29 e.v., bl. 370 e.v.

(5) Zie o.m. midden de overvloedige rechtspraak : Verbr., 1 februari 1957, *Pas.*, 1957, I, 645; — Verbr., 20 september 1957, *Pas.*, 1958, I, 15; — Verbr., 8 november 1957, *Pas.*, 1958, I, 243; — Cass. fr., 29 april 1927, *S.*, 1927, 1, 321; — Cass. fr., 7 december 1953, *Gaz. Pal.*, 1954, 1, 99.

(6) Motulsky, H., *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits,* nr. 12, bl. 361.

wijzigen. De oorzaak omvat veeleer de rechtsfeiten die aan de basis liggen van de ingeroepen rechtsnorm (1).

344. — Hetgeen dus verboden wordt is het in het debat brengen van nieuwe feitelijke gegevens, die niet door de partijen werden aangevoerd (2); de rechter zou immers alsdan een vonnis vellen dat een werkelijke verrassing kan zijn voor een der gedingvoerende partijen.

Men gaat evenwel te ver, wanneer vooropgesteld wordt dat de rechter bij de *bewijs*voering volledig lijdelijk moet blijven; zolang de rechter geen nieuwe feiten aanvoert die enkel ter zijner persoonlijke kennis zouden gebracht zijn, kan er van een machtsoverschrijding of van een inbreuk op de principes van een contradictoir debat geen sprake zijn.

Zijn dienvolgens geen nieuwe feiten : de door partijen gestelde feiten, de feiten die tijdens de onderzoeksverrichtingen aan het licht kwamen (3), de feiten waarvan zowel de partijen als de rechter normaal kennis moeten hebben (feiten afgeleid uit ervaringsregelen, algemeen-bekende feiten,...) (4).

De *lege ferenda* zou de rechter ook de bevoegdheid moeten hebben om zelfs ambtshalve *alle* nuttige onderzoeksverrichtingen te doen, mits de partijen hiervan nadien op de hoogte worden gebracht en tevens in staat worden gesteld de resultaten van dit onderzoek tegensprekelijk te bespreken (5).

De neutraliteit van de rechter bestaat er dus in dat hij zich moet houden aan het feitenmateriaal dat hem door de partijen werd ter hand gesteld, d.w.z. aan de feiten, waaruit de door de partijen ingeroepen rechtsgevolgen voortvloeien. Dit beginsel komt het duidelijkst tot uiting in artikel 470, 3° en 4°, van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering, volgens hetwelk de vonnissen met het middel van rekwest civiel kunnen worden bestreden indien uitspraak werd gedaan omtrent zaken die niet waren geëist of indien meer werd toegewezen dan geëist was. Het vonnis houdt inderdaad slechts een erkenning

(1) Er weze aan herinnerd dat deze feiten meestal kunnen teruggevonden worden door een interpretatie van de rechtsregel : zie boven, nr. 130 e.v.

(2) Tenzij het natuurlijk feiten zijn die ter kennis van de rechter gekomen zijn tijdens een van de onderzoeksverrichtingen, waartoe hij op regelmatige wijze overging : zie boven, nr. 294.

(3) Dus ook de feiten die aan het licht komen ingevolge de medewerking waartoe de partijen kunnen verplicht worden, zoals bv. neerlegging van stukken, persoonlijke verschijning van de partijen.

(4) Zie bv. Verbr., 21 maart 1901, *Pas.*, 1901, I, 177.

(5) Zie Stévigny, G., *o.c.*, nr. 71 e.v., *R.W.*, 1957-58, 152 e.v.; — zie ook boven, nr. 327.

of ontkenning in van de juistheid van de door de eiser naar voren gebrachte beweringen.

De partijen kunnen nochtans ook afstand doen van hun recht om zich te beroepen op het feit dat de rechter zijn persoonlijke kennis heeft aangewend (1).

Wanneer de partijen voor de rechter komen, dan wensen zij meestal een onderzoek naar de materiële waarheid. Vermits daarenboven de feitenrechter het recht moet toepassen, dan betekent dit meteen dat hij dit slechts kan toepassen op feiten, die met de werkelijkheid overeenstemmen of deze werkelijkheid zo dicht mogelijk benaderen (2). Het is slechts uitzonderlijk, en deze uitzondering bevestigt de regel, dat de rechter geen nader onderzoek mag doen naar de waarheid der gestelde feiten en nl. in geval van bekentenis of gedingbeslissende eed (zie boven, nr. 330 en 331) : alsdan zien de partijen van elke verdere tussenkomst van de rechter af.

Onzijdigheid van de rechter betekent dus tevens dat de rechter beide partijen op gelijke voet moet behandelen (3).

345. — En toch blijft, ondanks de uitgebreide bevoegdheden van de rechter (4), de bewijslast zijn volle betekenis behouden. Dit is een zeer belangrijke vaststelling, die zelden duidelijk vooropgesteld werd.

Inderdaad, ofwel ontzegde men volgens de traditionele leer aan de rechter elke tussenkomst en werd de bewijslast van bij de aanvang van het proces gelegd op de partij, die iets beweerde, ofwel was men van oordeel dat de rechter vrij de bewijslast volgens de omstandigheden van de zaak mocht verdelen, ofwel verkondigde men tenslotte dat aan de rechter een werkelijke onderzoeksbevoegdheid zoals in strafzaken moet worden toegekend omdat het zoeken naar de waarheid een openbaar belang zou zijn. Dat er in deze laatste opvatting slechts weinig plaats meer overbleef voor de bewijslast, hoeft wel geen nader betoog.

In werkelijkheid heeft de kentering van de meningen omtrent de taak van de rechter geen afbreuk gedaan aan het belang van de

(1) Legeais, R., *o.c.*, bl. 184; — Cass. fr., 13 december 1912, *D.P.*, 1912, 1, 158; — zie hierover boven, nr. 304.

(2) Graven, J., *Le rôle du juge et des parties dans le procès civil en Suisse, J.T.*, 1960, 335.

(3) Vgl. de opmerkingen van Bartin, boven geciteerd : zie nr. 299.

(4) Men vergete ook niet dat de bevoegdheid van de rechter nog beperkt wordt door de wettelijke regeling die de bewijskracht van sommige bewijsmiddelen heeft vastgesteld : zie boven, nr. 290.

bewijslast, maar enkel de probleemstelling ervan aanzienlijk gewijzigd.

Nu vaststaat dat de rechter onpartijdig moet zijn in het zoeken naar de materiële waarheid en de partijen hem hierbij behulpzaam moeten zijn (1), mag toch niet vergeten worden dat de kennis en het opzoekingsvermogen van de rechter — mede door het feit dat de partijen *domini litis* zijn — menselijk beperkt blijven. Waar in gelijkaardige omstandigheden de wetenschapsmens een *non possumus* mag inroepen, wordt van de rechter de daad verwacht (2) : hij moet uitspreken (zie boven, nr. 5).

Op dat ogenblik verkrijgt de bewijslast zijn volle betekenis : de rechter moet uitspreken ten nadele van de partij, die de bewijslast draagt van de niet-bewezen feiten.

346. — In aansluiting met deze beschouwingen over de taak van de rechter, zoals die tijdens de laatste decennia evolueerde en zoals algemeen gewenst wordt dat ze zich verder zou ontwikkelen, past het tot slot van dit hoofdstuk een zin aan te halen van Star Busmann : « Bemoeilijking in het bewijs treft de rechtspleging in het hart, althans in een tijd die van de rechter uitspraken verlangt in overeenstemming met de concrete billijkheid. Indien de overheid, wat haar plicht is, zorg draagt dat tot het rechtersambt personen worden geroepen van voldoende bekwaamheid, inzicht en mensenkennis, zijn bewijsverhinderende voorschriften niet dan bij hoge uitzondering op hun plaats » (3).

Het praktisch nut van de bepalingen die sommige richtlijnen voor de rechter inhouden, kan dan ook betwijfeld worden (4); de inrichting van de procedure en de wettelijke en morele vereisten die voor het rechterschap gesteld worden zullen veel beter het beoogde doel bereiken (5).

(1) Rosenberg heeft dat zeer treffend als volgt uitgedrukt : « So liegt das Wesen des modernen Zivilprozesses in einer *Arbeitsgemeinschaft* von Richtern und Parteien, die zusammen dafür zu sorgen haben, dasz dem Richter die sichere Findung der Wahrheit ermöglicht und in einem lebendigen Verfahren der Rechtsfriede unter den streitenden Parteien wiederhergestellt und damit der Frieden der Allgemeinheit gesichert werde » (*Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts,* § I, bl. 6). Men vergelijke met Wijers, G., *o.c., R. M. Themis,* 1953, bl. 355 e.v.

(2) Scholten, P., *Algemeen deel,* bl. 179. Omdat de uitspraak ook een gewetensbeslissing zal zijn, is voor de rechter die ze verleende elke andere oplossing uitgesloten (*ibid.*).

(3) Star Busmann, C.W., *Het burgerlijk wetboek en het burgerlijk proces (bewijs),* in *Gedenkboek Burgerlijk wetboek* 1838-1938, bl. 612. Men herleze in dit verband ook de pertinente opmerkingen van A. Fettweis : *Le recrutement et la formation des magistrats, J.T.,* 1960, 221 e.v.; — zie ook Pitlo, A., *o.c.,* bl. 25.

(4) Zie bv. de artikelen 1943, 1944 en 1945 Ned. B.W. met de kritiek van W. L. Haardt, *De beginselen van burgerlijk bewijs,* bl. 97.

(5) Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 261.

347. — Daar voorgaande uiteenzetting uiteraard theoretisch blijft, zolang zij niet getoetst wordt aan de opvattingen die in werkelijkheid door de feitenrechter gehuldigd worden, werd gepoogd tijdens een persoonlijk en noodzakelijkerwijze beperkt enkwest de reële bekommernissen van de rechters te leren kennen (1). Met genoegen kon hierbij vastgesteld dat de hier verdedigde stellingen niet levensvreemd zijn, doch integendeel zeer sterk met de hedendaagse visie van de magistraat overeenstemmen.

Het is opvallend te kunnen constateren dat de meeste magistraten van oordeel zijn dat inderdaad de kennis van de materiële waarheid moet nagestreefd worden; het is slechts wanneer het niet anders kan dat zij met de formele waarheid zullen genoegen nemen, waarbij dan telkens pijnlijk wordt aangevoeld dat deze formele waarheid niet met de materiële waarheid zou kunnen overeenstemmen.

Zelfs diegenen die van oordeel zijn dat de rechter zich enkel moet beperken tot hetgene door de partijen werd voorgebracht, voegen hier nochtans onmiddellijk aan toe dat de materiële waarheid wel moet opgezocht worden in geschillen die de openbare orde aanbelangen en daarenboven in elke zaak waar er aanwijzingen zijn dat de feiten zich anders hebben voorgedaan dan de partijen het voorstellen.

Zeer te recht werd opgemerkt dat het achterhalen van de materiële waarheid een aspect is van de rechtsverfijning (2). Inderdaad, in geval van onvoldoende ontwikkeling van het beschavingspeil van een maatschappij, kunnen de middelen om de materiële waarheid te ontdekken zodanig ontoereikend zijn dat het gevaarlijk zou zijn voor de rechtszekerheid in dergelijke omstandigheden de materiële waarheid vooraan te stellen. Wanneer de rechter nochtans over een rijke voorraad aan bewijsmiddelen beschikt, dan is hij voldoende gewapend om te trachten tot de materiële waarheid door te dringen, zonder dat hierbij onzekerheid of willekeur zou ontstaan.

Nochtans blijft het een feit dat men zich wel nog gehinderd voelt door beperkende rechtsregelen (bewijsmiddelen, onwederlegbare vermoedens, onsplitsbaarheid van de bekentenis,...), doch een jarenlange ervaring zet vele rechters aan om meer en meer gebruik te maken van procedures, die, hoewel ze soms het geding laten aanslepen (noodzakelijkheid van tussenvonnissen), toch kunnen bijdragen tot een betere kennis van de betwiste feiten. In dit verband worden meestal vermeld : de persoonlijke verschijning der partijen, waarin een begin van schriftelijk bewijs kan gevonden worden (3), het horen

(1) Hierbij mochten wij op de bereidwillige medewerking rekenen van verschillende rechters uit Gent, Brussel, Antwerpen, Kortrijk en Dendermonde, alsmede van enkele referendarissen uit dezelfde gerechtelijke arrondissementen. Wij houden er aan hen hiervoor onze welgemeende dank te betuigen.

(2) Scholten gebruikt het begrip *rechtsverfijning* in de zin van het vormen van nieuwe uitzonderingen op algemeen gehouden regels (*Algemeen deel,* bl. 6, 7, 82 e.v., 92 e.v.). Rechtsverfijning kan ook betrekking hebben op regelen, die afwijken van een ongenuanceerd algemeen formalisme om beter het concrete recht te vinden.

De verfijning blijkt trouwens uit de evolutie van het bewijsrecht in het algemeen : Decugis, H., *Les étapes du droit des origines à nos jours,* 2de uitg., Paris, 1946, bl. 111 e.v., speciaal bl. 133-134.

(3) Zie De Page, III, nr. 892, bl. 879, kleine tekst; — R.P.D.B., Tw. *Comparution personnelle,* nr. 92 e.v. Dit voor zover de tijdens deze verschijning afgelegde verklaringen niet dienen om de eigen beweringen te staven : Verbr., 29 mei 1947, *Pas.,* 1947, I, 218; — W.R.Ber. Bergen, 20 januari 1962, *Pas.,* 1962, III, 28.

van de deskundige (eventueel in aansluiting met een getuigenverhoor), de overlegging van stukken, de interpretatie van de processuele houding der partijen,... Er wordt evenwel uitdrukkelijk aan toegevoegd dat, zowel in de huidige stand der wetgeving als bij een verdere uitbreiding *de lege ferenda* van de bevoegdheden van de rechter, altijd met de rechten van de partijen moet rekening gehouden worden, en dat de partijen de gelegenheid moeten hebben om dit bewijsmateriaal tegensprekelijk te kunnen onderzoeken.

Dat zowel de ervaringsregelen als de algemeen-bekende feiten herhaaldelijk een belangrijke rol spelen bij de bewijswaardering, wordt wel degelijk bevestigd. Dit is vooral het geval bij de interpretatie van contracten, in aansprakelijkheidsgeschillen en bij de begroting van schade. Men neemt ook aan dat de rechter zelf de nodige technische problemen mag bestuderen in vakliteratuur om beter het geschil te kunnen beoordelen (zie boven, nr. 326); het nut bv. van de rechtbanken van koophandel ligt o.m. in het feit dat de persoonlijke ervaring van de rechter op technisch gebied hier een belangrijke rol kan spelen.

Of het persoonlijk kennen door de rechter (1) soms wordt aangewend, is uiteraard een delicate vraag. Hoewel met de meeste klem gewezen wordt op de gevaren die aan een dergelijke beoordeling van de feiten zijn verbonden, wordt toch toegegeven dat die persoonlijke kennis de beslissing — o.m. in handelszaken — beïnvloedt en dat het bestaande verbod soms wel omzeild wordt door niet alle feiten die de beslissing motiveren, uitdrukkelijk te vermelden (zie boven, nr. 304). Men voegt er weliswaar aan toe dat het dikwijls mogelijk is van dit persoonlijk weten (bv. de niet-geloofwaardigheid van een partij) op regelmatige wijze een bevestiging te vinden in andere gegevens van het geding, door het ambtshalve opleggen van bewijs, of door het ondervragen van de partijen.

Dat de persoonlijke kennis niet altijd gemakkelijk kan onderscheiden worden van sommige algemeen-bekende feiten, wordt eveneens aangevoeld (zie boven, nr. 327).

Tenslotte wordt erkend dat de bewijslast in de meeste gevallen slechts betekenis krijgt na het uitspreken van de pleidooien, het neerleggen van de stukken en het onderzoek van de conclusies. Dit betekent meteen dat de bewijslast zelden reeds tijdens het geding wordt beoordeeld (subjectieve bewijslast), doch hoofdzakelijk (2) van belang wordt op het einde van het proces in de zin van bewijsrisico (objectieve bewijslast, *Beweislosigkeit*). Dat de bewijslast vooral in de geschillen die onontwarbaar lijken, welkom is om het geweten van de burgerlijke rechter gerust te stellen (3), wordt ook met voldoening aangestipt (zie boven, nr. 168).

---

(1) Voor zover hij blijft zetelen en zich niet vrijwillig terugtrekt of gewraakt wordt.
(2) Behalve dan natuurlijk in de gevallen, waarin al dan niet op een aanbod van bewijs moet worden ingegaan : zie boven, nr. 14.
(3) Het is een gelijkaardig gevoel als dat van de strafrechter, die in geval van twijfel zal vrijspreken.

TITEL V.

DE TAAK VAN DE WETGEVER BIJ DE VASTLEGGING VAN DE BEWIJSLASTPRINCIPES

HOOFDSTUK I.

ALGEMENE BESCHOUWINGEN OVER DE TAAK VAN DE WETGEVER

348. — Uitgaande van de stelling dat de bewijslastverdeling, in overeenstemming met de objectiefrechtelijke theorie en met het oog op de rechtszekerheid, zeer strak gereglementeerd is, werd nochtans herhaaldelijk in voorgaande uiteenzetting gepoogd sommige versoepelingen te doen aanvaarden, die — zonder aan het principe zelf van de bewijslastverdeling te tornen — de taak van de partijen aanzienlijk zouden kunnen verlichten.

Tot nog toe werden twee belangrijke versoepelingen bestudeerd, nl. de medewerking van de gedingvoerende partijen aan de bewijslevering, en de tussenkomst van de rechter.

Het is duidelijk dat de wetgever in dit verband ook een belangrijke rol kan vervullen. Gezien het belang van het bewijs voor de verwezenlijking van het recht, moet de wetgever zonder de minste twijfel het bewijsrecht in de mate van het mogelijke vereenvoudigen (1).

349. — Het recht moet eerst en vooral materieel uitvoerbaar zijn, d.w.z. grotendeels in overeenstemming zijn met de publieke opinie, vermits de eventuele weerbarstigheid de toepassing van een of andere rechtsnorm kan ontzenuwen. Doch daarenboven moet dit recht ook praktisch in het dagelijkse leven toegepast en ten uitvoer kunnen gelegd worden dank zij de techniek, waarin het zich veruitwendigt (formele uitvoerbaarheid) (2).

De rechtsconstructie moet bijgevolg van die aard zijn dat het recht hanteerbaar wordt. Deze hanteerbaarheid zal o.m. bevorderd worden zo de feiten die als toepassingsvoorwaarden van de rechtsregelen

(1) von Jhering, R., *L'esprit du droit romain,* IV, § 65, bl. 200.
(2) Voor de begrippen materiële en formele uitvoerbaarheid, zie von Jhering, R., *o.c.,* I, § 4, bl. 51-52.

werden vooropgesteld, gemakkelijk voor bewijs in aanmerking kunnen komen (1).

Men mag alsdan verwachten dat de wetgever, die over zeer uitgebreide bevoegdheden beschikt, tal van technische procédés zal aanwenden om meer speciaal op het domein van het bewijs, de hanteerbaarheid van het recht te verhogen. Dit zal bv. het geval zijn wanneer hij de bewijsmiddelen vereenvoudigt of de taak van de rechter aanzienlijk uitbreidt (zie boven, nr. 289 e.v.).

Met het oog op een aangepaste bewijslastverdeling, kan hij natuurlijk ook specifieke bewijslastregelen formuleren (2); daarenboven vraagt de objectiefrechtelijke theorie dat de rechtsregelen zodanig zouden opgesteld worden dat men hieruit dadelijk en nauwkeurig de bewijslastverdeling kan aflezen.

In het burgerlijk wetboek bv. zijn tal van specifieke bewijslastregelen terug te vinden; men denke slechts aan artikel 1315 (voor deze en andere voorbeelden : zie boven, nr. 7 en 138).

Doch ook buiten die specifieke regelen, kunnen wetteksten aangehaald worden die bij interpretatie een bewijslastverdeling aanduiden. Dit is o.m. het geval met de artikelen 201 (zie verder, nr. 396), 1147 (zie verder, nr. 419) en 1145 (zie verder, nr. 449) van het burgerlijk wetboek. Hetzelfde kan gezegd worden van de negatief-werkende voorschriften (zie boven, nr. 134 e.v.).

350. — Een typische rechtsconstructie, waarover verder uitvoerig zal gehandeld worden, is het v e r m o e d e n, omdat dit technisch middel ten aanzien van de bewijslast een specifieke betekenis krijgt.

In een systeem waarin aan de rechter de meest uitgebreide bevoegdheid zou worden toegekend om de bewijslast in elk concreet geschil naar goeddunken te verdelen, zijn de vermoedens in hun bewijsrechtelijke betekenis (zie verder, nr. 353 e.v.) overbodig (3). Wanneer nochtans aangenomen wordt dat de principes van de bewijslastverdeling in het objectieve recht neergeschreven staan en door de rechter niet kunnen gewijzigd worden, dan moet de vermoedenconstructie als essentieel aangezien worden ten einde deze principes in bepaalde gevallen te milderen.

351. — Tenslotte moet de wetgever eveneens oplossingen voorzien voor het geval dat één der gedingvoerende partijen in volledige b e w i j s n o o d verkeert. Dergelijke noodoplossingen kunnen soms

(1) Zie Dabin, J., *Théorie générale du droit,* 2de uitg., Brussel, 1953, nr. 184 e.v., bl. 225 e.v.

(2) Verder zal het begrip *bewijslastregel* nader omschreven en geïllustreerd worden : zie nr. 383 e.v.

(3) Zie trouwens in die zin : Thesingh, H., *o.c.,* nr. 62, bl. 126 e.v.

het gebrek aan enig bewijs compenseren, zoals dit het geval is met de e e d o p d r a c h t (zie boven, nr. 331).

Ook de b e k e n t e n i s zoals die door de wetgever werd omschreven (art. 1354 e.v. B.W.), is ongetwijfeld een middel om de bewijsvoering overbodig te maken en dus de taak der partijen te vereenvoudigen (zie boven, nr. 330). De bepaling van artikel 1356, 3de lid, van het burgerlijk wetboek, beter gekend als het principe van de onsplitsbaarheid der bekentenis, heeft nochtans het voordeel om zich op een bekentenis te beroepen aanzienlijk beperkt. Wellicht zou op grond van de bewijslastprincipes kunnen aangetoond worden dat deze bepaling zodanig beperkend moet geïnterpreteerd worden dat de onsplitsbaarheid zelden nog kan ingeroepen worden. Alleszins neemt men meestal aan dat minstens *de lege ferenda* de opheffing of beperking van de onsplitsbaarheid van de bekentenis wenselijk wordt geacht (1).

352. — Daar in deze verhandeling de bewijslastproblemen enkel bestudeerd worden in het licht van het thans geldende recht, wordt hier niet verder ingegaan op de vraag hoe de wetgever in de toekomst het bewijsrecht en meer speciaal de bewijslast zou kunnen reglementeren.

De hiernavolgende uiteenzetting zal zich dan ook beperken tot de bespreking van het begrip vermoeden, als één van de meest typische illustraties van de tussenkomst van de wetgever bij de regeling van de bewijslast.

(1) In het *Nederlands ontwerp bewijsrecht* 1959 werd de onsplitsbaarheid niet gehandhaafd; in Duitsland bestaat het splitsingsverbod niet, terwijl in Italië de splitsing aan de soevereine beoordeling van de feitenrechter is overgelaten (art. 2734 C.c.it.).

HOOFDSTUK II.

DE VERMOEDENS

AFDELING I. INLEIDENDE BESCHOUWINGEN EN BEGRIPSVERDUIDELIJKING.

353. — Het leerstuk van de v e r m o e d e n s behoort ongetwijfeld tot een der meest ingewikkelde van het privaatrecht.

Het is hier niet de plaats om de b e t e k e n i s van de vermoedens v o o r d e j u r i d i s c h e t e c h n i e k te belichten. Dat de vermoedens een zeer belangrijke rol spelen in de uitwerking van het recht, werd immers reeds sinds lang beklemtoond (1).

Er weze hier enkel op gewezen dat het vermoeden in zijn meest ruime betekenis en volgens het gewone spraakgebruik — nl. een oordeel dat vooruitloopt op een onvoldoend gekende waarheid, waarbij iets dat waarschijnlijk is voor zeker wordt gehouden — in heel het positieve recht een zeer voorname plaats inneemt (2). In tal van gevallen worden onzekerheden uit de weg geruimd door een gedurfde bevestiging die een einde stelt aan een mogelijke betwisting, en dit op een wijze die het meest de gewone gang van zaken benadert. Een dergelijke redenering kan men bv. ten dele terugvinden in de verdeling van de bewijslast (zie boven, nr. 165), in de regeling van de vermoedens *stricto sensu,* in tal van interpretatieve wettelijke bepalingen,... De vermoedens *sensu lato* dragen aldus bij tot de betere werking van verschillende rechtsregelen.

Zo zal blijken dat de wetgever dikwijls het procédé van het ver-

(1) Zie vnl. : Burckhardt, W., *Die civilistischen Präsumtionen,* Weimar, 1866; — Van der Eycken, P., *Méthode positive de l'interprétation juridique,* Brussel, 1907, vnl. nr. 53 e.v., bl. 103 e.v.; — Gény, F., *Science et technique en droit privé positif,* III, Paris, 1921, vnl. nr. 230 e.v., bl. 264 e.v.; — Dabin, J., *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé,* vnl. bl. 235 e.v.; — De Page, H., *De l'interprétation des lois,* Brussel, 1925, II, bl. 62 e.v.; — zie ook : Ramponi, *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano,* Roma, 1890; — Decottignies, R., *Les présomptions en droit privé;* — Barraine, R., *Théorie générale des présomptions en droit privé.*

(2) Gény, F., *o.c.,* III, nr. 230, bl. 264 e.v.

moeden in de ruime zin van het woord, gebruikt heeft hetzij om bepaalde personen te bevoordeligen zoals bv. de gehuwde vrouw (art. 1569 B.W.) en de schuldenaar (art. 1282, 1283 en 1908 B.W.), hetzij om de zekerheid in de rechtsbetrekkingen te waarborgen (1), hetzij tenslotte om te dienen in het kader van het bewijsrecht (2).

354. — Vooraleer echter na te gaan welk het belang is van de vermoedens voor de bewijslast, moeten enkele b e g r i p s v e r w a r r i n g e n uit de weg geruimd worden.

In vele gevallen heeft men immers het domein van de vermoedens zozeer uitgebreid, dat men welhaast alle uitleggingsregelen, grondregelen en bewijslastregelen van het burgerlijk wetboek voor vermoedens begon aan te zien. Wanneer de wetgever bv. bepaalt dat de burgerlijke meerderjarigheid een aanvang neemt op 21 jaar (artikel 388 B.W.), dan ziet men hierin een vermoeden dat op die leeftijd de meeste individuen de nodige hoedanigheden bezitten om ten volle aan het juridische leven deel te nemen. Het is ongetwijfeld juist dat dit vermoeden het m o t i e f was om een dergelijke regel vast te stellen, maar in werkelijkheid gaat het hier om een imperatieve bepaling, die als een regel ten gronde moet beschouwd worden (3). Zo ook ligt volgens sommigen de bewijslast op de eiser of op de verweerder, naargelang de verweerder of de eiser een vermoeden ten zijnen opzichte kan inroepen (4) : hier wordt dus het vermoeden gebruikt om een eerder willekeurige bewijslastverdeling te rechtvaardigen.

355. — Het is dan ook passend vooraf het terrein der vermoedens aanzienlijk te beperken. Zo dienen de vermoedens duidelijk te worden onderscheiden van sommige regelen van materieel recht, van bepaalde uitleggingsregelen en ook van de wettelijke ficties.

In de eerste plaats zijn er talrijke g r o n d r e g e l e n v a n m a t e r i e e l r e c h t die ten onrechte als vermoedens aangezien worden. Het was zeer begrijpelijk dat men dit deed, daar de wetgever in vele gevallen dankbaar gebruik gemaakt heeft van het element waarschijnlijkheid, gebaseerd op de gewone gang van zaken, om tal van imperatieve wettelijke bepalingen vast te leggen : *de eo quod plerumque fit* (5) leidde hij een algemeen geldende regel af.

Men bemerkt aanstonds dat in dergelijke gevallen van een werkelijk vermoeden geen sprake meer kan zijn : het vermoeden kan hoog-

(1) Men denke bv. aan het gezag van gewijsde.

(2) Deze opsomming is slechts exemplatief; voor een proeve van classificatie, zie Dabin, J., *o.c.,* bl. 260 e.v.; — vgl. Gény, F., *o.c.,* III, nr. 233, bl. 286 e.v.

(3) Gény, F., *o.c.,* III, nr. 238, bl. 347; — vgl. Dabin, J., *o.c.,* bl. 243 en 248; — zie ook Decottignies, R., *o.c.,* nr. 21, bl. 42 e.v.

(4) Beckh, H., *o.c.,* bl. 66 e.v. 83, 96, 141 e.v., 198 e.v., 211 e.v.; — Suyling, J. Ph., *o.c.,* nr. 377, bl. 101; — zie vnl. verder, nr. 355, 377 en 383.

(5) *Dig.,* 1, 3,3.

stens nog beschouwd worden als « élément intellectuel et constitutif, parmi les motifs, qui ont déterminé la règle de droit » (1).

Hieruit volgt dat de beslissing van de wetgever de doorslag geeft : hij stelt één feit vast, waaromtrent hij beschikt. De partijen kunnen niet het tegenbewijs leveren door bv. aan te tonen dat de wettelijke regeling ter zake niet kan toegepast worden, omdat uitzonderlijk de feiten zich niet zouden voorgedaan hebben zoals men gewoonlijk mag veronderstellen : de kwestie van het tegenbewijs stelt zich eenvoudigweg niet, vermits de partijen zich aan de richtlijnen van de wetgever moeten onderwerpen (2).

De wetgever heeft weliswaar gebruik gemaakt van het begrip *vermoeden,* doch de bedoeling en het voorwerp waren verschillend. Heeft de wetgever op grond van de waarschijnlijkheid het vermoeden enkel als m o t i e f gebruikt, dan staat men ongetwijfeld voor een grondregel : slechts *één* feit wordt vastgesteld. Gaat het daarentegen om een echt vermoeden, dan wordt hierdoor een regel opgesteld, die zoals verder zal worden aangetoond, een belangrijke invloed heeft op de bewijslast der partijen : *twee* feiten zijn noodzakelijk, opdat uit het bestaan van het ene feit het andere zou kunnen afgeleid worden (3).

Het zou enigszins buiten het kader van deze verhandeling vallen, alle grondregelen van materieel recht, die ten onrechte als vermoedens beschouwd worden, op te sommen. Trouwens in een zeer verdienstelijk proefschrift dat enkele jaren geleden verscheen, werd een poging in die zin ondernomen (4).

Aldus dienen o.m. de artikelen 112 en volgende van het burgerlijk wetboek betreffende de afwezigheid, het artikel 312, 1ste lid (*Pater is est quem nuptiae demonstrant*) en 2de lid (wettelijke duur van de zwangerschap) (5), opgevat te worden als bepalingen ten gronde (6). Zo is het bv. duidelijk dat de regel *Pater is est* een technisch middel is om de wettelijke familie te beschermen.

356. — Men zou zich de vraag kunnen stellen of sommige u i t l e g g i n g s r e g e l e n, die dienen om het stilzwijgen der partijen aan te vullen of te interpreteren, ook niet buiten het domein der vermoedens vallen. Hierop moet zonder twijfel bevestigend geantwoord worden. De wettelijke bepalingen die beschikken bij gebrek aan een wilsuiting van de partijen, meestal genaamd s u p p l e t i e v e

(1) Gény, F., *o.c., l.c.*
(2) Ramponi, *o.c.*, bl. 340.
(3) Lévy, E., *Preuve par titre du droit de propriété immobilière,* Proefschr., Paris, 1896, bl. 144.
(4) Decottignies, R., *o.c.,* nr. 20 e.v., bl. 41 e.v.
(5) Volgens Dabin, J., *o.c.,* bl. 246, voetnoot 3, moet hierin veeleer een bepaling dan een vermoeden gezien worden.
(6) Decottignies, R., *o.c., l.c.*

r e g e l e n, hebben hetzelfde imperatief karakter als elke andere wettekst : de wetgever is enkel tussengekomen om te voorzien in zekere leemten.

Het meest typische voorbeeld hiervan vindt men in het stelsel van wettelijke gemeenschap dat van toepassing is van zodra er een huwelijkscontract ontbreekt : de echtgenoten worden niet vermoed op stilzwijgende wijze dit regime te hebben bedongen, doch worden krachtens de wet aan de toepassing van dit stelsel onderworpen (1).

Er is ook herhaaldelijk discussie gerezen over de interpretatie van de tekst van artikel 31, 4de lid, van de eenvormige wisselwet, volgens hetwelk bij niet aanwijzing van de persoon voor wiens rekening het aval werd gegeven, dit laatste *geacht* wordt voor de trekker te zijn gegeven. Lange tijd heeft men vastgehouden aan het bewijsrechtelijke karakter van deze bepaling om hierin een wederlegbaar (2) of onwederlegbaar (3) vermoeden te zien. Hoewel deze laatste opvatting herhaaldelijk bijgetreden werd door het Hof van Cassatie, dient de voorkeur gegeven te worden aan de derde opvatting die voorhoudt dat het hier een regel ten gronde is, vermits in gemelde tekst een vormvereiste wordt geformuleerd, waaraan om aan de eventuele nietigheid van het aval te ontsnappen, een suppletieve regel werd verbonden (4). Dat de gebruikte termen *geacht, réputé,* aan de bestaande verwarring niet vreemd zijn, mag ook wel onderlijnd (zie verder, nr. 359).

In deze en andere gevallen (5) wordt de stilzwijgende wil der partijen niet vermoed, doch stelt de wetgever een bepaalde regel voorop (6). De partij, tegen wie een dergelijke regel zou ingeroepen worden, zal verplicht zijn te bewijzen dat er toch een werkelijke wilsverklaring is geweest in de door de wet vereiste pleegvormen.

(1) Delva, W., A.P.R., *Huwelijksvermogensstelsels,* nr. 41 e.v., met talrijke referenties; — zie ook De Page et Dekkers, X[1], Brussel, 1949, nr. 40 e.v., bl. 122 e.v.
(2) Abrahams, R., *L'aval de la lettre de change. Caractère de la présomption de l'article 31, alinéa 4, de la loi uniforme, Rev. Ban.,* 1958, 387 e.v.; — Frédericq, S., *Artikel 31 van de eenvormige wet op de wisselbrieven, R.W.,* 1958-59, 569 e.v.; — Brussel, 12 april 1958, *Pas.,* 1959, II, 68; — Bourges, 23 januari 1957, *D.,* 1957, *J.,* 205.
(3) Frédericq, L., X, nr. 123, bl. 320-321; — Van Rijn, J., *Principes de droit commercial,* II, nr. 1549, bl. 447; — Gent, 12 juli 1957, *R.W.,* 1958-59, 797; — Luik, 11 december 1958, *Pas.,* 1959, II, 61; — Brussel, 6 mei 1959, *Pas.,* 1959, II, 269; — Verbr., 26 januari 1961, *R.W.,* 1960-61, 1714; — Verbr., 16 maart 1961, *Pas.,* 1961, I, 775; — Cass. fr., 23 januari 1956, *D.,* 1956, *J.,* 304; — Cass. fr., 18 november 1957, *D.,* 1958, *J.,* 29.
(4) Zie de zeer gedocumenteerde noot van Coppens onder het reeds vermelde Cassatiearrest van 26 januari 1961, *R.C.J.B.,* 1961, 428 e.v., speciaal 436 e.v.; — zie ook : Goré, F., *L'aval de la lettre de change sans indication du débiteur garanti, D.,* 1957, *Chr.,* 105 e.v.; — Maeyens, L., *Actuele vraagstukken in verband met artikel 31, lid 4, wisselwet, R.W.,* 1960-61, 1553 e.v. Dit is trouwens de opvatting gehuldigd door de recente Franse rechtspraak : Cass. fr., 8 maart 1960, *D.,* 1961, *J.,* 209.
(5) Zie ook bv. de wetteksten, waarin een welbepaalde reglementering werd voorzien *behoudens strijdig beding,* zoals de artikelen 1754 en 1761 B.W.
(6) Rosenberg, L., *o.c.,* § 15, bl. 209 e.v.; — Decottignies, R., *o.c.,* nr. 25, bl. 49 e.v.; — vgl. Dabin, J., *o.c.,* bl. 257; — Dekkers, R., *La fiction juridique,* Proefschr., Paris, 1935, nr. 47 e.v., bl. 32 e.v.

Het kan evenwel gebeuren dat de wettelijke bepalingen uit zekere omstandigheden een wilsuiting afleiden. Dergelijke interpretatieve regelen kunnen soms als werkelijke vermoedens in de bewijsrechtelijke betekenis aangezien worden; is het tegenbewijs toegelaten, dan zal het volstaan aan te tonen dat ondanks de voorziene omstandigheden en uiterlijke tekenen, de vermoede wil in werkelijkheid niet bestaan heeft (1). Toch zullen dergelijke interpretatieve regelen slechts zelden tot het domein der vermoedens kunnen gerekend worden; veeleer is het vermoeden hier opnieuw een motief van een regel ten gronde (2).

Dit alles zal nog verduidelijkt worden aan de hand van de verdere uiteenzetting (3).

357. — Tenslotte zijn ook de wettelijke ficties niet te verwarren met de vermoedens (4), en zelfs niet met de vermoedens *juris et de jure* (5).

Inderdaad, de ficties, die trouwens niet meer tot het domein van het bewijs behoren, zijn kunstmatig en halen hun geldingskracht uit de eigenmachtige beslissing van de wetgever : het element waarschijnlijkheid, dat ook bij de onwederlegbare vermoedens teruggevonden wordt, verdwijnt hier totaal (6). von Jhering noemde de ficties *technische noodleugens* (7); Pitlo drukt het nog sterker uit en verklaart dat een fictie een opzettelijke onwaarheid is, bestaande uit het voor waar aannemen van wat niet is of het ontkennen van wat is (8). Men denke bv. aan ficties zoals de onroerendmaking door bestemming (artikel 524 B.W.), de voortzetting van de persoon van de overledene, het adagium *Infans conceptus pro iam nato habetur,...* (9).

(1) Zie bv. artikel 1283 betreffende de bevrijding van de schuldenaar in geval van teruggave van de grosse van de titel.

(2) Zie o.m. Dekkers, R., *La fiction juridique,* nr. 53 e.v., bl. 34 e.v. De Page beschouwt bv. artikel 1463 B.W. betreffende de verwerping van de gemeenschap door de gescheiden echtgenote, als een regel van materieel recht, in tegenstelling met andere auteurs die hierin een vermoeden zien : De Page et Dekkers, X, nr. 888, bl. 758-759; — Anders : Dabin, J., *o.c.,* bl. 251; — Kluyskens, A., *Het Huwelijkscontract,* 2de uitg., Brussel, 1950, nr. 238, bl. 366.

(3) Voor de algemene theorie ter zake, zie vnl. : Gény, F., *o.c.,* III, nr. 237, bl. 341 e.v.; — Dabin, J., *o.c.,* bl. 250 e.v.; — vgl. Decottignies, R., *o.c.,* nr. 34 en 35, bl. 76 e.v.

(4) Weliswaar zijn de vermoedens en ficties toepassingen van eenzelfde technisch procédé, nl. *la réduction simplificatrice des éléments substantiels du droit :* Gény, F., *o.c.,* III, nr. 228, bl. 261.

(5) Zie nochtans Rosenberg, L., *o.c.,* § 15, bl. 211, die de onwederlegbare rechtsvermoedens als ficties beschouwt omdat er geen tegenbewijs mogelijk is; — vgl. blijkbaar in dezelfde zin : Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 280.

(6) Gény, F., *o.c.,* III, nr. 243, bl. 388 e.v.; — De Page, III, nr. 935, A, bl. 927, voetnoot 3; — Decottignies, R., *o.c.,* nr. 4, bl. 15 e.v.

(7) *L'esprit du droit romain,* IV, § 68, bl. 295.

(8) *o.c.,* bl. 95; — in dezelfde zin : Dekkers, R., *La fiction juridique,* nr. 32, bl. 25; — zie ook Dabin, J., *o.c.,* bl. 275.

(9) Voor verdere voorbeelden en vnl. voor een grondige studie van het onderscheid, zie : Gény, F., *o.c.,* III, nr. 240 e.v., bl. 360 e.v.; — Dabin, J., *o.c.,* bl. 275 e.v.; — Demogue, R., *Les notions fondamentales du droit privé,* bl. 238 e.v.; — Van Gelder, A., *De juridische fictie en enkele toepassingen op het erfrecht en de schenkingen en testamenten, R.W.,* 1960-61, 961 e.v.

358. — Ook mag men het vermoeden niet gebruiken in de zin van zwak bewijs, zoals dit dikwijls geschiedt in het gewone spraakgebruik. Herhaaldelijk hoort men zeggen dat er geen bewijzen voorhanden zijn en dat men hoogstens vermoedens kan inroepen (1). Wanneer de wet evenwel het vermoeden als afzonderlijk bewijsmiddel heeft vooropgesteld, dan is dat iets dat met de graad van bewijskracht in generlei verband staat. Dabin schrijft zeer juist (2) : « il ne faut point confondre la preuve par présomption avec la présomption plus ou moins grande de vérité qui s'attache à tout mode de preuve quelconque ».

Inderdaad, het bewijs door geschriften of getuigen kan eveneens zwak zijn; men denke maar aan partijdige getuigen of vervalste geschriften. Een vermoeden zoals door de wetgever bedoeld, kan even sterk zijn als de andere bewijsmiddelen en de gewenste zekerheid bieden voor de oplossing van een geschil (3). Gorphe heeft met veel nuances aangetoond dat de vermoedens objectief zijn omdat ze op feiten gebaseerd zijn, maar dat ze subjectief kunnen worden door de interpretatie die eraan gegeven wordt (4).

359. — Soms heeft de gebruikte terminologie zelf aanleiding gegeven tot verwarring: zo bepaalde de wetgever bv. dat het bedrog niet en de goede trouw wel vermoed worden (art. 1116 en 2268 B.W.), zonder dat hier van een eigenlijk vermoeden sprake kan zijn (zie ook verder, nr. 385).

Wanneer de wetgever zegt dat de hoofdelijkheid, de schuldvernieuwing en de borgtocht (art. 1202, 1273 en 2015 B.W.) niet vermoed worden, dan heeft hij hierdoor een regeling van de bewijslast beoogd (5).

360. — De vermoedens worden bijna algemeen op dezelfde wijze ingedeeld. Men onderscheidt de feitelijke of rechterlijke vermoedens enerzijds (6), en de wettelijke vermoedens anderzijds. Deze laatste worden op hun beurt nogmaals ingedeeld in wederlegbare

(1) In die zin o.m. De Page, III, nr. 927, bl. 916 e.v.

(2) *o.c.,* bl. 81-82, voetnoot 5.

(3) Pitlo, A., *o.c.,* bl. 95; — Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 115; — Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 277; — Meijers, E.M., *Bijdrage tot de leer van het middellijk bewijs* in *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen,* II, bl. 211-212; — Planiol et Ripert, VII², nr. 1545, bl. 1007; — Decottignies, R., *o.c.,* nr. 5, bl. 19.

(4) *L'appréciation des preuves en justice,* bl. 248-249.

(5) Dabin, J., *Technique de l'élaboration du droit positif,* bl. 84, voetnoot 2.

(6) In de Franse rechtsleer : *présomptions de l'homme.*

(*juris tantum*) en onwederlegbare (*juris et de jure*) vermoedens (1). Soms werd ook gewag gemaakt van gemengde vermoedens, waarbij voorwerp en middel van het tegenbewijs door de wet bepaald zijn (2); in werkelijkheid staat men hier ook voor wederlegbare vermoedens, maar dan van een bepaalde soort (3).

361. — Vooraleer verder in te gaan op deze verschillende soorten van vermoedens, is het niet zonder belang, om elk misverstand te vermijden, erop te wijzen dat de wettelijke regeling in Duitsland, in tegenstelling met België (art. 1349 e.v. B.W.), Nederland (art. 1952 e.v. Ned. B.W.), Frankrijk en Italië (art. 2727 e.v. C.c.it.) geen afzonderlijke plaats in het burgerlijk wetboek inneemt. Zoals voor de regeling van de bewijslast (zie boven, nr. 79), zijn ook hier geen algemene principes in de wet terug te vinden; de vermoedens worden verspreid en concreet behandeld. Dit belet niet dat de auteurs hieruit algemene beginselen hebben afgeleid in verband met de leer der vermoedens. Meestal worden de onwederlegbare vermoedens als ficties beschouwd (4), terwijl enkel de wederlegbare als echte vermoedens worden aangezien en ingedeeld in *Tatsachenvermutungen* en *Rechtszustandsvermutungen,* naargelang ze feiten of het bestaan van rechtsverhoudingen tot voorwerp hebben. Voor feitelijke of rechterlijke vermoedens schijnt hier geen plaats te zijn (5). Wanneer men weet dat de ervaringsregelen (zie boven, nr. 313 e.v.) nochtans in de Duitse rechtsleer en rechtspraak een belangrijke rol spelen, dan begrijpt men waarom dit niet zozeer als een leemte wordt aangezien (6).

Hetzelfde doet zich ook voor in het Zwitserse recht, waar men evenmin een algemene regeling van de vermoedens heeft voorzien, maar de voorkeur heeft gegeven aan afzonderlijke bepalingen.

362. — In navolging van de Duitse rechtsleer hebben sommige auteurs gemeend een onderscheid te moeten maken tussen de gewone wettelijke vermoedens en zogenaamde rechtsvermoedens in de zin van vermoedens waaruit rechtstreeks het bestaan van een subjectief recht wordt afgeleid (7).

(1) Deze indeling wordt meestal gevolgd in België, Nederland en Frankrijk. Zie o.m.: De Page, III, nr. 925, bl. 914 e.v.; — Kluyskens, A., *De Verbintenissen,* nr. 318 e.v., bl. 472 e.v.; — Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 116 e.v.; — Pitlo, A., *o.c.,* bl. 94 e.v.; — Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 276 e.v; — Planiol et Ripert, VII², nr 1544 e.v., bl. 1006 e.v.

(2) De Page, III, nr. 935, C, bl. 928.

(3) Planiol et Ripert, VII², nr. 1550, bl. 1013; — Decottignies, R., *o.c.,* nr. 65, bl. 182. Deze laatste auteur verklaart dat het ter zake gaat over « règles légales de preuve, où l'objet de la présomption est tel que la preuve contraire implique l'établissement de certains faits par des moyens de preuve déterminés ». Elders stelde hij voor deze vermoedens te noemen *présomptions légales relatives* tegenover de *présomptions légales simples;* — vgl. Beudant, IX², nr. 1296, bl. 385 e.v.; — zie hierover verder, nr. 386.

(4) Rosenberg, L., *o.c.,* § 15, bl. 211; — Lent, F., *o.c.,* § 47, bl. 126.

(5) Rosenberg, L., *o.c.,* §§ 15 en 16, bl. 197 e.v.; — Rosenberg, L., *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts,* § 113, bl. 534.

(6) Zie trouwens betreffende het *Indizienbeweis:* verder, nr. 364.

(7) Kan, M.L., *Bewijslast en bewijswaardering,* bl. 16; — Suyling, J. Ph., *o.c.,* nr. 407, bl. 140; — Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 41, voetnoot 3; — vgl. Meijers, E.M., *o.c.,* bl. 213 e.v.

Deze zienswijze is verkeerd omdat het subjectief recht noch bewezen, noch vermoed kan worden (1). Weliswaar schijnt de rechtsverhouding dikwijls ingevolge het wettelijk vermoeden rechtstreeks voort te vloeien uit de feiten, doch bij nader toezien bemerkt men dat het subjectief recht voortkomt uit intermediaire feiten, waarvan de wetgever de aanduiding als overbodig aanzag: niet het subjectief recht wordt vermoed, doch wel een of ander rechtscheppend feit, waaruit het subjectief recht dan wordt afgeleid. Zo zal bv. het vermoeden van gemeenheid (artikel 653 B.W.) in werkelijkheid uit feitelijke omstandigheden, die niet nader werden aangeduid, afgeleid worden (bv. gemeenschappelijke oprichting). De vermoedens van de artikelen 1282 en 1283 van het burgerlijk wetboek wijzen op het bestaan van een oorzaak van bevrijding (betaling, schuldvermenging, kwijtschelding,...), die niet werd gespecifieerd en geen afzonderlijk bewijs vergt (zie verder, nr. 387).

363. — Ten einde het belang van de vermoedens ten aanzien van de bewijslast beter te begrijpen, moeten vooraf de verschillende soorten behandeld worden met de eigen kenmerken die eraan verbonden zijn, om nadien hieruit de nodige besluiten te kunnen afleiden.

Achtereenvolgens zullen de feitelijke of rechterlijke en de wettelijke vermoedens besproken worden.

AFDELING II. DE FEITELIJKE VERMOEDENS.

364. — In de artikelen 1349 en 1353 van het burgerlijk wetboek heeft de wetgever uitdrukkelijk de vermoedens — gevolgtrekkingen waardoor een onbekend feit afgeleid wordt uit een bekend feit —, die niet door de wet voorzien werden, overgelaten aan het oordeel en het beleid van de rechter.

De betekenis van deze wetteksten blijft uiterst vaag, tenzij hierin — hoewel op zeer voorzichtige wijze — duidelijk aan de rechter een belangrijke taak wordt opgedragen: het afleiden van de gevolgen uit het indirect bewijs is uitsluitend zijn werk.

Maar buiten deze vaststelling kan men zich moeilijk ontdoen van de idee dat het feitelijk vermoeden niet als een bewijsmiddel kan beschouwd worden.

Het bewijsmiddel wordt immers door de partijen aangewend om de rechter te overtuigen van het bestaan van een bepaald feit, waarvan men de rechtsgevolgen wenst te zien intreden (zie boven, nr. 4). Hieruit volgt dus dat het bewijsmiddel essentieel door de partijen wordt aangevoerd.

(1) Dabin, J., *o.c.,* bl. 236; — Gény, F., *o.c.,* III, nr. 232, bl. 284; — zie boven, nr. 36 e.v.

Ontleedt men nu het feitelijk vermoeden, dan vindt men dadelijk twee belangrijke elementen terug, nl. enerzijds de intermediaire feiten, waarvan de partijen het onderzoek aan de rechter opdragen (aanwijzingen, *indices)* (1) en die door hen moeten bewezen worden, tenzij zij behoren tot de reeks feiten die geen bewijs behoeven (2), en anderzijds de redenering, waardoor de rechter deze feiten interpreteert en van het *factum probans* overgaat tot het *factum probandum* (3). Van beide elementen is het laatste ongetwijfeld het belangrijkste; dit werd trouwens door de meeste auteurs ingezien (4). Deze redenering is het uitsluitende werk van de rechter (5), zodat in die zin alleen reeds moeilijk van een bewijsmiddel der partijen kan gesproken worden (6).

365. — Doch er is meer. De redenering van de rechter, waardoor hij een onbekend feit uit een bekend feit afleidt, vindt men praktisch in heel het bewijsstelsel terug : in de meeste gevallen zal de rechter moeten redeneren om uit hetgeen bv. door geschriften of door getuigen bewezen werd, het door de partijen bedoelde recht te kunnen afleiden (7).

Hetzelfde doet zich voor, maar op een meer specifieke en duidelijker waarneembare wijze in het vermoedenbewijs : zo zal men bv. het bewijs van de afwezigheid te B (onbekende te bewijzen feit b) halen uit het bewijs van de aanwezigheid te A (bekende feit a). Het aldus tot bekendheid gebrachte feit b is volgens de wet door vermoedens bewezen, maar het is duidelijk dat het bewijsmiddel, met behulp waarvan dat feit is bewezen, niet was de door de rechter gemaakte gevolgtrekking, doch de persoon (bv. een getuige) of het

(1) Deze termen worden tegenwoordig meestal dooreen gebruikt : Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 112 e.v. In dit verband kan ook verwezen worden naar de termen, die in Duitsland en Engeland gebezigd worden om het middellijk bewijs aan te duiden : *Indizienbeweis* (Rosenberg, L., *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts,* § 111, bl. 520-521) en *circumstantial evidence* (Nokes, G.D., *o.c.,* bl. 413); — zie ook Guldener, M., *o.c.,* bl. 10 e.v.

(2) Zie nr. 322 e.v.; — zie ook hierover verder, nr. 371 e.v.

(3) Decottignies, R., *o.c.,* nr. 105, bl. 261 e.v.; — Pitlo, A., *o.c.,* bl. 99; — vgl. Dabin, J., *o.c.,* bl. 237, voetnoot 2.

(4) Zie o.m. De Page, III, nr. 933, A, bl. 923.

(5) Vandaar ook de term *présomption de l'homme* of rechterlijk vermoeden.

(6) Zie ook Hamaker, H.J., *Verspreide geschriften,* V, *Bewijsrecht,* bl. 88 e.v.

(7) Zelfs worden de vermoedens aangewend om geschreven akten te interpreteren ten einde de vermoedelijke wil der partijen op te sporen en een dubbelzinnige tekst te begrijpen; een dergelijke interpretatie mag natuurlijk niet indruisen tegen de inhoud van de akte. Zie desbetreffend : Verbr., 4 april 1941, *Pas.,* 1941, I, 120, met het belangwekkende advies van de toenmalige eerste Advocaat-Generaal L. Cornil; — zie ook : Verbr., 17 november 1932, *Pas.,* 1933, I, 9; — Verbr., 24 februari 1938, *Pas.,* 1938, I, 66; — Verbr., 14 mei 1959, *Pas.,* 1959, I, 934.

voorwerp (bv. een akte), waaruit de rechter gegevens omtrent het bestaan van het feit a heeft geput.

Vermoedenbewijs is dus niet een bewijsvoering door middel van bijzondere bewijsmiddelen, doch het is een bewijsvoering, waarbij een bijzondere wijze van appreciatie der bewijsmiddelen plaatsgrijpt : de rechter leidt het bestaan van het onbekende feit middellijk uit de waarneming van een bewijsmiddel af (1).

Dabin zegt weliswaar dat een dergelijke opvatting voortvloeit uit een verwarring tussen het te bewijzen feit en het bewijsmiddel (2). Het is ongetwijfeld verkeerd overal vermoedenbewijs te zien : daarom juist werd er op gewezen dat het een speciale soort van bewijsvoering betreft, omdat er toch altijd een — hoofdzakelijk theoretisch — verschil is tussen onmiddellijk en middellijk bewijs (zie boven, nr. 186), en omdat de redenering van de rechter bij vermoedenbewijs veel beter waarneembaar is.

Maar wanneer men op grond van het bewezen zijn van feit a met behulp van een sluitrede tot het bewezen zijn van feit b komt, dan oordeelt men wezenlijk op dezelfde wijze, als wanneer men uit het bestaan van feit b tot het bestaan van recht B besluit (3). Men vergete trouwens niet dat ook de feiten (indiciën), die dienen als eerste element van het feitelijke vermoeden, op de gewone wijze moeten bewezen worden (4).

366. — Het argument van de wettelijke indeling der vermoedens bij de bewijsmiddelen kan ter zake niet tegen de bovenstaande opvatting opwegen. Dat de rubricering en voorbeelden door de wetgever in de afdeling over de vermoedens als hoogst ongelukkig moeten beschouwd worden, wordt immers algemeen toegeggeven (5).

Zo zijn de voorbeelden van artikel 1350 van het burgerlijk wetboek zeer slecht gekozen (6), niet alleen omdat noch de eed, noch de bekentenis (7),

(1) Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 112-113; — Pitlo, A., *o.c.,* bl. 94 e.v.; — Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 277-278; — Suyling, J. Ph., *o.c.,* nr. 405, bl. 137; — vgl. de weinige Franse auteurs die dit hebben ingezien : Bonnier, E., *o.c.,* I, nr. 29, bl. 24 e.v.; — Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations,* IV, nr. 2652, bl. 338-339; — vgl. ook Gény, F., *o.c.,* III, nr. 236, bl. 339.

(2) *o.c.,* bl. 81-82, voetnoot 5.

(3) Zie Meijers, E.M., *o.c.,* bl. 210.

(4) Meijers, E.M., *o.c.,* bl. 223; — H.R., 27 april 1922, *N.J.,* 1922, 598; — H.R., 17 december 1925, *N.J.,* 1926, 129.

(5) Pitlo, A., *o.c.,* bl. 96.

(6) Zie de kritiek bij Mimin, P., *Les présomptions quasi-légales, J.C.P.,* 1946, I, 578.

(7) De Page, III, nr. 934, bl. 926; — Pitlo, A., *o.c.,* bl. 96; — Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 120; — Anders : Planiol et Ripert, VII², nr. 1562, bl. 1035-1036.

noch zelfs het gezag van gewijsde (1), tot de vermoedens kunnen gerekend worden, maar ook omdat de overige voorbeelden nutteloos zijn en slechts lukraak een paar groepen van gevallen samenvatten.

Ook artikel 1352, 1ste lid, van het burgerlijk wetboek is verkeerd opgesteld, wanneer men bedenkt dat de feiten waaruit het *factum probandum* moet afgeleid worden, toch eerst dienen gesteld en bewezen. De omschrijving der onwederlegbare vermoedens in artikel 1352, 2de lid, kan evenmin voldoening schenken (2).

Tenslotte is de bepaling van artikel 1353 *in fine* overbodig : arglist en bedrog moeten steeds bewezen worden (artikel 1116 B.W.), en vermits het materiële feiten zijn, kan dit bewijs geleverd worden door alle bewijsmiddelen, vermoedens inbegrepen (3). Trouwens in recente wetboeken, zoals het Italiaanse burgerlijk wetboek, werd deze laatste zin te recht weggelaten (artikel 2729 C.c.it.).

367. — Veeleer moet de regeling van artikel 1353 van het burgerlijk wetboek beschouwd worden als een algemene stelregel, die ten onrechte bij de bewijsmiddelen werd opgenomen. Ware dit artikel niet geschreven, dan zou de rechter zonder de minste twijfel eveneens met behulp van feitelijke vermoedens tot zijn oordeel komen (4).

Dit is bv. het geval in Duitsland, waar de wetgever nergens uitdrukkelijk de feitelijke of rechterlijke vermoedens heeft voorzien; dit heeft de Duitse rechter niet belet aan een werkelijke bewijsappreciatie te doen, die tenslotte overeenstemt met de redenering waarop de feitelijke vermoedens gebaseerd zijn.

Zeer juist werd opgemerkt dat het zwaartepunt van deze bepaling niet zozeer moet gezocht worden in de vrijheid die door de wet aan de rechter wordt toegekend, dan wel in de aanmaning tot bedachtzaamheid die hier tot uitdrukking komt (5).

Men herleze in dit verband de eerste zin van artikel 1959 van het Nederlandse burgerlijk wetboek : « Vermoedens welke niet op de wet zelve gegrond zijn, worden overgelaten aan het oordeel en aan de voorzichtigheid van de rechter, die echter op geen andere letten mag dan die welke gewichtig, nauwkeurig, bepaald en met elkander in overeenstemming zijn ». Zeer te recht is

(1) Decottignies, R., *o.c.*, nr. 49, bl. 110 e.v.; — Perrot, R., noot onder Cass. fr., 24 oktober 1951, *J.C.P.*, 1952, II, 6806; — Morel, R., *Traité élémentaire de procédure civile*, nr. 577, bl. 450; — Pitlo, A., *o.c.*, bl. 96; — Scheltema, F.G., *o.c.*, bl. 112-113; — vgl. het Italiaanse burgerlijk wetboek, waar het gezag van gewijsde niet bij de vermoedens wordt opgenomen.

(2) Gény, F., *o.c.*, III, nr. 234, bl. 303 e.v.; — zie verder, nr. 382.

(3) Decottignies, R., *o.c.*, nr. 109, bl. 273; — De Page, III, nr. 928, kleine tekst, bl. 920.

(4) Gezien de terughoudendheid van de klassieke leer ten aanzien van de bevoegdheden van de rechter, is dit artikel 1353 nochtans een belangrijk bijkomend argument ten gunste van de hier verdedigde stellingen over de taak van de rechter.

(5) Pitlo, A., *o.c.*, bl. 100.

men van oordeel dat een dergelijk artikel overbodig is en best zou kunnen geschrapt worden (1); het valt de wetgever uiteraard zeer moeilijk om aan de rechter op dat stuk directieven te geven (zie boven, nr. 292).

368. — Een laatste vraag die in dit verband kan gesteld worden betreft de bepaling van artikel 1353 van het burgerlijk wetboek, volgens dewelke het feitelijk vermoeden slechts kan aanvaard worden in de gevallen waarin de wet het bewijs door getuigen toelaat. Waar men deze tekst als een tweede bevestiging van het feitelijk vermoeden als bewijsmiddel zou kunnen begrijpen (2), betekent hij heel eenvoudig dat de rechter van de bewijsconstructie door middel van feitelijke vermoedens slechts mag gebruik maken wanneer het getuigenbewijs toegelaten is.

Dit ontwricht geenszins de zienswijze volgens dewelke de feitelijke vermoedens niet als bewijsmiddel kunnen opgevat worden. De wetgever heeft er zorg voor gedragen te verklaren dat de rechter slechts uitsluitend bij wijze van redenering een oordeel mag vellen zo ingevolge artikel 1341 van het burgerlijk wetboek het getuigenbewijs mogelijk is. In artikel 1353 van het burgerlijk wetboek moet dan ook enkel een beperking van de tussenkomst van de rechter gezien worden : hij mag — en zal in werkelijkheid altijd — bij wijze van redenering en inductie de voorgebrachte bewijzen waarderen, doch het is hem verboden een vonnis te vellen alleen op grond van een feitelijk vermoeden, wanneer het bewijs niet door getuigen mag geleverd worden en geen hoofdbewijs door geschrift voorgebracht werd.

Die beperking van het gebruik der feitelijke vermoedens moet dus niet beschouwd worden als een uiting van wantrouwen door de wetgever ten opzichte van deze vermoedens, maar wel als een bevestiging van zekere basisprincipes van het bewijsrecht. In die zin moet artikel 1353 van het burgerlijk wetboek vooral geïnterpreteerd worden als een versterking van het algemeen beginsel dat het bewijsrecht beheerst, nl. dat van het voorafgemaakt bewijs (artikel 1341 B.W.) (3).

Hetzelfde verschijnsel doet zich voor in tal van andere gevallen : zo kunnen de vermoedens bv. dienen als begin van bewijs inzake afstamming (artikel 323 B.W.) om dan aangevuld te worden door het getuigenbewijs. Deze tekst is geenszins ingegeven uit wantrouwen, maar beduidt integendeel dat volgens de wetgever de feitelijke vermoedens een voldoende waarde bezitten om in

(1) Zie o.m. : Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 290.

(2) Sommigen zien hierin ook een argument om de vermoedens als zwak bewijs te bestempelen : zie aldus De Page, III, nr. 926, C, bl. 918.

(3) Decottignies, R., *o.c.*, nr. 111, bl. 276 e.v.; — vgl. De Page, III, nr. 928, kleine tekst, bl. 920.

dergelijke betwistingen het bewijs door getuigen toe te laten, dat nochtans door de wet met een zekere minachting wordt bejegend (1).

369. — Het belang van voorgaande uiteenzetting voor de bewijslast is duidelijk, wanneer men teruggrijpt naar de taak van de rechter inzake bewijs (zie boven, nr. 289 e.v.). Hieruit volgt immers dat de wetgever dank zij het systeem van de feitelijke vermoedens uitdrukkelijk aan de rechter de toelating heeft willen geven om aan een werkelijke bewijswaardering te doen ten einde aldus met meer zekerheid een eindbeslissing te kunnen vellen (2); in de gevallen waarin het getuigenbewijs toegelaten is, zal de rechter zich zelfs uisluitend door vermoedens mogen laten leiden.

Hier hoeft wel niet meer herhaald te worden dat in zaken van koophandel deze beperking zelfs niet meer bestaat, vermits alle bewijsmiddelen alsdan toelaatbaar zijn (art. 1341, 2de lid, B.W.) (3).

In dit verband kan in herinnering gebracht worden, dat de rechter zeer dikwijls het principe van de gewone gang van zaken (*id quod plerumque fit)* (4) zal aanwenden om zijn innerlijke overtuiging te grondvesten. Ook de ervaringsregelen kunnen in dezelfde zin aangehaald worden; het zijn ongetwijfeld elementen, die de taak van de rechter zullen vereenvoudigen.

De rechter krijgt hier eens te meer een actieve rol toebedeeld, die uitermate belangrijk is gezien de grote verscheidenheid der feitelijke vermoedens. Dit komt o.m. goed tot uiting in de gevallen, waarin bepaalde onderzoeksverrichtingen die op zich zelf ongeldig zijn, door de rechter toch vooral als *basis* voor vermoedens kunnen aanvaard worden.

370. — Nochtans moet hier een begripsverwarring vermeden worden. Zeer dikwijls wordt door de rechtspraak en de rechtsleer vooropgesteld dat van vermoedenbewijs sprake is, telkens wanneer de rechter zijn overtuiging omtrent zekere feiten put uit bewijsmiddelen, die in de omstandigheden waarin ze gebezigd zijn, geen volledige bewijskracht bezitten, of die niet behoren tot de in de wet uitdrukkelijk genoemde bewijsmiddelen (5).

(1) Decottignies, R., *o.c.,* nr. 110, bl. 274 e.v.

(2) Voor een toepassingsgeval, zie o.m. Verbr., 15 september 1960, *Pas.,* 1961, I, 50; — zie ook boven, nr. 365.

(3) Verbr., 7 mei 1908, *Pas.,* 1908, I, 174; — Cass. fr., 25 november 1903, *Pand. fr.,* 1905, I, 75; — zie nochtans ook boven, nr. 290.

(4) Men vergete trouwens niet dat het vermoeden juist hoofdzakelijk op deze gewone gang van zaken gebaseerd is : zie boven, nr. 355.

(5) Aldus Land, N.K.F., *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek,* VI, 2de uitg., door J. Eggens, bl. 25 e.v. De bewijsmiddelen zijn volgens deze auteur de geschriften, getuigenverklaringen, de bekentenis en de eed en verder alle feitelijke gegevens welke de rechter als zodanig in het geding waarneemt; deze laatste worden dan als vermoedens beschouwd. Hoewel minder uitdrukkelijk luiden de meeste handboeken over burgerlijk recht in België en Frankrijk in dezelfde zin.

Deze begripsverwarring wordt het best geïllustreerd door de rechtspraak, die herhaaldelijk verklaarde dat stukken die vreemd zijn aan het hangende geding (1), of elementen uit ongeldige onderzoeksverrichtingen (2), of zelfs bewijselementen die geen volledige bewijskracht bezitten (3) als vermoedens kunnen gebezigd worden, dit alles natuurlijk op voorwaarde dat de partijen er kennis van gekregen hebben (4).

Uitgaande van de bepaling dat het vermoedenbewijs essentieel indirect bewijs is, nl. het afleiden van een onbekend feit uit een bekend feit, kan men moeilijk begrijpen hoe voorgaande elementen als feitelijke vermoedens kunnen beschouwd worden. Men mag de aanwijzingen (indiciën) niet als vermoedens aanzien, vermits elke aanwijzing nog moet aangevuld worden door de redenering van de rechter, opdat er van een werkelijk vermoeden sprake zou kunnen zijn (5).

Het is natuurlijk mogelijk dat de rechter, bv. op grond van een nietig deskundig onderzoek, een of ander feit als bekend feit bewezen acht om daaruit dan het bestaan van een ander onbekend feit te kunnen afleiden : dan is er inderdaad sprake van vermoedenbewijs. Wanneer evenwel op grond van dergelijke bewijzen een feit rechtstreeks aanvaard wordt, is van indirect bewijs geen sprake.

Dit betekent niet dat de rechter dergelijke feiten niet als bewezen mag beschouwen, maar dit volgt niet uit het karakter van vermoedenbewijs, doch uit het algemeen beginsel volgens hetwelk de rechter

(1) Rb. Brussel, 23 maart 1886, *B.J.,* 1886, 661; — Brussel, 11 november 1896, *Pas.,* 1897, II, 92; — Luik, 31 maart 1899, *Pas.,* 1899, II, 392; — zoals bv. de verklaringen afgelegd tijdens een getuigenverhoor in een ander geding : Verbr., 4 maart 1926, *Pas.,* 1926, I, 272; — Verbr., 27 april 1939, *Pas.,* 1939, I, 214; — Verbr., 14 oktober 1948, *Pas.,* 1948, I, 566; — Verbr., 19 februari 1953, *Pas.,* 1953, I, 471; — Rb. Antwerpen, 21 november 1960, *R.W.,* 1960-61, 1103; — of elementen uit een strafrechtelijke procedure : Rb. Dendermonde, 13 juni 1935, *Pas.,* 1936, III, 171; — Gent, 9 juni 1956, *R.W.,* 1956-57, 1893; — of bestatigingen door deurwaarder : Cass. fr., 5 december 1952, *Bull. Cour Cass.,* 1952, 4, 643. Zo zou het ook verkeerd zijn een vermoeden te zien in een bekentenis die niet werd afgelegd in het hangende geding; men staat dan eenvoudig voor een buitengerechtelijke bekentenis : Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 394.

(2) Bv. uit een nietig getuigenverhoor : Cass. fr., 5 augustus 1895, *D.P.,* 1896, 1, 157; — Cass. fr., 29 december 1925, *D.P.,* 1927, 1, 139; — of uit een onregelmatig deskundig onderzoek : Cass. fr., 22 juli 1885, *D.P.,* 1886, 1, 318; — Cass. fr., 29 december 1925, *D.P.,* 1927, 1, 139; — zie desbetreffend de zeer juiste opmerkingen van Cloquet, A.P.R., Tw. *Deskundig onderzoek,* nr. 1024.

(3) In het algemeen : Verbr., 31 maart 1927, *Pas.,* 1927, I, 190; — zoals bv. registers en huiselijke papieren ten voordele van wie ze zijn uitgegaan : De Page, III, nr. 828, bl. 820; — Cass. fr., 16 maart 1909, *D.P.,* 1909, 1, 353; — Cass. fr., 4 juli 1935, *D.H.,* 1935, 490; — *H.R.,* 3 juni 1881, *W.,* 4647; — ook niet-richtig gehouden koopmansboeken : Cass. fr., 17 maart 1938, *D.P.,* 1938, 1, 115, met noot P. Mimin; — H.R., 22 maart 1901, *W.,* 7585; — zie ook nog : Verbr., 19 mei 1961, *Pas.,* 1961, I, 1011.

(4) Bartin in Aubry et Rau, XII, § 766, voetnoot 6 *quinquies,* bl. 387.

(5) Dabin merkt zeer juist op dat het *un phénomène de dénaturation des règles juridiques* is, wanneer men feitelijke vermoedens ziet in zekere rechtstreekse bewijsmiddelen, die op zichzelf ongeldig zijn : *o.c.,* bl. 81-82, voetnoot 5.

vrij is in de waardering van de bewijsmiddelen met vrije bewijskracht en steeds vrije bewijskracht mag toekennen aan de verplichte bewijsmiddelen waarvan de voorwaarden voor de verplichte bewijskracht ontbreken (1). Sommige uitspraken luiden trouwens in dezelfde zin : « Le juge s'est formé une conviction dont il peut puiser les éléments dans toutes les pièces ou circonstances produites devant lui, fussent elles extraites d'une procédure criminelle » (2), voor zover men zich natuurlijk niet bevindt in gevallen waar enkel het schriftelijke bewijs toelaatbaar zou zijn : « Le champ des investigations du magistrat n'est pas borné : il peut s'étendre à des actes étrangers aux parties ou à l'une d'entre elles et il suffit qu'ils aient avec le fait à vérifier une liaison assez directe pour qu'il en soit tiré des déductions légitimes » (3). Wel moet gezegd worden dat hoofdzakelijk bij indirecte bewijsvoering van dergelijke elementen zal gebruik gemaakt worden (4).

371. — Daarenboven is de rechter soeverein in zijn beoordeling van de bewijskracht der feiten die tot het vormen van vermoedens kunnen aanleiding geven (5), op voorwaarde dat de indiciën met het onbekende feit een voldoende nauw verband vertonen (6).

Bij die beoordeling is het niet nodig dat er verschillende vermoedens zouden voorhanden zijn, één enkel volstaat (7). Het is daarenboven

(1) Scheltema, F.G., *o.c.*, bl. 115-116; — Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 289-290; — vgl. : Meijers, E.M., *o.c.*, bl. 223 e.v.; — Beudant, IX², nr. 1299, bl. 390 e.v.

(2) Gent, 30 maart 1916, *Pas.*, 1917, II, 79; — zie ook : Vred. Doornik, 12 april 1911, *P.P.*, 1912, bl. 14; — Brussel, 3 februari 1960, *R.W.*, 1960-61, 783; — vgl. : Hrb. Luik, 1 maart 1926, *J.T.*, 1926, 240; — Verbr., 13 mei 1943, *Pas.*, 1943, I, 174; — Brussel, 19 april 1958, *R.W.*, 1959-60, 133; — Rb. Kortrijk, 9 mei 1958, *Pas.*, 1959, III, 100; — Brussel, 14 december 1961, *J.T.*, 1962, 278.

(3) Cass. fr., 19 juni 1947, *Gaz. Pal.*, 1947, 2, 84; — zie ook : Cass. fr., 29 november 1893, *D.P.*, 1894, 1, 351.

(4) Vgl. Decottignies, R., *o.c.*, nr. 105, B, bl. 265.

(5) Voor zover natuurlijk het getuigenbewijs toegelaten is, want hierover kan het Hof van Cassatie toezicht houden : Verbr., 3 november 1881, *Pas.*, 1881, I, 395; — Verbr., 5 november 1925, *Pas.*, 1926, I, 45; — Verbr., 28 oktober 1942, *Pas.*, 1942, I, 261; — Verbr., 12 januari 1950, *Pas.*, 1950, I, 311; — Verbr., 19 oktober 1954, *Pas.*, 1955, I, 140; — Verbr., 23 oktober 1956, *Pas.*, 1957, I, 184; — Verbr., 8 november 1960, *R.W.*, 1961-62, 935; — Cass. fr., 19 oktober 1897, *D.P.*, 1897, 1, 572; — Cass. fr., 18 oktober 1933, *D.H.*, 1933, 539; — Cass. fr., 9 november 1938, *S.*, 1939, 1, 67; — Cass. fr., 15 juli 1942, *D.C.*, 1943, 104; — H.R., 4 februari 1916, *N.J.*, 1916, 457; — H.R., 1 december 1932, *N.J.*, 1933, 273; — H.R., 4 december 1941, *N.J.*, 1942, 228.

(6) Cass. fr., 19 juni 1947, *Gaz. Pal.*, 1947, 2, 84. Dit is trouwens een algemene voorwaarde, die elders onderzocht werd, nl. het ter zake dienend karakter van de bewijselementen : zie boven, nr. 222.

(7) De Page, III, nr. 929, B, bl. 921; — Suyling, J. Ph., *o.c.*, nr. 406, bl. 138; — Scheltema, F.G., *o.c.*, bl. 118; — Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 288; — Aubry et Rau, XII, § 766, bl. 386; — Beudant, IX², nr. 1302, bl. 397-398; — Planiol et Ripert, VII², nr. 1547, bl. 1008; — zie ook Catz, E.W., *De bewijskracht van één enkel vermoeden,*

niet altijd nodig dat het feit, waaraan het vermoeden ontleend wordt, door de partijen zou bewezen zijn; het bekende feit kan immers niet alleen vaststaan dank zij de gewone bewijsmiddelen, maar kan ook behoren tot de reeks feiten, waarvan de rechter zonder bewijs kennis heeft (zie boven, nr. 322 e.v.).

Aldus kan de rechter uit sommige processuele feiten (1) of algemeenbekende feiten het te bewijzen feit afleiden. Het is duidelijk dat ook de ervaringsregelen hierbij een belangrijke rol kunnen spelen (2); soms vindt men zelfs in de wetgeving een uitdrukkelijke verwijzing naar de gewone gang van zaken, zoals bv. in § 1963 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering van Californië : « All other presumptions are satisfactory if uncontradicted. They are denominated disputable presumptions and may be converted by other evidence. The following are of that kind : ...28° That things have happened according to the ordinary course of the nature and the ordinary habits of life... » (3).

Een interessant geval wordt belicht in een arrest van het Hof van beroep te Brussel (4) : een ongeval werd veroorzaakt door een militaire vrachtwagen, doch men had niet kunnen opmaken of de bestuurder op het ogenblik van het ongeval een opdracht uitvoerde en dus als Staatsorgaan moest beschouwd worden. Gemelde uitspraak leidt uit het principe van de gewone gang van zaken en uit sommige bijkomende gegevens (de begeleider was militair, hij reed in een militaire kolonne,...) af dat de Staat aansprakelijk moet worden gesteld : « Attendu en effet, que *normalement et habituellement* les véhicules de l'armée ne circulent que conduits par des militaires, organes de l'Etat, agissant dans l'exercice de leurs fonctions; qu'aux termes des dispositions de l'article 1315 du Code civil, ...cette situation normale et habituelle est donc présumée, sauf à celui qui invoque un fait qui irait à son encontre à en démontrer la réalité » (5).

W.P.N.R., 2701; — Verbr., 23 april 1914, *Pas.*, 1914, I, 191; — Verbr., 20 februari 1919, *Pas.*, 1919, I, 72; — Verbr., 29 september 1932, *Pas.*, 1932, I, 255; — Cass. fr., 19 oktober 1948, *Bull. Cour Cass.*, 1948, 866; — H.R., 4 juni 1920, *N.J.*, 1920, 716; — H.R., 23 januari 1925, *N.J.*, 1925, 376; — Anders : Diephuis, G., III, bl. 217. In Frankrijk schijnen er thans evenwel stemmen op te gaan om een einde te stellen aan de steeds grotere uitbreiding van de rechterlijke vermoedens, vermits in een recent arrest van het Franse Hof van Cassatie gepreciseerd werd dat « si l'appréciation des présomptions est laissée à la prudence des juges, ceux-ci méconnaissent les conditions légales de leur application quand ils les déduisent d'un fait unique insusceptible d'établir la preuve nécessaire » : Cass. fr., 9 mei 1951, *D.*, 1951, *J.*, 473.

(1) H.R., 27 november 1942, *N.J.*, 1943, 35 : vermoedens uit hetgeen bij een verschijning voor de rechter werd verklaard.

(2) H.R., 28 november 1947, *N.J.*, 1948, 135 : vermoeden dank zij een aan de rechter uit ervaring bekend feit. Deze ervaringsregel mag nochtans niet tot een algemeen geldend vermoeden geabstraheerd worden : Verbr., 18 januari 1945, *R.C.J.B.*, 1947, 81, met noot Cl. Renard.

(3) Voor andere voorbeelden, zie boven, nr. 315.

(4) Brussel, 14 mei 1952, *Pas.*, 1954, II, 92.

(5) In voetnoot wordt dit arrest bekritiseerd omdat het slachtoffer de bewijslast draagt (zie Verbr., 25 oktober 1951, *Pas.*, 1952, I, 101) en deze ter zake werd omgekeerd; hierbij verliest men eens te meer uit het oog dat de feitenrechter het bewijs in hoofde van het slachtoffer als geleverd beschouwde dank zij sommige feitelijke vermoedens.

Het is dan ook onbegrijpelijk dat het Hof van Cassatie in een arrest d.d. 25 september 1959 (1) vooropstelt dat een vermoeden niet mag gebaseerd zijn op hetgeen als een notoir feit mocht beschouwd worden : ter zake had de feitenrechter zekere feiten aangenomen op grond van de overweging dat het verkeer om 17 uur in de Koninklijke straat te Brussel gestremd wordt. Deze rechtspraak is weliswaar in overeenstemming met andere arresten die verklaren dat het vermoeden niet mag afgeleid worden uit persoonlijke overwegingen van de rechter (2) : het *geval* is evenwel zodanig dat hierdoor wordt afgeweken van de gangbare jurisprudentie, luidens dewelke bv. ijzel in een bepaald jaargetijde en in een bepaalde streek van het land geen onvoorzienbare hindernis uitmaakt, of luidens dewelke de aansprakelijkheid bij ongeval veroorzaakt aan spelende kinderen soms verdeeld wordt (3).

De rechter mag zich immers baseren op waarschijnlijkheden (4) en bij het opstellen van vermoedens soeverein de feiten interpreteren (5).

372. — Uit het voorgaande blijkt niet alleen dat dank zij de door de wetgever voorziene mogelijkheid van het vermoedenbewijs de taak van de partijen aanzienlijk verlicht wordt (6), vermits zij kunnen volstaan met het bewijzen van feiten, waaruit het door hen gestelde maar moeilijk te bewijzen feit door de rechter kan afgeleid worden, doch daarenboven heeft de uitbreiding van het vermoedenbewijs ongetwijfeld tal van strakke regelen uit het bewijsrecht versoepeld (7).

De wetgever kende aldus aan de rechter onder de mom van feitelijke vermoedens een belangrijke bevoegdheid toe : het Franse Hof van Cassatie bevestigde dat « le champ des investigations du magistrat n'est pas borné » (8). Deze evolutie wordt evenwel verkeerd geïnterpreteerd wanneer men meent de regeling der vermoedens te mogen gebruiken voor een heel ander doel, namelijk om te ontkomen aan de beperkende bepalingen van het bewijsrecht (9).

(1) Verbr., 25 september 1959, *Pas.*, 1960, I, 123; *J.T.*, 1959, 631, met noot Ch. V.R.
(2) Zie aldus o.m. : Verbr., 23 september 1954, *Pas.*, 1955, I, 36; *J.T.*, 1955, 107.
(3) Voor deze en andere voorbeelden, zie De Page, II, nr. 941, bl. 883, voetnoot 1 en de aanvullingen vermeld in *Complément*, II, bl. 228-229; — zie ook : Luik, 27 juni 1941, *R.G.A.R.*, 1941, 3621 (ijzel); — Corr. Dinant, 25 oktober 1948, *Pas.*, 1949, III, 49 (*id.*); — Luik, 2 maart 1931, *Pas.*, 1932, II, 49 (slipgevaar).
(4) Laurent, XIX, nr. 667, bl. 627.
(5) Zie benevens de reeds aangehaalde rechtspraak : Verbr., 2 maart 1899, *Pas.*, 1899, I, 133; — Verbr., 25 juni 1925, *Pas.*, 1925, I, 311; — Verbr., 28 oktober 1942, *Pas.*, 1942, I, 261.
(6) Van een omkering van de bewijslast is geen sprake : Verbr., 9 januari 1936, *Pas.*, 1936, I, 110.
(7) Beudant, IX², nr. 1297, bl. 387-388; — Dabin, J., *o.c.*, bl. 84.
(8) Cass. fr., 19 juni 1947, *Gaz. Pal.*, 1947, 2, 84, met verslag raadsheer Lepelley Fonteny; — vgl. Cass. fr., 3 februari 1948, *S.*, 1948, 1, 106.
(9) Deze opvatting werd zeer te recht bekritiseerd : Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 289-290.

373. — Tenslotte moet er op gewezen worden dat tegenbewijs tegen feitelijke vermoedens steeds mogelijk is. Dit bewijs kan zowel gericht zijn tegen de juistheid van het feit waaruit de gevolgtrekking wordt afgeleid, als tegen de logica van de rechterlijke redenering zelf.

Dit tegenbewijs is geen hoofdbewijs, d.w.z. dat de eigenlijke bewijslast niet verplaatst wordt op de tegenpartij. Deze laatste moet dus enkel het vermoeden in de geest van de rechter doen wankelen, om de volle bewijslast weer op de eiser te leggen.

AFDELING III. DE WETTELIJKE VERMOEDENS

374. — De wettelijke vermoedens hebben in werkelijkheid dezelfde betekenis als de feitelijke vermoedens : ook hier gaat het om een indirecte bewijsvoering, waarbij een onbekend feit (b) afgeleid wordt uit een bekend feit (a).

Doch er zijn ongetwijfeld ook belangrijke verschilpunten.

Het eerste onderscheid is hierin gelegen dat de gevolgtrekking (uit a wordt b afgeleid) bij wijze van redenering in geval van wettelijk vermoeden door de wet (zie nochtans hierover verder, nr. 393) aan de rechter wordt opgelegd : is feit (a) komen vast te staan, dan *moet* de rechter tot het bestaan van (b) concluderen. Bij de feitelijke vermoedens daarentegen is de rechter volledig vrij in zijn redenering : dergelijke vermoedens zijn aan zijn oordeel en beleid overgelaten (art. 1353 B.W.).

Deze vaststelling heeft hoofdzakelijk twee gevolgen. Daar de feitelijke vermoedens uiteraard gebaseerd zijn op feitelijke vaststellingen zal het Hof van Cassatie hierop geen toezicht kunnen houden (1), behoudens wat natuurlijk de toelaatbaarheid betreft (zie boven, nr. 371, voetnoot 5, bl. 344).

Anderzijds zal in het internationaal privaatrecht tengevolge van het gemaakte onderscheid, het wettelijk vermoeden beheerst worden door de wet die de grond van de betwiste rechtsverhouding regelt, terwijl de feitelijke vermoedens afhangen van de *lex fori* (2).

Men kan zich eveneens de vraag stellen of er inzake aanvoerings- en bewijslast geen verschil bestaat tussen beide soorten vermoedens. Wat de aanvoeringslast betreft moet aangemerkt worden dat waar in beide gevallen de intermediaire feiten gesteld en eventueel bewezen zullen moeten worden, tenzij ze behoren tot de

(1) De Page, III, nr. 932, bl. 922; — vgl. Rosenberg, L., *Die Beweislast*, § 14, bl. 186; — Anders : Verbr., 25 september 1959, *J.T.*, 1959, 631, met kritiek van Ch. V.R.
(2) Bartin in Aubry et Rau, XII, § 750, voetnoot 1^{bis}, bl. 101; — zie verder, nr. 394.

feiten waarvan de rechter zonder bewijs kennis heeft (zie boven, nr. 322 e.v.), het vermoede feit, dat uit het intermediaire feit wordt afgeleid, slechts moet gesteld worden in geval van feitelijke vermoedens; bij de wettelijke vermoedens moet de rechter eenvoudig de wet, die hij kent, toepassen (1). De bewijslast verschilt enkel in hoofde van de partij, tegen wie het vermoeden wordt ingeroepen, vermits deze laatste het vermoede feit in geval van wettelijk vermoeden slechts kan weerleggen door het bewijs van het tegendeel (2).

375. — De wetgever heeft zelf twee soorten vermoedens vastgesteld, nl. de wederlegbare (*juris tantum*) en de onwederlegbare (*juris et de jure*). Artikel 1352, 2de lid, van het burgerlijk wetboek bepaalt inderdaad dat geen bewijs tegen het wettelijk vermoeden wordt toegelaten, *wanneer* de wet, op grond van dat vermoeden, bepaalde handelingen nietig verklaart, of de rechtsvordering ontzegt, tenzij ze het tegenbewijs heeft vrijgelaten.

Soms werd deze tekst aldus geïnterpreteerd, dat het onwederlegbaar vermoeden de regel zou zijn, terwijl slechts uitzonderlijk van een wederlegbaar vermoeden sprake zou zijn, wanneer de wetgever uitdrukkelijk het tegenbewijs heeft vrijgelaten (3).

Deze interpretatie kan moeilijk aanvaard worden om verschillende redenen. Vooreerst is de tekst van vermeld artikel zo op te vatten dat er van een onwederlegbaar vermoeden *slechts* sprake kan zijn wanneer bepaalde handelingen worden nietig verklaard of de rechtsvordering wordt ontzegd, *tenzij ook in die gevallen* het tegenbewijs toegelaten wordt.

Trouwens dit wordt met zoveel woorden gezegd in de voorbereidende werken. In zijn verslag zegt Jaubert zeer duidelijk : « Lorsque la loi se borne simplement à établir une présomption, la preuve contraire peut être admise, quoique la loi ne la réserve pas, parce qu'il est dans la nature des présomptions qu'elles cèdent à la preuve. Mais si la loi, en établissant une présomption, a déclaré que cette présomption, suffisait jour que certains actes fussent annulés, ou si, sur le fondement de cette présomption, elle dénie l'action en justice, alors nulle preuve n'est admise, à moins que la loi n'ait réservé la preuve contraire » (4).

(1) Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 279; — Suyling, J. Ph., nr. 378, bl. 103; — Anders : Scheltema, die meent dat het vermoede feit als rechtsfeit moet gesteld worden (*o.c.,* bl. 121-122); — zie verder, nr. 388.

(2) Vgl. boven, nr. 373, met de verdere uiteenzetting, nr. 390. Dit geldt natuurlijk slechts voor wederlegbare vermoedens (zie verder, nr. 380).

(3) In die zin o.m. De Page, III, nr. 925, bl. 916; — vgl. evenwel *idem,* III, nr. 935, B, bl. 928.

(4) Locré, VI, bl. 235, nr. 32.

Deze opvatting, die door het overgrote deel van de rechtsleer wordt bijgetreden (1), van het vermoeden (2) en bij de geest van de bestaande bewijsregeling : men denke bv. aan artikel 256 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering, volgens hetwelk het tegenbewijs van rechtswege plaats heeft.

1 §. Onwederlegbare vermoedens.

376. — Ondanks het uitzonderlijke karakter, kunnen eerst de onwederlegbare vermoedens behandeld worden, d.w.z. de vermoedens waarvoor geen tegenbewijs mogelijk is.

Over de aard van deze vermoedens is zeer dikwijls geredetwist. Volgens de wet zijn het regelen van bewijsrecht, regelen die aangeven op welke wijze een door de partijen te bewijzen feit, bewezen kan worden. Ten aanzien van deze opvatting zijn tal van uiteenlopende stellingen verdedigd geworden. Sommigen houden voor dat de onwederlegbare vermoedens zuiver materiële bepalingen ten gronde zijn (3) of zelfs ficties (4), terwijl anderen integendeel zeer dikwijls tal van grondregelen van zuiver materiële aard bij de onwederlegbare vermoedens hebben gerangschikt.

De oudere auteurs hadden immers het belang van het vermoeden voor de technische uitwerking of voor de motivering van zekere grondregelen niet ingezien : alles werd in de categorie der onwederlegbare vermoedens ondergebracht, zodat deze een geweldige uitbreiding kenden (5). De moderne rechtsleer heeft sinds geruime tijd scherp tegen deze opvatting gereageerd (6), maar helde soms te veel over naar de tegenovergestelde opvatting door alle onwederlegbare vermoedens te rangschikken bij de regelen ten gronde (7).

(1) Kluyskens, A., *De verbintenissen,* nr. 322, bl. 476; — Baudry-Lacantinerie et Barde, *o.c.,* IV, nr. 2662, bl. 344; — Planiol et Ripert, VII², nr. 1549, bl. 1012; — Garsonnet et Cézar-Bru, *o.c.,* II, nr. 233, bl. 370; — Beudant, IX², nr. 1293, bl. 381; — Decottignies, R., *o.c.,* nr. 43, bl. 94 e.v.; — Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 123; — Suyling, J. Ph., *o.c.,* nr. 381, bl. 110.

(2) Vgl. § 292 Z.P.O. : « Stellt das Gesetz für das Vorhandensein einer Tatsache eine Vermutung auf, so ist der Beweis des Gegenteils zulässig, sofern nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt ».

(3) Suyling, J. Ph., *o.c.,* nr. 381, bl. 112; — Meijers, E.M., *o.c.,* bl. 209; — Pitlo, A., *o.c.,* bl. 97-98; — Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 280.

(4) Rosenberg, L., *o.c.,* § 15, bl. 211; — zie hierover boven, nr. 357.

(5) Decottignies, R., *o.c.,* nr. 40, bl. 88, voetnoot 1.

(6) Zie o.m. Aron, G., *Théorie générale des présomptions légales en droit privé,* Proefschr., Paris, 1895, nr. 218 e.v., bl. 118 e.v.

(7) Zie o.m. Dabin, J., *o.c.,* bl. 240 e.v., die een onderscheid maakt tussen *présomption-preuve* en *présomption-concept* en alle onwederlegbare vermoedens tot de laatste categorie rekent; — vgl. de Engelse rechtsleer, die eveneens de *irrebutable or conclusive presumptions* als regelen van *substantive law* beschouwt : Nokes, G.D., *An introduction to evidence,* bl. 54 e.v., met talrijke referenties.

De juiste opvatting ligt ongetwijfeld tussen beide extremen. Er zijn onwederlegbare vermoedens die de eigen kenmerken van het vermoeden blijven behouden en in die hoedanigheid regelen van bewijsrecht zijn; daarnaast zijn er tal van grondregelen die weliswaar gemotiveerd zijn door een vermoeden, maar die er uiteindelijk geen uitstaans mee hebben. In dit verband kan verwezen worden naar de genuanceerde opvatting van Gény, die vaststelt dat het onwederlegbaar vermoeden tengevolge van de uitsluiting van tegenbewijs een « règle de droit indépendante, que son origine seule rattache au domaine de la preuve » wordt (1), doch verder toegeeft dat, zelfs waar het tegenbewijs feitelijk uitgesloten wordt, de bewijsrechtelijke oorsprong de interpretatie van dergelijke vermoedens beinvloedt : « l'origine probatoire conduirait notamment à refuser à la présomption irréfragable toute conséquence, excédant le domaine de la vérité des faits qu'elle tient seule pour acquis » (2). Op verschillende plaatsen verwijst hij dan ook zeer uitdrukkelijk naar het bewijsrechtelijke karakter van die vermoedens, omdat de mogelijkheid van tegenbewijs theoretisch blijft bestaan (3), zodat ze duidelijk te onderscheiden zijn van de vermoedens als technisch procédé en van de ficties : « La présomption à titre de procédé technique... ne permet même pas de poser la question de preuve contraire... » (4).

Er moet anderzijds evenwel toegegeven worden dat de wederlegbare vermoedens enger met de idee van het *vermoeden* verbonden zijn, dan dit wel het geval is met de onwederlegbare vermoedens (5).

377. — Dat de onwederlegbare vermoedens tot het bewijsrecht behoren, kan moeilijk ontkend worden, wanneer men bedenkt dat de feitelijke en ook de wederlegbare wettelijke vermoedens, waarvan zij toch in wezen weinig verschillen (6), ongetwijfeld tot het bewijsrecht dienen gerekend te worden.

Er zijn zeker wetsvoorschriften, die ten onrechte als onwederlegbare vermoedens beschouwd worden, maar dit is dan te wijten aan een

(1) *o.c.*, III, nr. 232, bl. 282-283.
(2) *o.c.*, III, nr. 232, bl. 285-286.
(3) *o.c.*, III, nr. 232, bl. 285.
(4) *o.c.*, III, nr. 237, bl. 340-341; nr. 238, bl. 347; nr. 243, bl. 389-390.
(5) Zie Decottignies, R., *o.c.*, nr. 66, bl. 183.
(6) Het enige verschil ligt in de uitsluiting van tegenbewijs; dit verschil is niet zo belangrijk dan op het eerste gezicht zou schijnen, vermits zelfs bij de onwederlegbare vermoedens het tegenbewijs in principe denkbaar en dus mogelijk is, doch enkel uitdrukkelijk wordt verboden. Bij de regelen ten gronde daarentegen stelt zich het probleem van het tegenbewijs eenvoudigweg niet.

algemeen misverstand, waarop van in den beginne de aandacht gevestigd werd (zie boven, nr. 355 e.v.).

Zo is het adagium *Nemo censetur ignorare legem* geen onwederlegbaar vermoeden van kennis der wet, zoniet zou een nieuwe wet toepasselijk zijn in geval de belanghebbenden er kennis van kregen vóór het verstrijken van de wettelijke termijnen (1) : het is een imperatieve regel, die dient om het verplichtend karakter van de wet te onderstrepen (2).

Maar om dan meteen alle onwederlegbare vermoedens als voorschriften ten gronde te beschouwen is verregaand. Weliswaar zou de wetgever *schijnbaar* dezelfde resultaten kunnen bekomen wanneer hij de gewilde rechtsgevolgen niet zou afhankelijk stellen van het vermoede feit, waarvan het bewijs wordt geleverd door bewijs van het bekende feit (intermediair feit), maar zo hij die rechtsgevolgen rechtstreeks zou verbinden aan het bekende feit (3).

Zo zou het onwederlegbaar vermoeden van tussenpersoonstelling (artikel 911 en 1100 B.W.) kunnen vervangen door een niet-bewijsrechtelijke bepaling, inhoudende bv. dat giften aan voorkinderen van één der echtgenoten door de andere gedaan, nietig zijn (combinatie van artikel 1099 en 1100 B.W.). Toch is het resultaat niet hetzelfde vermits het vermoeden niet van toepassing is, telkens wanneer de onbekwame onmogelijk kan genieten van de beschikking : de wetgever heeft juist een onwederlegbaar vermoeden ingesteld om geen onbekwaamheid voor de tussenpersoon te moeten vaststellen, zoniet zou bv. een schenking gedaan aan het kind van een onbekwame na het overlijden van deze laatste ook kunnen nietig verklaard worden (4).

Tenslotte kan het onderscheid ook van belang zijn voor diegenen die het bewijsrecht en dus ook de vermoedens tot het procesrecht zouden rekenen. Daar — zoals boven werd betoogd (zie nr. 39 e.v.) — dit niet het geval is, hoeft hierop niet verder te worden ingegaan.

(1) Zie bv. het arrest van het Franse Hof van Cassatie d.d. 7 mei 1909 (*S.*, 1911, 1, 604), volgens hetwelk geen inbreuk kan gepleegd worden op een nieuwe wet, zolang deze niet werd gepubliceerd en zelfs wanneer men er persoonlijk kennis van had.
(2) Ripert et Boulanger, I, 4de uitg., Paris, 1950, nr. 185, bl. 91; — Decottignies, R., *o.c.*, nr. 24, bl. 49; — vgl. Haesaert, J.P., *La forme et le fond du juridique*, Brussel, 1934, bl. 107 e.v. Andere auteurs zien toch in deze regel een vermoeden : Dekkers, R., *La fiction juridique*, nr. 36 e.v., bl. 27 e.v.; — Dabin, J., *o.c.*, bl. 271 e.v., bl. 277 e.v.; — De Page, II, nr. 935, A, bl. 927-928. Nog anderen gewagen van een fictie : Dereux, G., *Etude critique de l'adage « Nul n'est censé ignorer la loi », Rev. trim. dr. civ.*, 1907, 513 e.v.; — Gény, F., *o.c.*, III, nr. 243, bl. 389-390.
(3) Suyling, J. Ph., *o.c.*, nr. 381, bl. 112; — Völlmar, H.F.A., III, nr. 981, bl. 985; — Scheltema, F.G., *o.c.*, bl. 127.
(4) Aubry et Rau, X, 5de uitg., Paris, 1918, § 650*bis*, bl. 523; — Decottignies, R., *o.c.*, nr. 46, bl. 103; — vgl. : Gény, F., *o.c.*, III, nr. 232, bl. 286, voetnoot 1; — Dabin, J., *o.c.*, bl. 245, voetnoot 1.

378. — De ideeën die aan de grondslag liggen van de indeling van Dabin (1), zijn ongetwijfeld juist en uitermate belangrijk : de formulering zou eventueel anders kunnen luiden.

Op grond van deze indeling (2) kan herhaald worden dat bij de onwederlegbare vermoedens een onderscheid moet gemaakt worden tussen diegene die aan de oorsprong liggen van de rechtsregel en de inhoud ervan bepalen (3), en diegene die slechts de rechtsregel motiveren of verklaren (4). In het eerste geval kan men — in tegenstelling met hetgeen Dabin verklaart (5) — nog spreken van vermoedens in de bewijsrechtelijke betekenis (bv. de artikelen 911 en 1100 B.W.), in het tweede geval staat men integendeel voor rechtsregelen ten gronde (6).

379. — In het licht van voorgaande uiteenzetting kan de wezenlijke aard van het onwederlegbaar vermoeden als regel van het bewijsrecht duidelijk beklemtoond worden. Vermits een subjectief recht zonder bewijs geen waarde heeft aangezien de titularis de verwezenlijking ervan niet kan opvorderen, is elke vereenvoudiging van het bewijs een verhoging van de rechtsefficaciteit (7). Door het uitsluiten van tegenbewijs wordt de positie van de partij in wiens voordeel het vermoeden werkt, daarenboven oninneembaar (8).

De wetgever heeft in verschillende omstandigheden bepaald welke bewijsmiddelen nodig zijn om zekere feiten te bewijzen (bv. artikel 1341 e.v. B.W.); hij kan evengoed verklaren dat elk bewijs overbodig is of dat sommige feiten door de rechter zonder bewijs moeten aanvaard worden. Daarenboven kan de wetgever het voorwerp of de middelen van tegenbewijs beperken; waarom zou hij niet elk tegenbewijs kunnen uitsluiten? (zie ook boven, nr. 226).

(1) *o.c.,* bl. 240 e.v.; — zie boven, nr. 376, voetnoot 7.

(2) Ter zake gaat het hier natuurlijk enkel over de onwederlegbare vermoedens die volgens Dabin buiten het domein van het bewijs vallen : het zijn de zgn. *présomptions-concepts.*

(3) Dabin gewaagt alsdan van *présomption comme instrument de définition des règles : o.c.,* bl. 243 e.v.

(4) In dat geval spreekt Dabin van *présomption-motif : o.c., l.c.*

(5) Hoewel er ongetwijfeld een deel waarheid schuilt in de vaststelling « que la présomption irréfragable perd toute signification de preuve pour dégénérer en un instrument d'élaboration conceptuelle du droit » (Dabin, *o.c.,* bl. 83, voetnoot 1), is deze uitspraak toch te exclusief.

(6) Voor de voorbeelden kan nuttig verwezen worden naar de algemene opsomming en classificatie door Dabin, *o.c.,* bl. 250 e.v.

(7) Gény, F., *o.c.,* III, nr. 232, bl. 279; — Decottignies, R., *o.c.,* nr. 6, bl. 20; — zie ook Dabin, J., *o.c.,* bl. 84, die spreekt van *praticabilité de la preuve;* — in dezelfde zin : De Page, III, nr. 925, bl. 915; — vgl. von Jhering, R., *L'esprit du droit romain,* I, § 4, bl. 51.

(8) Gezien de wezenlijke aard van de onwederlegbare vermoedens niet zozeer verschilt van die van de wederlegbare vermoedens (zie boven, nr. 377), moeten deze beschouwingen aangevuld worden met hetgeen verder desbetreffend zal gezegd worden : zie nr. 387 e.v.

Van deze bevoegdheden heeft hij dan ook gebruik gemaakt bij het instellen van de onwederlegbare vermoedens. In die zin mag wel gezegd worden dat dergelijke vermoedens de weergave zijn van een wettelijke voorkeur (1). Deze voorkeur treedt ook zeer duidelijk op de voorgrond bij de wederlegbare vermoedens (zie verder, nr. 383 e.v.) (2).

380. — Toch blijven, zoals boven gezegd (zie nr. 375), de onwederlegbare vermoedens de uitzondering, omdat hierdoor in zekere mate de rechten van de verdediging geschonden worden (3).

Dit uitzonderlijke karakter heeft niet alleen tot gevolg dat de vermoedens slechts onwederlegbaar zullen zijn wanneer de wet uitdrukkelijk het tegenbewijs heeft verboden, maar ook dat het tegenbewijs slechts verboden is in zoverre het zou gericht zijn tegen het wettelijk vermoeden zelf.

Hieruit volgt dat de partij tegen wie het onwederlegbaar vermoeden wordt ingeroepen, steeds het bewijs mag leveren dat het intermediaire feit waarop het vermoeden berust, ter zake onvoldoende bewezen is. Zo zou bv. de schuldeiser in het geval van artikel 1282 van het burgerlijk wetboek kunnen bewijzen dat de teruggave van de

(1) Vgl. Dabin, J., *o.c.,* bl. 92, voetnoot 2, waar hij spreekt van « des présomptions fondées sur des préférences légales et qui dépassent incontestablement le champ de la preuve ». Dat er een wettelijke voorkeur is, kan moeilijk ontkend worden, doch men vergete niet dat deze voorkeur juist tot uiting komt in de vereenvoudiging van het bewijs; — vgl. Decottignies, R., *o.c.,* nr. 77, bl. 200-201.

(2) De vermoedens die inzake aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in het leven werden geroepen dienen ongetwijfeld ter bescherming van het slachtoffer en ter voorkoming van ongevallen (Demogue, R., *Les notions fondamentales,* bl. 545-546; — Dabin, J., *o.c.,* bl. 91-92).

Het slachtoffer wordt evenwel niet van elke bewijslast ontheven (zie verder, nr. 371). Het algemeen principe is dat het slachtoffer alle elementen van de aansprakelijkheid, en o.m. de fout van diegene die aangesproken wordt, moet aanvoeren en bewijzen; soms wordt die aansprakelijkheid vermoed, d.w.z. afgeleid uit andere elementen waarvan de bewijslast op het slachtoffer blijft rusten(art. 1384 e.v. B.W.).

Men heeft getracht het onwederlegbaar karakter van sommige dezer vermoedens op allerlei wijze te rechtvaardigen (Voor de rechtvaardiging van de regel, volgens dewelke de meesters en aanstellers zich van hun aansprakelijkheid niet kunnen ontdoen, zie o.m. : Dekkers, R., II, nr. 259, bl. 149-150; — Flour, J., *Les rapports de commettant à préposé,* Proefschr., Caen, 1933, bl. 34 e.v.). De vraag dient gesteld of hier eens te meer geen grondregel aanwezig is waarvan het vermoeden slechts een motief is? Alsdan staat men voor een wettelijke regeling, waardoor de betaling van de aan het slachtoffer verschuldigde vergoeding alleszins gegarandeerd wordt; dit is het geval met de aansprakelijkheid van de aanstellers en meesters. Zie Decottignies, R., *o.c.,* nr. 60 e.v., bl. 144 e.v.; — vgl. Gény, F., *Science et technique,* III, nr. 234, bl. 310-311.

(3) Zie voor het recht op bewijs : boven, nr. 219 e.v.; — vgl. de uiteenzetting van Gény over de rechtvaardiging van de onwederlegbare vermoedens : *o.c.,* III, nr. 234, bl. 296 e.v. : « cette dénaturation d'un moyen technique, tendant originairement à faciliter la preuve, en un procédé qui l'entrave et va jusqu'à l'exclure, doit être tenue pour anormale... ».

titel niet vrijwillig was. Eveneens zou kunnen aangetoond worden dat het vermoeden van artikel 1100 van het burgerlijk wetboek niet van toepassing is omdat de begiftigde geen voorkind is van de echtgenoot van de schenker; het bewijs echter dat het kind in dit geval niet de rol van tussenpersoon vervulde, is uitgesloten. Het toegelaten t e g e n b e w i j s is geen hoofdbewijs, zodat de bewijslast blijft wegen op de partij die het vermoeden inriep.

381. — In dit verband moet ook de zeer onduidelijke eindbepaling van artikel 1352, 2de lid, van het burgerlijk wetboek aangehaald worden : « Geen bewijs wordt tegen het wettelijk vermoeden toegelaten, wanneer..., tenzij de wet het tegenbewijs heeft vrijgelaten, en *overminderd hetgeen omtrent de gerechtelijke eed en de gerechtelijke bekentenis zal worden bepaald* ». Vermits de e e d en de b e k e n t e n i s moeilijk als vermoedens kunnen beschouwd worden (zie boven, nr. 366), kan deze tekst zeker niet als een verwijzing naar de artikelen 1354 en volgende van het burgerlijk wetboek gelden (1).

De enige interpretatie die aan deze tekst kan gegeven worden is dat hierdoor de partij tegen wie het vermoeden wordt ingeroepen, nog de mogelijkheid krijgt om de eed aan de tegenpartij op te leggen of zich op diens gerechtelijke bekentenis te beroepen. Hij, te wien voordele het vermoeden strekt, kan volgens deze opvatting dus erkennen, dat het wettelijk vermoeden in zijn geval (*in specie*) faalt; of de partij, tegen wie het vermoeden wordt ingeroepen, kan aan degene die er zich op beroept, de eed opdragen dat het vermoeden in het aanhangige geval juist is (2).

Nochtans wordt meestal een onderscheid gemaakt naargelang de vermoedens al dan niet op de openbare orde gebaseerd zijn; slechts in het laatste geval zouden de eed en de bekentenis mogen ingeroepen worden (3). Zo zouden bv. de eed en de bekentenis niet mogen aangewend worden tegen de bevrijdende verjaring, het gezag van gewijsde en het vermoeden *Pater is est quem nuptiae demonstrant* (4).

(1) Zie nochtans : Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 287; — Aron, G., *o.c.*, nr. 291 e.v., bl. 161 e.v.

(2) Laurent, XIX, nr. 621, bl. 640-641; — De Page, III, nr. 937, bl. 929; — Kluyskens, A., *o.c.*, nr. 322, bl. 477; — Aubry et Rau, XII, § 750, voetnoot 11, bl. 103-104; — Gény, F., *o.c.*, III, nr. 234, bl. 313; — Baudry-Lacantinerie et Barde, *o.c.*, IV, nr. 2664, bl. 345-346; — Planiol et Ripert, VII², nr. 1551, bl. 1013.

(3) Zie voormelde auteurs ter aangeduide plaats.

(4) Dabin geeft een ander onderscheid dat evenwel gelijkaardige gevolgen heeft : *o.c.*, bl. 248-249. De vermoedens die dienen ter bepaling van de wettelijke regelen (bv. elke minderjarige wordt vermoed onbekwaam te zijn) dulden geen tegenbewijs, in tegenstelling met de vermoedens die sommige wettelijke regelen uitleggen; voor deze laatste is het tegenbewijs door eed of bekentenis mogelijk.

Een dergelijk onderscheid brengt tal van toepassingsmoeilijheden mee. Niet alleen moet voor elk vermoeden nagegaan worden of het al dan niet op de openbare orde berust, maar daarenboven leidt het tot sommige gevolgtrekkingen die moeilijk overeen te brengen zijn met de wezenlijke aard van de vermoedens.

Daarom moet de oplossing in een andere richting gezocht worden. Hoewel de eed en de bekentenis geen eigenlijke bewijsmiddelen zijn (zie boven, nr. 330 en 331), zijn zij toch in zekere mate dienstig om deze laatste te vervangen en kunnen zij dus niet ingeroepen worden tegen rechtsregelen, die de grond van het recht betreffen of middelen van niet-onvankelijkheid zijn. In dergelijke gevallen stelt het probleem van het tegenbewijs zich eenvoudigweg niet.

Gaat het daarentegen om echte vermoedens, dan zullen de eed en de bekentenis tot gevolg hebben dat de partij, die bekent of weigert de opgedragen eed af te leggen, zich niet meer kan beroepen op een onwederlegbaar vermoeden.

De toepassing van deze regeling blijkt alsdan zeer eenvoudig te zijn.

In de eerste plaats kunnen de eed en de bekentenis niet aangewend worden tegen grondregelen of middelen van niet-ontvankelijkheid. Aldus begrijpt men waarom beide bewijsmiddelen niet mogen gebruikt worden tegen het zogenaamd vermoeden *Pater is est quem nuptiae demonstrant* (1), noch tegen de bevrijdende verjaring (zie verder, nr. 382), noch tegen het gezag van gewijsde (2).

Tegen de onwederlegbare vermoedens, zoals die bv. omschreven zijn door de artikelen 1282, 1908, 911 en 1100 van het burgerlijk wetboek (3), mag tegenbewijs *in specie* geleverd worden bij middel van de eed of de bekentenis.

Deze stelling geeft niet alleen een bevredigende oplossing, doch biedt daarenboven het grote voordeel dat zij volledig past in de voorgaande bespreking van de vermoedens. Eens te meer wordt het bewijsrechtelijk karakter van de vermoedens beklemtoond en wordt het onderscheid tussen de vermoedens en de grondregelen gerechtvaardigd (4).

Dit systeem van tegenbewijs, zoals het ingesteld werd door de wetgever, kan in zekere mate beschouwd worden als een correctief aan de soms verregaande gevolgen van de onwederlegbare vermoedens. Inder-

(1) Het gaat hier immers om een regel ten gronde : zie boven, nr. 355.

(2) Hier evenmin heeft men met een echt vermoeden te doen : zie boven, nr. 366.

(3) Over de vermoedens van de artikelen 911 en 1100 van het burgerlijk wetboek wordt geleerd dat dit tegenbewijs slechts mogelijk is voor zover het gaat over een feit dat p e r s o o n l i j k is aan diegene die de eed aflegt of de bekentenis doet : Aubry et Rau, XII, § 750, voetnoot 14, bl. 105; — zie trouwens art. 1359 B.W.

(4) Vgl. Decottignies, R., *o.c.*, nr. 55, bl. 129 e.v.

daad, het wettelijk vermoeden kan nooit evenveel waarschijnlijkheid geven als de houding van de partij die door zijn bekentenis of zijn weigering de eed af te leggen, de onjuistheid *in specie* van de wettelijke veronderstelling aantoont (1).

382. — Hoewel het niet nodig is in het kader van deze verhandeling een volledige opsomming te geven van de onwederlegbare vermoedens, kunnen toch enkele voorbeelden ter illustratie aangehaald worden.

Tengevolge van het uitzonderlijk karakter dezer vermoedens, is een uitdrukkelijke wettekst noodzakelijk opdat men van een onwederlegbaar vermoeden zou mogen gewagen. Een dergelijke wettekst vindt men in artikel 1352, 2de lid, van het burgerlijk wetboek, waarvan de onduidelijkheid evenwel reeds vroeger bekritiseerd werd (zie boven, nr. 366 en 381).

Toch wordt algemeen aanvaard dat de artikelen 911 en 1100 van het burgerlijk wetboek die een vermoeden van tussenpersoonstelling inhouden, toepassingen zijn van artikel 1352, 2de lid, van het burgerlijk wetboek, volgens hetwelk de vermoedens op grond van dewelke zekere handelingen worden nietig verklaard, onwederlegbaar zijn. Daarentegen zou artikel 918 van het burgerlijk wetboek geen onwederlegbaar vermoeden vooropstellen (2), doch een regel ten gronde.

Ook de tweede reeks vermoedens die onwederlegbaar zijn wanneer de wet op grond daarvan de rechtsvordering ontzegt, heeft tot vele interpretatiemoeilijkheden aanleiding gegeven.

Zeker is het dat noch de verjaring (3), noch het gezag van gewijsde (4) hierbij thuishoren. Daarentegen moeten de artikelen 1282 (1), en 1908 van het burgerlijk wetboek (2) beschouwd worden als bepalingen, waarbij de bevrijding van de schuldenaar onwederlegbaar wordt vermoed; dank zij deze bewijsregel heeft de wetgever zeer duidelijk te kennen gegeven dat het de schuldeiser verboden was een aanslag te plegen op de bescherming van de schuldenaar.

In toepassing hiervan werd ook de bepaling van artikel 1332, 2de lid, van het burgerlijk wetboek, volgens hetwelk de aantekeningen aangebracht door de schuldeiser op het dubbel van het kwijtschrift, dat in het bezit is van de schuldenaar, als bewijs gelden, door sommige auteurs als een onwederlegbaar vermoeden beschouwd (3).

2 §. Wederlegbare vermoedens.

A. Begripsomschrijving.

383. — De wederlegbare vermoedens hebben op hun beurt aanleiding gegeven tot allerhande betwistingen, die van zeer nabij het probleem van de bewijslast aanbelangen.

Deze betwistingen zijn vnl. terug te vinden in de Nederlandse rechtsleer. Zo onderscheidt men er drie groepen van wederlegbare vermoedens, waarvan enkel de eerste als echte wederlegbare vermoedens zouden moeten beschouwd worden, terwijl de tweede en de derde respectievelijk aangezien worden als uitzonderingsbepalingen over de bewijslast en als regelen ten gronde (4).

De echte wederlegbare vermoedens zijn dan diegene die voorzien zijn door artikel 1350-2° van het burgerlijk wetboek, vermits de overige vermoedens van artikel 1350-1° onwederlegbaar zijn ingevolge artikel 1352, 2de lid. Het zijn dus de gevallen waarin de wet verklaart, dat de rechter de eigendom of de bevrijding van een schuld uit bepaalde omstandigheden moet afleiden.

(1) De Page, III, nr. 937, bl. 930; — Beudant, IX², nr. 1295, bl. 384.

(2) Aldus : Gény, F., *o.c.,* III, nr. 238, bl. 350-351; — Beudant, IX², nr. 1294, bl. 382, voetnoot 1; — Decottignies, R., *o.c.,* nr. 47, bl. 103 e.v.; — Anders : De Page, VIII², nr. 1462, bl. 1570 e.v.; — Kluyskens, A., *De schenkingen en testamenten,* 3de uitg., Brussel, 1947, nr. 113, bl. 156; — Dekkers, R., III, nr. 1365, bl. 820; — Verbr., 20 januari 1950, *Pas.,* 1950, I, 331; — Cass. fr., 28 december 1937, *D.P.,* 1940, 1, 41.

(3) De verjaring is immers geen vermoeden, maar een wettelijke instelling : De Page, III, nr. 937, voetnoot 3, bl. 930. Nochtans bestaat er een zekere verwantschap tussen vermoeden en verjaring, vermits beide een *économie de la preuve* verwezenlijken (Decottignies, R., *o.c.,* nr. 77, bl. 200; — Dabin, J., *o.c.,* bl. 98 en 262; — De Page et Dekkers, VII, 2de uitg., Brussel, 1957, nr. 1132, B, bl. 1026 e.v.).

Men kan zich evenwel de vraag stellen of de korte verjaringen van de artikelen 2271 en volgende van het burgerlijk wetboek niet als onwederlegbare vermoedens van betaling moeten beschouwd worden. Hierop wordt meestal bevestigend geantwoord, terwijl artikel 2275 van het burgerlijk wetboek betreffende de eedopdracht dikwijls als argument ten voordele van die stelling wordt ingeroepen : De Page et Dekkers, VII, nr. 1344, D, bl. 1194 e.v.; — Planiol et Ripert, VII², nr. 1394 e.v., bl. 810 e,v.; — Beudant, IX², nr. 1131, bl. 199-200; — vgl. de artikelen 2954 e.v. C.c.it., die gegroepeerd worden onder de titel *delle prescrizioni presuntive;* — Anders : Decottignies, R., *o.c.,* nr. 55, bl. 131 e.v.

(4) Hoewel de wetgever, bij de bepaling van artikel 1352, 2de lid, van het burgerlijk wetboek, dit voorbeeld ongetwijfeld voor ogen had, kan dit moeilijk als een vermoeden beschouwd worden; sommigen zeggen dat het een regel ten gronde is (Beudant, IX², nr. 1295, voetnoot 4, bl. 382), anderen gewagen van een middel van niet-ontvankelijkheid (Decottignies, R., *o.c.,* nr. 49, bl. 110 e.v.). Voor verdere referenties, zie boven, nr. 366.

(1) Dat de teruggave van de oorspronkelijke titel een onwederlegbaar vermoeden van bevrijding inhoudt, wordt bijna algemeen aanvaard. Nochtans zijn er enkele Nederlandse auteurs die, uitgaande van het principe dat de wederlegbare vermoedens de regel zijn, menen dat artikel 1282 B.W. een wederlegbaar vermoeden inhoudt : Land, N.K.F., *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek,* VI, bl. 191-192; — Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 126, voetnoot 2. Deze auteurs vergeten klaarblijkelijk dat artikel 1282 B.W. juist een toepassing is van de uitzonderlijke bepaling van artikel 1352, 2de lid, B.W.

(2) De Page et Dekkers, V, nr. 155, bl. 156; — Kluyskens, A., *De contracten,* nr. 436, bl. 561; — Beudant, IX², nr. 1294, bl. 382.

(3) Decottignies, R., *o.c.,* nr. 50, bl. 116 e.v.; — vgl. Aubry et Rau, XII, § 758, bl. 277; — Beudant, IX², nr. 1242, bl. 328.

(4) Asser-Anema-Verdam, *o.c.,* bl. 279; — Suyling, J. Ph., *o.c.,* nr. 377, bl. 100 e.v.; — Pitlo, A., *o.c.,* bl. 98. Voor een omstandige uiteenzetting van deze theorieën, zie Kan, M.L., *o.c.,* bl. 127 e.v.

Als voorbeelden worden aangehaald : artikel 653 en 666 van het burgerlijk wetboek en artikel 32 Landelijk Wetboek (gemeenheid van muur, gracht of haag), alsmede artikel 1282 van het burgerlijk wetboek (vrijwillige teruggave van de titel bewijst de bevrijding van de schuldenaar) (1).

Deze opsomming wordt weer door anderen niet aanvaard : de wetsbepalingen betreffende het vermoeden van gemeenheid zouden bewijslastregelen zijn (2), terwijl artikel 1282 van het burgerlijk wetboek een onwederlegbaar vermoeden zou inhouden (3).

Over de tweede groep wederlegbare vermoedens, nl. diegene die moeten beschouwd worden als werkelijke bewijslastregelen, heerst evenmin eensgezindheid. Zo zijn er auteurs die menen dat elke bepaling, die een wederlegbaar vermoeden inhoudt, tevens een verdeling van de bewijslast uitmaakt en omgekeerd (4). Andere rechtsgeleerden verklaren dat er echte wederlegbare vermoedens zijn maar ook onechte, die onder de mom van vermoedens regelen van bewijslast inhouden (5), terwijl nog anderen tenslotte de mening zijn toegedaan dat de regelen ter verdeling van de bewijslast totaal verschillend zijn van de voorschriften houdende wederlegbare vermoedens (6).

Als voorbeelden van vermoedens, die in deze tweede groep thuishoren, worden de artikelen 1147 (vermoeden van fout in geval van contractuele aansprakelijkheid) (7), 2230 (vermoeden dat men voor zichzelf en als eigenaar bezit) en 2268 (vermoeden van goede trouw) van het burgerlijk wetboek aangehaald.

Tenslotte zijn er wederlegbare vermoedens, die in werkelijkheid imperatieve regelen ten gronde zijn. Hoewel het onnodig is hier terug te komen op hetgeen boven werd gezegd (zie nr. 355), blijkt toch dat soms al te veel wederlegbare vermoedens in deze groep worden ondergebracht.

Men hoeft maar de opsomming van Asser-Anema-Verdam (8) na te gaan om deze verregaande uitbreiding aan te voelen : niet alleen de artikelen houdende uitlegging van overeenkomsten (art. 1122, 1160, 1164 en 1187

(1) Pitlo, A., *o.c.,* bl. 98; — Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 120-121.
(2) Asser-Anema-Verdam, *o.c., l.c.*
(3) Suyling, J. Ph., *o.c.,* nr. 381, bl. 111; — vgl. trouwens de heersende zienswijze in België en Frankrijk, die het vermoeden van vermeld artikel als onwederlegbaar aanziet : boven, nr. 382.
(4) Suyling, J. Ph., *o.c.,* nr. 377, bl. 101 : « Een wettelijk vermoeden spreekt de wet uit, zo vaak een partij geheel of ten dele ontheven wordt van de verplichting tot staving van het bestaan van haar recht, een bewijs te leveren »; — vgl. in dezelfde zin : Baudry-Lacantinerie et Barde, *o.c.,* IV, nr. 2658, bl. 343; — zie ook Gorphe, F., *L'appréciation des preuves en justice,* bl. 156-157.
(5) Asser-Anema-Verdam, *o.c., l.c.*; — Pitlo, A., *o.c., l.c.*
(6) Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 128 e.v.
(7) Zie hierover verder, nr. 416 e.v.
(8) *o.c., l.c.*

B.W.), maar ook de artikelen 720 en volgende van het burgerlijk wetboek (vermoeden van overleving in geval van gelijktijdig overlijden van verschillende personen), en de vermoedens van aanwinst (art. 1499 B.W.) en van goede trouw (art. 2268 B.W.) worden hierbij gevoegd (1).

384. — De voorgaande bespreking bewijst voldoende dat er op dit gebied een eindeloze begripsverwarring bestaat, die zeker niet bevorderlijk is voor de regeling van de bewijslast.

Vooraleer de wezenlijke aard van de wederlegbare vermoedens nader te ontleden, mag toch volgende stelling vooropgezet worden. De wettelijke wederlegbare vermoedens hebben een invloed op de bewijslast; daarnaast zijn er verschillende wetsbepalingen die ten onrechte als vermoedens beschouwd worden en die in werkelijkheid enkel een speciale verdeling van de bewijslast beogen.

Daarenboven moet in herinnering gebracht worden dat zekere wettelijke bepalingen gewoonweg toepassingen zijn van de algemene principes van de verdeling van de bewijslast zonder dat er van vermoedens ook maar enigszins sprake kan zijn. von Jhering (2) heeft zeer duidelijk dit misverstand aan de kaak gesteld : « Si l'on pouvait ériger en présomptions au profit du demandeur tous les éléments dont il n'a pas à faire la preuve, il faudrait logiquement en faire autant en faveur du défendeur pour tous les éléments dont la preuve incombe au demandeur. Bref, il n'y aurait plus de fin aux présomptions, la procédure en serait saturée. La présomption n'a sa véritable place que là où il s'agit d'une réalité à soutenir par la partie, et non d'une résistance à de simples possibilités » (3).

Ter illustratie van deze laatste begripsverwarring kan artikel 2231 van het burgerlijk wetboek aangehaald worden : « Wanneer men heeft aangevangen voor een ander te bezitten, wordt steeds vermoed dat men het bezit onder dezelfde titel voortzet, tenzij het tegendeel bewezen is ». Dit artikel — en de tekst zelf geeft er aanleiding toe — zou een vermoeden instellen om de houder van de ware bezitter te onderscheiden. In werkelijkheid ziet men niet goed waarin dit artikel afwijkt van de algemene principes van de bewijslast. Het staat vast dat een persoon bezit voor een ander; wil men nu beweren dat die persoon geen houder maar wel bezitter is, dan zal men hiervan het bewijs moeten leveren. Een vermoeden is hier totaal overbodig (4).

385. — Het behoort tot de taak van de wetgever de vraag naar de bewijslast behoorlijk op te lossen; men vergete immers

(1) Zie ook Thesingh, die alle wettelijke vermoedens opvat als regelen van materieel recht : *o.c.,* nr. 61, bl. 125-126.
(2) *Du rôle de la volonté dans la possession,* bl. 132-133.
(3) Zie ook Decottignies, R., *o.c.,* nr. 89, bl. 217 e.v.
(4) Ripert et Boulanger, I, nr. 2819, bl. 955.

niet dat subjectieve rechten zeer dikwijls van het bewijs der feiten, waaruit deze rechten moeten afgeleid worden, afhangen. Deze taak kan naar behoren vervuld worden, wanneer de wetgever enkele algemene principes vooropstelt (bv. artikel 1315 e.v. B.W.) en daarenboven er naar streeft voor moeilijk te bewijzen feiten een praktische versoepeling van de bewijslast teweeg te brengen.

Gaat het om feiten die zich meestal voordoen, dan kan de wetgever ervan afzien het voorhanden zijn dezer feiten als voorwaarden van subjectieve rechten voorop te stellen (1); veeleer kan hij er zich toe beperken uit de uitzonderlijke afwezigheid van dergelijke feiten te doen afleiden dat het ontstaan van die rechten verhinderd werd. Zo zal hij, ingeval er meerdere feitelijke omstandigheden nodig zijn om een recht te doen ontstaan, de meest voorkomende en moeilijk te bewijzen elementen afscheiden en de bewijslast van het ontbreken ervan aan de tegenpartij opdragen (2).

Artikel 2268 van het burgerlijk wetboek, volgens hetwelk de goede trouw steeds vermoed wordt, geeft hiervan een goed voorbeeld. Wordt dit artikel bv. in verband gebracht met artikel 2265, dan bemerkt men dat om een onroerend goed door tien- of twintigjarige verjaring te bekomen, het volstaat het bewijs van een wettige titel (a) te leveren, terwijl het niet-voorhanden zijn van de goede trouw (b) door de tegenpartij moet worden aangetoond (3).

In geval van vermoedens is de werkwijze van de wetgever verschillend; alsdan wordt een bepaald recht afhankelijk gesteld van a l l e constitutieve elementen, die evenwel worden afgeleid uit een element dat vreemd is aan de betwisting, maar waarvan men weet dat de aanwezigheid meestal het bestaan van de wezenlijke elementen kan doen veronderstellen.

Zo is het bv. noodzakelijk dat men om zijn bevrijding te bewijzen, de kwijtschelding of de betaling van de schuld aantone. Deze feitelijke vereisten blijven bestaan, doch worden a f g e l e i d uit het voorliggen van een vreemd feit (X), nl. de vrijwillige teruggave door de schuldeiser van de grosse van een titel (artikel 1283 B.W.).

(1) Dit is een toepassing van het technische procédé dat door Gény bepaald werd als *élimination artificielle de conditions juridiques des règles : o.c.*, III, nr. 198, bl. 69 e.v.; — zie ook von Jhering, R., *L'Esprit du droit romain,* I, § 4, bl. 54.

(2) Buiten elke tussenkomst van de wetgever om en zonder dat het nodig is beroep te doen op het begrip vermoeden, wordt de partij zeer dikwijls ook ontslagen van het rechtstreekse bewijs van zekere elementen van de ingeroepen rechtsnorm. Dit gebeurt dan op grond van het feit dat de waarschijnlijkheid volstaat : zie desbetreffend, nr. 187 en 314.

(3) Zelfs de auteurs, die dergelijke bewijslastregelen, waarbij men van elk bewijs ontslagen wordt, als vermoedens beschouwen, erkennen dat het vermoedens zijn van een speciale soort : Dabin, J., *o.c.,* bl. 84-85, voetnoot 4 en bl. 87-88, voetnoot 3.

Uit dit alles volgt dat het verkeerd is gewone regelen van de bewijslast met vermoedens gelijk te stellen (1). Vermoedens zijn dus geen rechtsregelen, die om de bewijslast te verlichten zekere omstandigheden als bestaande veronderstellen; dergelijke regelen zijn eigenlijke bewijslastregelen : « La présomption de droit *stricto sensu* est un mode de preuve indirect prévu par une source de droit (loi, coutume, jurisprudence sous le contrôle de la cour de cassation), qui consiste à remplacer la preuve d'éléments de fait conditionnant directement un droit par d'autres éléments appelés éléments de la présomption beaucoup plus aisés à démontrer. Il ne peut donc y avoir possibilité d'emploi de cet artifice technique au cas où l'on se trouve vouloir aider (pour des raisons d'équité) celui qui normalement a la charge de la preuve » (2).

386. — Op grond van dit onderscheid kunnen enkele wettelijke wederlegbare vermoedens als v o o r b e e l d e n aangehaald worden. Het spreekt vanzelf dat deze opsomming geen aanspraak op volledigheid kan maken. Het belang van deze voorbeelden zal duidelijk worden wanneer men ze vergelijkt met de opsommigen gegeven door de traditionele rechtsleer, die ongetwijfeld al te veel wettelijke bepalingen bij de vermoedens rangschikt (3).

Boven (zie nr. 360) werd reeds gewezen op het feit dat sommige vermoedens, waarvan het voorwerp of het middel van tegenbewijs door de wet beperkt zijn, toch tot de categorie van de wederlegbare vermoedens dienen gerekend te worden. Er werd inderdaad zeer te recht opgemerkt dat in die gevallen het voorwerp zelf van het vermoeden zodanig is dat het tegenbewijs slechts kan geleverd worden ten aanzien van zekere feiten of dank zij zekere bewijsmiddelen (4).

Dit kan best verduidelijkt worden aan de hand van een voorbeeld. Artikel 653 van het burgerlijk wetboek bepaalt dat het vermoeden van gemene muur slechts kan weerlegd worden door een titel of een teken van het tegendeel; artikel 654 voegt er aan toe dat het teken van het tegendeel vermoed wordt in geval van aanwezigheid van sommige indiciën. Onderzoekt men dit ver-

(1) Rosenberg, L., *o.c.,* § 15, bl. 205 e.v.; — Grünebaum, A., *De verhouding tussen wettelijke vermoedens en de verdeling van de bewijslast, R.M.,* 1905, 77 e.v.; — anders : Suyling, J. Ph., *o.c., l.c.;* — vgl. Wach, A., *Handbuch des Zivilprozessrechts,* I, Leipzig, 1885, bl. 127.

(2) Coste, E., *Vers une simplification et une unification de la responsabilité basée sur la faute, J.C.P.,* 1944, I, 424, nr. 8.

(3) Zie bv. : Kluyskens, A., *De Verbintenissen,* nr. 321, bl. 475-476; — Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations,* IV, nr. 2654 e.v., bl. 340 e.v.; — Aubry et Rau, XII, § 750, bl. 101, voetnoten 1 en 2; — Marty, G., et Raynaud, P., *Droit civil,* I, nr. 245, bl. 383, voetnoot 3.

(4) Decottignies, R., *o.c.,* nr. 65, bl. 182.

moeden van gemeenheid, dan bemerkt men dat het in werkelijkheid een vermoeden is van medeëigendom (1). Dienvolgens zal de eigenaar die dit vermoeden wenst te weerleggen, dit ingevolge de algemene principes van het bewijsrecht slechts kunnen doen aan de hand van een titel (artikel 1341 B.W.).

Dezelfde gedachtengang vindt men ook terug bij de vermoedens omschreven in de artikelen 552 en 553 (natrekking van onroerende goederen) en in de artikelen 1402 en 1499 (vermoeden van aanwinst) van het burgerlijk wetboek.

Ook inzake aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad zijn er sommige vermoedens waarvan het voorwerp ook het voorwerp van het tegenbewijs bepaalt. Dit is bv. het geval met de eigenaar van een gebouw en de bewaker van een dier of van een zaak; zij kunnen zich enkel onttrekken aan de gevorderde schadevergoeding, zo zij er in slagen het bestaan van een vreemde oorzaak aan te tonen. Een dergelijke regeling wordt duidelijk wanneer men aanneemt dat niet de fout grondslag is van de aansprakelijkheid, doch wel het gebrek van de zaak of het feitelijk bezit van het dier. Men zal dus moeten bewijzen dat er tussen het gebrek of het bezit en de aangebrachte schade geen oorzakelijk verband kan bestaan, doordat er een vreemde oorzaak is (2). Het voorwerp van het tegenbewijs verschilt dus, maar het tegenbewijs zelf blijft mogelijk; men kan hier dan ook moeilijk spreken van vermoedens *juris et de jure* (3).

Voorbeelden van gewone wederlegbare vermoedens vindt men doorheen heel het burgerlijk wetboek : de vermoedens van overleving in de hypothese waarin personen, die bij versterf van elkaar moeten erven, in éénzelfde gebeurtenis omkomen (artikel 720-722 B.W.) (4), het vermoeden van bevrijding in geval van vrijwillige teruggave van de grosse van de titel (artikel 1283 B.W.) en de vermoedens voortvloeiende uit het bezit (artikel 2230, 2234 en 2279 B.W.) (5).

Zijn daarentegen regelen van bewijslast : de artikelen 847 en volgende van het burgerlijk wetboek (vrijstelling van inbreng voor de giften gedaan aan het kind van de erfgenaam, voor deze gedaan aan de ouders van de erfopvolger en aan de echtgenoot van de erfgenaam), artikel 1132 volgens

(1) De Page et Dekkers, V, nr. 1208, bl. 1071.

(2) Die vreemde oorzaak moet natuurlijk betrekking hebben op de aangerichte schade, en niet op het gebrek van de zaak : Verbr., 22 oktober 1954, *Pas.*, 1955, I, 149; — Gent, 26 maart 1959, *R.W.*, 1959-60, 784.

(3) Zie nochtans o.m. : De Page, II, nr. 1000, bl. 962, nr. 1008, bl. 968 en nr. 1015, bl. 973-974; — Gent, 8 november 1956, *Pas.*, 1958, II, 69; — Gent, 13 juni 1959, *R.W.*, 1960-61, 391.

(4) Anders : Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 279. Er bestaat evenwel een neiging om de toepassing van de artikelen 720 en volgende streng te beperken : Rb. Bergen, 7 januari 1944, *Pas.*, 1945, III, 6; — Luik, 8 januari 1947, *Rev. prat. not.*, 1947, 44; — Rb. Brussel, 15 mei 1952, *Pas.*, 1953, III, 33.

(5) Artikel 2279 van het burgerlijk wetboek is immers niet alleen een voorschrift van materieel recht, waardoor hij die te goeder trouw een roerend goed van een niet-gerechtigde verkrijgt, tegen iedere opvordering veilig is, maar het is ook een voorschrift van bewijsrecht (Scholten, P., *Bezit en bewijs bij de revindicatie,* in *Verzamelde geschriften,* III, bl. 468). Eenmaal de voorwaarden van het bezit bewezen (De Page, III, nr. 727, bl. 706), wordt de titel vermoed. Voor een bijzonder toepassingsgeval (schenking), zie o.m. : Rb. Veurne, 25 juni 1953, *R.W.*, 1953-54, 1037.

hetwelk de overeenkomst geldig is ofschoon de oorzaak ervan niet is uitgedrukt (zie desbetreffend : boven, nr. 71), de artikelen betreffende de aansprakelijkheid van de huurder bij de teruggave van het verhuurde en in geval van brand (artikel 1731 en 1733 B.W.), de stilzwijgende wederverhuring (artikel 1738 B.W.) (1) en artikel 2268 betreffende het vermoeden van goede trouw (2).

Moeten tenslotte beschouwd worden als grondregelen de bepalingen betreffende de uitlegging van overeenkomsten (art. 1160 en 1164 B.W.), artikel 1235, volgens hetwelk elke betaling een schuld onderstelt, artikel 1588 (verkoop op de proef wordt altijd aangegaan onder schorsende voorwaarde), en de bepalingen betreffende de duur van de huurovereenkomsten (art. 1758, 1759, 1774 en 1776 B.W.).

B. Werking.

387. — Gaat men nu de werking van de wettelijke wederlegbare vermoedens na, dan komt men tot interessante bevindingen wat de taak van de partijen betreft.

Het is best dit opnieuw te doen aan de hand van artikel 1283 van het burgerlijk wetboek. De rechtsleer en rechtspraak hebben voor de toepassing van dit artikel beroep gedaan op twee achtereenvolgende vermoedens. Het eerste vermoeden wordt door de rechter afgeleid uit het feit dat de schuldenaar in het bezit is van de titel. Dit vermoeden, dat van feitelijke aard is (zie boven, nr. 364 e.v.), strekt tot bewijs van de vrijwillige teruggave van de titel door de schuldeiser, op grond van de overweging dat normaal het bezit verkregen werd ingevolge een vrijwillige teruggave (3). Het tweede, ditmaal wettelijk, vermoeden ligt in de vaststelling dat de vrijwillige teruggave door de schuldeiser aan de schuldenaar de bevrijding doet veronderstellen.

Bij de ontleding van die twee vermoedens, bemerkt men in het eerste geval, dat de schuldenaar in plaats van te bewijzen dat er een vrijwillige teruggave (a) geschiedde door de schuldeiser (b) aan de schuldenaar (c), voldoet wanneer hij het bezit van de titel bewijst (X). Staat dit bezit vast dan is ook de vrijwillige teruggave bewezen, vermits de rechter (a), (b) en (c) vermoedt, wanneer (X) aangetoond werd. De tegenpartij moet dan bewijzen dat (a) of (b) of (c) niet voorhanden is, omdat de titel bv. gestolen werd,... (4).

In het tweede geval wordt de bevrijding van de schuldenaar vermoed, wanneer de titel vrijwillig werd teruggegeven. De schuldenaar moet dus niet meer aantonen dat hij bevrijd is tengevolge van een betaling, een kwijtschelding, een schuldvergelijking,..., hij hoeft enkel maar de teruggave te stellen

(1) Dit is trouwens een interpretatieve regel : zie boven, nr. 356.

(2) Boven, nr. 385; — zie ook : Dabin, J., *La technique de l'élaboration du droit positif,* bl. 87-88, voetnoot 3.

(3) De Page, III, nr. 681, bl. 641; — Kluyskens, A., *De Verbintenissen,* nr. 210, bl. 345; — Brussel, 21 maart 1888, *Pas.*, 1888, II, 296; — Hrb. Antwerpen, 25 juli 1911, *B.J.*, 1912, 184; — Hrb. Brussel, 23 april 1913, *P.P.*, 1914, bl. 48; — Rb. Dendermonde, 1 juli 1938, *Pas.*, 1939, III, 66; — vgl. in dezelfde zin : Cass. fr., 17 november 1903, *D.P.*, 1904, 1, 239.

(4) Dit is een tegenbewijs : zie boven, nr. 373.

en eventueel te bewijzen, opdat de rechter hieruit ingevolge artikel 1283 de bevrijding zou afleiden. Wil de tegenpartij nu het vermoeden van bevrijding te niet doen, dan zal moeten bewezen worden dat er bv. kwijtschelding was en dat die kwijtschelding als schenking te niet moet worden gedaan wegens ondankbaarheid,... (1).

388. — Het is nu verkeerd deze vermoedens te beschouwen als regelen, die de principes van de aanvoerings- en bewijslast veranderen (2) : deze opvatting is trouwens meestal te wijten aan de tekst zelf van artikel 1352, 1ste lid, van het burgerlijk wetboek, volgens hetwelk het wettelijk vermoeden *van ieder bewijs* ontslaat (3). Het algemeen beginsel, volgens hetwelk elke partij de elementen van de rechtsnorm die ze inroept moet bewijzen, blijft ook hier van kracht; om een vermoeden te zijnen gunste te zien toepassen, moet men eerst de toepassingsvoorwaarden ervan bewijzen : « une preuve simplifiée reste quand même une preuve » (4). Bij de lectuur van de voorbereidende werken blijkt trouwens dat de opstellers van het burgerlijk wetboek vooral vreesden dat, waar het bewijs ingevolge het vermoeden zozeer verlicht wordt, de rechter al te gemakkelijk het vermoeden zou opzij stellen en de eis zou afwijzen omdat geen voldoende bewijs werd geleverd : « Il est utile d'avertir que dans les cas même où la preuve est réservée contre la présomption légale, celui qui allègue cette présomption ne peut être écarté sur le fondement qu'il n'apporte aucune preuve » (5). In hoofde van diegene die het vermoeden inroept kan men dus gewagen van een verandering van het bewijsobject (6) en dus van een verlichting — geen omkering — van de bewijslast; de tegenpartij ondergaat evenmin een omkering van de bewijslast, vermits zij volgens de gewone principes het tegendeel van het vermoede feit zal moeten bewijzen (7).

(1) Planiol et Ripert, VII², nr. 1310, bl. 721.
(2) Zie aldus o.m. ten onrechte De Page, III, nr. 732, bl. 715 : « ...la charge de la preuve *disparaît* en ce qui concerne la partie qui bénéficie de la présomption légale »; — zie ook Lent, F., *o.c.*, § 47, bl. 126.
(3) Vgl. de betere formulering van artikel 1958, 1ste lid, Ned. B.W. : « Een wettelijk vermoeden ontslaat degene, in wiens voordeel hetzelve bestaat, van alle *verdere* bewijzen ».
(4) Dabin, J., *o.c.*, bl. 84-85, voetnoot 4; — vgl. Gény, F., *o.c.*, III, nr. 232, bl. 281, voetnoot 2.
(5) Locré, VI, nr. 78, bl. 137. De wetgever heeft dus door de formulering van artikel 1352, 1ste lid, ook de rechter op het hart willen drukken dat hij met een licht bewijs genoegen mag nemen.
(6) Vgl. met de idee *déplacement de la preuve* : Picard, M., *o.c.*, bl. 123-124; — zie ook Motulsky, H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, nr. 120, bl. 132 e.v.; — Beudant, IX², nr. 1291, bl. 378-379.
(7) Vgl. Rosenberg, L., *o.c.*, § 15, bl. 214-215; — Suyling, J. Ph., *o.c.*, nr. 378, bl. 102; — Decottignies, R., *o.c.*, nr. 90 e.v., bl. 224 e.v.; — zie ook Aron, G., *o.c.*, nr. 47 e.v., bl. 31 e.v.

Er is dus ongetwijfeld een invloed waar te nemen op de bewijslast der partijen; of men van een invloed op de aanvoeringslast mag spreken, kan moeilijk bevestigend beantwoord worden. Vermits de rechter de vermoedens zoals elk rechtsvoorschrift moet aanvaarden van zodra de elementen ervan ten processe gesteld zijn, volstaat het dat de intermediaire feiten aangevoerd worden : het vermoede gegeven moet niet gesteld worden, gezien de rechter de wet kent (1). In de praktijk is deze betwisting van weinig belang, omdat de rechter — zelfs wanneer men aanneemt dat het vermoede feit moet gesteld worden — zeer dikwijls het vermoede feit door feitelijke uitlegging zal kunnen gesteld achten (2).

389. — Het is eveneens nodig de invloed te bepalen van het vermoeden op de taak van de rechter. Ook hier heeft men dikwijls verkeerdelijk gedacht dat door het wettelijk vermoeden de vrije bewijswaardering van de rechter volledig zou uitgeschakeld of toch minstens beperkt zou zijn, omdat het vermoede feit als *bewezen* moet beschouwd worden (3).

Nochtans wordt de rechter in zijn beoordeling van de intermediaire feiten niet beperkt; niet de rechter, maar de wetgever leidt het vermoede feit af uit de vooropgestelde intermediaire feiten. De rechter oordeelt niet of het vermoede feit bewezen is; ingevolge de wet kan hij niet anders dan het bestaan van het vermoede feit aanvaarden, van zodra het intermediaire feit bewezen is. Wanneer de rechter op grond van het wettelijk vermoeden, het vermoede feit aanvaardt, staat men dus niet voor een vaststelling van feiten, maar enkel voor rechtsaanwending. Het vermoeden maakt bewijs en vaststelling van het vermoede feit overbodig : de rechter erkent het bestaan van het vermoede feit eenvoudigweg *zonder bewijs* (4).

Het belang van dit onderscheid zal verder blijken uit de behandeling van de weerlegging der vermoedens; zo zal de tegenpartij verplicht zijn bewijs van het tegendeel van het vermoede feit voor te leggen, in plaats van zich tevreden te mogen stellen met een tegenbewijs (zie nr. 390).

(1) Suyling, J. Ph., *o.c.*, nr. 378, bl. 103; — Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 279; — Rosenberg, L., *o.c.*, § 15, bl. 215-216; — vgl. Laurent, XIX, nr. 613, bl. 632; — Anders : Scheltema, F.G., *o.c.*, bl. 127-128; — Beckh, H., *o.c.*, bl. 90; — Hedemann, J.W., *Die Vermutung nach dem Recht des Deutschen Reichs*, bl. 283 e.v.
(2) Rosenberg, L., *o.c.*, *l.c.*; — Scheltema, F.G., *o.c.*, bl. 129.
(3) In die zin o.m. : Hedemann, J.W., *o.c.*, bl. 127 e.v., en bl. 301 e.v.; — Hellwig, K., *o.c.*, I, bl. 468.
(4) Betzinger, B., *Die Beweislast im Zivilprozess*, bl. 149; — Rosenberg, L., *o.c.*, § 15, bl. 217; — vgl. Mazeaud, H., noot onder Cass. fr., 5 mei 1942, *S.*, 1942, 1, 125.

390. — De bestudeerde wettelijke vermoedens zijn wederlegbaar; hoe zal die weerlegging kunnen geschieden? De partij tegen wie een wettelijk vermoeden wordt ingeroepen kan verschillende middelen aanwenden om dit vermoeden te niet te doen of minstens uit het debat te verwijderen.

In de eerste plaats kan hij eraan denken het uitgangspunt, waaruit het vermoede feit wordt afgeleid, te betwisten. Dit kan geschieden bij middel van tegenbewijs door aan te tonen dat het intermediaire feit onvoldoende bewezen is, zodat het vermoeden ter zake van geen toepassing kan zijn. Om bv. het vermoeden van artikel 1283 van het burgerlijk wetboek te weerleggen kan de schuldeiser bewijzen dat de vrijwillige teruggave niet vaststaat. Door dit tegenbewijs blijft de bewijslast rusten op de partij die het vermoeden ten haren gunste heeft ingeroepen.

Soms kan deze weerlegging ook geschieden door het inroepen van een tegennorm die niet overeen te brengen is met het intermediaire feit; wanneer bv. het bezit als uitgangspunt moet dienen voor een vermoeden, kan aangetoond worden dat het geen bezit is in de zin zoals door de wet vereist, maar een bewaargeving (contradictoir feit).

Doch telkens blijft het wettelijk vermoeden *in abstracto* ongeschonden bestaan; het kan enkel ter zake niet toegepast worden omdat het intermediaire feit onvoldoende bewezen is. De tegenpartij zou zich trouwens tegen de redenering van de wetgever niet mogen keren, maar moet zich neerleggen bij de interpretatie die door de wet aan sommige feiten gegeven wordt (1). Een dergelijk bewijs tegen de logica der redenering is wel mogelijk in geval van feitelijke vermoedens (zie boven, nr. 373).

Er blijft dienvolgens nog een tweede mogelijkheid, die erin bestaat een bewijs van het tegendeel aan te brengen en dus te bewijzen dat het door de wet vermoede feit *in concreto* niet voorhanden is. Om hetzelfde voorbeeld te hernemen, zou de schuldeiser kunnen bewijzen dat de vrijwillige teruggave geenszins bedoeld was als een bevrijding van de schuldenaar, maar enkel diende om hem tegen eventuele gerechtelijke vervolging te beveiligen (2). In dit geval moet men dus spreken van hoofdbewijs, d.w.z. dat de bewijslast

(1) Gény, F., *o.c.*, III, nr. 232, bl. 282, voetnoot 2, drukt het a.v. uit : « Cette preuve contraire ne peut évidemment porter sur la vérité des faits présumés, *in abstracto* ou *in thesi*, mais seulement sur leur réalité, au cas particulier, *in concreto* ou *in hypothesi* »; — vgl. Asser-Anema-Verdam, *o.c.*, bl. 285.
(2) Decottignies, R., *o.c.*, nr. 94, bl. 234.

ditmaal volledig op de tegenpartij rust (1), omdat zoals boven gezegd (zie nr. 389) het vermoede feit tengevolge van een wettekst zonder bewijs is komen vast te staan.

Ook in dit geval wordt niet geraakt aan het imperatieve karakter van het wettelijk vermoeden, maar enkel aan het waarschijnlijkheidselement ervan : de abstracte berekening van de wetgever wordt vervangen door een concrete. Een dergelijk bewijs zou natuurlijk niet mogen geleverd worden tegen een onwederlegbaar vermoeden (zie boven, nr. 380).

391. — Voor zoveel nodig weze hier in herinnering gebracht dat in principe alle bewijsmiddelen toelaatbaar zijn.

Soms heeft de wetgever wel het voorwerp of het bewijsmiddel in geval van weerlegging van het wettelijk vermoeden beperkt; zoals boven werd opgemerkt (zie nr. 386) is deze beperking gebaseerd op het voorwerp zelf van het vermoeden.

Ook moet erop gewezen worden dat de weerlegging eveneens kan geschieden aan de hand van wettelijke en feitelijke vermoedens (2).

Een moeilijkheid die zich in dat geval kan voordoen, is het conflict tussen verschillende vermoedens. Een dergelijk conflict is niet denkbeeldig en kan zich voordoen zowel in het interne recht, als in het intertemporaal en internationaal recht(3). Toch is een uiteenzetting hiervan minder passend in het kader van deze studie en kan dan ook nuttig verwezen worden naar de auteurs, die het probleem grondig bestudeerden (4).

3 §. Slotbeschouwingen.

392. — Omdat de rechter aan de bewijslastprincipes niet mag tornen, ten einde de rechtszekerheid niet in gevaar te brengen (5), moest de wetgever tussenkomen om ook op het bewijsrechtelijke terrein de hanteerbaarheid van het recht te verhogen.

Zoals gezegd kan hij dit doen door het opstellen van algemene beginselen en door het formuleren van bewijslastregelen (zie boven, nr. 349). Daar nochtans zowel in de rechtsleer als in de rechtspraak voortdurend het begrip *vermoeden* gehanteerd wordt als zijnde een

(1) Rosenberg, L., *o.c.*, § 15, bl. 220; — Suyling, J. Ph., *o.c.*, nr. 382, bl. 113; — Anders : Scheltema, F.G., *o.c.*, bl. 124.
(2) Decottignies, R., *o.c.*, nr. 94, bl. 234; — H.R., 17 december 1909, *W.*, 8949.
(3) Voor deze laatste twee gevallen, zie boven nr. 50 en 51.
(4) Zie vnl. Decottignies, R., *o.c.*, nr. 95 e.v., bl. 235 e.v.; — vgl. Rosenberg, L., *o.c.*, § 16, bl. 238-239.
(5) Onverminderd de zeer belangrijke taak van de rechter bij de bewijswaardering : zie titel IV.

specifieke regel voor de bewijslastverdeling, was het nodig hierbij wat langer stil te staan, niet alleen om sommige al te vaak voorkomende begripsverwarringen weg te ruimen en het eigen terrein van de vermoedens af te bakenen, maar ook om de werkelijke betekenis ervan ten aanzien van de aanvoerings- en bewijslast toe te lichten.

Hieruit is in de eerste plaats gebleken dat de feitelijke of rechterlijke vermoedens geen bewijsmiddelen zijn. De wetgever heeft in artikel 1353 van het burgerlijk wetboek aan de rechter een belangrijke bevoegdheid gegeven, die vooral tot uiting komt in de gevallen waarin het getuigenbewijs toegelaten is. Meteen werd ook de strakke bewijsreglementering versoepeld. Wat de bewijslast voornamelijk betreft, werd deze bij de feitelijke vermoedens aanzienlijk verlicht voor de beide gedingvoerende partijen, vermits de eiser *nevenfeiten* mag stellen en bewijzen (intermediaire feiten) en aan de rechter mag vragen hieruit de te bewijzen gegevens af te leiden, terwijl de verweerder op zijn beurt zich door een eenvoudig tegenbewijs mag keren zowel tegen het intermediaire feit als tegen de redenering van de rechter.

Bij de wettelijke vermoedens grijpt eveneens een verlichting — geen omkering — van de bewijslast plaats, doch ditmaal enkel ten gunste van de partij, in wiens voordeel het vermoeden werd ingesteld. Deze vereenvoudiging van het bewijs maakt bij de onwederlegbare vermoedens de positie van diegene, die er zich mag op beroepen, oninneembaar, vermits de wederpartij slechts (1) tegenbewijs mag leveren tegen het intermediaire feit. Bij de wederlegbare vermoedens daarentegen mag de wederpartij, behoudens dit tegenbewijs, ook nog bewijzen dat het vermoede feit *in concreto* niet voorhanden is; in dit laatste geval komt de bewijslast nochtans volledig op deze tegenpartij te rusten (zie boven, nr. 390).

393. — Gezien het belang van de wettelijke vermoedens voor de bewijslast, kan men zich nog de vraag stellen w i e b e v o e g d is om deze v e r m o e d e n s t e b e p a l e n en er de voorwaarden en gevolgen van te omschrijven. Zeer dikwijls heeft men beweerd dat enkel de wetgever vermoedens in het leven kan roepen (2); deze

(1) Behoudens hetgeen in verband met de eventuele toepassing van de eed en de bekentenis werd gezegd : zie boven, nr. 381.

(2) Zie vnl. Laurent, XIX, nr. 607 en 608, bl. 627 e.v.; — Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations,* IV, nr. 2653, bl. 340; — Kluyskens, A., *De Verbintenissen,* nr. 321, bl. 474; — Planiol et Ripert, VII², nr. 1548, bl. 1011; — Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 126.

zienswijze is ten dele ingegeven door de opvatting als zou het positieve recht enkel op de geschreven wet gebaseerd zijn.

Hoewel ongetwijfeld het procédé van het vermoeden specifiek tot het terrein van de wetgever behoort, kan het nochtans voorkomen dat belangrijke sociale noodwendigheden de rechtsleer en de rechtspraak kunnen verplichten in sommige leemten te voorzien; een dergelijke tussenkomst kan ook inzake vermoedens gerechtvaardigd worden, op voorwaarde evenwel dat hiervan een uiterst beperkt en voorzichtig gebruik gemaakt wordt (1), en dat nooit onwederlegbare vermoedens worden ingesteld (zie boven, nr. 380).

In de praktijk zijn dan ook soms dergelijke vermoedens tot stand gekomen, doordat de rechtspraak regelmatig eenzelfde vermoeden aanvaardde en hieraan aldus a.h.w. het karakter van wettelijk vermoeden verleende.

Men denke bv. aan de uitbreiding van zekere vermoedens, waarvan sommige bestaansvoorwaarden eveneens vermoed worden. Dit is o.m. het geval met de *vrijwillige* teruggave vereist in de artikelen 1282 en 1283 van het burgerlijk wetboek (zie boven, nr. 387) (2).

Diegene die op grond van artikel 901 van het burgerlijk wetboek een schenking wil doen nietig verklaren, moet het bewijs leveren van de zwakzinnigheid op het ogenblik van de schenking; het volstaat nochtans dat de gewone toestand van zwakzinnigheid bewezen wordt (3), toestand die trouwens op zijn beurt kan afgeleid worden uit de internering (4).

Tenslotte kan er nog op gewezen worden dat het bedrog vereist in artikel 1167 van het burgerlijk wetboek afgeleid wordt uit de kennis van de insolvabiliteit (5).

394. — Tenslotte moet er voor zoveel nodig op gewezen worden dat, gezien de innige verwantschap tussen de bewijslast en de wettelijke vermoedens, deze laatste ook tot het m a t e r i ë l e r e c h t behoren. Dit is een zienswijze, die hoewel zij dikwijls in twijfel werd

(1) Gény, F., *o.c.,* III, nr. 235, bl. 327 e.v.; — Beudant, IX², nr. 1292, bl. 379-380; — vgl. Rosenberg, L., *o.c.,* § 15, bl. 220 e.v.; — zie eveneens Decottignies, R., *o.c.,* nr. 115, bl. 293 e.v. Ook Dabin, J., *o.c.,* bl. 82, voetnoot 3, schijnt dit te aanvaarden.

(2) Andere vermoedens zoals die van de artikelen 720 e.v. B.W. werden daarentegen zo restrictief mogelijk geïnterpreteerd : zie boven, nr. 386.

(3) Decottignies, R., *o.c.,* nr. 76, bl. 199; — Gény, F., *o.c.,* III, nr. 235, bl. 323; — Cass. fr., 8 juli 1901, *S.,* 1902, 1, 124; — Rb. Angers, 14 april 1948, *D.,* 1948, *J.,* 319.

(4) Artikel 34 van de wet van 18 juni 1850; — De Page, II, nr. 373, bl. 342 e.v.; — Gent, 31 oktober 1947, *Rev. prat. not.,* 1948, 26; — Gent, 7 maart 1955, *Pas.,* 1956, II, 29; — Brussel, 3 december 1957, *Pas.,* 1959, II, 19.

(5) De Page, III, nr. 235, bl. 232, met talrijke referenties; — Mimin, P., *Les présomptions quasi-légales, J.C.P.,* 1946, I, 578; — Cass. fr., 26 oktober 1942, *D.A.,* 1943, *J.,* 18.

getrokken (1), geen nadere uitleg meer vereist gezien hetgeen reeds boven hieromtrent werd uiteengezet (zie nr. 39 e.v.); om diezelfde reden moet het belang van dit twistpunt niet meer onderlijnd worden (zie boven, nr. 49 e.v.).

Er weze aan herinnerd dat vermits de bewijslastnormen wezenlijk bepaald worden door de aard en de inhoud van de te bewijzen feiten, deze normen tot het materiële recht behoren. Daar de vermoedens de bewijslast verlichten, zijn ook zij van materieelrechtelijke aard, des te meer daar zij geen processuele regeling inhouden doch opgesteld werden om sommige rechtsverhoudingen (bv. ten gunste van onbekwamen, schuldenaars, slachtoffers van ongevallen,...) ook ten gronde te beïnvloeden (2).

Daar de wettelijke vermoedens, in tegenstelling met sommige algemene bewijslastprincipes, eerder van land tot land kunnen verschillen, is de bepaling van de in het internationaal privaatrecht (zie boven, nr. 50) toepasselijke wet afhankelijk van het karakter dat men aan de vermoedens toekent. Gezien het materieelrechtelijk karakter, zal ook hier de *lex causae* toegepast worden (3) : de wettelijke vermoedens werden immers door de wetgever ingesteld « pour servir d'accessoire à la règle de fond dont elles apparaissent comme le prolongement dans le domaine de la preuve » (4).

(1) Zie o.m. : Hedemann, J.W., *o.c.*, bl. 229, 235, 264 en 344; — Korsch, K., *o.c.*, bl. 12 e.v.; — Hellwig, K., *o.c.*, I, bl. 468; — Te recht anders : Gény, F., *o.c.*, III, nr. 235, bl. 333.

(2) Decottignies, R., *o.c.*, nr. 104, bl. 256 e.v.

(3) Perrot, R., *o.c.*, *J.T.*, 1962, 274, nr. 7; — Cass. fr., 25 mei 1948, *S.*, 1949, 1, 21, met noot Niboyet. Er moet te dien aanzien geen onderscheid gemaakt worden tussen de wederlegbare en de onwederlegbare vermoedens : Perrot, R., *o.c.*, *J.T.*, 1962, 274, nr. 8.

(4) Decottignies, R., *o.c.*, nr. 104, bl. 258.

TITEL VI.

TOEPASSINGSGEVALLEN, SAMENVATTING EN BESLUITEN

HOOFDSTUK I.

TOEPASSINGSGEVALLEN

395. — Hoewel in de voorgaande uiteenzettingen meermaals praktische toepassingsgevallen werden aangevoerd, is het toch wel nuttig thans meer in bijzonderheden te treden voor sommige problemen, die de vraag naar de bewijslast zeer dikwijls op het voorplan hebben gebracht.

Men zou eventueel een aanzienlijk aantal van dergelijke gevallen kunnen verzamelen en dan trachten over te gaan tot hetgeen Bartin genoemd heeft, de klassering in *familles naturelles de litiges* (1). Zonder het belang van een dergelijk onderzoek (2) te onderschatten, is het meer aangewezen in verband met de aard van de huidige studie, aan de hand van passend gekozen voorbeelden aan te tonen dat de objectiefrechtelijke theorie meestal bevredigende oplossingen kan geven.

De keuze die gedaan werd is ongetwijfeld voor kritiek vatbaar; daartoe werd evenwel niet lukraak overgegaan, doch wel na een kritisch onderzoek van de rechtspraak waaruit gebleken is dat de bewijslast zich in de ruimste mate laat gelden op de hierna aangehaalde gebieden.

AFDELING I. BEWIJSLAST VAN DE GOEDE TROUW BIJ HET VERMEENDE HUWELIJK.

396. — Ter illustratie van de stelling dat de verdeling van de bewijslast uit de wetteksten zelf kan afgeleid worden, moge artikel 201 van het burgerlijk wetboek, dat de gevolgen van een vermeend huwelijk regelt, aangehaald worden. Volgens dit artikel heeft een huwelijk dat nietig verklaard is, alle burgerlijke

(1) Aubry et Rau, XII, § 749, voetnoot 20bis, bl. 90 e.v.
(2) Zie als voorbeeld : Thévenet, J., *Essai d'une théorie de la charge de la preuve en matière civile et commerciale.*

gevolgen zowel voor de echtgenoten als voor de kinderen, wanneer het te goeder trouw is aangegaan.

In dit verband is herhaaldelijk de vraag gerezen, wie de bewijslast van de aanwezigheid of afwezigheid der goede trouw moet dragen.

397. — Volgens een eerste opvatting zou de aanwezigheid van de goede trouw vermoed worden, bij toepassing van artikel 2268 van het burgerlijk wetboek (1). De echtgenoot die dus wenst dat het nietig huwelijk toch gevolgen zou hebben moet dienvolgens het bewijs van de goede trouw niet leveren; hij die de kwade trouw inroept, draagt de bewijslast ervan.

In Zwitserland wordt eveneens, ingevolge artikel 3, eerste lid, Z.G.B., de goede trouw vermoed (2). Trouwens in verschillende landen heeft een wettekst uitdrukkelijk ten voordele van de echtgenoten (3) een vermoeden *juris tantum* van goede trouw geschapen.

Anderen menen evenwel dat diegene die wenst te genieten van de toepassing van artikel 201 van het burgerlijk wetboek, het bewijs van de goede trouw moet aanbrengen. Dit is de heersende opvatting in België (4).

De toepassing van artikel 2268 van het burgerlijk wetboek zou dienvolgens niet gerechtvaardigd zijn; diegenen, die onvoldoende voorzorgsmaatregelen hebben getroffen, zouden toch minstens het bewijs van hun goede trouw moeten leveren (5).

Soms werd een tussenoplossing voorgesteld, volgens dewelke de goede trouw slechts zou vermoed worden wanneer het een feitelijke dwaling

(1) Cass. fr., 18 februari 1819, *Jurisprudence générale,* Tw. *Bigamie,* nr. 16-2°; — Cass. fr., 5 november 1913, *D.P.,* 1914, 1, 281, met noot P. Binet; *B.J.,* 1914, 158; — Cass. fr., 8 januari 1930, *D.P.,* 1930, 1, 51; — zie ook : Rb. Roma, 11 maart 1918, *Foro italiano,* 1918, 955; — vgl. Hof Genua, 14 mei 1897, *Legge,* 1897, II, 303 (de echtgenoten zouden er evenwel goed aan doen ook de rechtbank voor te lichten en in hun verweer de goede trouw aan te tonen); — Planiol et Ripert, II, nr. 320, bl. 249-250; — zie ook nog : Crisafulli, M., *Il matrimonio putativo in diritto civile,* Torino, 1915, nr. 64, bl. 108 e.v.

(2) Egger, A., *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch,* II, *Das Familienrecht,* Zürich, 1914, art. 134, § I (b); — Trib. féd., 13 april 1927, *Journal des Tribunaux,* 1927, 309.

(3) Zo o.m. in Spanje (art. 69, 3de lid, C.c.), Cuba (art. 69, 3de lid, C.c.), Mexico (art. 226, 3de lid, C.c.) en Guatemala (art. 216, 2de lid, C.c.).

(4) Laurent, II, nr. 506, bl. 640-642; — De Page, I, nr. 676, bl. 729; — R.P.D.B., Tw. *Mariage,* nr. 75; — Piret, R., *Des conditions et effets du mariage putatif,* noot onder Luik, 19 februari 1953, *R.C.J.B.,* 1953, 265 e.v., met uitvoerige referenties; — Verbr., 11 november 1841, *Pas.,* 1842, I, 70; — Rb. Brussel, 31 juli 1886, *Pas.,* 1887, III, 238; — Rb. Brussel, 2 juni 1905, *Pas.,* 1905, III, 238; — Brussel, 27 december 1911, *Pas.,* 1912, II, 56; — Brussel, 31 januari 1923, *Pas.,* 1923, II, 165; — Rb. Luik, 6 november 1930, *Pas.,* 1931, III, 82; — Brussel, 29 november 1941, *Pas.,* 1942, II, 17 (impliciet); — Brussel, 17 november 1943, *J.T.,* 1946, 115, met noot P. De Visscher; — Rb. Kortrijk, 17 november 1950, *R.W.,* 1950-51, 953; — Rb. Brussel, 21 april 1956, *Pas.,* 1957, III, 79; — zie ook : Baudry-Lacantinerie, G. et Houques-Fourcade, M., *Des personnes,* 3de uitg., dl. III, Paris, 1908, nr. 1901, bl. 494; — Mattei, *Il codice civile italiano,* I, Venezia, 1873, art. 116, bl. 222 e.v.; — Rb. Pessaro, 14 juni 1928, *Monitore dei Tribunali,* 1928, 836; — zie nochtans : Brussel, 10 juli 1956, *Pas.,* 1957, II, 209.

(5) Vgl. artikel 3, 2de lid, Z.G.B., volgens hetwelk niemand de goede trouw mag inroepen, wanneer de omstandigheden speciale aandacht vereisen.

betreft. Bij dwalingen over het recht, geldt immers het adagium *Nemo censetur ignorare legem* (1).

398. — De oplossing is nochtans zeer eenvoudig, wanneer men de tekst van artikel 201 van het burgerlijk wetboek als vertrekpunt neemt. Volgens dit artikel zal een nietigverklaard huwelijk niettemin gevolgen hebben, *wanneer* het te goeder trouw werd aangegaan. De wetgever heeft dus van de goede trouw een essentieel bestanddeel (rechtscheppend feit) van het ingeroepen rechtsvoorschrift (zie boven, nr. 133) gemaakt, zodat de bewijslast van de goede trouw rust op de partij, die het voordeel van artikel 201 wil inroepen.

De toepassing van artikel 2268 van het burgerlijk wetboek, dat een bewijslastregel inhoudt (zie boven, nr. 385), heeft ten aanzien van dit principe geen belang. Het onderscheid tussen de heersende opvatting in België en de Franse rechtspraak is niet te wijten aan een verschillende interpretatie van de bewijslast, doch enkel en alleen aan de toepasselijkheid die men aan artikel 2268 wil toekennen. Zo men aanneemt dat dit artikel een algemeen beginsel vooropstelt naar aanleiding van een speciaal geval (2), zal de goede trouw bij een vermeend huwelijk vermoed worden; is men daarentegen van oordeel dat een dergelijke wettekst niet extensief mag geinterpreteerd worden en zeker geen toepassing vindt in geschillen die de openbare orde raken (3), dan moet de goede trouw bewezen worden. In elk van deze gevallen blijft het principe van de bewijslast nochtans ongeschonden.

Tenslotte mag eraan herinnerd worden, dat de Belgische rechtspraak evenwel rekening gehouden heeft met het feit dat de goede trouw niet zo gemakkelijk kan bewezen worden; niet alleen zullen alle bewijsmiddelen mogen aangewend worden, hetgeen normaal is, doch daarenboven zal de feitenrechter dank zij een ruime interpretatie van de omstandigheden tot het bestaan van de goede trouw kunnen besluiten (4). Hier wordt dus eens te meer toepassing gemaakt van de principes, die boven werden uiteengezet in verband met de taak van de rechter (zie nr. 133 en 315).

(1) Ricci, F., *Corso teorico-pratico di diritto civile,* I, Torino, 1877, nr. 142 e.v., bl. 186 e.v.; — Aubry et Rau, 5de uitg., door E. Bartin, VII, Paris, 1913, § 460, bl. 67. Voor een kritiek van deze opvatting zie Binet, P., Noot onder Cass. fr., 5 november 1913, *D.P.,* 1914, 1, 281.

(2) Aldus Binet, P., *o.c., l.c.* Hier wordt dus toepassing gemaakt van de theorie der *Durchbruchspunkte* van von Jhering : zie boven, nr. 81.

(3) De Page, *o.c., l.c.*

(4) Brussel, 27 december 1911, voormeld; — Brussel, 31 januari 1923, voormeld; — Brussel, 17 november 1943, voormeld.

399. — Men kan zich afvragen waarom artikel 1240 van het burgerlijk wetboek, dat slechts de betaler te goeder trouw beschermt, niet op dezelfde wijze werd geïnterpreteerd. Dit artikel maakt immers van de goede trouw een essentieel element van het rechtsvoorschrift, zodat de schuldenaar die zich hierop beroept, de goede trouw moet bewijzen (1), tenzij men natuurlijk van oordeel zou zijn dat artikel 2268 van het burgerlijk wetboek hier ook moet toegepast worden.

AFDELING II. BEWIJSLAST IN VERBAND MET HET ONTSTAAN EN DE INHOUD VAN EEN RECHTSHANDELING

400. — Aan de hand van een uiteenzetting over de verdeling van de bewijslast van het tot stand komen en de inhoud van een rechtshandeling (meer speciaal een overeenkomst) kunnen de bewijslastprincipes opnieuw *in concreto* worden toegelicht.

Voor het tot stand komen van elke rechtshandeling is een wilsverklaring nodig (rechtscheppend feit), zodat de partij die er zich op beroept, hiervan ook de bewijslast zal dragen (2). Is een bepaald vormvereiste noodzakelijk, dan zal de bewijslast eveneens op gemelde partij liggen.

Daar een overeenkomst slechts tot stand komt van zodra de partijen het over alle punten — zowel de *essentialia negotii* als de *accidentalia negotii* (3) — eens zijn, zal de eiser deze volledige wilsovereenstemming moeten bewijzen en indien nodig ook moeten aantonen dat over geen enkel ander punt onderhandeld werd. Het is ongetwijfeld juist dat de feitenrechter deze omstandigheden soeverein zal beoordelen (4); doch ingevolge de algemene principes van de bewijslast zal in geval van twijfel de overeenkomst voor niet gesloten aangezien worden.

De partij die aanspraak maakt op de rechtsgevolgen van een overeenkomst, zal buiten het gemelde niets meer moeten bewijzen; dus ook niet, dat de elementen die de rechtshandeling buiten werking

(1) Zie ook de uitdrukkelijke bepaling van artikel 1189 C.c.it.; — Anders · De Page, III, nr. 433, bl. 415; — R.P.D.B., Tw. *Obligations,* nr. 1179.

(2) Diegene die zich op een overeenkomst beroept, zal het bewijs hiervan moeten leveren (Verbr., 29 mei 1952, *Pas.,* 1952, I, 635) en bv. o.m. de band van de ondergeschiktheid moeten aantonen (Verbr., 17 november 1961, *R.W.,* 1961-62, 1949); dit is trouwens de meest klassieke toepassing van artikel 1315 B.W.

(3) De Page, II, nr. 496, bl. 467-468; — Brussel, 12 april 1932, *Pas.,* 1933, II, 24; — vgl. § 154 B.G.B., hetwelk uitdrukkelijk deze overeenstemming vereist : « Solange nicht die Parteien sich über alle Punkte eines Vertrags geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen ».

(4) De Page, *o.c., l.c.;* — Luik, 28 okober 1946, *Pas.,* 1947, II, 7.

zouden stellen(rechtsverhinderende of rechtsvernietigende feiten), afwezig zijn.

Zij zal daarentegen wel moeten bewijzen dat er een oorzaak is. In de meeste gevallen zal de oorzaak evenwel vermeld zijn, zodat dit bewijs gemakkelijk kan geleverd worden of beter, door de rechter uit de vermelding van de rechtsgrond kan worden afgeleid (1). Eenmaal dit bewijs geleverd, zal het de beurt aan de verweerder zijn om aan te tonen dat er in werkelijkheid geen oorzaak is, dat de oorzaak ongeoorloofd of vals is.

Het spreekt vanzelf dat wanneer de valse oorzaak eenmaal bewezen is, de eiser op zijn beurt, wil hij ontsnappen aan de toepassing van artikel 1131 van het burgerlijk wetboek, de ware oorzaak moet bewijzen (2).

De verweerder zal ook moeten bewijzen dat één der handelende partijen onbekwaam was (3), dat er dwaling, geweld of bedrog was,... (4).

401. — Van de in voorgaand nummer besproken gevallen, zijn de hiernavolgende te onderscheiden, doordat deze laatste de inhoud van de rechtshandeling betreffen.

In de gevallen die verder uitvoeriger zullen behandeld worden, geeft de verweerder toe dat de door de eiser aangehaalde overeenkomst wel degelijk werd gesloten, doch dat zij op verschillende wezenlijke punten anders luidde dan door de eiser werd voorgesteld.

Vooraf zal de eiser de elementen van de aan de eis ten grondslag liggende overeenkomst, die de door hem ingeroepen rechtsgevolgen meebrengen, moeten bewijzen. In werkelijkheid betekent

(1) De schuldbekentenis zonder rechtsgrond (artikel 1132 B.W.) is een speciaal geval dat reeds vroeger uitvoerig werd behandeld (zie boven, nr. 71).

(2) Laurent, XVI, nr. 169, bl. 231; — Gent, 17 juli 1872, *Pas.,* 1872, II, 420; — Luik, 17 maart 1917, *Pas.,* 1917, II, 225; — Cass. fr., 9 februari 1864, *D.P.,* 1864, 1, 211; — Cass. fr., 25 februari 1896, *D.P.,* 1896, 1, 199; — Cass. fr., 5 december 1900, *D.P.,* 1901, 1, 192. Zie *ad generalia* : De Page, II, nr. 489 e.v., bl. 463 e.v.

(3) De reden werd vroeger uiteengezet : zie boven, nr. 138. Het is dus niet, omdat er volgens sommige auteurs een vermoeden van bekwaamheid zou zijn : aldus, doch ten onrechte, De Page, II, nr. 490, bl. 463, voetnoot 2.

(4) De wetgever kan natuurlijk weer vermoedens instellen ten einde het bewijsobject te verplaatsen (zie boven, nr. 387 e.v.). Zo heeft de wet van 12 april 1947 een vermoeden van morele dwang geschapen ten gunste van personen, die zich tijdens de bezetting te recht bedreigd achtten; in afwijking van artikel 1111 van het burgerlijk wetboek, zal de wederpartij dan het bewijs van de afwezigheid van dwang moeten leveren (Rb. Verviers, 3 mei 1949, *Pas.,* 1949, III, 23; — Verbr., 26 oktober 1950, *Pas.,* 1951, I, 99).

dit dat de eiser geen twijfel mag laten bestaan nopens het wezen en de uitgebreidheid van de overeenkomst (1).

Zo zal de eiser meer speciaal de bewijslast dragen, wanneer de verweerder aanvoert dat de tussen partijen gesloten rechtshandeling van een heel andere aard is dan wel door de eiser werd voorgesteld. Wanneer de verweerder bv. inroept dat er geen lening werd aangegaan, maar in werkelijkheid een schenking werd gedaan, zal de eiser op zijn beurt alle wezenlijke elementen van de lening moeten bewijzen (zie boven, nr. 131).

Hieruit volgt tevens dat, wanneer de voorstellingen door beide partijen zozeer verschillen dat de rechter de juridische aard van de rechtshandeling niet kan bepalen, de eis ingevolge de algemene principes van de bewijslast zal afgewezen worden (2).

402. — Doch ook de omvang of de aard van de door de eiser gevorderde prestatie zal door hem moeten bewezen worden.

Zo zal de eiser-koper bv. moeten bewijzen dat hij wijn van die soort gekocht heeft, dat hij zoveel kilogram aardappelen besteld heeft,... Eveneens zal de eiser, die beweert bepaalde goederen te hebben verkocht en de prijs opeist, de bewijslast dragen, zo de verweerder-koper aanvoert goederen van een andere soort te hebben gekocht.

403. — Het kan ook gebeuren dat er betwisting ontstaat nopens een of andere vergoeding, zoals de koopprijs, de huurprijs, het makelaarsloon,...

In dergelijke gevallen zal de bewijslast ook weer op de eiser rusten : hij zal moeten bewijzen welke verkoopprijs bedongen werd, vermits de prijs een essentieel element van de verkoop uitmaakt (3).

Zo draagt de eiser de bewijslast telkens wanneer de verweerder-koper beweert dat voor een andere prijs werd gekocht, dat de marktprijs of de prijs van de dag bedongen werd, of dat gekocht werd aan dezelfde prijs als die van vorige leveringen (4).

Dezelfde beginselen gelden natuurlijk ook voor huurovereenkomsten bij betwisting van de huurprijs, voor alle huur van werk,...

Evenwel zal een betwisting desbetreffend eerder zeldzaam zijn, vooral daar de feitenrechter soeverein de gegevens der zaak beoor-

(1) Cass. fr., 23 juni 1936, *S.*, 1936, 1, 363.
(2) Rosenberg, L., *o.c.*, § 20, bl. 279.
(3) Wanneer het akkoord nopens een bepaalde prijs niet bewezen is, zal er dus geen verkoop zijn : Luik, 17 maart 1925, *Jur. Liège,* 1925, 161.
(4) In dit laatste geval zal, wanneer de partijen een voortdurende overeenkomst met een vaste regeling van de vergoeding hebben gesloten, hij die een wijziging ervan inroept er de bewijslast van dragen : Rosenberg, L., *o.c.*, § 20, bl. 290.

deelt en dus kan besluiten tot een impliciete prijsbepaling (1) : in geval van bestelling zonder nadere aanduiding van de prijs, zal men volgens de omstandigheden geacht worden te hebben gecontracteerd op basis van de marktprijs of van de prijs van vroegere bestellingen (2). Nochtans kan een dergelijke appreciatie soms zeer ver gaan zoals blijkt uit een arrest van het Hof van Cassatie, volgens hetwelk de feitenrechter op grond van het gebruik en de billijkheid een vergoeding mag bepalen, hoewel tussen partijen ondanks de door de eiser bewezen diensten niet uitdrukkelijk een vergoeding was overeengekomen (3). De partij die een vergoeding opeiste, moest ongetwijfeld de omvang ervan bewijzen; dit belet natuurlijk niet dat de feitenrechter op grond van zijn vrije bewijswaardering de verplichting tot vergoeding uit de omstandigheden kan afleiden (zie boven, nr. 318).

404. — Wanneer nu alle essentiële elementen (*essentialia negotii)* (4) van een bepaalde rechtshandeling (bv. een overeenkomst) bewezen zijn, dan zullen hieruit de door de wet voorziene rechtsgevolgen voortvloeien. Dit geldt zelfs wanneer deze rechtsgevolgen door regelen van suppletief recht zijn bepaald, d.w.z. wanneer ze door de partijen kunnen gewijzigd of uitgeschakeld worden.

Het is dus niet nodig dat diegene, die de rechtsgevolgen van een bewezen rechtshandeling inroept, ook nog zou bewijzen dat de partijen wel degelijk de door de wet voorziene gevolgen hebben gewild. Integendeel, hij die een bedongen afwijking inroept zal hiervan de bewijslast dragen.

Dit volgt duidelijk uit de aard zelf van de regelen van suppletief recht. Inderdaad, de rechtsgevolgen treden niet in omdat ze door de partijen gewild werden of vermoedelijk gewild werden, maar heel eenvoudig omdat de wetgever het zo voorzien heeft om sociale redenen : « vielmehr sind es objektive Interessen des Verkehrs, Bedürfnisse des Sozialen Lebens im allgemeinen, denen es zu genügen hat,

(1) De Page, IV, nr. 37, bl. 73.
(2) Rb. Luik, 16 april 1891, *Pas.,* 1891, III, 216; — Rb. Gent, 10 mei 1899, *P.P.,* 1901, bl. 105; — Hrb. Brugge, 6 mei 1915, *Jur. Comm. Fl.,* 1915, bl. 127; — Hrb. Luik, 14 februari 1920, *Jur. Liège,* 1920, 59; — Brussel, 17 juli 1924, *Pas.,* 1926, II, 40.
(3) Verbr., 2 december 1926, *Pas.,* 1927, I, 95.
(4) Deze *essentialia* kunnen niet steeds *in abstracto* worden bepaald; zeer dikwijls zullen zij uit de aard van de overeenkomst moeten afgeleid worden : zie bv. Luik, 14 april 1938, *Jur. Liège,* 1938, 217; — Luik, 28 oktober 1946, *R.C.J.B.,* 1948, 66, met noot J. Fally.

die es auch in der Anwendung auf den einzelnen Fall zu befriedigen strebt » (1).

Vermits in geval van twijfel, de door de wetgever bepaalde rechtsgevolgen intreden, zal de bewijslast rusten op de partij die de afwijking van het suppletief recht inroept. Zolang niet positief vaststaat dat de partijen de inhoud van hun rechtsverhoudingen anders geregeld hebben, geldt de wettelijke regeling.

405. — Hetzelfde geldt ook voor de uitleggingsregelen, die bepalen hoe in geval van twijfel sommige rechtshandelingen door de rechter moeten geïnterpreteerd worden. Daarom zal de partij, die een andere dan de wettelijke interpretatie inroept, de bewijslast hiervan dragen (2).

406. — Dienvolgens zal de partij — hetzij de eiser of de verweerder — die een afwijking van de wettelijke regeling inroept, hiervan dan ook de bewijslast dragen. Enkele voorbeelden kunnen dit illustreren.

Zo kan het voorkomen dat een der partijen een overeenkomst inroept, volgens dewelke niet de wettelijke interesten van 4,5 % of 5,5 % (artikel 2 van de wet van 5 mei 1865, gewijzigd bij K.B. van 18 maart 1935) maar hogere of lagere zouden verschuldigd zijn. Deze interesten worden immers toegepast, zolang niet duidelijk vaststaat dat er andere werden bedongen (artikel 1907, 1ste en 4de lid, B.W.) (3).

Gewaagt een partij van een overeenkomst, waarin levering van betere of minder goede waren dan de doorsnee-kwaliteit voorzien was (4), dan zal zij hiervan de bewijslast dragen.

Meer bepaald zal de verweerder het bewijs moeten aanbrengen, wanneer hij beweert dat de betaling of de levering van de gekochte waar elders moest geschieden dan op de door de wetgever aangeduide plaats (artikel 1247 en 1651 B.W.; artikel 1609 B.W.), of dat met gedeeltelijke betalingen mocht voldaan worden (artikel 1244, 1ste lid, B.W.) (5), enz...

---

(1) Aldus Stammler, geciteerd door Rosenberg, L., *o.c.*, § 21, bl. 292; — zie ook Colin, A., et Capitant, H., refondu par L. Julliot de la Morandière, I, Paris, 1957, nr. 43, bl. 34. Men vergelijke met de twistvraag betreffende het stelsel van de wettelijke gemeenschap, dat tot stand komt bij het ontbreken van een huwelijkscontract : Delva, W., A.P.R., Tw. *Huwelijksvermogenstelsels,* I, nr. 42 e.v.; — zie boven, nr. 356.

(2) Betzinger, B., *o.c.*, bl. 146 e.v.; — Hellwig, K., *System des Deutschen Zivilprozessrechts,* I, bl. 469; — Rosenberg, L., *o.c.*, § 21, bl. 295-296; — Anders : Leonhard, F., *o.c.*, bl. 272.

(3) Over het aanvullende karakter van deze bepalingen, zie De Page, III, nr. 142, bl. 167 en nr. 143, C, bl. 171; V, nr. 161, bl. 167.

(4) Artikel 1246 B.W.; — Frédericq, L., III, nr. 42, bl. 88-89; — vgl. Rosenberg, L., § 21, bl. 297.

(5) De Page, III, nr. 448, bl. 428. Zo verklaart een arrest van het Hof van Beroep te Luik d.d. 16 november 1948 uitdrukkelijk dat, vermits de goederen ingevolge artikel 1609 B.W. moeten geleverd worden op de plaats waar ze zich bevonden op het ogenblik

Daarenboven moet de schuldeiser — hij weze eiser of verweerder — bewijzen dat zekere hem gunstige afwijkingen van de desbetreffende wettelijke regeling werden overeengekomen; zo bv. dat de schuldenaar de *exceptio non adimpleti contractus* niet kan inroepen, omdat overeengekomen werd dat de schuldenaar eerst zijn verbintenis zou nakomen (1), dat de schuld binnen een bepaalde termijn moest voldaan worden,...

407. — Het kan evenwel gebeuren dat beide partijen conventionele afwijkingen van het suppletief recht, die onderling verschillen, ieder te hunnen gunste inroepen.

Ook hier kan geen grote moeilijkheid ontstaan, wanneer men het vooropgestelde principe voor ogen houdt : de partij die een afwijking inroept, waarbij haar een groter voordeel wordt toegekend dan de wettelijke regeling ter zake, zal hiervan de bewijslast dragen.

Dienvolgens zal de eiser vooreerst het bewijs van de door hem ingeroepen afwijking moeten leveren. Slaagt hij hierin niet, dan staat daarom de bewering van de verweerder nog niet vast, maar zal eenvoudig de wettelijke regeling gelden, zolang de verweerder het door hem verschuldigde bewijs niet aangebracht heeft. Slaagt ook deze laatste niet, dan blijft de wettelijke regeling van kracht (2).

Is bv. Brussel de plaats waar volgens de wet de overeenkomst moet uitgevoerd worden, en beweert de eiser dat het Antwerpen is, terwijl de verweerder Luik aanwijst, dan zal de eiser zijn bewering moeten bewijzen. Lukt dit niet, dan blijft het Brussel, tenzij de verweerder op zijn beurt zou kunnen aantonen dat Luik contractueel als uitvoeringsplaats werd aangeduid.

Vermeld beginsel zal bv. gelden bij de talrijke wettelijke bepalingen betreffende de opzeg, voor zover deze niet van dwingend recht zijn (3).

408. — Een geval dat zeer dikwijls ten aanzien van de bewijslast tot betwisting aanleiding kan geven, is de rechtshandeling met zekere modaliteiten, d.w.z. de rechtshandeling die geen onmiddellijke uitwerking heeft, doch gebonden is aan sommige voorwaarden of termijnen.

---

van de verkoop, de koper moet bewijzen dat de goederen franco verkocht werden : *R.C.J.B.,* 1950, 117, met noot P. Coppens.

(1) Vgl. De Page, II, nr. 866, A, bl. 781-782; — zie ook verder, nr. 434.

(2) Men vergelijke met de vordering tot afpaling, die beschouwd wordt als een *judicium duplex,* waarin de beide partijen eiser en verweerder zijn : Van Bever, H., A.P.R., Tw. *Afpaling,* nr. 62; — P.B., Tw. *Preuve au civil,* nr. 145; — Laurent, VII, nr. 433, bl. 491 e.v.; — De Page, V, nr. 963, bl. 841-842; — Brussel, 11 januari 1888, *Pas.,* 1888, II, 152; — Cass. fr., 23 september 1940, *D.H.,* 1940, 195.

(3) Hetgeen thans meer en meer het geval is zoals inzake landpacht, huur van handelshuizen,...

Deze moeilijkheden hebben dan vooral betrekking op de verbintenissen onder schorsende en ontbindende voorwaarde, en eveneens op de verbintenissen met tijdsbepaling.

Vooraf moet er evenwel op gewezen worden, dat meestal eensgezindheid heerst over de bewijslast van het i n t r e d e n of beter van de v e r w e z e n l i j k i n g van de voorwaarde of van de tijdsbepaling.

Inderdaad, staat men voor een verbintenis onder schorsende voorwaarde, dan zal de bewijslast van de vervulling van de voorwaarde op de eiser-schuldeiser rusten. Men vergete immers niet dat een dergelijke verbintenis zonder kracht is zolang de voorwaarde niet vervuld is; dienvolgens zal de schuldeiser het bewijs hiervan moeten leveren, wil hij aanspraak maken op een dadelijk en effectief recht. Het is dus niet de schuldenaar die de bewijslast zou dragen van de niet-vervulling der voorwaarde (1).

Heel anders is de toestand in geval van een verbintenis onder ontbindende voorwaarde; alsdan zal de verweerder-schuldenaar het intreden van die voorwaarde moeten bewijzen. Ook dit is logisch, vermits de eiser over een dadelijk recht beschikt, zoals in een zuivere en onvoorwaardelijke verbintenis : *obligatio pura est, sed sub conditione resolvitur.* De verweerder wil afbreuk doen aan die werkelijk bestaande verbintenis en zal dus de bewijslast dragen (2).

Dezelfde oplossing geldt voor de verbintenissen met tijdsbepaling, naargelang men te doen heeft met een schorsende of vernietigende termijn (3).

409. — De vraag die evenwel gesteld werd, was te weten op wie de bewijslast rust van het b e s t a a n van een voorwaarde of van een tijdsbepaling. Is het aan de eiser om te bewijzen dat er zonder voorwaarde noch tijdsbepaling gecontracteerd werd, of moet de verweerder het bestaan van een dergelijke modaliteit aantonen?

Hoewel soms verklaard werd dat ter zake een onderscheid moet gemaakt worden tussen de schorsende en de ontbindende voorwaarde, waarbij de bewijslast in het eerste geval op de eiser en in het tweede geval op de verweerder zou rusten (4), kan deze verschillende behandeling moeilijk gerechtvaardigd worden. De rechter moet immers dikwijls bepalen of men voor een ontbindende dan wel voor een

(1) De Page, III, nr. 727, bl. 704-705; — Rosenberg, L., *o.c.*, § 19, bl. 260; — Verbr., 18 februari 1926, *Pas.*, 1926, I, 255; — Cass. fr., 17 april 1947, *S.*, 1948, 1, 125.
(2) Rosenberg, L., *o.c., l.c.*
(3) Zie o.m. Hrb. Brussel, 25 maart 1943, *Jur. Comm. Brux.*, 1945, 173.
(4) Hellwig, K., *o.c.*, I, bl. 483.

schorsende voorwaarde staat (1); hij kan dit slechts doen aan de hand van de hem door de partijen aangebrachte gegevens. Lopen de voorstellingen van beide partijen uiteen, dan stelt zich het probleem van de bewijslast.

Men kan moeilijk aannemen, dat de eiser het bewijs zou moeten leveren van een onvoorwaardelijke verbintenis; een zulkdanige regeling van de bewijslast zou immers leiden tot een afwijzing van de eis, indien de eiser in deze bewijsopdracht niet slaagt (zie boven, nr. 133).

Welnu, een verbintenis onder voorwaarde — ook onder schorsende voorwaarde — kan slechts door de rechter aanvaard worden, wanneer deze modaliteit werkelijk vaststaat. Wat dus moet bewezen worden is het bestaan van de voorwaarde, en niet het niet-bestaan ervan.

Hoewel de uitbreiding van de sociale betrekkingen en de groeiende verscheidenheid der heersende belangen (2) ongetwijfeld bijdragen tot een verdergaande nuancering van de verbintenissen en tot een grotere complexiteit der modaliteiten, blijft de zuivere verbintenis, hoewel niet de meest voorkomende, dan toch wel de meest normale rechtsverhouding. De zuivere verbintenis is de regel, waarvan de wetgever uitgaat (3).

Dienvolgens zal de verweerder steeds het bewijs van het bestaan ener voorwaarde moeten leveren (4).

410. — Voor zoveel nodig weze hier beklemtoond, dat de vermelde regel slechts kan gelden voor e c h t e v o o r w a a r d e n. Een verbintenis is slechts dan voorwaardelijk wanneer het ontstaan of tenietgaan van haar werking van een toekomstige of onzekere gebeurtenis afhangt (artikel 1168 B.W.).

Het gaat hier dus niet over de omvang der verbintenis of het tijdstip harer inwerkingtreding; zeer dikwijls wordt als voorwaarde aangezien hetgeen veeleer moet beschouwd worden als een omschrijving van de verplichtingen van de schuldenaar (5).

Ter illustratie kunnen volgende voorbeelden aangehaald, waarin van een voorwaarde geen sprake is. Wanneer aan de lasthebber een vergoeding werd beloofd, zo de lastgeving binnen een bepaalde tijd werd afgehandeld, zo de voorziene verkoop a comptant kan geschieden,..., dan heeft men niet te doen

(1) Zie bv. bij koop op de proef : verder, nr. 411.
(2) Vgl. Dekkers, R., *Overheersende belangen, R.W.*, 1955-56, 1361 e.v.
(3) Leonhard, F., *o.c.*, bl. 78 en 85; — vgl. De Page, I, nr. 34, bl. 178.
(4) Beckh, H., *o.c.*, bl. 182; — Betzinger, B., *o.c.*, bl. 162; — Rosenberg, L., *o.c.*, § 22, bl. 305 e.v.
(5) Vgl. het onderscheid tussen oorzaak en voorwaarde : De Page, I, nr. 154, bl. 199.

met een voorwaardelijke verbintenis, maar heel eenvoudig met een omschrijving van de prestatie, waarvoor de lasthebber een vergoeding kan vorderen.

In deze gevallen heeft de eiser-lasthebber de bewijslast, niet omdat hij de afwezigheid der gestelde voorwaarde zou moeten bewijzen, maar omdat de verweerder zekere beweringen heeft vooropgesteld die betrekking hebben op de aan de eis ten grondslag liggende norm.

411. — Een interessant toepassingsgeval is de verkoop op proef. Ingevolge het vooropgestelde beginsel zal de verweerder-koper, die tot betaling van de koopprijs wordt aangesproken en zich op een verkoop op de proef beroept, de bewijslast betreffende het bestaan van die voorwaarde dragen. Nochtans wordt deze bewijslast aanzienlijk verlicht tengevolge van artikel 1162 van het burgerlijk wetboek, volgens hetwelk in geval van twijfel de overeenkomst verklaard wordt ten gunste van hem die zich verbonden heeft. Door dit artikel te plaatsen naast artikel 1602 van het burgerlijk wetboek, volgens hetwelk elke onduidelijke overeenkomst tegen de verkoper moet geïnterpreteerd worden, is het duidelijk dat hier de koper begunstigd wordt : meestal zal de feitenrechter de verkoop op proef uit de omstandigheden afleiden, zodat de koper geen nader bewijs meer zal moeten leveren (1). Wanneer bv. een huishoudelijk apparaat wordt aangeboden en men akkoord gaat om de proef te doen, dan zal in geval van vordering tot betaling door de verkoper, de rechter zich bij betwisting uitspreken ten voordele van een koop op proef (2).

Staat eenmaal vast dat de verkoop op proef werd gesloten, dan kan er nog betwisting ontstaan nopens de vervulling van de voorwaarde (zie boven, nr. 408). Vermits in het systeem gehuldigd door het burgerlijk wetboek (artikel 1588 B.W.) een verkoop op proef geacht wordt te zijn aangegaan onder schorsende voorwaarde (3) — tenzij de partijen uitdrukkelijk anders overeengekomen waren —, zal de eiser-verkoper hier de bewijslast dragen en dus moeten aantonen dat de proef voldoening geschonken heeft (4). Werd uitdrukkelijk — hetgeen eerder zeldzaam zal zijn — de ontbindende voorwaarde bedongen, dan zal ditmaal de verweerder-koper de niet-voldoening van de op proef gekochte waren moeten bewijzen.

412. — Er zijn nog tal van andere voorbeelden te vermelden, waarin zogenaamde neven-overeenkomsten door diegene die ze inroept, moeten bewezen worden.

Zo zal de partij die zich beroept op een recht van wederinkoop

(1) Frédericq, L., III, nr. 28, bl. 62-63; — Gent, 7 mei 1907, *Jur. Comm. Fl.*, 1907, nr. 3184.
(2) Hrb. Gent, 28 november 1888, *Jur. Comm. Fl.*, 1888, nr. 405.
(3) Die voorwaarde is vervuld, wanneer de proef geslaagd is : Frédericq, L., III, nr. 47, bl. 94; — Hrb. Luik, 25 april 1932, *Jur. Liège*, 1932, 192.
(4) Zie : Scheltema, F.G., *o.c.*, bl. 69; — H.R., 9 november 1900, *W.*, 7514. Hij zal dit ook kunnen bewijzen aan de hand van een deskundig onderzoek : Gent, 21 juni 1901, *Pas.*, 1902, II, 84; — Hrb. Luik, 10 november 1923, *Pas.*, 1924, III, 157; — Hrb. Brussel, 15 maart 1939, *Jur. Comm. Brux.*, 1940, 253.

(artikel 1659 en volgende B.W.) (1), een eigendomsvoorbehoud of een strafbeding, er de bewijslast van dragen.

413. — Een speciaal geval is dat van de rechtshandelingen in naam van een derde verricht. Hier kan men verschillende mogelijkheden onderscheiden.

In de eerste plaats kan de eiser aanvoeren dat een derde in zijn naam de aan de eis ten grondslag liggende overeenkomst met de verweerder heeft gesloten. De eiser zal alsdan moeten bewijzen dat die derde zijn lasthebber was; hij draagt eveneens de bewijslast, wanneer hij beweert te hebben gecontracteerd met een derde, die handelde in naam van de verweerder (2).

Op de verweerder rust daarentegen de bewijslast, wanneer hij toegeeft de aan de eis ten grondslag liggende overeenkomst te hebben gesloten, doch eraan toevoegt dat hij zelf of de eiser optraden in naam en voor rekening van een derde (3).

In een arrest van het Hof van Beroep te Brussel (4) vindt men de toepassing terug van gemeld principe. Geïntimeerde ter zake beweerde dat een derde — *in casu* een notaris — opgetreden was als mandataris en in die hoedanigheid het geld door geïntimeerde betaald, aan appellant zou hebben overgemaakt; zeer te recht oordeelde het Hof dat geïntimeerde duidelijk moest bewijzen dat deze notaris wel degelijk als mandataris van appellant was tussengekomen.

Zo zal trouwens in 't algemeen elke betaling aan een ander persoon dan de schuldeiser, slechts geldig zijn inzover bewezen werd door de schuldenaar dat deze derde persoon hiertoe gemachtigd werd hetzij door de schuldeiser, hetzij door de wet, hetzij door de rechter (artikel 1239, 1ste lid, B.W.).

414. — Thans moet nog een laatste geval onderzocht worden. Het kan voorkomen dat de verwerende partij zich op de aan de eis ten grondslag liggende rechtshandeling beroept om hieruit eigen aanspraken af te leiden (wedereis), ofwel weigert haar eigen verbintenis uit te voeren omdat de eiser de haar toekomende tegenprestatie niet

(1) Het gaat hier trouwens om een ontbindende voorwaarde : De Page, IV, nr. 312, bl. 307 e.v.
(2) Luik, 28 oktober 1946, *R.C.J.B.*, 1948, 66, met noot J. Fally; — Brussel, 26 april 1958, *Pas.*, 1959, II, 83; — zie ook Ronse, J., *De aansprakelijkheid van de onbevoegde vertegenwoordiger in het wisselrecht*, nr. 9, *R.W.*, 1961-62, 972; — vgl. Rb. Diekirch, 16 november 1899, *Pas.*, 1900, IV, 152.
(3) Endemann, *o.c.*, I, bl. 499; — Rosenberg, L., *o.c.*, § 22, bl. 311; — vgl. : Verbr., 20 maart 1924, *Pas.*, 1924, I, 262; — Anders : Hellwig, *System des Deutschen Zivilprozessrechts*, I, bl. 483; — Leonhard, *o.c.*, bl. 296 e.v.
(4) Brussel, 13 februari 1957, *J.T.*, 1957, 571.

vervuld heeft (*exceptio non adimpleti contractus*). De vraag dient gesteld wie in dergelijke gevallen de bewijslast draagt, wanneer er betwisting is omtrent het feit of de door de verweerder gevorderde tegenprestatie tussen de partijen overeengekomen was zoals de verweerder het doet uitschijnen (bestaan van de tegenprestatie).

Het spreekt natuurlijk van zelf dat de eiser bij wederzijdse overeenkomsten het akkoord betreffende het voorwerp niet alleen van de door hem ingestelde vordering maar ook van de tegenprestatie waarop de verweerder volgens hem recht had, zal moeten bewijzen. Ontstaat hierover betwisting dan blijft die bewijslast volledig op de eiser rusten.

Heel anders wordt het, wanneer de verweerder aanspraak maakt op de hem toekomende tegenprestatie, hetzij onder de vorm van een wedereis, hetzij als een *exceptio non adimpleti contractus*. Op grond van hetgeen voorafgaat (zie ook verder, nr. 431 e.v.), kan hier vooropgesteld worden dat de verweerder de bewijslast draagt van de overeenkomst die hij inroept om zijn wedereis te staven.

Dit kan verduidelijkt worden aan de hand van een voorbeeld. Een koper stelt een vordering in tot afgifte van een gekocht goed, nl. een wagen met allerlei toebehoorten (radio, verwarming,...) voor de overeengekomen prijs van 100.000 F.; de verweerder daarentegen vordert 110.000 F. omdat na de aankoop de eiser nog verschillende bijkomstigheden zou besteld hebben. Wil de eiser in zijn vordering slagen, dan zal hij moeten aantonen dat wel degelijk een prijs van 100.000 F. overeengekomen was voor de wagen met alle aangeduide toebehoorten. Slaagt hij niet in deze bewijsopdracht, dan zal de vordering moeten afgewezen worden.

Deze afwijzing betekent evenwel niet dat de verweerder in geval van wedereis op basis van 110.000 F., niets meer zou hoeven te bewijzen. Op zijn beurt zal hij nopens de inhoud van de wederzijdse overeenkomst de bewijslast dragen. Hetzelfde zal zich voordoen wanneer de verweerder de exceptie van niet-uitvoering inroept : hij zal de elementen, die aan zijn *exceptio* ten grondslag liggen, moeten bewijzen. Dit is trouwens zonder meer een duidelijke toepassing van artikel 1315, 2de lid, van het burgerlijk wetboek (1). Daarenboven is één der toepassingsvoorwaarden van de exceptie juist dat het moet gaan over een wederzijds contract : de verweerder zal — wil hij slagen — dus ook om deze reden de verbintenissen van beide partijen moeten bewijzen.

415. — In werkelijkheid wordt de bewijslast van de verweerder ongetwijfeld verlicht, doordat dit bewijs meestal betrekking heeft op elementen, die reeds aan de eis ten grondslag liggen.

(1) Vgl. Betzinger, B., *o.c.*, bl. 166.

Nochtans zal de bewijslast van de verweerder merkelijk verzwaren, wanneer de wedereis of de exceptie gebaseerd zijn op contractuele elementen, die niet tot de hoofdvordering behoren en dus geenszins door de eiser moesten bewezen worden.

Dit zal bv. het geval zijn wanneer de verweerder-koper toegeeft dat de vermelde waren aan de aangeduide prijs werden verkocht, doch eraan toevoegt dat deze waren volgens overeenkomst speciale eigenschappen moesten bezitten. Zo draagt de verweerder de bewijslast, wanneer hij, tot staving van zijn wedereis of exceptie, bv. aanvoert dat het gekochte paard een renpaard moest zijn, of dat de gekochte kolen een bepaald vochtigheidsgehalte moesten hebben, of dat het overeengekomen werk van een speciale aard moest zijn, of dat de geleverde waar bepaalde afmetingen moest hebben, enz...

AFDELING III. BEWIJSLAST IN VERBAND MET DE UITVOERING VAN EEN OVEREENKOMST (AANSPRAKELIJKHEIDSGESCHILLEN)

1 §. Niet-uitvoering van de verbintenis uit overeenkomst (algemene principes).

416. — De aansprakelijkheid wegens het niet-nakomen van verbintenissen uit overeenkomst heeft tot zeer veel bewijslasttheorieën aanleiding gegeven. Op de vraag door wie de niet-uitvoering en eventueel het foutieve karakter moeten bewezen worden, werden verschillende uiteenlopende antwoorden verstrekt; dergelijke betwistingen zijn o.m. het gevolg van de onduidelijke en soms tegenstrijdige wetteksten ter zake (bv. de art. 1137, 1147 en 1315 B.W.) (1).

Het is onmogelijk alle bestaande theorieën *in extenso* te behandelen, daar dit het kader van dit proefschrift zou te buiten gaan. Een bondig overzicht van de voornaamste is daarom niet minder wenselijk.

Om aan de vermelde verwarring van de wetteksten te ontsnappen, heeft Demogue in navolging van de Duitse rechtsleer een onderscheid voorgesteld tussen middelverbintenis (*obligation de moyens, Sorgfaltshaftung* of *Schuldhaftung*) en uitslagverbintenis (*obligation de résultat, Erfolgshaftung*) (2).

Er zijn volgens deze auteur verbintenissen, die slechts de verplichting inhouden om alle nodige middelen te gebruiken bij het uitvoeren van een bepaalde overeenkomst (*obligation de moyens*). Zo is bv. een geneesheer niet verplicht de genezing te bezorgen, wel is hij ertoe gehouden al het mogelijk te doen om het herstel van de zieke te bevorderen. Daarentegen is men, in geval van

(1) Zie De Page, II, nr. 594 e.v., bl. 561 e.v.
(2) *Traité des obligations,* V, nr. 1237, bl. 536 e.v.; VI, nr. 599, bl. 644.

een *obligation de résultat,* verplicht een bepaald eindresultaat te bekomen. Een vervoerder moet bv. de goederen in goede staat overbrengen; is dit resultaat niet bereikt, dan zal hij vergoeding verschuldigd zijn.

De meeste auteurs hebben dit onderscheid hernomen, doch sommigen hebben het op een andere wijze geformuleerd. Aldus werd voorgesteld de verbintenissen in te delen in *obligations générales de prudence et de diligence* en *obligations déterminées* (1) en hier nog de *obligations de garantie* aan toe te voegen (2).

417. — Welke ook de stelling weze waarop men zich beroept om het onderscheid in de regeling van de bewijslast te rechtvaardigen, toch wordt meestal aanvaard dat het onderscheid tussen de middelverbintenis en de uitslagverbintenis zich opdringt en dat dit onderscheid uiteindelijk slechts belang zou hebben voor de verdeling van de bewijslast (3).

Het onderscheid dringt zich op, niet alleen, zo verklaart men, omdat de wetteksten zelf anders onbegrijpelijk zouden zijn, maar ook wegens het verschil tussen bepaalde verbintenissen.

Daarom zal de bewijslastregeling thans nader onderzocht worden volgens de aard der verbintenis, ten einde na te gaan of er wel desbetreffend een wezenlijk verschil voorhanden is.

418. — In vele gevallen (4) zal het volstaan dat de schuldeiser aantone dat de schuldenaar zich contractueel verbonden heeft een verbintenis uit te voeren. Nochtans zal het niet altijd volstaan het contract, waaruit de verbintenis voortvloeit, te bewijzen. Meestal blijkt het ook nog nodig dat de schuldeiser een uitvoeringsdaad zou hebben gesteld, waarvan hij alsdan het bewijs moet leveren : « Quiconque réclame les prérogatives et avantages conférés par une situa-

(1) Mazeaud, H., *Essai de classification des obligations : obligations contractuelles et extracontractuelles, obligations déterminées et obligation générale de prudence et de diligence, Rev. trim. dr. civ.,* 1936, 1 e.v.; — Tunc, A., *La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence, J.C.P.,* 1945, I, 449; — zie ook : Esmein, P., *Remarques sur de nouvelles classifications des obligations,* in *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant,* Paris, 1939, bl. 235 e.v.

(2) Zie desbetreffend : Esmein, P., *Le fondement de la responsabilité contractuelle, Rev. trim. dr. civ.,* 1933, 627 e.v., spec. nr. 18 e.v., bl. 660 e.v.; — Tunc, A., in Mazeaud, H., et L., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile,* 5de uitg., Paris, 1957, I, nr. 103-8, bl. 123 e.v. Voor een rechtsvergelijkende studie van de contractuele aansprakelijkheid en van de bewijslast ter zake, zie : Constantinesco, L.J., *Inexécution et faute contractuelle en droit comparé (droits français, allemand et anglais),* Stuttgart - Brussel, 1960, spec. nr. 216 e.v., bl. 343 e.v. Een uitstekend overzicht van de recente Belgische rechtspraak vindt men bij Limpens, J., et Van Damme, J., *Examen de jurisprudence* (1956-59), *Les obligations,* nr. 85 e.v., *R.C.J.B.,* 1960, 390 e.v.

(3) Tunc, A., *o.c.,* nr. 26, *J.C.P.,* 1945, I, 449 : « L'intérêt de la distinction obligations de pure diligence — obligations de résultat se limite presque à un renversement de la charge de la preuve ».

(4) Voor de eventuele afwijkingen, zie verder nr. 419, 423, 441 en 449.

tion contractuelle ou légale est tenu de respecter les charges corrélatives qui en découlent et peut être déclaré irrecevable à reclamer ses prérogatives ou les droits, s'il n'accomplit pas ses devoirs » (1). De schuldenaar zal dan op zijn beurt moeten bewijzen dat hij wel degelijk die verbintenis heeft uitgevoerd, of dat bepaalde redenen voorhanden zijn die hem van de uitvoering ontslaan (2).

Hier staat men dus voor het toepassingsveld van artikel 1147 van het burgerlijk wetboek, volgens hetwelk de schuldenaar tot schadevergoeding moet veroordeeld worden wegens niet-uitvoering of wegens laattijdigheid in de uitvoering, tenzij hij het bewijs zou aanbrengen dat de niet-uitvoering te wijten is aan een vreemde oorzaak.

Het is niet nodig, om deze verdeling van de bewijslast te rechtvaardigen, beroep te doen op vermoedens, zoals sommige auteurs het doen wanneer zij gewagen van een vermoeden van foutieve niet-uitvoering (3). De schuldeiser heeft eenvoudigweg ingevolge de algemene principes van de bewijslast niets meer te bewijzen. Men zou dit geval met Demogue kunnen beschouwen als een uitslagverbintenis (4).

419. — Anderen hebben de mening vooropgesteld — en hier ligt het verschil met de eerste zo pas vermelde opvatting die dit onderscheid niet aanvaardt — dat ter zake een onderscheid dient

(1) Cassin, R., *Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution, Rev. trim. dr. civ.,* 1945, 169; — zie ook : Heenen, J., *Preuve de la conformité des marchandises vendues,* noot onder Gent, 1 februari 1952, *R.C.J.B.,* 1952, 210 e.v.; — vgl. met hetgeen verder over de bewijslevering betreffende de conformiteit van de koopwaar zal gezegd worden, verder nr. 424 e.v.; — zie nochtans : Verbr., 24 april 1947, *R.C.J.B.,* 1949, 125, met noot A. De Bersaques.

(2) De Page, II, nr. 596, A, bl. 563; — Kluyskens, A., *De Verbintenissen,* nr. 75, bl. 147; — Dekkers, R., II, nr. 118, bl. 69-70; — R.P.D.B., Tw. *Responsabilité,* nr. 150; — Van Biervliet, J., *De la responsabilité, unité ou dualité? Fl. J.,* 1901, 385 e.v.; — Saleilles, R., *Etude sur la théorie générale de l'obligation,* Paris, 1923, nr. 333, bl. 436 e.v.; — Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations,* I, nr. 356, bl. 400 e.v.; — Tunc, A., in H. et L. Mazeaud, *o.c.,* nr. 694-2 en 694-3, bl. 768 e.v.; — Labbé, J.E., noot onder Verbr., 8 januari 1886, *S.,* 1886, 4, 25; — Esmein, P., *Le fondement de la responsabilité contractuelle,* nr. 12, *Rev. trim. dr. civ.,* 1933, bl. 648; — Beineix, R., *La charge de la preuve de l'exécution en matière de responsabilité contractuelle, Rev. crit.,* 1938, 657 e.v.; — Coste, E., *Vers une simplification et une unification de la responsabilité basée sur la faute,* nr. 18, *J.C.P.,* 1944, I, 424; — Larguier, J., *o.c.,* nr. 17, *Rev. trim. dr. civ.,* 1953, 14; — Kirkpatrick, J., *L'article 1315 du code civil et la preuve de faits négatifs, Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle,* nr. 11, noot onder Verbr., 27 februari 1958, *R.C.J.B.,* 1959, bl. 56-57; — Verbr., 28 december 1911, *Pas.,* 1912, I, 58.

(3) De Page, II, nr. 596, A, bl. 563; — Kirkpatrick, J., *o.c., R.C.J.B.,* 1959, bl. 55, voetnoot 42; — Tunc, A., *o.c.,* nr. 9, *J.C.P.,* 1945, I, 449. Zie desbetreffend het hoofdstuk gewijd aan de vermoedens en vnl. nr. 383 e.v.

(4) *o.c.,* V, nr. 1237, bl. 538.

gemaakt te worden tussen de vordering tot n a k o m i n g van de verbintenis en de vraag tot s c h a d e v e r g o e d i n g wegens wanprestatie. In het laatste geval zou de schuldeiser de overeenkomst én de niet-uitvoering ervan moeten bewijzen (1).

Deze laatste stelling moet bijgetreden worden omdat de bestaanselementen (rechtscheppende feiten) van de vordering moeten bewezen zijn en nl. enerzijds de verbintenis en anderzijds de niet-uitvoering ervan (2).

Hiervoor kunnen tal van argumenten aangevoerd worden. De tekst zelf van artikel 1147 van het burgerlijk wetboek bepaalt immers dat de schuldenaar veroordeeld wordt tot schadevergoeding *wegens* het niet-uitvoeren van de verbintenis, hetgeen betekent dat slechts schadevergoeding kan toegekend worden zo de niet-uitvoering bewezen is.

Dit is zonder meer een toepassing van de objectiefrechtelijke theorie. Inderdaad, vordert men de uitvoering van de verbintenis, dan moet ingevolge artikel 1315 de verbintenis zelf bewezen worden. Zo men daarentegen schadevergoeding vraagt dan vereist artikel 1147 dat eerst de niet-uitvoering zou bewezen worden; wordt schadevergoeding na ontbinding gevraagd, dan ook moet de niet-uitvoering aangetoond worden door de eiser, dit op grond van artikel 1187 van het burgerlijk wetboek.

Daarenboven moet toch toegegeven worden dat er geen onderscheid mag gemaakt worden tussen de niet-uitvoering, de laattijdige uitvoering en de slechte of gedeeltelijke uitvoering; telkens staat men voor éénzelfde oorzaak van contractuele aansprakelijkheid, nl. de niet-uitvoering van de verbintenis op de wijze en in de voorwaarden zoals zij werd aangegaan (3).

(1) Van Rijn, J., *Responsabilité aquilienne et contrats en droit positif,* Proefschr., Brussel, 1933, nr. 25 e.v., bl. 30 e.v.; — Heenen, J., *Preuve de la conformité de la marchandise vendue,* noot onder Gent, 1 februari 1952, *R.C.J.B.,* 1952, 202 e.v., spec. 210-214; — Dalcq, R., *Les causes de responsabilité,* in Nov., *Droit civil,* V, 1, nr. 58; — Conclusies Advocaat-Generaal Bosch vóór Verbr., 28 maart 1889, *Pas.,* 1889, I, 161; — Mazeaud, H. et L., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile,* 4de uitg., Paris, 1947, I, nr. 694, bl. 644 e.v.; — Beudant, IX², nr. 1163, bl. 235-236; — Planiol et Ripert, VII², nr. 1418, bl. 843-844 en nr. 1420, bl. 848, voetnoot 1; — Ripert et Boulanger, II, nr. 695, bl. 243; — Decottignies, R., *o.c.,* nr. 59-3°, bl. 143 e.v.; —Nerson, R., noot onder Cass. fr., 29 mei 1951, *S.,* 1953, 1, 41; — Legeais, R., *o.c.,* bl. 104; — Asser-Rutten, III¹, bl. 231 e.v. en bl. 285 e.v.; — zie ook : Verbr., 8 januari 1886, *Pas.,* 1886, I, 38; — Verbr., 10 december 1953, *Pas.,* 1954, I, 290 (Kirkpatrick, J., *o.c.,* nr . 16, *R.C.J.B.,* 1959, 62 e.v. gaat toch wat te ver wanneer hij uit dit laatste arrest een argument ten voordele van zijn stelling meent te mogen halen); — zie ook nog : Cass. fr., 23 juni 1936, *S.,* 1936, 1, 363.

(2) Zie ook : Carnelutti, F., *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa estracontrattuale, Riv. dir. comm.* 1912, II, 743.

(3) Zie trouwens in die zin ook : De Page, II, nr. 584, bl. 550. Deze auteur heeft blijkbaar de consequenties van deze vaststelling niet aanvaard. Men vergelijke met artikel 97 van het Zwitserse Verbintenissenrecht : « Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle ».

In die omstandigheden kan moeilijk aanvaard worden dat wanneer men schadevergoeding vordert wegens niet-uitvoering enkel de verbintenis moet bewezen worden, terwijl in geval van schadevergoeding wegens slechte uitvoering zowel de verbintenis als de niet-uitvoering ervan door de schuldeiser moeten aangetoond worden (zie hierover verder, nr. 423 e.v.).

Trouwens in de praktijk is het soms uiterst moeilijk te bepalen of men voor een niet-uitvoering dan wel voor een gedeeltelijke of slechte uitvoering staat : « Dira-t-on, par exemple, qu'une inexécution partielle ou une exécution tardive constituent des *exécutions* défectueuses ou des *inexécutions* partielles ou temporaires? La question est insoluble » (1). Dit is nogmaals gebleken naar aanleiding van de interpretatie van het reeds vermeld Cassatiearrest d.d. 10 december 1953 (2). Een identieke regeling van de bewijslast zou toch minstens deze moeilijkheid omzeilen (3).

Evenmin is er ten aanzien van de bewijslast een wezenlijk verschil tussen de vordering tot schadevergoeding wegens niet-uitvoering van een uitslagverbintenis en die van een middelverbintenis.

Ter gelegenheid van een geval van huurschade werd door de toenmalige Advocaat-Generaal Hayoit de Termicourt te recht aangestipt dat ter zake geen essentieel onderscheid mocht gemaakt worden : « Ainsi donc, qu'on l'envisage du point de vue de l'obligation de restituer la chose (obligation de résultat) ou du point de vue de l'obligation d'user de la chose en bon père de famille (obligation de moyen), la responsabilité du preneur quant aux dégradations est identique dans sa nature et dans son objet; que la dégradation soit commise au cours du bail ou au moment de son expiration, que la contestation s'élève durant le bail ou à son expiration, le dommage ne change pas de nature et les difficultés pour le bailleur d'en prouver l'origine... sont les mêmes » (4).

420. — De voorgestane oplossing moet dan ook niet meer verklaard worden aan de hand van een of ander vermoeden (zie boven,

(1) Tunc, A., in H. et L. Mazeaud, *o.c.,* I, nr. 694-4, voetnoot 7, bl. 774.

(2) *Pas.,* 1954, I, 290 (aansprakelijkheid wegens gebrek aan waterdichtheid van een kelder). Zie hierover de uiteenlopende interpretatie van Kirkpatrick, J., *o.c., l.c.,* en Heenen, J., *La responsabilité du transporteur maritime et la notion de force majeure,* nr. 1, noot onder Verbr., 13 april 1956, *R.C.J.B.,* 1957, bl. 89, voetnoot 5.

(3) Zie trouwens artikel 1147 B.W., dat geen onderscheid maakt tussen de niet-uitvoering en de laattijdige uitvoering.

(4) Advies vóór Verbr., 20 juni 1940, *Pas.,* 1940, I, 173; — zie ook De Page, IV, nr. 663, C, kleine tekst, bl. 662-663.

Men vergelijke met de bewaargeving die nu eens als een middelverbintenis (het goed bewaken), dan weer als een uitslagverbintenis (het goed teruggeven) kan worden beschouwd, zonder dat dit een wezenlijk verschil in de bewijslastregeling meebrengt. Zie nochtans : De Page, V, nr. 205, bl. 204-205; — Gevers, M., *Examen de jurisprudence, Les contrats spéciaux* (1956-60), nr. 64, *R.C.J.B.,* 1961, 279.

nr. 418). Er is blijkbaar verwarring ontstaan bij de interpretatie van sommige vermoedens. Een vermoeden van niet-uitvoering heeft weinig of geen zin; daarentegen kan wel uit de niet-uitvoering van een verbintenis afgeleid en dus vermoed worden dat deze niet-uitvoering te wijten is aan de schuldenaar (1), het gevolg is van een fout van deze laatste (2), tenzij hij bewijst dat er een vreemde oorzaak is tussengekomen (3).

Op dit gebied moet een ander misverstand uit de weg worden geruimd. De voorstanders van de eerste opvatting, volgens dewelke de vordering tot uitvoering van de verbintenis of tot schadevergoeding wegens niet-uitvoering geen verschil in de bewijslast meebrengt, laten opmerken dat er een tegenstrijdigheid is, wanneer men het vermoeden van fout afleidt uit de door de schuldeiser te bewijzen niet-uitvoering der verbintenis en nadien aan de schuldenaar nog toelaat aan te tonen dat hij niet in fout is tengevolge van een vreemde oorzaak (4). Waarin die tegenstrijdigheid zou bestaan is niet zeer duidelijk, des te meer zo men aanneemt dat een vermoeden evenals elk bewijs, niet absoluut is : de bewijsvoering is essentieel een heen en weer argumenteren tot de overtuiging van de feitenrechter gevormd is. Neemt men die tegenstrijdigheid aan, dan bestaat zij ook in de eerste opvatting, volgens dewelke door het enkel bewijs van de verbintenis én de niet-uitvoering én de fout vermoed worden (5).

In de opvattingen van diegenen, die menen dat de schuldenaar altijd de uitvoering moet bewijzen (6), bestaat er daarentegen een veel grotere tegenstrijdigheid. Voor de uitslagverbintenis neemt men immers een vermoeden van niet-uitvoering aan op grond van de bewijsgeschiktheid (verweerder kan gemakkelijker de uitvoering bewijzen), terwijl in een middelverbintenis een vermoeden van correcte uitvoering wordt ingesteld ditmaal op grond van de normale gang van zaken (7).

421. — De argumenten die door de voorstanders van de eerste opvatting worden ingebracht tegen de hier verdedigde stelling, klinken niet overtuigend.

Zij laten opmerken dat er geen onderscheid kan aanvaard worden tussen het geval, waarin de uitvoering wordt gevraagd, en datgene

(1) Verbr., 16 november 1944, *Pas.*, 1945, I, 34.
(2) Verbr., 24 december 1954, *Pas.*, 1955, I, 424.
(3) Een dergelijke opvatting sluit aan bij het in Frankrijk gemaakte onderscheid tussen *inexécution matérielle,* waarvan de bewijslast op de schuldeiser rust, en de *inexécution fautive :* Mazeaud, H. et L., et Tunc, A., *o.c.*, I, nr. 660, bl. 722-723; — Labbé, J.E., noot onder Verbr., 8 januari 1886, *S.*, 1886, 4, 25.
(4) Zie aldus Tunc, A., in Mazeaud, H. et L., *o.c.*, nr. 694-3, voetnoot 7-7°, bl. 772.
(5) Zie aldus Tunc, A., in Mazeaud, H. et L., *o.c.*, nr. 694-3, bl. 771.
(6) Behoudens in geval van slechte uitvoering, middelverbintenis of verbintenis niet te doen : zie verder, nr. 423 e.v., 441 e.v., 449 e.v.
(7) Zie aldus Tunc, A., *o.c.*, nr. 9 en 11, *J.C.P.*, 1945, I, 449.

waarin een vergoeding wegens niet-uitvoering wordt gevorderd (1); het voorwerp van de vordering is nochtans verschillend. Anderzijds kan men moeilijk begrijpen waarom zij wel een onderscheid maken tussen de bewijslastregeling bij schadevergoeding wegens niet-uitvoering en die bij de vergoeding wegens slechte of gedeeltelijke uitvoering (zie hierover verder, nr. 423).

De reden waarom sommigen de voorkeur geven aan de eerste opvatting is terug te vinden in het argument van de bewijsgeschiktheid; het zou gemakkelijker zijn voor de schuldenaar om de uitvoering te bewijzen dan voor de schuldeiser om de niet-uitvoering ervan aan te tonen (2). Dit is ongetwijfeld juist, doch eens te meer verliest men uit het oog dat de bewijsgeschiktheid geen bewijslastregel is, doch een element bij de bewijswaardering door de rechter (zie boven, nr. 164); deze laatste kan inderdaad dank zij zijn vrije beoordelingsmacht, het bewijs als geleverd aanzien (3).

422. — Een duidelijk voorbeeld ter illustratie van de hier verdedigde stelling is de vervoerovereenkomst, waarbij een partij zich verbindt mits een bepaalde vergoeding sommige personen of goederen ongedeerd op de plaats van bestemming te brengen (4).

In Frankrijk heeft men wel een tijdlang voorgehouden dat het hier zou gaan om een quasi-delictuele aansprakelijkheid (5) doch sinds het Cassatiearrest d.d. 21 november 1911 (6), wordt algemeen aanvaard dat deze aansprakelijkheid van contractuele aard is (7).

Hier is de vervoerder dus contractueel gehouden een welbepaalde verbintenis uit te voeren; hij zal dan ook aansprakelijk zijn van zodra hij een zijner verplichtingen niet is nagekomen. Zo moet hij instaan voor de aankomst, binnen de overeengekomen tijd, van de te

(1) Tunc, A. in Mazeaud, H. et L., *o.c.*, nr. 694-3, voetnoot 7-5°, bl. 772; — zie ook Thesingh, H., *o.c.*, nr. 54, bl. 112-113.
(2) Kirkpatrick, J., *o.c.*, nr. 11, *R.C.J.B.*, 1959, 56-57.
(3) Zie ook : Tunc, A., *o.c.*, nr. 22, *J.C.P.*, 1945, I, 449. Zeer te recht bekritiseert Kirkpatrick, *o.c.*, *l.c.*, nochtans de al te verregaande stelling van Ripert et Boulanger (II, nr. 696, bl. 243-244) die voorhouden dat in geval van negatief bewijs, de schuldeiser *sera cru sur son affirmation* !
(4) Frédericq, L., III, nr. 382, bl. 537, en nr. 464, bl. 677; — zie ook : Verbr., 9 mei 1958, *Pas.*, 1958, I, 1002.
(5) Zie o.m. Cass. fr., 7 maart 1911, *S.*, 1911, 1, 545.
(6) *S.*, 1912, 1, 73, met noot Ch. Lyon-Caen.
(7) Cass. fr., 27 januari 1913, *S.*, 1913, 1, 177, met noot Ch. Lyon-Caen; — Cass. fr., 21 april 1913, *S.*, 1914, 1, 5, met noot Ch. Lyon-Caen; — Cass. fr., 20 juni 1922, *D.P.*, 1923, 1, 209; — Cass. fr., 27 maart 1928, *D.P.*, 1928, 1, 145, met noot G. Ripert; — Cass. fr., 6 december 1932 en 24 mei 1933, *D.P.*, 1933, 1, 137, met noot L. Josserand.

vervoeren personen of goederen (1) en zal hij kunnen aangesproken worden voor schade, verlies of ongeval (2), tenzij hij in elk van die gevallen zou bewijzen dat toeval, overmacht of een vreemde oorzaak die hem niet kan toegerekend worden, hem gehinderd hebben bij de uitvoering van zijn verbintenis.

Indien bv. de verzender of de reiziger schadevergoeding vraagt dan zal hij de volgende elementen moeten bewijzen. Vooreerst het vervoercontract zelf, omdat slechts dan zal blijken dat de vervoerder zich verbonden had personen of goederen over te brengen naar een bepaalde plaats.

Vermits de eiser aanspraak maakt op schadevergoeding, zal hij daarenboven het schadebrengend feit, nl. de niet-uitvoering moeten bewijzen. Met alle bewijsmiddelen moet de eiser aantonen dat het vervoer vertraging onderging, dat hij als reiziger gekwetst werd, dat de goederen beschadigd werden,... tijdens het vervoer.

Er is, zoals gezegd (zie boven, nr. 418), geen enkele reden om het bestaan van een vermoeden van niet-uitvoering aan te nemen (3). Men kan toch moeilijk beweren recht te hebben op schadevergoeding wegens niet-uitvoering ener overeenkomst, zonder dit laatste te hebben bewezen (4).

Dat de eiser, hoewel hij noch een fout noch het oorzakelijk verband tussen het vervoer en de schade moet aantonen, toch het bewijs hoeft te leveren van het feit dat het ongeluk, de schade, het verlies..., tijdens het vervoer plaats grepen, is vanzelfsprekend : het moet immers gaan over een vervoerrisico (5).

Tenslotte zullen ook het bestaan en de omvang van de schade door de eiser moeten bewezen worden (6).

(1) Zie trouwens artikel 3 van de wet van 25 augustus 1891; — vgl. artikel 34 van dezelfde wet betreffende het vervoer per spoor.

(2) Zie artikel 4 van de wet van 25 augustus 1891; — vgl. artikel 34 van dezelfde wet.

(3) Zie nochtans : De Page, II, nr. 596, bl. 563; — Tunc, A.,*Force majeure et absence de faute en matière contractuelle,* nr. 7, *Rev. trim. dr. civ.,* 1945, 241.

(4) Van Rijn, J., *Responsabilité aquilienne et contrats,* nr. 26, bl. 32 e.v.; — Ripert et Boulanger, II, nr. 695, bl. 243 en nr. 700, bl. 245; — Demogue, R., *o.c.,* V, nr. 1237, bl. 542 e.v.; — Heenen, J., Noot onder Gent 1 februari 1952, *R.C.J.B.,* 1952, 213; — Brussel, 29 januari 1944, *Pas.,* 1945, II, 27.

(5) Frédericq, L., III, nr. 464, bl. 676; — Josserand, L., *Les transports en service intérieur et en service international,* 2de uitg., Paris, 1926, nr. 938bis, bl. 998; — Verbr., 25 februari 1915, *Pas.,* 1915-16, I, 201; — Cass. fr., 20 juni 1922, *D.P.,* 1923, 1, 209.

(6) Frédericq, L., III, nr. 429, bl. 619. Over de bewijslast van de omvang der schade, zie nochtans verder, nr. 451, voetnoot 2, bl. 416.

Wanneer eenmaal deze drie elementen bewezen zijn, kan de vervoerder enkel nog het toeval, de overmacht of elke andere vreemde oorzaak inroepen (1). Dit is ongetwijfeld een zware bewijslast, die evenwel in sommige gevallen kan gemilderd worden. Zo zal de bewijslast van de vervoerder contractueel verlicht worden, wanneer tussen de partijen werd overeengekomen dat de vervoerder niet zal kunnen aangesproken worden voor bepaalde of voor alle schadegevallen. Dergelijke clausules zijn geen eigenlijke overeenkomsten nopens de bewijslast meer, doch maken de aansprakelijkheid in zekere zin onmogelijk (2). Toch is het een verlichting van de bewijslast in die zin, dat de aanspraak makende persoon slechts vergoeding zal bekomen, zo hij het bedrog of de grove schuld in hoofde van de vervoerder zou bewijzen (3), tenzij ook de grove schuld in het beding van vrijstelling van aansprakelijkheid uitdrukkelijk zou uitgesloten zijn (4).

Evenwel zijn dergelijke clausules ter uitsluiting van de aansprakelijkheid niet toegelaten in overeenkomsten met het bestuur der spoorwegen (artikel 36 van de wet van 25 augustus 1891) (5).

Ook werd in Frankrijk sinds de wet van 17 maart 1905 deze contractuele vrijheid algemeen beperkt (6).

(1) Artikel 3 en 4 van de wet van 25 augustus 1891; — Verbr., 25 januari 1912, *Pas.,* 1912, I, 96; — Hrb. Luik, 14 februari 1936, *Jur. Liège,* 1936, 134; — Brussel, 23 december 1938, *Pas.,* 1939, II, 46; — Rb. Leuven, 7 maart 1945, *R.G.A.R.,* 1945, 4032; — zie ook : Brussel, 20 juni 1960, *J.T.,* 1960, 668, dat nochtans verwart tussen de eis uit overeenkomst en de eis uit onrechtmatige daad; — Cass. fr., 20 juni 1922, *D.P.,* 1923, 1, 209; — voor een interessant toepassingsgeval : Rb. Antwerpen, 3 februari 1949, *R.W.,* 1948-49, 975.

(2) De Page, II, nr. 1058, bl. 1021; — Frédericq, L., III, nr. 415, bl. 591.

(3) Frédericq, L., III, nr. 413, bl. 586; — De Page, II, nr. 1053, bl. 1019, met talrijke referenties.

(4) Een dergelijke uitsluiting ware niet mogelijk voor het bedrog : Hayoit de Termicourt, R., *Bedrog en grove schuld op het stuk van nietnakoming van contracten, R.W.,* 1957-58, 65 e.v.; — Verbr., 25 september 1959, *Pas.,* 1960, I, 113; *J.T.,* 1960, 114, met noot J.J. Rotthier; — Verbr., 5 januari 1961, *R.W.,* 1960-61, 1670; — zie nochtans : Dabin, J., *De la validité des clauses d'exonération de responsabilité contractuelle, couvrant 1° le faute lourde du débiteur, 2° la faute lourde ou intentionnelle des préposés,* noot onder Verbr., 25 september 1959 voormeld, *R.C.J.B.,* 1960, 10 e.v. Voor de algemene principes, zie ook nog : Durand, P., *Des conventions d'irresponsabilité,* Proefschr., Paris, 1931; — Robino, P., *Les conventions d'irresponsabilité dans la jurisprudence contemporaine, Rev. trim. dr. civ.,* 1951, 1 e.v.

(5) Behoudens dan in enkele door de wetgever aangeduide uitzonderingen : Frédericq, L., III, nr. 417 e.v., bl. 594 e.v.

(6) Artikel 103, 3de lid, Comm. bepaalt dat elke clausule, die de vervoerder zou ontslaan van zijn aansprakelijkheid, behoudens in geval van overmacht, voor nietig moet aangezien worden; — vgl. Josserand, L., *o.c.,* nr. 659, bl. 660.

2 §. Speciale gevallen.

A. Gedeeltelijke of slechte uitvoering van de uitslagverbintenis.

423. — Doch in werkelijkheid zal de contractuele aansprakelijkheid zich niet beperken tot de niet-uitvoering. In vele gevallen kan er uitvoering zijn, doch zal één der partijen gewagen van een gedeeltelijke of slechte uitvoering. Alsdan zal de schuldeiser deze gedeeltelijke of slechte uitvoering moeten bewijzen, zoals hij ook normaal de niet-uitvoering ener uitslagverbintenis moet aantonen, wanneer hij aanspraak maakt op schadevergoeding (1).

Afgezien van de moeilijkheid om een dergelijk onderscheid te maken, is er trouwens geen reden om een onderscheid te zien tussen de niet-uitvoering enerzijds en de laattijdige, slechte of gedeeltelijke uitvoering anderzijds (zie boven, nr. 419). Toch wordt dit onderscheid gemaakt door diegenen die voorhouden dat in geval van aanspraak op schadevergoeding wegens niet-uitvoering deze laatste niet moet worden bewezen, terwijl in geval van gedeeltelijke, laattijdige of slechte uitvoering hiervan wél het bewijs zou moeten geleverd worden (2).

424. — Deze stelling kan best geïllustreerd worden aan de hand van een geval uit de praktijk, dat tot vele betwistingen heeft aanleiding gegeven, nl. dat van de bewijslast nopens de overeenstemming van de geleverde koopwaar met de gekochte koopwaar (3).

Het probleem is inderdaad het volgende : Moet de verkoper de overeenstemming bewijzen of valt de bewijslast van de niet-overeenstemming op de koper?

Wanneer dit geval ietwat uitvoeriger wordt besproken, dan is het niet alleen omdat aldus de principes van contractuele aansprakelijkheid kunnen verduidelijkt worden, maar ook omdat zich hier tal van nevenproblemen stellen die opgelost kunnen worden aan de hand van de reeds omschreven beginselen inzake bewijslast.

425. — Om elk misverstand te vermijden, dient erop gewezen te worden

(1) Verbr., 10 december 1953, *Pas.,* 1954, I, 290; — zie boven, nr. 419 e.v.
(2) Zie aldus o.m. : Tunc, A., in H. et L. Mazeaud, *o.c.,* I, nr. 694-4, voetnoot 7, bl. 774; — De Page, II, nr. 596, B, bl. 563-564; — Beineix, R., *o.c., Rev. crit.,* 1938, 664; — Kirkpatrick, J., *o.c.,* nr. 16, *R.C.J.B.,* 1959, 62 e.v.
(3) R.P.D.B., Tw. *Preuve,* nr. 61. Hoewel in talloze vonnissen en arresten dit probleem behandeld werd, hebben weinig auteurs de studie ervan aangevat : De Page, (IV, nr. 92, bl. 126) wijst zeer te recht op deze leemte; — zie nochtans R.P.D.B., Tw. *Vente,* nr. 453 e.v. en nr. 1211 e.v.

dat het hier niet gaat over de bewijslast betreffende de bedongen kwaliteit.

Normaal zullen de gekochte goederen van gemiddelde kwaliteit moeten zijn (artikel 1246 B.W.), tenzij partijen hierover een afwijkend beding hebben opgesteld. Beroept een der partijen zich op een dergelijk beding, dan zal zij hiervan de bewijslast dragen. Meer bepaald zal de koper moeten aantonen dat een betere kwaliteit overeengekomen was (1).

Doch wanneer eenmaal vaststaat dat al of niet een bepaalde kwaliteit werd bedongen, stelt zich de vraag naar de bewijslast van de overeenstemming tussen het gekochte en het geleverde.

426. — Op de gestelde vraag heeft de rechtspraak uiteenlopende antwoorden verstrekt.

Talrijke uitspraken beschikken dat, op grond van de algemene principes van de bewijslast (artikel 1315 B.W.), de verkoper de uitvoering van zijn verbintenis, nl. de levering van een gelijkvormige koopwaar (2), moet bewijzen (3).

De weinige auteurs die het probleem bestudeerden zijn meestal dezelfde mening toegedaan (4).

(1) Zie boven, nr. 415; — vgl. : De Page, IV, nr. 99, bl. 138; — Baudry-Lacantinerie, G. et Saignat, L., *De la vente et de l'échange,* 3de uitg., Paris, 1908, nr. 312, IV, bl. 316; — zie ook : Hof Leeuwarden, 16 april 1952, *N.J.,* 1952, 737.
(2) De Page heeft zeer te recht de verbintenis van de verkoper in die zin omschreven : IV, nr. 92, A, bl. 125-126 en nr. 95, bl. 129 e.v.; — Luik, 18 januari 1949, *Jur. Liège,* 1949, 56; — Cass. fr., 16 mei 1911, *D.P.,* 1912, 1, 271; — Cass. fr., 4 december 1933, *D.H.,* 1934, 101.
(3) Hrb. Leuven, 24 juli 1873, *B.J.,* 1873, 1019; — Rb. Brussel, 24 november 1881, *Pas.,* 1882, III, 25; — Hrb. Antwerpen, 19 juli 1883, *P.A.,* 1883, I, 295; — Hrb. Kortrijk, 3 november 1888, *Jur. Comm. Fl.,* 1889, nr. 361; — Hrb. Antwerpen, 3 juni 1892, *P.A.,* 1893, I, 426; — Hrb. Antwerpen, 17 april 1893, *P.A.,* 1893, I, 299; — Rb. Antwerpen, 31 mei 1895, *J.T.,* 1895, 748; — Hrb. Brussel, 5 oktober 1904, *Jur. Comm. Brux.,* 1904, 104; — Hrb. Aalst, 11 juli 1907, *Jur. Comm. Fl.,* 1908, nr. 3343; — Gent, 22 juli 1907, *Jur. Comm. Fl.,* 1907, nr. 3219; — Hrb. Aalst, 19 oktober 1907, *Jur. Comm. Fl.,* 1908, nr. 3352; — Hrb. Brussel, 20 juni 1908, *Jur. Comm. Brux.,* 1908, 399; — Hrb. Brussel, 2 maart 1909, *Jur. Comm. Brux.,* 1909, 239; — Brussel, 23 juli 1910, *Pas.,* 1911, II, 226; — Hrb. Luik, 13 januari 1921, *Jur. Liège,* 1921, 126; — Hrb. Aalst, 26 juni 1923, *B.J.,* 1924, 346, met noot E.S.; — Hrb. Brussel, 14 september 1923, *Jur. Comm. Brux.,* 1923, 477; — Hrb. Aalst, 9 december 1924, *Jur. Comm. Fl.,* 1925, nr. 4541; — Hrb. Luik, 2 februari 1926, *Jur. Liège,* 1926, 173; — Hrb. Luik, 1 mei 1926, *Jur. Liège,* 1926, 198; — Hrb. Luik, 9 november 1926, *Jur. Liège,* 1927, 106; — Hrb. Antwerpen, 29 mei 1928, *Pas.,* 1928, III, 249; — Gent, 1 april 1936, *Jur. Comm. Fl.,* 1936, nr. 5603; — Hrb. Luik, 21 juni 1937, *Jur. Liège,* 1937, 301; — Hrb. Kortrijk, 17 februari 1940, *Jur. Comm. Fl.,* 1940, nr. 5992, met noot E.V.; — Brussel, 29 november 1947, *Jur. Comm. Brux.,* 1948, 97; — Brussel, 13 december 1947, *Jur. Comm. Brux.,* 1948, 94; — Luik, 16 november 1948, *R.C.J.B.,* 1950, 117, met noot P. Coppens; — Hrb. Brussel, 15 november 1955, *Jur. Comm. Brux.,* 1956, 45; — zie ook : H.R., 13 november 1918, *N.J.,* 1918, 1229.
(4) Zie o.m. : De Page, IV, nr. 99, bl. 137-138; — Frédericq, L., III, nr. 76, bl. 143 e.v.; — Baudry-Lacantinerie et Saignat, *o.c.,* nr. 312, IV, bl. 316. Ook A. Levé (*Code de la vente commerciale,* Paris, 1892, nr. 229, bl. 172) bevestigt dit, doch voegt er ten onrechte aan toe dat de rechtspraak een vermoeden van conformiteit heeft geschapen; — zie ook in dezelfde zin : Scheltema, F.G., *o.c.,* bl. 68.

427. — Toch is, zoals gezegd, de rechtspraak niet eensgezind. Aldus zijn er vele uitspraken die de bewijslast van de niet-conformiteit van de koopwaar op de koper-verweerder, die weigert deze koopwaar in ontvangst te nemen, leggen. De meeste dezer uitspraken zijn a.v. gemotiveerd : op de koper-verweerder rust de verplichting de geleverde koopwaar in ontvangst te nemen (1). Weigert hij dit te doen, dan werpt hij een exceptie op, waarvan hij het bewijs zal moeten leveren. Inderdaad, er zou een vermoeden zijn van overeenstemming tussen het gekochte en het geleverde, zodat de verweerder de afwijking van deze normale gang van zaken zou moeten bewijzen (2).

Een argument dat ongetwijfeld in de praktijk van groter belang is, nl. het feit dat de koper veel gemakkelijker — vooral bij levering op afgelegen plaatsen — het bewijs van de niet-overeenstemming zal kunnen aanbrengen, werd ook door sommige vonnissen in het licht gesteld (3).

428. — Volgens een derde systeem, gehuldigd door enkele vonnissen en arresten, zal de bewijslast rusten op de partij die de vordering instelt, hetzij dus op de verkoper die dagvaardt tot aanvaarding van de geleverde waar, in betaling van de koopprijs of tot ontbinding van de verkoop wegens niet-aanvaarding, hetzij op de koper die de ontbinding van de verkoop met of zonder

(1) Hierbij wordt vergeten, dat de verkoper eerst de gekochte waren moet leveren en dat zolang dit niet geschied is, de koper niet kan verplicht worden de levering te aanvaarden : Frédericq, L., *o.c., l.c.*

(2) Brussel, 18 juli 1881, *P.A.,* 1881, I, 378; — Hrb. Antwerpen, 29 december 1885, *P.A.,* 1886, I, 156; — Hrb. Gent, 16 januari 1889, *Jur. Comm. Fl.,* 1889, nr. 448; — Hrb. Antwerpen, 25 juli 1891, *P.A.,* 1892, I, 25; — Hrb. Antwerpen, 27 oktober 1891, *P.A.,* 1893, I, 308; — Hrb. Gent, 17 januari 1894, *Jur. Comm. Fl.,* 1894, nr. 1202; — Hrb. Antwerpen, 7 mei 1894, *J.T.,* 1894, 770; — Hrb. Antwerpen, 14 juni 1894, *P.A.,* 1895, I, 285; — Hrb. Gent, 17 november 1894, *Jur. Comm. Fl.,* 1895, nr. 1383; — Hrb. Antwerpen, 29 juni 1896, *P.A.,* 1896, I, 437; — Rb. Oudenaarde, 12 juli 1905, *Jur. Comm. Fl.,* 1907, nr. 3122; — Hrb. Gent, 2 juni 1923, *Pas.,* 1924, III, 90; — Hrb. Gent, 14 mei 1927, *Jur. Comm. Fl.,* 1927, nr. 4744; — Gent, 11 maart 1931, *Jur. Comm. Fl.,* 1931, nr. 5132; — Hrb. Brussel, 4 januari 1932, *P.P.,* 1932, bl. 338; — Gent, 30 december 1937, *Jur. Comm. Fl.,* 1937, nr. 5771, met noot E.V.; — Gent, 24 november 1938, *Jur. Comm. Fl.,* 1938, nr. 5872; — Hrb. St. Niklaas, 5 maart 1957, *R.W.,* 1957-58, 1913; — vgl. in dezelfde zin : Cass. fr., 15 juli 1907, *D.P.,* 1908, 1, 31 (impliciet); — Cass. fr., 26 december 1922, *D.P.,* 1924, 1, 23 (impliciet); — zie ook : Kluyskens, A., *De contracten,* nr. 35, bl. 48-49; — Scholten, P., *Onvoldoende levering en verborgen gebreken,* in *Verzamelde geschriften,* IV, Zwolle, 1954, bl. 224 e.v.; — Planiol et Ripert, X, 2de uitg. door J. Hamel, F. Givord et A. Tunc, Paris, 1956, nr. 306, bl. 380 e.v.

(3) Hrb. Gent, 23 maart 1889, *Jur. Comm. Fl.,* 1889, nr. 450; — Hrb. Brugge, 30 juni 1904, *Jur. Comm. Fl.,* 1904, nr. 2774.

schadevergoeding vordert (1). Verder zal deze rechtspraak nader ontleed worden (zie nr. 433 e.v.).

429. — Om beter deze rechtspraak te kunnen beoordelen moeten evenwel twee problemen buiten beschouwing blijven : noch de wijze waarop de goederen al dan niet in ontvangst werden genomen, noch de noodzakelijkheid om bewarende maatregelen te treffen kunnen als motivering voor de bewijslastverdeling in aanmerking komen.

Zeer dikwijls heeft de rechtspraak te recht doen opmerken dat wanneer de koper de geleverde goederen in ontvangst heeft genomen en in zijn magazijn opgeslagen, hij de niet-overeenstemming zal moeten bewijzen wanneer hij deze inroept (2).

Dit is zeer belangrijk, vermits de koper dadelijk bij de levering moet protesteren, wil hij de stilzwijgende aanvaarding vermijden (3). Door het feit nu dat hij de goederen in ontvangst nam en ze opsloeg, kan de verkoper zich hierop beroepen om de conformiteit te bewijzen (4). Het bewijs is geleverd door de stilzwijgende aanvaarding en de verweerder zal dus op zijn beurt bewijs van het tegendeel moeten aanbrengen (5).

Sommige auteurs hebben evenwel gemeend uit het in ontvangst nemen van de geleverde goederen door de koper zekere vermoedens te mogen afleiden om hierop een theorie van de bewijslast op te bouwen. Deze rechtsgeleerden — meestal Duitse (6) — hebben in de *Annahme* - theorie drie hypotheses onderscheiden.

(1) Zie aldus uitdrukkelijk : Hrb. Brussel, 15 maart 1910, *Jur. Comm. Brux.,* 1911, 48; — Hrb. Antwerpen, 1 maart 1933, *P.A.,* 1933, 39; — Gent, 1 februari 1952, *R.C.J.B.,* 1952, 202, met noot J. Heenen. Hoewel niet zo duidelijk, is dezelfde gedachte aanwezig in Hrb. Brussel, 15 november 1955, *Jur. Comm. Brux.,* 1956, 45.

(2) Gent, 1 mei 1889, *Jur. Comm. Fl.,* 1894, nr. 1280; — Gent, 27 december 1905, *Jur. Comm. Fl.,* 1906, nr. 2970; — Hrb. Gent, 2 april 1921, *Pas.,* 1922, III, 60; — Hrb. Namen, 8 december 1921, *Jur. Liège,* 1922, 143; — Hrb. Luik, 26 december 1927, *Jur. Liège,* 1928, 45; — Gent, 11 maart 1931, *Jur. Comm. Fl.,* 1931, nr. 5132; — Hrb. Kortrijk, 17 februari 1940, *Jur. Comm. Fl.,* 1940, nr. 5992, met noot E.V.; — vgl. Hrb. Brussel, 25 juni 1953, *Jur. Comm. Brux.,* 1955, 47.

(3) De Page, IV, nr. 110, bl. 149.

(4) Aldus zeer duidelijk : Luik, 16 november 1948, *R.C.J.B.,* 1950, 117.

(5) Vgl. Frédericq, L., III, nr. 76, bl. 143; — zie ook § 363 B.G.B. : « Hat der Gläubiger eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen, so trifft ihn die Beweislast, wenn er die Leistung deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung oder weil sie unvollständig gewesen sei ». Saleilles (*Les theories allemandes sur les droits qui, au cas de contrat synallagmatique, appartiennent à la partie poursuivie en paiement, lorsque son adversaire de son côté n'exécute pas ses engagements, Ann. dr. comm.,* 1893, 116) heeft deze wettekst als volgt geïnterpreteerd : « Il fait résulter de la simple réception à titre de paiement, sans autre preuve supplémentaire, une présomption de renonciation à l'exception *non adimpleti contractus* ».

(6) Zie o.m. : André, F., *Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages im heutigen gemeinen Recht,* Leipzig, 1890, bl. 72. Blijkbaar heeft Coppens deze theorie overgenomen in zijn noot onder Luik, 16 november 1948, *R.C.J.B.,* 1950, 128 e.v.

Volgens een eerste hypothese heeft de koper de goederen in ontvangst genomen onder voorbehoud. In dit geval zal de bewijslast ongetwijfeld op de verkoper blijven rusten.

Heeft de koper de goederen uitdrukkelijk aanvaard, dan kan hij zich niet meer beroepen op de niet-overeenstemming tussen de gekochte en de geleverde waren.

Het kan tenslotte gebeuren dat de koper geen voorbehoud heeft gemaakt en niet uitdrukkelijk aanvaardde. In dit laatste geval zou er een vermoeden van schijnbaar-regelmatige levering ontstaan, zodat de bewijslast zou verschoven worden op de koper, nadat de verkoper evenwel de uiterlijke aanvaarding door de koper zou hebben aangetoond.

Zeer te recht werd opgemerkt dat deze theorie zeer vaag is (1) en het probleem enkel verplaatst (2); men kan hieraan toevoegen dat de feitenrechter dank zij zijn vrije bewijswaardering met deze omstandigheden kan rekening houden om de bewijslast te verlichten, zonder zich daarom op vermoedens te moeten beroepen.

430. — Anderzijds dient een duidelijk onderscheid gemaakt te worden tussen de bewijslast en de verplichting om bewarende maatregelen te treffen opdat de geleverde waar niet zou te niet gaan. Zeer dikwijls werd gevonnist dat er een verband tussen beide zou bestaan, zodat de bewarende maatregelen zouden moeten getroffen worden door hem, die de bewijslast van de al dan niet-conformiteit draagt en omgekeerd (3).

Een dergelijke opvatting is niet alleen verkeerd, doch kan daarenboven aanleiding geven tot een onjuiste bewijslastverdeling. Inderdaad, algemeen wordt aanvaard dat de koper — buiten elke regeling van de bewijslast om — gehouden is alle nodige bewarende maatregelen te treffen teneinde de bewijslevering mogelijk te maken (4).

(1) Heenen, J., noot onder Gent, 1 februari 1952, *R.C.J.B.*, 1952, 215.
(2) Saleilles, R., *o.c., Ann. dr. Comm.*, 1893, 113 e.v.
(3) De verkoper heeft de bewijslast en moet dus alle maatregelen — ook de bewarende — treffen die nodig zijn om de conformiteit te kunnen bewijzen : Hrb. Kortrijk, 3 november 1888, *Jur. Comm. Fl.*, 1889, nr. 361; — Hrb. Aalst, 11 juli 1907, *Jur. Comm. Fl.*, 1908, nr. 3343; — Gent, 22 juli 1907, *Jur. Comm. Fl.*, 1907, nr. 3219; — Hrb. Aalst, 19 oktober 1907, *Jur. Comm. Fl.*, 1908, nr. 3352.
In verschillende uitspraken, die de bewijslast op de koper hebben gelegd, wordt dan ook bij wijze van gevolgtrekking verklaard dat de koper alle bewarende maatregelen moet treffen : Hrb. Gent, 23 maart 1889, *Jur. Comm. Fl.*, 1889, nr. 450; — Hrb. Brugge, 30 juni 1904, *Jur. Comm. Fl.*, 1904, nr. 2774; — Rb. Oudenaarde, 12 juli 1905, *Jur. Comm. Fl.*, 1907, nr. 3122; — Gent, 27 december 1905, *Jur. Comm. Fl.*, 1906, nr. 2970. Voor een omstandige opgave van de rechtspraak ter zake, zie noot E.S. onder Hrb. Aalst, 26 juni 1923, *B.J.*, 1924, 347 e.v.
(4) De Page, IV, nr. 110, bl. 149, met talrijke referenties; — Frédericq, L., III, nr. 74, bl. 141, eveneens met vele verwijzingen; — zie ook : Hrb. St. Niklaas, 23 oktober 1956, *R.W.*, 1957-58, 374. Men zou trouwens in dit verband de opmerking kunnen maken dat dit een voorbeeld is van de medewerking der partijen inzake bewijsvoering : zie boven, nr. 205 e.v.; — vgl. Hrb. Luik, 26 december 1927, *Jur. Liège*, 1928, 45

Men zou immers al te zeer geneigd zijn de bewijslast op de koper te leggen, opdat deze dan ook verplicht zou zijn te zorgen voor het behoud der geleverde koopwaren.

Dit is trouwens zeer duidelijk, doch ten onrechte, de stelling in een vonnis van de rechtbank van koophandel te Brugge d.d. 30 juni 1904 (1) :

« Attendu qu'il est de principe que l'acheteur qui prétend être en droit de refuser une marchandise à raison de sa qualité ou de son état, doit, le cas échéant, pour conserver ses droits contre le vendeur, prendre les mesures nécessaires pour justifier son refus, provoquer la mise en lieu neutre et l'expertise immédiate de la marchandise.

Que ce principe est basé sur ce que, le vendeur ayant rempli son obligation de livrer, il appartient à l'acheteur de prouver qu'il est en droit de refuser la livraison; qu'en fait d'ailleurs, l'acheteur, se trouvant au lieu de destination de la marchandise, est mieux à même que le vendeur de provoquer les mesures dont s'agit.

Attendu que l'acheteur peut avoir à prendre des mesures conservatoires, en cas de contestation de qualité, de sauvegarder l'identité et l'intégrité de la marchandise, soit qu'il s'agisse, en cas de contestation sur l'état de celle-ci, de prouver que la perte ou l'avarie est imputable au vendeur » (2).

431. — Er dient eveneens op gewezen te worden dat hier geen sprake is van de vordering tot vrijwaring wegens verborgen gebreken. Inderdaad, wanneer men zich beroept op een verborgen gebrek, dan wil men zekere rechten doen gelden die voortvloeien uit de vrijwaring. Wanneer men daarentegen beweert dat het geleverde goed niet overeenstemt met het gekochte, dan betekent dit niet dat het geleverde goed zekere gebreken zou vertonen; de gekochte zaak werd eenvoudigweg niet geleverd en de verkoper is dienvolgens zijn verplichting tot levering niet nagekomen (3).

Uit dit onderscheid volgt dat diegene die een vordering tot vrijwaring instelt, zekere rechten doet gelden, waarvan hij de bestaansvoorwaarden zal moeten bewijzen. De koper zal nl. de bewijslast

(de verkoper mag geen al te zware bewijslast op de koper leggen door geen enkel element aan te brengen, waaruit zou blijken dat een goede koopwaar werd aangeboden).
(1) *Jur. Comm. Fl.*, 1904, nr. 2774.
(2) Dezelfde verwarring vindt men ook terug in het artikel van de Bersaques, A., *Du fardeau de la preuve dans la désagréation des marchandises livrées, Jur. Comm. Fl.*, 1927, bl. 83 e.v. en in P.B., Tw. *Vente (Agréation)*, nr. 796 e.v.; — zie ook : Hrb. St. Niklaas, 5 maart 1957, *R.W.*, 1957-58, 1913; — vgl. Blomeyer, A., *Die Umkehr der Beweislast, A.c.P.*, 1960, 99.
(3) De Page heeft zeer te recht op de bestaande begripsverwarring ter zake gewezen : IV, nr. 95, bl. 131. Saleilles heeft in zijn uitgebreide en reeds aangehaalde studie (*Ann. dr. comm.*, 1892, 287 e.v., 1893, 24 e.v., 97 e.v. en 175 e.v.) hiermede blijkbaar onvoldoende rekening gehouden, hoewel hij zelf uitdrukkelijk de aandacht op het onderscheid vestigde (*o.c., Ann. dr. comm.*, 1893, 43); — Anders : Scholten, P., *o.c.*, in *Verzamelde geschriften*, IV, bl. 242 e.v.

dragen van de verschillende elementen die nodig zijn om in zijn vordering te slagen. Hij zal o.m. moeten aantonen dat het een verborgen gebrek was, hetwelk reeds bestond op het ogenblik van de aankoop (zie boven, nr. 138).

Soms kunnen zich evenwel in de praktijk gevallen voordoen waarvan men moeilijk kan bepalen of zij al dan niet behoren tot het domein van de vrijwaring. Dit zal nl. het geval zijn wanneer men staat voor niet-verborgen gebreken, die door de koper konden of moesten ontdekt worden. Weigert de koper nu die goederen in ontvangst te nemen, dan staat men theoretisch voor een weigering op basis van de tekortkoming van de verkoper aan zijn verplichting tot vrijwaring, vermits het wel degelijk de gekochte zaak was die geleverd werd. In werkelijkheid kan men evenwel hierin ook een weigering wegens niet-overeenstemming der koopwaar zien, omdat de betwisting zich juist stelt op het ogenblik van de levering (1).

432. — Ter oplossing van de betwistingen betreffende de bewijslast in geval van niet-conformiteit der geleverde koopwaar, kan vooreerst de aandacht gevestigd worden op de aard van de verhoudingen die voortvloeien uit een wederzijdse overeenkomst.

Het is duidelijk dat de partijen slechts schuldenaar willen zijn in zoverre zij de betaling van het hun verschuldigde mogen verwachten. In een wederzijds contract is het voorwerp van de verbintenis der beide partijen niet zozeer te betalen hetgeen verschuldigd is, maar wel te betalen tegen de door de tegenpartij beloofde gelijkwaardige prestatie. Wanneer dus een partij een vordering instelt zonder zelf haar verbintenissen te zijn nagekomen, dan kan dit de indruk wekken dat zij meer vordert dan haar toekomt (2).

Het Hof van Cassatie heeft zeer duidelijk dit wederzijds karakter

(1) Vgl. De Page, IV, nr. 95, bl. 132, kleine tekst, nr. 167, bl. 196, kleine tekst. Sommige auteurs hebben gewaagd van een tegenspraak omdat de verweerder al dan niet de bewijslast zal dragen naargelang hij zich beroept op de vrijwaring of op de niet-conforme levering (zie o.m. Saleilles, R., *o.c., Ann. dr. comm.,* 1893, 125). Er is inderdaad een belangrijk onderscheid, doch dit is juist het gevolg van de specifieke aard der twee vermelde vorderingen. Wanneer de verweerder een *actio* tot vrijwaring instelt, wenst hij hetzij de teruggave van het geleverde goed met terugbetaling van de prijs, hetzij een vermindering van de koopprijs, en in sommige gevallen een schadevergoeding (art. 1644 en 1645 B.W.). Dit betekent dat hij alsdan aanspraak maakt op zekere afzonderlijke rechten, hetgeen niet het geval is wanneer hij de *exceptio non adimpleti contractus* opwerpt (Rosenberg, L., *o.c.,* § 27, bl. 348-349).

Deze *exceptio* berust in werkelijkheid op de niet-uitvoering; een uitvoering veronderstelt immers een verbintenis, zodat de verweerder die zich op de niet-uitvoering beroept, enkel zijn rechten als schuldeiser inroept en dus een schuld vooropstelt om de betaling ervan te bekomen. Hij zal dienvolgens enkel het bestaan van de verbintenis moeten bewijzen aan de hand van de tussen partijen gesloten overeenkomst (zie boven, nr. 414).

(2) Saleilles, R., *o.c., Ann. dr. comm.,* 1893, 33.

van de verbintenissen der partijen in een wederzijdse overeenkomst beklemtoond (1) : een partij kan slechts de haar verschuldigde prestatie opeisen, wanneer zij zelf haar verbintenis vervult of minstens aanbiedt ze te vervullen (2). De onmogelijkheid voor de ene partij om hare verbintenissen uit te voeren veroorzaakt het te niet gaan van de overeenstemmende verbintenissen van de andere partij en wettigt derhalve de ontbinding van de overeenkomst (3).

Dit wordt trouwens bevestigd door een groot aantal rechtsgeleerden, die verklaren dat de verbintenis van een der partijen niet zozeer haar oorzaak vindt in de overeenstemmende verbintenis van de andere partij, maar wel in de uitvoering van die verbintenis (4).

Samenvattend kan men dus aannemen dat de voorafgaandelijke of minstens de gelijktijdige uitvoering van de contractuele verbintenis een bestaansvoorwaarde is van het recht dat men inroept; hij die een vordering instelt moet dus de elementen van zijn recht bewijzen. De verweerder die opwerpt dat de tegenpartij hare verbintenissen niet heeft uitgevoerd, doet eigenlijk meer dan het inroepen van een exceptie : hij ontkent het bestaan zelf van het recht, dat dient als basis van de ingestelde vordering (5).

Gaat men nader in op de exceptie van de koper-verweerder, dan dient dadelijk opgemerkt dat de verweerder het bestaan van een schuld van de eiser opwerpt (zie boven, nr. 431), zodat hij slechts de overeenkomst zal moeten bewijzen waaruit deze schuld voortvloeit (6). Eenmaal dit bewijs geleverd, zal de eiser zijn bevrijding moeten bewijzen, indien hij ontkent dat de schuld nog bestaat (7).

(1) Verbr., 7 november 1935, *Pas.,* 1936, I, 40, ter bevestiging van Rb. Brussel, 26 januari 1933 en Brussel, 16 mei 1934 : *Jur. Comm. Brux.,* 1936, 364 e.v.; — zie ook Verbr., 30 november 1944, *Pas.,* 1946, I, 501.

(2) Zie ook het advies van Procureur-Generaal Leclercq, dat vermeld arrest voorafgaat : *Pas.,* 1936, I, 43.

(3) Rb. Luik, 18 november 1941, *R.C.J.B.,* 1947, 273; — Verbr., 27 juni 1946, *J.T.,* 1947, 166; *R.C.J.B.,* 1947, 268, met noot A. De Bersaques. In zijn advies verklaarde de toenmalige eerste Advocaat-Generaal Hayoit de Termicourt : « Dans un contrat synallagmatique l'obligation d'une partie conditionne l'obligation de l'autre partie en manière telle que, l'une des obligations disparaissant, l'autre n'a plus de raison d'être » (*R.C.J.B.,* 1947, 272); — zie ook : Verbr., 24 april 1947, *R.C.J.B.,* 1949, 125 e.v., met noot A. De Bersaques.

(4) De Bersaques, A., noot onder Verbr., 27 juni 1946, *R.C.J.B.,* 1947, 280; — Capitant, H., *De la cause des obligations,* Paris, 1923, nr. 14, bl. 30 e.v., nr. 147, bl. 309 e.v.; — Planiol et Ripert, VI, 2de uitg. door P. Esmein, Paris, 1952, nr. 253, bl. 325 e.v.; — vgl. De Page, II, nr. 859, bl. 776.

(5) André, F., *Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages im heutigen Gemeinen Recht,* bl. 25-26, met talrijke verwijzingen.

(6) Coppens, P., noot onder Luik, 16 november 1948, *R.C.J.B.,* 1950, 123; — vgl. De Page, II, nr. 859, bl. 776; nr. 862, bl. 779.

(7) Zie ook : De Bersaques, A., noot onder Verbr., 24 april 1947, *R.C.J.B.,* 1949, nr. 11, bl. 135; — R.P.D.B., Tw. *Obligations,* nr. 291; — Planiol, M., noot onder Cass. fr., 1 december 1897, *D.P.,* 1898, 1, 289.

Wanneer dienvolgens in een wederkerige overeenkomst de schuldeiser de uitvoering vordert, moet hij niet alleen de overeenkomst bewijzen doch ook aantonen dat hij zijn eigen verbintenissen heeft nageleefd (rechtscheppende feiten). De schuldenaar die zou opwerpen dat hij de door hem verschuldigde tegenprestatie heeft nageleefd, moet hiervan het bewijs aanbrengen, vermits de uitvoering van de verbintenis door de schuldenaar het recht op uitvoering in hoofde van de schuldeiser vernietigt (rechtsvernietigende feiten).

Zo de schuldeiser daarentegen niet de uitvoering vraagt, doch ontbinding van de overeenkomst en schadevergoeding, dan moet hij niet alleen de overeenkomst en de uitvoering van zijn eigen verbintenissen bewijzen, doch daarenboven ook aantonen dat de schuldenaar zijn verplichtingen niet is nagekomen; hij moet m.a.w. ook de niet-uitvoering door de schuldenaar aantonen. Deze niet-uitvoering is een rechtscheppend feit voor diegene die schadevergoeding of ontbinding vordert (art. 1146, 1147 en 1184 B.W.) (1).

433. — Op basis van hetgeen voorafgaat kan men dan trachten de bewijslast der gedingvoerende partijen te bepalen. Dit kan slechts geschieden op grond van het voorwerp van de ingestelde vordering, zoals door enkele gerechtelijke uitspraken werd vooropgesteld (vgl. boven, nr. 428) en speciaal door Heenen werd verdedigd (2).

Gaat men de verschillende hypotheses na, dan kan men er voornamelijk vijf onderscheiden.

1) De verkoper dagvaardt tot aanvaarding van de geleverde koopwaar.
2) De verkoper dagvaardt tot betaling van de koopprijs.
3) De verkoper vordert de ontbinding van de verkoop wegens niet-betaling van de koopprijs of niet-aanvaarding van de geleverde koopwaar.
4) De koper vordert de levering van de gekochte waren.
5) De koper vraagt de ontbinding van de verkoop met of zonder schadevergoeding, wegens gebrek aan conformiteit der geleverde waren.

Deze verschillende gevallen kunnen best achtereenvolgens besproken worden.

(1) Zie ook de artikelen 1610 en 1611 van het burgerlijk wetboek, die hetzelfde principe huldigen in geval van laattijdige levering van de gekochte waren.
(2) Noot onder Gent, 1 februari 1952, *R.C.J.B.*, 1952, 207 e.v.

434. — Wanneer de verkoper dagvaardt in aanvaarding van de geleverde koopwaar, dan vraagt hij dat de koper zijn verplichting om de zaak in ontvangst te nemen, zou nakomen. Hieruit volgt dat de eiser vooreerst het bewijs zal moeten leveren van de elementen, waarop het door hem ingeroepen recht gebaseerd is, en nl. van de overeenstemming tussen het gekochte en het geleverde (rechtscheppend feit).

Hetzelfde doet zich ongetwijfeld voor wanneer de verkoper de betaling van de koopprijs vordert, of de ontbinding van de verkoop vraagt wegens niet-betaling van de prijs of niet-in ontvangst nemen van het geleverde.

In al deze gevallen is de koper immers niet verplicht te betalen of in ontvangst te nemen, zolang het geleverde niet met het gekochte overeenstemt (1). De verkoper moet dus eerst aantonen dat de levering conform was (2), zoniet zijn de verbintenissen van de koper niet opeisbaar, en kan er evenmin sprake zijn van een ontbinding van de verkoop. Dit zal zelfs het geval zijn wanneer een tijd voor de afhaling overeengekomen was (art. 1657 B.W.), omdat ook hier de verkoper zijn verbintenissen zoals die door de wetgever en door het contract zijn omschreven, eerst moet uitvoeren (3).

435. — Stelt de koper een vordering in tot levering van de gekochte goederen, dan hoeft hij enkel te bewijzen dat de verkoper contractueel gebonden was die bepaalde soort goederen te leveren. Eenmaal dit bewijs aangebracht, zal de verkoper moeten aantonen dat hij wel degelijk de overeenstemmende koopwaar geleverd heeft of minstens aangeboden heeft ze te leveren (zie boven, nr. 418).

436. — Tenslotte kan de koper de ontbinding van de verkoop vragen met of zonder schadevergoeding, wegens gebrek aan conformiteit van de koopwaar. Ditmaal zal de koper de bewijslast van de niet-overeenstemming dragen, vermits deze

(1) Tenzij natuurlijk uitdrukkelijk bedongen werd dat de koopprijs vóór de levering moest betaald worden : Heenen, J., Noot onder Gent, 1 februari 1952, *R.C.J.B.*, 1952, 215, voetnoten 1 en 3; — vgl. De Page, II, nr. 866, bl. 781.
(2) Het spreekt vanzelf dat de koper evenwel, in geval van betwisting, zal moeten bewijzen dat de verkoper zich ingevolge het contract verbonden had koopwaar van die soort en van die hoedanigheid te leveren : zie boven, nr. 415 en 425.
(3) Hrb. Luik, 3 december 1891, *P.P.*, 1892, bl. 147; — Cass. fr., 13 april 1929, *S.*, 1929, 1, 246.

juist het rechtscheppend element uitmaakt van het recht op ontbinding dat hij inroept (1).

437. — Vergelijkt men nu deze verschillende hypotheses, dan zal men dadelijk bemerken dat alle besproken gevallen uiteindelijk tot twee kunnen herleid worden. Telkens wanneer de verkoper een recht inroept, waarvan een der bestaansvoorwaarden juist gelegen is in de levering van een overeenstemmende koopwaar, dan zal hij hiervan de bewijslast dragen; beroept de koper zich daarentegen op een niet-conforme levering om hieruit een eigen recht af te leiden, dan zal de bewijslast ditmaal op hem rusten (2).

Soms heeft men deze bewijslastverdeling willen rechtvaardigen door beroep te doen op de oudere theorie van het onderscheid tussen de *exceptio non adimpleti contractus* en de *exceptio non rite adimpleti contractus.*

Deze laatste theorie werd voornamelijk ingegeven door de bekommernis om de al te zware bewijslast van de eiser-verkoper te verlichten (3). Er werd een onderscheid gemaakt tussen het totale gebrek aan uitvoering (niet-levering) en de onregelmatige of onvolledige uitvoering (levering van niet-conforme koopwaar,...). Op grond van de overweging dat de uitvoering gewoonlijk geschiedt door de enkele levering, heeft men gemeend te moeten vooropstellen dat de verkoper enkel de levering moest bewijzen en aldus de uitvoering van zijn verbintenis had aangetoond; de verweerder zou dan op zijn beurt het bewijs van de onregelmatigheid in de levering moeten aanbrengen. Werpt de verweerder dus de *exceptio non adimpleti contractus* op dan moet de eiser bewijzen; door een *exceptio non rite adimpleti contractus* in te roepen, zou de verweerder de bewijslast op zich moeten nemen.

Deze theorie verwart niet alleen bewijslast en intensiteit van het bewijs, doch maakt daarenboven een niet-gerechtvaardigd onderscheid tussen de niet-uitvoering en het gebrek in de uitvoering (4).

Het is duidelijk dat de hoger voorgestelde oplossing heel anders luidt. De bewijslast hangt af van hetgeen door de partijen gevorderd wordt, en niet van de verweermiddelen die door de verweerder worden ingeroepen. Men kan zich zeer goed voorstellen dat in geval van onregelmatige levering, de koper-verweerder zowel de uitvoering kan vragen, als de ontbinding van de verkoop,

(1) Hrb. Luik, 30 juli 1897, *P.P.,* 1897, bl. 845.
(2) Heenen, J., *o.c.*, noot onder Gent, 1 februari 1952, *R.C.J.B.,* 1952, 214; — vgl. Rosenberg, L., *o.c.,* § 27, bl. 348 e.v.
(3) Zie vnl. André, F., *o.c.,* bl. 58 e.v. Deze theorie werd ten dele overgenomen door Saleilles (*o.c., Ann. dr. comm.,* 1893, bl. 185 e.v.), die een onderscheid maakt tussen *le contrat inexécuté* en *le contrat extérieurement exécuté* : in het eerste geval zou de bewijslast op de verkoper rusten, terwijl de koper het bewijs zou moeten leveren in het tweede geval, omdat de levering een vermoeden van goede uitvoering zou scheppen. Zie ook : De Bersaques, A., noot onder Verbr., 24 april 1947, *R.C.J.B.,* 1949, nr. 11, bl. 135; — Beineix, R., *La charge de la preuve de l'exécution en matière de responsabilité contractuelle, Rev. crit.,* 1938, 657 e.v.
(4) Zie boven, nr. 419 en 421; — zie ook : Heenen, J., *o.c., R.C.J.B.,* 1952, 212.

zodat de bewijslast telkens zal verschillen; in beide gevallen staat men nochtans voor een *non rite* uitgevoerde overeenkomst.

438. — Men heeft weliswaar opgeworpen dat, in de voorgestelde oplossing, de regeling van de bewijslast afhangt van de *vorm* waarin zich het conflict voordoet op het ogenblik dat het door de rechtbank moet worden beslecht, met het gevolg dat men niet op voorhand weet wie de bewijslast zal moeten dragen en welke partij dienvolgens gehouden zal zijn zich bewijsmiddelen te verschaffen (1). Hierbij verliest men uit het oog dat de bewijslast wel integendeel bepaald wordt door de *inhoud* van het gevorderde en niet door de hoedanigheid van eiser of verweerder.

Dat de noodzakelijkheid om bewarende maatregelen te treffen niet uitsluitend mag afhangen van de bewijslastregeling wordt daarenboven trouwens toegegeven, des te meer daar in dergelijke geschillen de gedingvoerende partijen meer dan ooit moeten samenwerken bij de bewijsvoering (2).

Tenslotte zal men in de meeste gevallen toch vrij vlug weten welke houding men dient aan te nemen, zodat de nodige voorzorgsmaatregelen tijdig kunnen getroffen worden (3).

439. — Een laatste punt, dat nog dient besproken te worden, is de billijkheid van de voorgestelde oplossing. Vele auteurs hebben immers gemeend dat, wanneer de bewijslast op de verkoper wordt gelegd, dit strijdig zou zijn met de vereisten van de handel en zeer dikwijls tot grove onrechtvaardigheden kan leiden (4).

De verkoper zou niet alleen — vooral bij verkoop over verre afstanden — in de praktische onmogelijkheid zijn te gepaste tijde het bewijs van de conformiteit te leveren, doch daarenboven zou hij overgeleverd zijn aan de kwade trouw van de koper, die zich tot een voortdurende ontkenning zou kunnen beperken.

Hierop kan dadelijk geantwoord worden dat de koper, zelfs wanneer hij niet de bewijslast draagt, toch gehouden is om mee te werken aan de bewijslevering (5) en als dusdanig o.m. zal moeten instaan voor de bewarende maatregelen (zie boven, nr. 430) (6).

Verder vergeet men soms dat de rechtbank soeverein de omstandigheden van de verkoop beoordeelt, en vaststelt wanneer het van de

(1) R.P.D.B., Tw. *Vente,* nr. 455.
(2) R.P.D.B., Tw. *Vente,* nr. 456; — zie boven, nr. 430.
(3) Vgl. bv. Gent, 1 februari 1952, *R.C.J.B.,* 1952, 202.
(4) Frédericq, L., III, nr. 76, bl. 144-145; — Limpens, J., et Van Damme, J., *Examen de jurisprudence* (1953-55), *Les obligations, R.C.J.B.,* 1956, 219-220; — Coppens, P., noot onder Luik, 16 november 1948, *R.C.J.B.,* 1950, 127-128; — zie ook : Scholten, P., *o.c.,* in *Verzamelde geschriften,* IV, bl. 244.
(5) Zie boven, nr. 205 e.v.; — zie ook Hrb. Brussel, 15 maart 1910, *Jur. Comm. Brux.,* 1911, 48; — Hrb., Luik, 26 december 1927, *Jur. Liège,* 1928, 45.
(6) Zie uitvoerig desbetreffend : Post, J.C., *De leer van de bewijslast in rechtspraktijk en wetgeving,* bl. 23 e.v.

verkoper vereiste bewijs geleverd is (1). Wanneer eenmaal dit bewijs volgens de feitenrechter geleverd werd, zal het de beurt zijn aan de koper om elementen aan te voeren en te bewijzen teneinde de niet-conformiteit waarschijnlijk te maken.

Tenslotte dient de bewijslast hoofdzakelijk om in geval van twijfel toch te kunnen uitspreken; het is normaal dat hij die een recht voor zich opeist, de bestaanselementen (rechtscheppende feiten) ervan bewijze.

440. — Ter illustratie kan hier een geval uit de praktijk aangehaald worden, zoals het beslecht werd door de rechtbank van koophandel te St. Niklaas (2).

Door de heer D.C. werd aan de firma V. een aantal grijze gelooide staarten geleverd, die bestemd waren voor het vervaardigen van grijs haar. Deze goederen werden door de koper afgehaald en aanvaard; daarenboven werd de factuur eveneens zonder protest — hoewel dit volgens de clausules van de factuur binnen de 48 u. diende te geschieden — in ontvangst genomen. Achteraf weigerde de firma V. te betalen wegens niet-conformiteit van de koopwaar en werd zij gedagvaard tot betaling van de koopprijs. Door de rechtbank werd een deskundige aangesteld ten einde na te gaan of de goederen al dan niet conform waren. Nadat bij een eerste bezoek de toegang tot het werkhuis aan de deskundige werd ontzegd, kon deze laatste tijdens een tweede onderzoek niet met zekerheid uitmaken of de stukken (van verschillende kleur) die hem werden vertoond wel degelijk diegene waren die oorspronkelijk werden geleverd. Na dit onderzoek werd bij gebrek aan verschijning van de verweerder-koper de eis bij verstek toegewezen; tegen dit verstekvonnis werd verzet aangetekend op grond van het feit dat de eiser-verkoper de bewijslast van de conformiteit moest dragen.

In het vonnis, waarbij het verzet ongegrond werd verklaard, heeft de rechtbank uitvoerig het bewijslastprobleem ontleed; de belangrijkste overwegingen verdienen dan ook een nader onderzoek.

Vooropgesteld werd dat de bewijslast op de verweerder-koper zou rusten, niet alleen omdat het zakenleven dit zou vereisen, maar ook omdat verschillende wettelijke regelen zoals de stilzwijgende aanvaarding van de factuur, strekkende tot bewijs van de conformiteit (artikel 25 wet 15 december 1872), of de verplichting van de koper, die voor eigen verbruik koopt, om eventueel een deskundig onderzoek aan te vragen (artikel 18 wet 25 oktober 1919), anders niet verklaarbaar zouden zijn. Ter zake zou de aanvaarding van de koopwaar zonder protest trouwens de conformiteit reeds bewijzen.

Verder stelde het vonnis vast dat de koper, die de geleverde goederen niet definitief aanvaardt, alleszins gehouden is de nodige maatregelen te treffen om de eenzelvigheid van deze goederen te verzekeren.

(1) Dit bewijs kan ook afgeleid worden uit de houding van de koper, die bv. de goederen zonder protest in ontvangst nam (zie boven, nr. 429), of weigert mede te werken aan de bewijsvoering : Grünebaum, A., *o.c.,* bl. 158 e.v.; — vgl. : Suyling, J. Ph., *o.c.,* nr. 380, bl. 109-110; — Thesingh, H., *o.c.,* nr. 34, bl. 80-81.

(2) Hrb. St. Niklaas, 5 maart 1957, *R.W.,* 1957-58, 1913.

Tenslotte werd er volledigheidshalve aan toegevoegd dat, zelfs zo de verkoper de bewijslast zou dragen, de verbintenis van de koper als voorwaardelijk moet beschouwd worden, vermits hij slechts moet betalen zo de koopwaar conform wordt bevonden. Maakt de schuldenaar (ter zake de koper) de vervulling van de voorwaarde (deskundig onderzoek van de conformiteit) onmogelijk, dan moet de voorwaarde als vervuld worden aangezien (artikel 1178 B.W.).

Uit al deze argumenten leidde de rechtbank af dat de koper de niet-conformiteit niet had bewezen en dat zijn verzet dus ongegrond was.

Ten aanzien van deze motivering passen enkele randbemerkingen.

In de eerste plaats moet nogmaals onderlijnd worden dat de bewijslast bepaald wordt door de inhoud van de objectiefrechtelijke regeling waaruit de partijen de door hen begeerde rechtsgevolgen willen zien afleiden. Wanneer de verkoper dagvaardt in betaling dan moet hij de conformiteit bewijzen, niet omdat hij eiser is (1), maar omdat hij zich beroept op de verbintenis van de koper om de conform geleverde koopwaren te betalen; de elementen van deze verbintenis en o.m. de conformiteit, moeten door de verkoper worden bewezen.

Beschouwingen zoals de vereisten van de handel, de stilzwijgende aanvaarding van de koopwaar (zie boven, nr. 429), de noodzakelijkheid van een deskundig onderzoek (zie boven, nr. 430) kunnen ongetwijfeld doorwegen bij de bewijswaardering door de feitenrechter, doch kunnen niet dienen om een bewijslastverdeling te rechtvaardigen.

Ter zake kon de rechtbank trouwens — en zij heeft dit ten dele gedaan — aannemen dat de verkoper aan zijn bewijsverplichtingen had voldaan, zodat de twijfel niet meer ten zijnen nadele zou uitvallen. De afwezigheid van een gewillige medewerking van de verweerder-koper, de toepassing van artikel 1178 van het burgerlijk wetboek, de stilzwijgende aanvaarding van de koopwaar, het gebrek aan bewarende maatregelen in hoofde van de koper, waren stuk voor stuk processuele gegevens waaruit het door de eiser te leveren bewijs kon worden afgeleid.

B. Niet-uitvoering van de middelverbintenis.

441. — Wanneer in voorgaande bespreking, hoofdzakelijk sprake was van een resultaatverbintenis, moet thans even de aandacht gevestigd worden op de middelverbintenis (2).

Ook hier zal de vordering tot schadevergoeding slechts kunnen ingewilligd worden, zo voorafgaandelijk het bestaan en de uitgestrektheid (3) van de aangegane verbintenis en de niet-uitvoering

(1) Hier wordt dus afgeweken van de opvatting van Heenen die voorhoudt dat de bewijslast gelegd moet worden op de eiser, hij weze verkoper of koper : Van Rijn, J., et Heenen, J., *Principes de droit commercial,* III, Brussel, 1960, nr. 1701, bl. 38. Deze opvatting is al te formalistisch en sluit aan bij het procesrechtelijke adagium *actori incumbit probatio.* Zoals herhaaldelijk werd onderlijnd, moet de bewijslast materieelrechtelijk worden opgevat.

(2) Voor de begripsomschrijving hiervan : zie boven, nr. 416.

(3) Hierbij mag men evenwel niet vergeten dat de feitenrechter aan de hand van de omstandigheden der zaak dikwijls zelf de aard der verbintenis zal bepalen.

ervan zullen bewezen zijn (1). Het verschil zal evenwel hierin gelegen zijn dat ditmaal — in tegenstelling met de resultaatverbintenis (zie boven, nr. 419) — wel de *foutieve* niet-uitvoering zal moeten aangetoond worden. De schuldenaar heeft zich immers enkel verbonden alle middelen aan te wenden om een bepaald resultaat te bereiken; zo dit resultaat niet werd bereikt, is hij daarom niet *per se* in fout, maar zal de schuldeiser desbetreffend de bewijslast dragen (2).

Eens te meer is het niet nodig speciale argumenten ter rechtvaardiging van deze stelling naar voren te brengen; noch artikel 1137 van het burgerlijk wetboek (3), noch het principe van de betere bewijsgeschiktheid (4) dienden ter zake te worden ingeroepen om de voorgestane oplossing te verdedigen, vermits de algemene principes van de bewijslastregeling ook op dit domein van toepassing blijven.

Inderdaad, diegene die schadevergoeding vordert, moet normaal de niet-uitvoering bewijzen (zie boven, nr. 419). Daar in een middelverbintenis, geen bepaald resultaat werd beloofd, kan men zich dus niet beroepen op de afwezigheid van resultaat; er moet aangetoond worden dat de schuldenaar van de verbintenis niet alle middelen in het werk heeft gesteld, hetgeen dus betekent dat men een fout in hoofde van de schuldenaar moet bewijzen.

442. — Het best gekende voorbeeld van dergelijke aansprakelijkheid is die van de geneesheer.

Vooraf dient erop gewezen te worden dat die aansprakelijkheid eerder (zie nochtans verder, nr. 446) van contractuele aard is (5).

De verbintenis die uit een dergelijk contract voortvloeit is een middelverbintenis (6) : de geneesheer moet nl. zijn zorgen verlenen op een wijze, die van een goed arts mag verwacht worden (7). Diens volgens kan hij, behoudens zware vergissing, niet aansprakelijk gesteld worden voor een verkeerde diagnose, een voorgeschreven behandeling of de behandeling zelf.

Er is daarentegen geen aansprakelijkheid uit overeenkomst wanneer er tussen de geneesheer en de zieke geen contract tot stand is gekomen, doordat bv. de geneesheer toevallig en ongevraagd hulp verleende aan een persoon die op de openbare weg gekwetst werd (1).

443. — Een punt dat geen uitvoerige behandeling vergt, is het bewijs van het contract tussen geneesheer en zieke. Algemeen wordt aanvaard dat het bestaan van dit contract door alle rechtsmiddelen kan bewezen worden (2).

De vraag naar de bewijslast zal verschillend beantwoord worden naargelang de gevallen. Wanneer een geneesheer een eis instelt tot betaling van het hem verschuldigd ereloon, dan zal hij moeten aantonen dat hij wel degelijk aangezocht werd door de behandelde zieke. Beroept deze laatste zich evenwel op de contractuele verbintenissen van de geneesheer om diens aansprakelijkheid in het gedrang te brengen, dan zal hij zelf op zijn beurt de bewijslast van het bestaan van die verbintenissen moeten dragen (zie ook verder, nr. 446).

444. — Belangrijker is het de inhoud van de contractuele verbintenissen van de geneesheer te bepalen.

De geneesheer is natuurlijk gehouden, aan de zieke een gewetensvolle en aandachtige verzorging te geven; zo deze verplichting niet wordt nageleefd, kan hij hiervoor aansprakelijk worden gesteld (zie verder, nr. 447).

Nochtans werd sinds enkele jaren, vnl. door de Franse rechtspraak, daarenboven ook de aandacht gevestigd op de verplichting om voorafgaandelijk de vrije en duidelijke toestemming van de zieke te bekomen betreffende diens behandeling (3).

445. — De noodzakelijkheid om de vrije en duidelijke toestemming van de zieke te bekomen,moet even nader belicht wor-

(1) Tunc, A., in H. et L. Mazeaud, *o.c.*, I, nr. 694-4, bl. 772-773; — Verbr., 28 maart 1889, *Pas.*, 1889, I, 151.
(2) Cass. fr., 17 maart 1947, *J.C.P.*, 1947, II, 3736, met noot C.B.
(3) Zie nochtans : De Page, II, nr. 596, B, bl. 563-564; — Advies van de toenmalige Advocaat-Generaal R. Hayoit de Termicourt vóór Verbr., 20 juni 1940, *Pas.*, 1940, I, 172. Dit artikel kan wel als bijkomend argument gebruikt worden.
(4) Zie aldus : Kirkpatrick, J., *o.c.*, nr. 15, *R.C.J.B.*, 1959, 62.
(5) De Page, II, nr. 927, bl. 854, noot 1; — Savatier, R., *Traité de la responsabilité civile*, Paris, 1939, II, nr. 775 e.v., bl. 389 e.v.; — zie o.m. ook : Rb. Brussel, 6 februari 1946, *J.T.*, 1946, 304; — Luik, 3 april 1947, *Pas.*, 1947, II, 31; — Brussel, 16 juni 1947, *J.T.*, 1947, 463; — Brussel, 20 juni 1956, *Pas.*, 1957, II, 115; — Brussel, 12 februari 1957, *Pas.*, 1958, II, 1; — Brussel, 31 maart 1960, *Pas.*, 1961, I, 154; — Cass. fr., 20 mei 1936, *D.P.*, 1936, 1, 88; *S.*, 1937, 1, 321, met noot Breton; — Anders : Van Rijn, J., *o.c.*, nr. 159 en 160, bl. 218 e.v.
(6) Vred. Brussel, 10 september 1953, *R.G.A.R.*, 1954, 5444; — Rb. Kortrijk, 20 mei 1954, *R.G.A.R.*, 1955, 5605; — Cass. fr., 18 december 1956, *D.*, 1957, *J.*, 231.
(7) Cass. fr., 20 mei 1936, *D.P.*, 1936, 1, 88.

(1) Zie bv. Paris, 18 maart 1938, *D.H.*, 1938, 377; — vgl. Rijckmans, X., et Zwick, J., *Les droits et les obligations des médecins*, Brussel, 1954, nr. 455, bl. 364 e.v.
(2) Zie o.m. : De Page, III, nr. 904 en 905, bl. 895 e.v.; — Brussel, 6 januari 1951, *R.W.*, 1950-51, 944.
(3) Zie o.m. Paris, 11 mei 1937, *D.H.*, 1937, 340; — Cass. fr., 28 januari 1942, *Gaz. Pal.*, 1942, 1, 178; — Douai, 10 juli 1946, *S.*, 1946, 2, 121, met noot Rabut; — Cass. fr., 28 mei 1951, *D.*, 1952, *J.*, 647; — Lyon, 17 november 1952, *D.*, 1953, *J.*, 253, met noot Gervesie. Over het karakter van die toestemming, zie : Desbois, H., Noot onder Rb. Seine, 16 mei 1935, *D.P.*, 1936, 2, 9.

den. Vermits zij een verbintenis is die voortvloeit uit de zogenaamde overeenkomst (1), moet zij duidelijk onderscheiden worden van de toestemming die zoals voor elk contract, bij het aangaan van die overeenkomst vereist is.

De elementen die de toestemming van de zieke bepalen werden a.v. omschreven : « Avant d'entreprendre un traitement ou de procéder à une intervention chirurgicale, le médecin est tenu, hors le cas de nécessité, d'obtenir le consentement libre et éclairé du malade, ou dans le cas où il serait hors d'état de le donner, celui des personnes qui sont investies à son égard d'une autorité légale, ou que leur lien de parenté avec lui désignent comme des protecteurs naturels. Cette obligation a pour corrolaire, celle de renseigner le malade sur les risques que comporte le traitement ou l'opération conseillée et le médecin n'est dispensé de signaler que ceux dont la réalisation est si improbable qu'ils peuvent être négligés » (2).

Dit betekent dus dat de geneesheer de toestemming van de patient moet bekomen betreffende de voorgestelde behandeling, hetgeen meteen inhoudt dat de zieke nauwkeurig moet ingelicht zijn over de aard, de risico's en het vermoedelijke resultaat van deze behandeling. De geneesheer zou dan ook een zware fout begaan, zo hij om die toestemming te bekomen, onnauwkeurige of valse inlichtingen verstrekt (3).

Soms werd deze verplichting bekritiseerd, omdat de zieke die beroep doet op een geneesheer in deze laatste vertrouwen stelt en impliciet elke behandeling aanvaardt. Lukt de behandeling niet, dan zal de zieke geneigd zijn de afwezigheid van toestemming in te roepen, hetgeen zou leiden tot een ware resultaatverbintenis (4).

446. — Afgezien van deze kritiek, werd herhaaldelijk de vraag gesteld wie de b e w i j s l a s t ter zake moest dragen. Zal de zieke moeten aantonen dat hij zijn toestemming ten aanzien van de doorgevoerde behandeling niet heeft gegeven, of rust daarentegen het bewijs van de toestemming op de behandelende geneesheer?

Het overgrote deel der Franse rechtspraak is van oordeel dat het slachtoffer het gebrek aan toestemming moet bewijzen (5); hetzelfde geldt wanneer de patient beweert dat de geneesheer een andere behan-

(1) In werkelijkheid is zij gebaseerd op het persoonlijkheidsrecht : zie verder, nr. 446.
(2) Lyon, 17 november 1952, voormeld; — zie ook Planiol et Ripert, VI, nr. 526, bl. 712 e.v.; — Brussel, 11 januari 1962, *J.T.*, 1962, 261.
(3) Zoals bv. de vervalsing van een laboratoriumonderzoek : Cass. fr., 28 december 1954, *D.*, 1955, *J.*, 249, met noot R. Savatier.
(4) Ségur, L., *La notion de faute contractuelle en droit civil,* Aix, 1956, bl. 210.
(5) Zie o.m. : Cass. fr., 29 mei 1951, *D.*, 1952, *J.*, 53, met noot R. Savatier; *S.*, 1953, 1, 41, met noot M. Nerson; *J.C.P.*, 1951, II, 6421, met noot R. Perrot; — Lyon, 16 april 1956, *D.*, 1956, *J.*, 693.

deling heeft toegepast dan diegene waarvoor toestemming was gegeven (1). Dit zou normaal zijn, omdat het slachtoffer in zijn hoedanigheid van eiser de niet-uitvoering van een contractuele verbintenis inroept.

Vele rechtsgeleerden zijn daarentegen de mening toegedaan dat de bewijslast op de geneesheer rust, niet zozeer omdat de zieke anders een *proposition négative indéfinie* zou moeten bewijzen, maar veeleer omdat de verplichting van de geneesheer om de toestemming van de zieke te bekomen vóór en buiten elk contract bestaat, vermits zij gebaseerd is op de eerbied voor de menselijke persoon (2). Daar artikel 1315 van het burgerlijk wetboek dient ter bescherming van de normale toestand — ter zake de physische integriteit —, zou de geneesheer de afwijking van deze normale toestand moeten bewijzen (3). Tegen de opwerping als zou een dergelijke bewijslast het beroep van de geneesheer ten zeerste hinderen, werd ingebracht dat deze bewijslast niet zo zwaar is, vermits de feitenrechter zeer dikwijls op grond van feitelijke vermoedens het vereiste bewijs als geleverd zal beschouwen (4).

Eens te meer is hier dikwijls verwarring ontstaan tussen bewijslast en bewijswaardering. Men leidde immers zeer dikwijls uit de concrete gegevens van het geval af dat de geneesheer het bewijs van de instemming van de patient met de doorgevoerde behandeling had geleverd. Zo zou bv. het stilzwijgen van de patient (5) een aanwijzing voor de toestemming zijn, zodat uiteindelijk de zieke de afwezigheid van instemming zou moeten bewijzen. Dit schijnt wel impliciet de redenering geweest te zijn van het Franse Hof van Cassatie, in zijn reeds vermeld arrest d.d. 29 mei 1951, wanneer het zegt « qu'il appartient au malade, lorsqu'il *se soumet en pleine lucidité* à l'intervention, de rapporter la preuve que le chirurgien a manqué à cette obligation contractuelle en ne l'informant pas de la véritable nature de l'opération qui se préparait et en ne sollicitant pas son consentement à cette opération ». De rechtbank beslist dan soeverein of de feitelijke ver-

(1) Brussel, 6 januari 1951, *R.W.*, 1950-51, 944.
(2) Perrot, R., noot onder Cass. fr., 29 mei 1951, *J.C.P.*, 1951, II, 6421; — vgl. Savatier, R., *o.c.*, II, nr. 785, bl. 390; — Loup, J., noot onder Paris, 12 maart 1931, *D.P.*, 1931, 2, 143; — Luik, 30 juli 1890, *Pas.*, 1891, II, 78; — Lyon, 6 januari 1937, *D.H.*, 1938, *Somm.*, 11; — Angers, 4 maart 1947, *D.*, 1948, *J.*, 298, met noot R. Savatier.
(3) Perrot, R., *o.c., l.c.*
(4) Savatier, R., noot onder Angers, 4 maart 1947, *D.*, 1948, *J.*, 298; — Savatier, R., noot onder Cass. fr., 29 mei 1951, *D.*, 1952, *J.*, 53.
(5) Soms werd weliswaar voorgehouden dat het stilzwijgen van de patient geen wilsverklaring zou zijn : Rijckmans, X., et Zwick, J., *o.c.*, nr. 488, bl. 395. Zoals De Page liet opmerken kan een stilzwijgen nochtans omstandig zijn (*silence circonstancié*) : I, nr. 24, voetnoot 2, bl. 36.

moedens volstaan om het vereiste bewijs als geleverd te beschouwen en de zieke met het bewijs van het tegendeel te belasten (1).

In werkelijkheid zal de zieke, wanneer hij aanspraak maakt op schadevergoeding uit overeenkomst, niet alleen de overeenkomst moeten bewijzen (zie boven, nr. 443), maar ook de niet-uitvoering ervan; hij zal meer speciaal moeten aantonen dat de geneesheer hem niet duidelijk voorgelicht heeft (2), of niet de vereiste zorgen toediende (zie verder, nr. 447). In geval van twijfel zal de zieke het nadeel hiervan dragen en in zijn vordering niet slagen.

Men kan zich bij dit alles wellicht de vraag stellen of de partijenverhouding geneesheer-patient wel thuishoort in het klassieke contractuele kader. Staat men hier weer niet voor een rechtsbetrekking *sui generis,* waarvan *le donné,* nl. de psychologisch-menselijke verhouding niet volledig kan opgenomen worden in de bestaande rechtsconstructies (3)?

447. — Wat de hoofdverplichting van de geneesheer betreft, nl. zorgen van goede hoedanigheid te verlenen, is men tegenwoordig de mening toegedaan dat het slachtoffer het foutief optreden van de geneesheer moet bewijzen (4). Deze oplossing is in overeenstemming met de beginselen waarvan de aansprakelijkheid van de geneesheer als illustratie moest dienen.

Dit bewijs zal niet steeds zo zwaar zijn, vermits de feitenrechter eens te meer op grond van zijn vrije bewijswaardering kan vaststellen dat de behandelende geneesheer bv. met een ongehoorde lichtzinnigheid is te werk gegaan (5). In aansluiting hiermede kan verwezen worden naar de Duitse rechtspraak, volgens dewelke in geval van zware nalatigheid of grove lichtzinnigheid van de geneesheer, deze laatste het bewijs zal moeten leveren dat er geen oorzakelijk verband bestaat tussen de geneeskundige behandeling en de opgelopen schade

(1) Vgl. Cass. fr., 7 mei 1901, *S.*, 1902, 1, 135.
(2) Vgl. met de beroepsschuld van de notaris : Dalcq, R., *Responsabilité notaire, Examen de jurisprudence, Rev. prat. not.,* 1956, 148 e.v.
(3) Vgl. Ripert et Boulanger, II, nr. 699, bl. 244-245.
(4) Falque, C., *La responsabilité du médecin après l'arrêt de la Cour de Cassation du 20 mai 1936, Rev. Crit.,* 1937, 622; — Nast, M., *La nature juridique de la responsabilité des médecins et chirurgiens à raison de leur faute médicale, J.C.P.,* 1941, I, 203; — Rb. Ieper, 28 juli 1843, *B.J.,* 1843, 1494; — Verbr., 16 december 1948, *Pas.,* 1948, I, 727; — Rb. Tongeren, 30 juni 1950, *R.W.,* 1956-57, 1512; — Luik, 5 januari 1952, *R.W.,* 1956-57, 1505; — Cass. fr., 27 juni 1939, *J.C.P.,* 1940, II, 1438, met noot R. Dallant; — Rb. Lille, 30 januari 1952, *D.,* 1952, *Somm.,* 35; — Rb. Seine, 15 mei 1956, *D.,* 1956, *J.,* 554.
(5) Cass. fr., 27 juni 1939, voormeld; — vgl. De Page, II, nr. 596, B, kleine tekst, bl. 565.

doordat diezelfde schade zich ook zou voorgedaan hebben buiten elke medische tussenkomst om (1).

448. — In voorgaande uiteenzetting werd het meest voorkomende geval uit de rechtspraktijk aangehaald, nl. de vordering tot schadevergoeding door het slachtoffer van een geneeskundige behandeling. Zoals gezegd zal het slachtoffer moeten aantonen dat de geneesheer zijn verplichtingen niet heeft nageleefd en nl. dat hij zijn patient niet duidelijk heeft voorgelicht en dus diens toestemming niet bekwam en dat hij deze geen goede zorgen toediende.

Het kan natuurlijk ook gebeuren dat de geneesheer de betaling van een vergoeding vraagt voor de door hem geleverde prestaties. In dat geval zal hij het bestaan van de verbintenis van de patient (het zgn. contract) alsmede de nakoming van zijn eigen verplichtingen moeten aantonen. Voor deze oplossing gelden dezelfde argumenten als diegene welke boven reeds ontwikkeld werden (zie o.m. nr. 432).

C. Niet-uitvoering van de verbintenis niet te doen.

449. — Tenslotte wordt algemeen aanvaard dat bij de verbintenissen niet te doen, de niet-uitvoering eveneens door de schuldeiser moet bewezen worden (2).

Hoewel soms werd voorgehouden dat deze regeling het gevolg zou zijn van het feit dat een oneindig-negatieve bewering niet kan bewezen worden (3), is zij heel eenvoudig een toepassing van de reeds boven uiteengezette principes (zie nr. 419 e.v.).

Inderdaad, zo de schuldeiser schadevergoeding vordert wegens niet-uitvoering (4), moet hij de rechtscheppende feiten van die schadevergoeding bewijzen, nl. enerzijds de verbintenis niet te doen en anderzijds de niet-uitvoering van die verbintenis. Deze oplossing, die gerechtvaardigd is door de algemene beginselen, wordt daarenboven nog bevestigd door een speciaal tekstargument, nl. artikel 1145 van het burgerlijk wetboek, volgens hetwelk schadevergoeding verschuldigd is uit hoofde van de *overtreding* der verbintenis niet te doen. Het is duidelijk dat hieruit volgt dat de overtreding door de schuldeiser moet bewezen worden (5), vermits zij de bestaansvoorwaarde (rechtscheppend feit) is van de ingestelde vordering.

(1) Zie desbetreffend : Blomeyer, A., *Die Umkehr der Beweislast, A.c.P.,* 158 (1960), bl. 104 e.v.
(2) Planiol, M., noot onder Paris, 8 februari 1896, *D.P.,* 1896, 2, 457 e.v.; — Tunc, A., in H. et L. Mazeaud, *o.c.,* I, nr. 694-5, bl. 774 e.v.; — De Page, II, nr. 596, B, bl. 564.
(3) Zie o.m. : Kirkpatrick, J., *o.c.,* nr. 12, *R.C.J.B.,* 1959, 57-58.
(4) Een eis tot uitvoering is uiteraard niet mogelijk : artikel 1142 B.W.
(5) Zie ook : Planiol, M., *o.c, l.c.*

3 §. Besluit.

450. — Wanneer men, om te besluiten, bij de contractuele verbintenissen het onderscheid tussen middelverbintenis en uitslagverbintenis van naderbij beschouwt, kan men moeilijk aannemen dat het belang ervan zich zou beperken tot een omkering van de bewijslast (1).

Er bestaat ongetwijfeld een merkelijk verschil tussen beide soorten van verbintenissen, maar daarom nog niet met betrekking tot de bewijslast. Hoogstens kan men zeggen dat de inhoud van het bewijs enigermate zal verschillen.

Heeft de schuldenaar zich verbonden tot een bepaald resultaat, dan zal de eiser in zijn eis tot schadevergoeding moeten aantonen dat deze verbintenis niet werd uitgevoerd doordat het resultaat niet werd bereikt. Doch ook wanneer de schuldenaar enkel gehouden was alles in het werk te stellen om een goed resultaat te bekomen, zal de partij die schadevergoeding vordert, de niet-uitvoering van deze middelverbintenis moeten aantonen, d.w.z. het bewijs moeten leveren dat de schuldeiser niet de vereiste zorgvuldigheid aan de dag heeft gelegd.

De bewijslast zal ongetwijfeld in het laatste geval zwaarder zijn; niet zozeer omdat er meer zou moeten bewezen worden, doch heel eenvoudig omdat het moeilijker is aan te tonen dat de schuldenaar niet gehandeld heeft zoals het een *bonus pater familias* past. In beide gevallen zal evenwel de niet-uitvoering van de aangegane verbintenis moeten bewezen worden.

451. — Ook bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad zullen de verschillende aan deze vordering ten grondslag liggende elementen moeten bewezen worden, nl. het door de verweerder veroorzaakt schadebrengend feit, de fout van de dader, het causaal verband tussen schadegeval en schade en tenslotte het bestaan en de omvang van die schade (2).

De regeling van de bewijslast op het gebied van de aansprakelijkheid is dus principieel dezelfde, of men nu een onderscheid maakt tussen de aansprakelijkheid uit overeenkomst en de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, of tussen de middelverbintenis en de uitslagverbintenis. De bewijslast wordt bepaald door de inhoud van de vordering : de schuldeiser of het slachtoffer is

(1) Aldus evenwel : Tunc, A., *La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence,* nr. 26, *J.C.P.,* 1945, I, 449; — Thomas, Cl., *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, Rev. crit.,* 1937, 638 en 642.

(2) In werkelijkheid stelt het probleem van de bewijslast van de omvang der schade zich niet : zie desbetreffend de uitvoerig gemotiveerde opmerkingen van J. Ronse : A.P.R., Tw. *Schade en schadeloosstelling (onrechtmatige daad),* nr. 63 e.v.
Ook kan het gebeuren dat sommige van deze elementen vermoed worden in de door de wetgever bepaalde gevallen.

verplicht de wettelijke bestaanselementen van zijn vordering (rechtscheppende feiten) te bewijzen.

De principieel gelijke bewijslastregeling is trouwens een bijkomend argument ten gunste van de hoger inzake contractuele aansprakelijkheid verdedigde stelling. Er werd immers door sommige auteurs ten onrechte voorgehouden (zie boven, nr. 421) dat de schuldenaar de uitvoering zou moeten bewijzen omdat de schuldeiser anders met een negatief bewijs zou worden belast. Inzake aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan het nochtans ook voorkomen dat het slachtoffer een negatief bewijs moet leveren, wanneer de fout bestaat in een niet-doen (1). Waarom zou op dit stuk een onderscheid moeten gemaakt worden tussen de contractuele aansprakelijkheid en de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad? Wel zal men bij het bewijs van negatieve feiten niet zo streng zijn en gemakkelijker vrede nemen met slechts enkele elementen (2), zonder nochtans de bewijslast om te keren.

452. — Bij de aansprakelijkheidsgeschillen ligt het onderscheid natuurlijk in het feit dat de elementen, die het recht op schadevergoeding bepalen naargelang van de gevallen verschillend zijn. Het kan dus wel van belang zijn de inhoud van de verbintenis te bepalen, niet omdat de principiële bewijslastregeling zou verschillen, maar heel eenvoudig omdat zoals voor elk geschil het voorwerp van de bewijslast afhangt van hetgeen gevorderd wordt.

Het is dan ook verkeerd sommige bewijslasttheorieën te verwerpen, omdat zij in een of ander geval geen afdoend antwoord zouden geven op de vraag naar de bewijslast (3). In dergelijke gevallen ligt de onzekerheid zeer dikwijls in de bepaling van de inhoud der verbintenis (4), zodat men niet nauwkeurig de rechtscheppende feiten kan aanduiden en dus ook de bewijslastverdeling niet precies kan vastleggen.

Uiteindelijk blijkt dus dat de bewijslast niet bepaald wordt door de aard, maar wel door de inhoud en de uitgestrektheid van de verbintenis, die het voorwerp van de vordering uitmaakt en waarvan de wettelijke constitutieve elementen zullen moeten bewezen worden (5) : « La source de l'obligation importe peu; c'est l'objet qu'il convient avant tout de considérér » (6).

(1) Zie bv. Gent, 8 juni 1957, *Pas.,* 1958, II, 93 (ter zake het niet-bewaken van een huis); — vgl. Cass. fr., 27 februari 1951, *J.C.P.,* 1951, II, 6193, met noot Mihura; — zie ook Larguier, J., *o.c.,* nr. 33, voetnoot 97, *Rev. trim. dr. civ.,* 1953, 27.

(2) Zie bv. Rb. Luik, 23 december 1955, *Bull. Ass.,* 1956, 250.

(3) Zie nochtans aldus : Tunc, A., in H. et L. Mazeaud, *o.c.,* nr. 694-4, voetnoot 7, bl. 775.

(4) Zie bv. Hrb. Brussel, 4 december 1929, *Jur. Comm. Brux.,* 1930, 106.

(5) Dit is zeer duidelijk gebleken bij het onderzoek naar de bewijslast betreffende de conformiteit van de koopwaar : zie boven, nr. 433 e.v.

(6) Decottignies, R., *o.c.,* nr. 59, bl. 140; — zie ook : Ripert et Boulanger, II, nr. 926, bl. 323-324; — Brun, A., *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et*

Ook voor het tegenbewijs zal het voorwerp van de vordering tot schadevergoeding bepalend zijn.

In een uitslagverbintenis wordt een recht op schadevergoeding toegekend ingevolge de enkele niet-uitvoering der verbintenis, hetgeen door de schuldeiser zal moeten bewezen worden. Daar het begrip fout hier geen eigenlijke rol speelt, zal de schuldenaar moeten aantonen dat de niet-uitvoering hem niet ten laste kan gelegd worden omdat er een vreemde oorzaak is tussengekomen. Het bestaan van die vreemde oorzaak moet dienvolgens door de schuldenaar bewezen worden, met dien verstande evenwel dat hij hierbij aantone dat die vreemde oorzaak de uitvoering van de verbintenis absoluut onmogelijk heeft gemaakt en dat zij met geen enkele fout van de schuldenaar gepaard ging (1). Het bewijs van dit laatste element kan nochtans afgeleid worden uit de onmogelijkheid een fout te hebben bedreven (2).

Bij de middelverbintenis zal de schuldenaar het bewijs moeten leveren dat hij geen enkele fout heeft begaan, doch integendeel zeer nauwgezet alle middelen heeft aangewend om het gestelde doel te bereiken (3). In werkelijkheid zal het hem nochtans dikwijls gemakkelijker vallen een vreemde oorzaak aan te wijzen. De verweerder wordt aldus niet belast met een negatief bewijs (afwezigheid van fout) doch slechts verplicht het tegenovergesteld positief feit (vreemde oorzaak) aan te tonen (4).

AFDELING IV. BEWIJSLAST EN VERZEKERING.

1 §. Algemene principes.

453. — Indien men de vraag naar de bewijslast inzake verzekeringen stelt, dan kan het antwoord na enig onderzoek zeer eenvoudig klinken.

De meeste auteurs hebben dit probleem louter casuïstisch behandeld (5) en hoewel meestal de voorgestelde oplossingen uiteindelijk gelijklopend zijn, kan toch een poging van synthese gewaagd worden.

délictuelle, Paris, 1931, nr. 46 e.v., bl. 61 e.v.; — zie eveneens in verband met de aansprakelijkheid van de geneesheer : Arrighi de Casanova, E., *La responsabilité médicale et le droit commun de la responsabilité civile,* Paris, 1946, nr. 114, bl. 189; — Falque, C., *La responsabilité du médecin après l'arrêt de la Cour de cassation du 20 mai 1936, Rev. Crit.,* 1937, 622.

(1) Verbr., 15 februari 1951, *Pas.,* 1951, I, 388; — voor een toepassingsgeval, zie artikel 1733 van het burgerlijk wetboek.

(2) Hetgeen niet hetzelfde is als het niet bedrijven van een fout : De Page, II, nr. 604, bl. 575; — vgl. Dekkers, R., II, nr. 122, voetnoot 5, bl. 72.

(3) Cass. fr., 12 oktober 1955, *D.,* 1956, *J.,* 301.

(4) Zie aldus Larguier, J., *o.c.,* nr. 41, *Rev. trim. dr. civ.,* 1953, bl. 30-31.

(5) Zie o.m. Frédericq, L., III, nr. 254 e.v., bl. 364 e.v., nr. 328, bl. 438 e.v.; — Laloux, P., *Traité des assurances terrestres,* Brussel, 1944, nr. 159 e.v., bl. 143 e.v. Dit is de reden waarom soms totaal tegenstrijdige stellingen door éénzelfde auteur verdedigd worden. Zo werd o.m. beweerd dat de verzekeraar niet moet bewijzen dat het betwiste schadegeval uitgesloten werd, terwijl de bewijslast toch op hem zou komen te rusten wanneer hij een wettelijke of contractuele uitsluiting inroept om van zijn verbintenissen ontslagen te worden! (Aldus Van Eeckhout, W., *Traité des assurances terrestres,* 3de uitg. door Monette, F., De Villé, A., et André, R., I, Brussel, 1949, nr. 351, bl. 497-498).

454. — Ingevolge de algemene beginselen moet de verzekerde die bepaalde aanspraken laat gelden, het bewijs leveren van de feitelijke elementen die volgens de wet voor het door hem ingeroepen recht bepalend zijn. De verzekerde zal dus in zijn hoedanigheid van eiser de ontstaansvoorwaarden van zijn recht moeten stellen en eventueel, voor zover ze betwist worden, bewijzen.

Deze ontstaansvoorwaarden zijn in de schadeverzekering vnl. de volgende : het onzekere voorval (de schadeoorzaak : bv. brand, diefstal, ongeval, overlijden), de schade (1), het causaal verband (2), het belang (art. 4 en 41 wet 11 juni 1874) en tenslotte de verbintenis van de verzekeraar om de geleden schade te vergoeden ingevolge de gesloten verzekeringsovereenkomst (3).

Meer moet door de verzekerde niet bewezen worden om zijn vordering te staven. Ontstaat er bv. een betwisting over de oorsprong van de schadeoorzaak en beweert de verzekeraar dat het risico niet voorzien was in de overeenkomst, dan zal deze laatste hiervan de bewijslast dragen en o.m. moeten aantonen dat ter zake de schade te wijten is aan een oorzaak, die uitdrukkelijk — positief of negatief — uitgesloten werd. De verzekerde moet immers de overeenstemming tussen het gestelde feit en de overeenkomst bewijzen, maar de verzekeraar zal de aanwezigheid van rechtsverhinderende of rechtsvernietigende feiten moeten aantonen.

Veronderstel dat de verzekerde een vergoeding vordert wegens brandschade en de boven vermelde elementen bewezen heeft, dan zal de verzekeraar, die bv. een eigen gebrek van de zaak (zie verder, nr. 459 en 462) opwerpt, het bewijs ervan moeten aanbrengen (4). Inderdaad, de brand als schadeoorzaak (rechtscheppend feit) werd bewezen, zodat de verzekerde normaal recht heeft op de vergoeding van de geleden schade, vermits de brand wel degelijk vermeld werd als verzekerd risico. Wil de verzekeraar aan zijn verplichting ontsnappen, en beweert hij dat dit risico, hoewel verzekerd, geen aanleiding kan geven tot een vergoeding omdat het op zijn beurt te wijten is aan een oorzaak die contractueel of wettelijk uitgesloten werd, dan werpt hij een exceptie op waarvan hij de elementen zal moeten bewijzen (5).

(1) Tenzij men te doen heeft met een personenverzekering, vermits het bedrag contractueel alsdan wordt bepaald : Frédericq, L., III, nr. 194, bl. 290.

(2) Meestal zal de rechter dit oorzakelijk verband bewezen achten op grond van feitelijke vermoedens : Scheltema, H.J., *Verzekeringsrecht,* Groningen, 1945, bl. 113-114.

(3) Dorhout Mees, T.J., *Schadeverzekeringsrecht,* 3de uitg., Zwolle, 1953, bl. 350.

(4) Art. 33 en 35 wet 11 juni 1874; — vgl. art. 294 Ned. H.W. : « De verzekeraar is ontslagen van de verplichting tot voldoening der schade, indien hij bewijst dat de brand door merkelijke schuld of nalatigheid van de verzekerde zelve veroorzaakt is ».

(5) Hier is het gebrek van de zaak immers een rechtsvernietigend feit (artikel 18 van de wet van 11 juni 1874). Deze bewijslastverdeling is dan ook niet strijdig met de oplossing die voorgesteld werd bij de geschillen over de conformiteit van de koopwaar;

Men kan eventueel in dit verband een onderscheid maken tussen de *causa proxima* (het schadegeval) en de *causa remota* (eigen schuld, eigen gebrek van de zaak, oorlog,...). Heeft de belanghebbende een der naderbij gelegen schadeoorzaken bewezen, dan kan de verzekeraar daarentegen bewijzen dat de uiteindelijke schadeoorzaak er een is, waarvoor hij niet aansprakelijk is (1).

Nochtans is dit onderzoek niet noodzakelijk om de regeling van de bewijslast te rechtvaardigen. De verzekerde moet immers bewijzen dat alle voorwaarden — o.m. het schadegeval — van zijn recht op schadevergoeding vervuld zijn. Op de verzekeraar rust alsdan de verplichting om een oorzaak aan te wijzen, waardoor hij van zijn verbintenissen ontslagen wordt (2).

455. — In dit verband kan een onderscheid gemaakt worden tussen de niet-verzekering van een risico (*non-assurance*) en de vervallenverklaring van de voordelen die in het verzekeringscontract voorzien waren (*déchéance*) (zie boven, nr. 134).

Het is duidelijk dat de verzekerde het bewijs moet leveren dat het schadegeval dat hij inroept wel degelijk verzekerd was en tot vergoeding moet aanleiding geven.

Wanneer in een polis bedongen wordt dat de autobestuurder een rijbewijs moet hebben om bij ongeval op de voordelen van de verzekering aanspraak te kunnen maken, dan betekent dit dat de verzekeraar slechts het risico wil dragen, zo de contractueel bepaalde voorwaarden van de door hem aangegane verbintenis, vervuld zijn. Dienvolgens zal de verzekerde moeten aantonen dat hij een rijbewijs heeft en dat de verzekering dus haar gevolgen moet hebben (3).

Hetzelfde doet zich voor, wanneer de verzekerde zich verbonden heeft nooit meer dan één wagen tegelijkertijd in omloop te brengen (4).

456. — De vervallenverklaring daarentegen is een rechtsvernietigende norm die door de verzekeraar moet worden bewezen : « On peut dire que la déchéance est un moyen ou une exception,

de verkoper-eiser die de betaling of schadevergoeding vordert, moet de conformiteit bewijzen omdat zij tot de rechtscheppende feiten behoort (zie boven, nr. 432 en 434).

(1) Scheltema, H.J., *o.c.*, bl. 111; — Hof 's Gravenhage, 23 januari 1893, *W.*, 6311; — Hof 's Gravenhage, 16 oktober 1893, *W.*, 6437.

(2) Dorhout Mees, T.J., *o.c.*, bl. 351; — Hof 's Gravenhage, 10 oktober 1902, *W.*, 7881; — Arr. Rb. Den Bosch, 2 mei 1919, *N.J.*, 1919, 718; — Arr. Rb. Amsterdam, 17 december 1947, *N.J.*, 1948, 394; — vgl. Picard, M., et Besson, A., *Traité général des assurances terrestres,* I, Paris, 1938, nr. 210, bl. 434-435.

(3) Rb. Seine, 17 november 1932, *Gaz. Pal.*, 1933, 1, 121; — Paris, 11 januari 1933, *Rev. gén. ass. terr.*, 1933, 164; — Paris, 21 februari 1933, *Rev. gén. ass. terr.*, 1933, 585; — Anders : Douai, 18 januari 1932, *Rev. gén. ass. terr.*, 1933, 162; — Cass. fr., 7 januari 1936, *Rev. gén. ass. terr.*, 1936, 353, met noot M. Picard; — Cass. fr., 23 maart 1937, *S.*, 1937, 1, 184. Over het belang van dit probleem, zie Besson, A., *Le permis de conduire et l'assurance de responsabilité-automobile, Rev. gén. ass. terr.*, 1935, 690.

(4) Cass. fr., 17 april 1947, *D.*, 1947, *J.*, 345, met noot P.L.P.

qui permet à l'assureur bien que le risque prévu au contrat se soit réalisé, de refuser l'indemnité stipulée en raison d'un fait reprochable à l'assuré, ou encore que c'est une peine qui retire à l'assuré en faute le bénéfice normal du contrat » (1).

Zo zal de verzekeraar o.m. de bewijslast dragen wanneer toepassing wordt gevraagd van de artikelen 9 en 31 van de wet van 11 juni 1874 in geval van verzwijging, valse verklaring of verzwaring van het risico (2). Dit zal ook het geval zijn wanneer de schade aanzienlijk werd overdreven (3).

Het is duidelijk dat dezelfde oplossing zich opdringt, wanneer de eigen fout van de verzekerde, het gebrek van de zaak of een oorlogsrisico worden ingeroepen (zie hierover verder, nr. 457 e.v.) (4).

De meningsverschillen die in dat verband kunnen oprijzen (5), zijn niet te wijten aan een verschil in opvatting over de bewijslast maar veeleer aan de mogelijke verwarring tussen het begrip *niet-verzekering* en *vervallenverklaring* van de verzekering.

457. — Welke zijn de risico's, die uitgesloten worden? De wet van 11 juni 1874 heeft er zelf verschillende voorzien.

In de eerste plaats bepaalt artikel 16 van voormelde wet dat geen enkele schade voor vergoeding in aanmerking komt, zo ze veroorzaakt werd door een zware persoonlijke fout van de verzekerde.

Algemeen wordt aanvaard dat de verzekeraar die zich beroept op artikel 16, de voorziene fout van de verzekerde zal moeten bewijzen (6). De wetgever heeft immers voor het tegengesteld verschijnsel een negatief-werkend voorschrift opgesteld (zie boven, nr. 22 en 130 e.v.).

Het meest voorkomend geval in de praktijk is dat van de dronkenschap aan het stuur, voor zover de autobestuurder hierdoor in aan-

(1) Besson, A., *La notion de déchéance en matière d'assurance, Rev. gén. ass. terr.,* 1936, 242-243.

(2) Verbr., 3 november 1955, *Pas.,* 1956, I, 204; *R.W.*, 1955-56, 1911; *J.T.*, 1956, 53; — Rb. Luik, 15 april 1957, *J.T.*, 1957, 389. Deze bewijslastregeling kan afgelezen worden uit beide vermelde wetteksten. Het spreekt vanzelf dat de feitenrechter hier eens te meer bij de bewijswaardering met zekere feitelijke omstandigheden zal rekening houden : Verbr., 21 oktober 1960, *Pas.,* 1961, I, 195.

(3) Dit laatste wordt in sommige polissen voorzien en moet door de verzekeraar worden bewezen : Scheidsr. besliss., 28 september 1933, *R.G.A.R.,* 1933, 1399; — Scheidsr. besliss., 6 februari 1936, *R.G.A.R.,* 1936, 2065.

(4) Zie bv. Rb. Brussel, 29 januari 1958, *J.T.*, 1958, 728.

(5) Zie bv. Cass. fr., 7 januari 1936, voormeld.

(6) Frédericq, L., III, nr. 254, bl. 364; — Laloux, P., *o.c.*, nr. 159, bl. 144; — Dorhout Mees, T.J., *o.c., l.c.*

zienlijke mate het verkeer in groter gevaar brengt (1). De verzekeraar zal hiervan de bewijslast dragen (2).

458. — De wetgever heeft ook zelf toepassing gemaakt van artikel 16 en nl. inzake levensverzekering. In artikel 41 worden tal van gevallen vermeld, waarvoor de verzekeraar niet kan aangesproken worden. Het voornaamste t.a.v. de bewijslast is ongetwijfeld de zelfmoord, voor zover deze niet onvrijwillig was (3).

Vooral in Frankrijk werd jarenlang geredetwist over de bewijslast inzake levensverzekering. Volgens de rechtsleer moest de verzekeraar enkel bewijzen dat er zelfmoord werd gepleegd, terwijl het onvrijwillige karakter ervan door de rechthebbenden zou moeten aangetoond worden (4). Deze zienswijze is ongetwijfeld juist : de verzekeraar is van zijn verplichtingen ontslagen van zodra hij de zelfmoord bewezen heeft, tenzij de belanghebbenden op hun beurt het onvrijwillige karakter ervan aantonen.

De Franse rechtspraak heeft nochtans anders geoordeeld en de verzekeraar belast met het bewijs van de vrijwillige zelfmoord : « Le caractère conscient est un élément intrinsèque dont la preuve incombe à la partie qui doit établir le suicide » (5).

Wegens de bestaande onzekerheid werd dan ook in de meeste polissen een clausule voorzien, waarbij de bewijslast van het onvrijwillige karakter van de zelfmoord op de rechthebbenden werd gelegd (6).

Om aan al deze betwistingen een einde te stellen heeft de wetgever de juiste verdeling van de bewijslast in de wet van 13 juli 1930 aangeduid : « La preuve du suicide de l'assuré incombe à l'assureur, celle de l'inconscience de l'assuré au bénéficiaire de l'assurance » (7).

Vermits het hier in feite gaat om een toepassingsgeval van artikel 16, rust dus de bewijslast ongetwijfeld op de verzekeraar : hij zal moeten aantonen dat de verzekerde zelfmoord heeft gepleegd (8). Het volstaat dus dat de rechthebbenden van de overledene diens dood

(1) Brussel, 31 mei 1939, *Pas.*, 1939, II, 139.
(2) Verbr., 29 januari 1953, *Pas.*, 1953, I, 415; — Verbr., 2 mei 1957, *Pas.*, 1957, I, 1044; — Hrb. Aalst, 26 maart 1957, *R.W.*, 1957-58, 525; — Rb. Brussel, 29 januari 1958, *J.T.*, 1958, 728; — Brussel, 3 november 1960, *J.T.*, 1960, 744.
(3) Een zelfmoord die het gevolg zou zijn van een pathologische toestand, zal immers toch voor verzekering in aanmerking komen : Brussel, 18 maart 1939, *Pas.*, 1941, II, 25; — vgl. Cass. fr., 3 augustus 1876, *S.*, 1877, 1, 25; — Paris, 16 juli 1892, *S.*, 1892, 2, 199; — Paris, 21 oktober 1892, *D.P.*, 1893, 2, 16.
(4) Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations*, III, nr. 2064, bl. 424 e.v.; — Thévenet, J., *o.c.*, bl. 91-92.
(5) Paris, 30 november 1875, *D.P.*, 1877, 2, 132; — Cass. fr., 3 augustus 1876, *S.*, 1877, 1, 25; — Lyon, 17 februari 1891, *D.P.*, 1892, 2, 46; — Paris, 16 juli 1892, *D.P.*, 1893, 2, 233; — in dezelfde zin : Commarmond, F., *Le suicide dans l'assurance sur la vie*, Proefschr., Paris, 1908, bl. 102.
(6) Commarmond, F., *o.c.*, bl. 10, voetnoot 1.
(7) Art. 62, 3de lid; — Paris, 14 januari 1935, *Bull. Ass.*, 1935, 862.
(8) Parlem. Hand. Kamer, 1872-73, bl. 107-109; — Parlem. Hand. Senaat, 1873-1874, bl. 101-106.

bewijzen; beweert de verzekeraar dat hij wegens zelfmoord zijn verbintenissen niet moet nakomen, dan zal hij hiervan het bewijs moeten leveren, waarop dan eventueel de rechthebbenden gehouden zijn het onvrijwillige karakter van de bewezen zelfmoord aan te tonen (1). Deze regeling kan opnieuw duidelijk uit artikel 41, 4de lid, van de wet van 11 juni 1874 worden afgelezen.

De rechtspraak is niet steeds zeer duidelijk, mede doordat de polissen dikwijls zeer diverse clausules inhouden; nu eens houdt men voor dat de verzekeraar zowel de zelfmoord als het vrijwillige karakter ervan moet bewijzen (2), dan weer zou het de verzekerde zijn die het onvrijwillige karakter moet bewijzen (3).

Volledigheidshalve moet erop gewezen worden dat de regeling van de bewijslast totaal verschillend zal zijn bij een ongevallenverzekering (zie verder, nr. 464). Dit is een onderscheid, waarop niet altijd de aandacht gevestigd wordt.

459. — Een tweede geval van uitsluiting is dat omschreven in artikel 18 van de wet van 11 juni 1874, volgens hetwelk de verzekeraar evenmin kan aangesproken worden zo de schade het gevolg is van een eigen gebrek van de zaak.

Hier zal de verzekerde evenmin moeten bewijzen dat de veroorzaakte schade niet veroorzaakt werd door een eigen gebrek van de zaak. In de veronderstelling dat een bepaalde zaak verzekerd werd tegen sommige risico's, zal de verzekerde dus enkel moeten aantonen dat deze zaak wel degelijk beschadigd werd tengevolge van één der in het contract aangeduide oorzaken. Gewaagt de verzekeraar van een eigen gebrek der zaak, dan zal hij hiervan de bewijslast dragen, met het gevolg dat hij in geval van twijfel tot de schadevergoeding zal moeten veroordeeld worden (4).

(1) Laloux, P., *o.c.*, nr. 163, bl. 146; — Luik, 1 april 1941, *Bull. Ass.*, 1941, 347; — Anders : Van Eeckhout, W., *o.c.*, nr. 173, bl. 245; — Frédericq, L., III, nr. 258, bl. 367; — De Page, III, nr. 731, bl. 712. Deze auteurs zijn dus de mening toegedaan dat in principe de rechthebbenden de bewijslast dragen en dus van meetaf aan moeten bewijzen dat er van een vrijwillige zelfmoord geen sprake kan zijn. Nochtans voegen beide laatstvermelde auteurs er verder aan toe dat in geval van twijfel de rechtbanken zich zullen uitspreken voor de hypothese van een ongeval; wanneer men bedenkt dat de bewijslast hoofdzakelijk bepaalt in wiens nadeel de twijfel moet uitvallen, dan ziet men dadelijk de tegenstrijdigheid van deze stelling in.
(2) Hrb. Leuven, 10 februari 1959, *R.W.*, 1959-60, 86.
(3) Hrb. Brussel, 10 november 1938 en 18 maart 1939, *Pas.*, 1941, II, 25; — vgl. Hof Amsterdam, 26 juni 1953, *N.J.*, 1953, 743.
(4) Laloux, P., *o.c.*, nr. 169, bl. 151; — Dorhout Mees, T.J., *o.c., l.c.*; — Anders, doch ten onrechte : Frédericq, L., III, nr. 262, bl. 370; — De Page, III, nr. 731, bl. 714.

460. — Tenslotte bepaalt artikel 19 van vermelde wet dat, behoudens andersluidend beding, de verzekering de oorlogsrisico's niet dekt, noch de schade ontstaan door oproer.

Opnieuw draagt de verzekeraar de bewijslast : hij moet aantonen dat de schade het gevolg is van een dezer niet-gedekte risico's (1).

Het feit dat vele verzekeringspolissen contractueel een andere regeling van de bewijslast voorzien, bevestigt wel deze stelling (zie verder, nr. 466).

De Franse wet van 13 juli 1930 heeft in dit verband een eigenaardige regeling voorzien. Artikel 34 bepaalt immers dat de verzekerde het bewijs moet leveren dat de schade het gevolg is van een ander feit dan de oorlog tegen vreemden; de bewijslast rust daarentegen op de verzekeraar, wanneer het een schade betreft die door burgeroorlog of volksoproer zou kunnen veroorzaakt zijn. Dit artificieel onderscheid werd ten zeerste bekritiseerd (2).

461. — Dat buiten deze wettelijke uitsluitingen, de partijen natuurlijk ook contractueel kunnen bepalen dat zekere risico's niet zullen gedekt worden, hoeft geen nader betoog. Dit kan op twee wijzen geschieden, hetzij doordat de verzekerde risico's beperkend worden opgesomd (artikel 27-3° wet 11 juni 1874), hetzij doordat sommige risico's uitdrukkelijk uitgesloten worden (3).

In dergelijke gevallen zal de verzekeraar eveneens de bewijslast dragen, tenzij uitdrukkelijk desbetreffend een andere regeling werd voorzien (zie verder, nr. 466).

2 §. Toepassingsgevallen.

462. — Voorgaande principes kunnen best geïllustreerd worden aan de hand van enkele landverzekeringen.

(1) Dor, G., *Le sort du contrat d'assurance terrestre en cas de guerre ou d'émeute, Bull. Ass.*, 1937, 267; — R.P.D.B., Tw. *Assurances terrestres,* nr. 148; — Laloux, P., *o.c.,* nr. 170, bl. 153-154; — Dorhout Mees, T.J., *o.c., l.c.;* — Scheidsr. besliss., 11 augustus 1915, *P.P.,* 1915-1920, III, bl. 194; — Scheidsr. besliss., 9 februari 1918, *Pas.,* 1918, III, 199; — Rb. Bergen, 22 oktober 1941, *Pas.,* 1942, III, 65; — Luik, 25 mei 1943, *Pas.,* 1943, II, 51; — Hrb. Brussel, 19 februari 1946, *Jur. Comm. Brux.,* 1946, 132; — Luik, 28 oktober 1946, *Bull. Ass.,* 1947, 90; — Scheidsr. besliss., 15 maart 1949, *Bull. Ass.,* 1949, 273; — Brussel, 20 juni 1952, *R.G.A.R.,* 1952, 4958; — Brussel, 29 oktober 1952, *R.G.A.R.,* 1954, 5310; — Anders : Frédericq, L., III, nr. 263, bl. 372; — De Page, III, nr. 731, bl. 714; — Rb. Luik, 27 oktober 1943, *Pas.,* 1944, III, 27.

(2) Planiol et Ripert, XI², 2de uitg. door A. Rouast, R. Savatier, J. Lepargneur et A. Besson, Paris, 1954, nr. 1335, bl. 731; — voor verdere interpretatie van deze wettekst, zie Decottignies, R., *o.c.,* nr. 89, C, bl. 219 e.v.

(3) Vgl. artikel 12, 1ste lid, van de Franse wet van 18 juli 1930, volgens hetwelk een dergelijke uitsluiting uitdrukkelijk en beperkt moet zijn; — zie ook Planiol et Ripert, XI², nr. 1297, bl. 670-671.

De meest gekende is ongetwijfeld de brandverzekering. Wil de verzekerde aanspraak maken op schadevergoeding, dan zal hij de boven aangeduide (zie nr. 454) elementen moeten bewijzen en o.m. schade en schadegeval. Daarentegen zal de bewijslast op de verzekeraar rusten wanneer deze beweert dat de brand te wijten is aan een zware persoonlijke fout van de verzekerde (artikel 33 wet van 11 juni 1874). Ingevolge artikel 35 is artikel 18 niet van toepassing op de eigen gebreken van de tegen brand verzekerde gebouwen, *wanneer niet bewezen is* dat de verzekerde hiervan kennis droeg ten tijde van de overeenkomst. Dit laatste bewijs moet natuurlijk door de verzekeraar geleverd worden.

In de brandverzekeringen wordt veelal een beding ingelast, volgens hetwelk de verzekeraar niet instaat voor brand die rechtstreeks of onrechtstreeks veroorzaakt werd door oorlog, oproer,..., tenzij de verzekerde het bewijs zou leveren dat de ontstane brand in het geheel niet aan dergelijke omstandigheden te wijten is (1).

Vermits deze risico's reeds volgens de wet (artikel 19) niet gedekt zijn, is de bedoeling van dergelijke clausule vnl. een regeling van de bewijslast der partijen. Het is duidelijk dat door deze overeenkomst de bewijslast wordt omgekeerd, zodat de verzekerde ditmaal de nadelen van de twijfel zal dragen (zie verder, nr. 465 e.v.).

463. — Bij verzekering tegen diefstal rust de bewijslast van de gepleegde ontvreemding en van de waarde der gestolen goederen ongetwijfeld op de verzekerde, maar de rechtspraak heeft verschillende opvattingen desbetreffend gehuldigd (2).

Meestal wordt aanvaard dat deze bewijslast niet al te zwaar mag worden gemaakt, omdat het soms zeer moeilijk kan zijn de diefstal positief te bewijzen. Daarom zullen overeenstemmende vermoedens zeer dikwijls volstaan, voor zover ze natuurlijk niet ontzenuwd worden door andere gegevens van de zaak (3).

(1) Zie bv. artikel 2-7° van de brandverzekeringspolis, opgesteld door de Belgische verzekeraars (1936) : Laloux, P., *o.c.,* bl. 531; — Scheidsr. besliss., 20 mei 1942, *Bull. Ass.,* 1942, 755.

(2) Zie desbetreffend : Scheuer, P., *De la preuve en matière d'assurance-vol., Bull. Ass.,* 1943, 359.

(3) Hrb. Brussel, 26 januari 1903, *Jur. Comm. Brux.,* 1904, 7, bevestigd door Brussel, 2 juli 1903, *P.P.,* 1903, nr. 488; — Brussel, 13 mei 1936, *B.J.,* 1937, 4, met advies Procureur-Generaal Hayoit de Termicourt, *B.J.,* 1937, 13; — Scheidsr. besliss., 6 april 1940, *Bull. Ass.,* 1942, 857; — Verbr., 20 maart 1947, *Pas.,* 1947, I, 121; — Brussel, 12 maart 1949, *R.G.A.R.,* 1949, 4497, met noot R. Drion; — Brussel, 10 februari 1950, *R.G.A.R.,* 1950, 4655; — Cass. fr., 12 april 1948, *Rev. gén. ass. terr.,* 1948, 158; — Cass. fr., 14 maart 1950, *Rev. gén. ass. terr.,* 1950, 212.

Dit betekent evenwel niet dat de verzekerde steeds in zijn verklaringen moet geloofd worden en dat de verzekeraar het leugenachtige karakter ervan zou moeten bewijzen, zoals soms ten onrechte verklaard werd (1).

Vele gerechtelijke beslissingen aanvaarden dat de verklaring — eventueel onder eed — door de verzekerde volstaat als bewijs van de diefstal en van de waarde der gestolen voorwerpen (zie trouwens artikel 20, 3de lid, wet 11 juni 1874) (2), tenzij natuurlijk de persoonlijke voorgaanden en de tegenstrijdige verklaringen van de verzekerde deze vorm van bewijs zouden uitsluiten (3).

Zeer dikwijls worden ook in deze verzekeringscontracten bedingen voorzien, volgens dewelke sommige schadegevallen niet gedekt zijn. Nadat de verzekerde dus het bewijs van de diefstal zal geleverd hebben, moet de verzekeraar die weigert de vergoeding uit te keren, aantonen dat het schadegeval behoort tot de categorie van degene die contractueel uitgesloten werden. Dit kan moeilijk ontkend worden (4). De verzekerde heeft immers het door hem verschuldigde bewijs geleverd; wil de verzekeraar ten zijnen voordele een exceptie opwerpen dan moet hij de bewijslast hiervan dragen, behoudens natuurlijk zo de polis een andersluidende regeling voorziet (5).

464. — De ongevallenverzekering kan ook tot bewijsmoeilijkheden aanleiding geven. De schadeoorzaak is hier het ongeval, nl. elk lichamelijk letsel door de verzekerde ondergaan en voortkomende van een plotse en uitwendige oorzaak, onafhankelijk van

(1) Hrb. Seine, 22 mei 1933, *Bull. Ass.*, 1936, 863; — Paris, 22 november 1933, *Bull. Ass.*, 1936, 864; — Paris, 28 mei 1946, *Gaz. Pal.*, 1946, 2, 89. Dit is een ongerechtvaardigde wijziging van de bewijslast.

(2) Het verzekeringscontract moet immers zijn normale uitwerking hebben en werd trouwens gesloten nadat de verzekeraar waarschijnlijk inlichtingen had ingewonnen over de persoon van de verzekerde en diens geloofwaardigheid : Hrb. Luik, 3 juni 1920, *Pas.*, 1920, III, 133; — Hrb. Gent, 26 september 1931, *R.G.A.R.*, 1932, 1094; — Gent, 3 maart 1932, *R.G.A.R.*, 1932, 1094, met noot O. Malter; — Hrb. Brussel, 21 mei 1934, *R.G.A.R.*, 1935, 1848; — Hrb. Brussel, 4 december 1936, *R.G.A.R.*, 1937, 2358, met noot S. Nussbaum.

(3) Hrb. Brussel, 26 januari 1903, *P.P.*, 1903, nr. 488; — Hrb. Brussel, 25 februari 1935, *R.G.A.R.*, 1936, 2173; — Hrb. Brussel, 12 april 1937, *R.G.A.R.*, 1937, 2404; — Hrb. Brussel, 8 mei 1947, *R.G.A.R.*, 1949, 4371.

(4) Luik, 25 mei 1943, *Pas.*, 1943, II, 51; — Hrb. Brussel, 19 februari 1946, *Jur. Comm. Brux.*, 1946, 132; — Hrb. Brussel, 15 februari 1947, *Jur. Comm. Brux.*, 1947, 66, met noot; — Anders : Frédericq, L., III, nr. 328, bl. 439; — De Page, III, nr. 731, bl. 714; — Rb. Luik, 27 oktober 1943, *Pas.*, 1944, III, 27.

(5) Hrb. Antwerpen, 3 september 1941, *Bull. Ass.*, 1941, 794; — zie verder, nr. 466.

de wil van de verzekerde (1). Vermits de verzekerde aanspraak maakt op een vergoeding wegens ongeval, zal hij dit laatste moeten bewijzen (2).

Men zal dadelijk ingezien hebben dat de regeling van de bewijslast inzake ongevallenverzekering merkelijk verschilt van die inzake levensverzekering. In het laatste geval heeft de belanghebbende het overlijden van de verzekerde te stellen en te bewijzen, vermits dit het gedekte risico is (zie boven, nr. 458). Wil men evenwel aanspraken laten gelden op een vergoeding wegens ongevallenverzekering, dan zal men alle elementen van het ongeval moeten bewijzen en o.m. bij overlijden moeten aantonen dat de verzekerde omgekomen is in een ongeval en geen zelfmoord gepleegd heeft (3). Ditmaal moet de verzekeraar de zelfmoord dus niet bewijzen, hetgeen begrijpelijk is gezien de belanghebbende alle bestaanselementen van zijn recht moet voorbrengen.

Sommige uitspraken zijn hierin evenwel te ver gegaan wanneer zij vereisten dat de belanghebbenden het ongeval met volstrekte zekerheid zouden bewijzen (4). Een dergelijke opvatting maakt in de meeste gevallen elk bewijs onmogelijk, vermits men meestal slechts over enkele min of meer vage vermoedens beschikt, volgens dewelke de overledene geen reden tot zelfmoord zou gehad hebben (5).

Daarom heeft men zich gewoonlijk tevreden gesteld met een aantal overeenstemmende vermoedens, waaruit zou blijken dat de verzekerde zich niet vrijwillig om het leven heeft gebracht, zoals bv. : de overledene had niet het inzicht zelfmoord te plegen, de weg naar zijn werk liep langs de plaats van het ongeval, de familiale en geldelijke omstandigheden waren niet van die aard om tot een zelfmoord aan te zetten,... (6). Hier vindt men trouwens een toepassing van hetgeen

(1) Laloux, P., *o.c.*, nr. 443, bl. 402.

(2) Dor, G., *L'influence du suicide sur le sort du contrat d'assurance - vie et du contrat d'assurance individuelle contre les accidents, Bull. Ass.*, 1941, 288.

(3) Voor dit onderscheid zie noot G.D. onder Luik, 29 februari 1940, *Bull. Ass.*, 1940, 492; — Rb. Brussel, 8 juni 1923, *Bull. Ass.*, 1923, 355; — Rb. Bergen, 20 januari 1932, *R.G.A.R.*, 1932, 1039, met noot O. Malter; — Rb. Brussel, 9 april 1938, *Bull. Ass.*, 1939, 134; — Luik, 1 april 1941, *Bull. Ass.*, 1941, 347; — Cass. fr., 10 januari 1906, *S.*, 1906, 1, 397. Dit onderscheid wordt niet steeds voldoende beklemtoond zodat zeer dikwijls verwarring ontstaat, zoals bij De Page, III, nr. 731, bl. 712.

(4) Brussel, 24 april 1895, *Pas.*, 1898, II, 283 (in voetnoot); *J.T.*, 1895, 1008.

(5) De Page, III, nr. 731, bl. 713, voetnoot 5.

(6) Zie in die zin : Brussel, 28 februari 1898, *Pas.*, 1898, II, 282; — Scheidsr. besliss., 26 april 1935, *R.G.A.R.*, 1935, 1907; *Bull. Ass.*, 1935, 416; — Scheidsr. besliss., 21 april 1936, *R.G.A.R.*, 1936, 2174; — Luik, 29 februari 1940, *Bull. Ass.*, 1940, 492, met noot G.D.; — Luik, 1 april 1941, *R.G.A.R.*, 1941, 3609; *Bull. Ass.*, 1941, 347; — Gent, 29 november 1951, *Pas.*, 1953, II, 42; — vgl. Cass. fr., 23 februari 1938, *D.P.*, 1939, 1, 12; — Cass. fr., 22 en 29 oktober 1940, *Rev. gén. ass. terr.*, 1941, 179.

in verband met het bewijs van negatieve feiten werd uiteengezet (1).

Het spreekt vanzelf dat, wanneer de rechter nog blijft twijfelen of er dan niet zelfmoord werd gepleegd, de twijfel ten nadele van de rechthebbenden van de verzekerde zal blijven.

3 §. Milderingen.

465. — Dat de in voorgaande uiteenzetting besproken beginselen niet altijd strikt moeten toegepast worden, hoeft eigenlijk geen uitgebreid betoog. Terloops werd reeds gewezen op de medewerking van de partijen (2) en op de mogelijkheid voor de feitenrechter om zich met de waarschijnlijkheid van sommige elementen tevreden te stellen (3).

Nochtans moet er nogmaals uitdrukkelijk op gewezen worden dat de bewijslast niet mag verward worden met de bewijswaardering van de feitelijke elementen van het geschil.

Veronderstelt men bv. dat er in geval van levensverzekering twijfel bestaat omtrent het feit of de overledene al dan niet zelfmoord gepleegd heeft, dan zal de rechter zich uitspreken ten voordele van de rechthebbende der verzekering. Een dergelijke uitspraak is gegrond op het principe, dat de verzekeraar de bewijslast van de zelfmoord draagt; het is dus onjuist te beweren dat de rechthebbende het bewijs moet leveren, doch dat een dergelijk bewijs in geval van twijfel als geleverd zal beschouwd worden op grond van de waarschijnlijkheid (4).

Hierbij vergeet men eens te meer dat de bewijslast juist aangeeft welke partij in geval van twijfel zal moeten afgewezen worden. Dit belet niet dat van een twijfel, die de schaal moet doen doorslaan ten nadele van hem, op wie de bewijslast drukt, eerst dan mag gesproken worden wanneer de bereikte waarschijnlijkheidsgraad beneden de ververeiste maat blijft (5).

(1) Zie boven, nr. 122; — zie ook : Larguier, J., *o.c.*, nr. 62, *Rev. trim. dr. civ.*, 1953, 45-46.
(2) Zie o.m. Hrb. Brussel, 15 februari 1947, *R.G.A.R.*, 1947, 4099; — vgl. De Page, III, nr. 731, bl. 712 e.v.; — Drion, R., noot onder Brussel, 12 maart 1949, *R.G.A.R.*, 1949, 4497.
(3) Voor de algemene principes ter zake : zie boven, nr. 313 e.v.
(4) Aldus Frédericq, L., III, nr. 258, bl. 367 en nr. 328, bl. 440; — vgl. De Page, III, nr. 731, bl. 712 e.v. Wanneer de rechter zich laat leiden door de waarschijnlijkheid, dan betekent dit dat hij genoegen neemt met de bewijzen aangebracht door de partij die de bewijslast draagt : zie boven, nr. 142.
(5) Dorhout Mees, T.J., *o.c.*, bl. 356.

466. — Tenslotte spreekt het vanzelf dat de partijen afwijkende overeenkomsten kunnen sluiten nopens de verdeling van de bewijslast (1).

Een der meest voorkomende bedingen betreft de oorlogsrisico's (2). Zeer dikwijls wordt immers in het verzekeringscontract een clausule ingelast volgens dewelke de schadegevallen die ontstaan zijn in oorlogstijd of in periodes van oproer, staking,..., niet gedekt worden, tenzij de verzekerde het bewijs zou leveren dat het schadegeval te wijten is aan een oorzaak die noch rechtstreeks noch onrechtstreeks met dergelijke omstandigheden verband houdt (3).

Dat een dergelijk beding de bewijslast omkeert blijkt voldoende uit het feit dat, in geval van twijfel of de oorzaak van het schadegeval al dan niet met de oorlog verband houdt, aan de verzekerde elk recht op schadevergoeding wordt ontzegd (4).

Praktisch zal de verzekerde dus vooraf de feitelijke toepassingsvoorwaarden van de rechtsnorm die hij inroept, moeten bewijzen (zie boven, nr. 454). Hierop zal de verzekeraar verwijzen naar het vermelde beding en stellen (5) dat er een verband bestaat tussen de oorlogsomstandigheden en het door de verzekerde ingeroepen schadegeval. Deze laatste zal dan de bewijslast dragen en moeten aantonen dat het betwiste schadegeval wel degelijk verzekerd is.

Nochtans zijn er verschillende opvattingen over het karakter van die bewijslast. Volgens de meeste uitspraken heeft de verzekerde aan zijn verplichtingen voldaan wanneer hij bewezen heeft dat geen enkele der mogelijke oorzaken verband houdt met de oorlog of dat de oorzaken, die aan oorlogsomstandigheden te wijten zouden zijn, ter zake niet kunnen ingeroepen worden (6).

(1) Zie boven nr. 56 e.v.; — zie ook : Luik, 13 november 1945, *Bull. Ass.*, 1945, 340; — Luik, 8 oktober 1951, *Bull. Ass.*, 1951, 746.
(2) Van Dievoet, E., *La clause des polices d'assurance contre l'incendie excluant de la garantie le risque de guerre et la jurisprudence, Rev. prat. not.*, 1944, 257 e.v.
(3) Vgl. Dorhout Mees, T.J., *o.c.*, bl. 654.
(4) Hrb. Luik, 20 september 1946, *R.G.A.R.*, 1947, 41555; — Brussel, 28 mei 1947, *Bull. Ass.*, 1947, 178; — Hrb. Bergen, 6 april 1948, *R.G.A.R.*, 1948, 4350; — Brussel, 20 mei 1949, *R.G.A.R.*, 1949, 4643, met noot R. Drion; — Brussel, 10 februari 1950, *R.G.A.R.*, 1950, 4655; — Anders, doch ten onrechte : Brussel, 11 februari 1916, *Pas.*, 1915-1916, II, 249; — Luik, 25 mei 1943, *Pas.*, 1943, II, 51.
(5) Er is hier dus een aanvoeringslast in hoofde van de verzekeraar : Scheidsr. besliss., 30 oktober 1916, *B.J.*, 1919, 1383; — Hrb. Antwerpen, 17 april 1941, *R.G.A.R.*, 1942, 3784; — Scheidsr. besliss., 9 januari 1943, *Bull. Ass.*, 1943, 213; — Hrb. Brussel, 9 april 1946, *R.G.A.R.*, 1946, 3940; — Hrb. Brussel, 15 februari 1947, *R.G.A.R.*, 1947, 4099; — Brussel, 15 mei 1948, *R.G.A.R.*, 1948, 4277.
(6) Brussel, 19 november 1919, *Pas.*, 1920, II, 1; *B.J.*, 1919, 1387; — Scheidsr. besliss., 9 juli 1941, *R.G.A.R.*, 1941, 3628; — Scheidsr. besliss., 23 juli 1941, *R.G.A.R.*, 1941, 3608; — Scheidsr. besliss., 17 januari 1942, *R.G.A.R.*, 1942, 3751; — Hrb.

Soms is de rechtspraak strenger en vereist zij dat de verzekerde de ware oorzaak van het schadegeval zou bewijzen en aldus aantonen dat er niet het minste verband met de oorlog aanwezig is (1). Een dergelijke bewijslast is ongetwijfeld te zwaar. Men vergete immers niet dat de rechten van de verzekerde hierdoor al te zeer in het gedrang zouden komen (2). Indien het de bedoeling van de partijen ware geweest de verzekeraar van zijn verbintenissen te ontslaan wanneer het schadegeval te wijten is aan een onzekere oorzaak, dan zou een verlaging van de premies zich opdringen (3).

Brussel, 29 januari 1942, *Bull. Ass.*, 1942, 188; — Scheidsr. besliss., 12 februari 1942, *R.G.A.R.*, 1942, 3750; — Brussel, 9 juni 1943, *R.G.A.R.*, 1947, 4052; — Hrb. Doornik, 24 oktober 1946, *R.G.A.R.*, 1946, 3924; — Luik, 6 november 1946, *R.G.A.R.*, 1947, 4154; — Hrb. Brussel, 15 februari 1947, *R.G.A.R.*, 1947, 4099; — Verbr., 20 maart 1947, *Pas.*, 1947, I, 121; — Brussel, 28 mei 1947, *R.G.A.R.*, 1948, 4210; — Brussel, 14 juli 1948, *R.G.A.R.*, 1948, 4330; — Luik, 18 januari 1949, *R.G.A.R.*, 1949, 4514; — Brussel, 20 mei 1949, *R.G.A.R.*, 1949, 4643; — Luik, 8 oktober 1951, *Bull. Ass.*, 1951, 746; — vgl. : Cass. fr., 23 juli 1946, *D.*, 1947, *J.*, 245; — Cass. fr., 6 november 1946, *Rev. gén. ass. terr.*, 1947, 56.

(1) Scheidsr. besliss., 30 oktober 1916, *B.J.*, 1919, 1383; — Rb. Nijvel, 12 februari 1947, *R.G.A.R.*, 1948, 4296; — Scheidsr. besliss., 20 maart 1950, *R.G.A.R.*, 1950, 4624.

(2) Vgl. De Page, III, nr. 731, bl. 713.

(3) Brussel, 14 juli 1948, *R.G.A.R.*, 1948, 4330.

HOOFDSTUK II.

SAMENVATTING EN BESLUITEN

467. — Bij een nauwkeurig onderzoek van het geding zoals het zich voor de feitenrechter afspeelt, valt het op dat, uitgaande van de klassieke theorieën ter zake, twee omstandigheden een belangrijke invloed uitoefenen op de wijze waarop uiteindelijk de waarheid zal kunnen ontdekt worden : de eerste, de zogenaamde lijdelijkheid van de rechter, de tweede, de omstandigheid dat de gedingvoerende partijen over de feiten die zij inroepen zeer dikwijls van mening verschillen. Beide omstandigheden kunnen ongetwijfeld het opsporen van de materiële waarheid bemoeilijken.

Het is juist omdat, ondanks deze hinderpalen, toch moet uitgesproken worden, dat de bewijslast een belangrijke betekenis krijgt. Wie evenwel wil grijpen naar de wet, om hierin duidelijke richtlijnen over de bewijslastregeling terug te vinden, zal ontgoocheld zijn bij de vaststelling dat uiteindelijk enkel artikel 1315 van het burgerlijk wetboek een vingerwijzing geeft, die dan nog ontoereikend is om de algemene vraag naar de bewijslast doeltreffend te beantwoorden.

Daarom was het verantwoord, gelet op het belang en de betekenis van de bewijslast, over deze laatste een studie te maken, zowel als last op zichzelf beschouwd, als in het opzicht van de verdeling en het voorwerp ervan, om aldus bij te dragen tot het opsporen van de meest vaste bases waarop de bewijslastregeling kan gegrondvest worden, met inachtneming van de mogelijkheid om de principes ervan in het kader van het geding doelmatig toe te passen.

468. — De volgende formulering kan wellicht de in voorgaande uiteenzetting verdedigde stellingen samenvatten : de bewijslast, waaraan de aanvoeringslast wezenlijk aansluit, wordt, samen met deze laatste, ook naar inhoud en omvang best bepaald uit het oogpunt van de

objectiefrechtelijke regeling, waarop de partijen zich beroepen om daaruit de door hen gewenste rechtsgevolgen te zien afleiden; op iedere partij moet dan ook de last liggen om de feitelijke toepassingsvoorwaarden van de objectiefrechtelijke regeling, die zij wil zien aanwenden, aan te voeren en te bewijzen.

Daar de opvatting van deze stelling, die ongetwijfeld de meeste rechtszekerheid biedt, evenwel een strakke bewijslastverdeling tot gevolg heeft, waarbij onvoldoende rekening wordt gehouden met de concrete moeilijkheden van de gedingvoering, moet zij, om praktische redenen, aangevuld worden met een bijkomende stelling. Ten einde aan deze bewijslastregeling meer soepelheid te geven, moeten de partijen en de rechter samenwerken om de materiële waarheid te ontdekken, en moet de wetgever erover waken, dat het bewijs van de feiten, die als toepassingsvoorwaarden van de objectieve rechtsregel werden vooropgesteld, vereenvoudigd wordt.

Het is op deze plaats wellicht geboden naar aanleiding van de samenvattende algemene formulering der verdedigde stellingen, deze laatste nog even nader te onderzoeken en de gevolgen die eraan verbonden zijn, in herinnering te brengen.

469. — Nadat werd aangetoond, dat de aanvoeringslast zelden belicht werd, hoewel hij logisch en chronologisch de bewijslast voorafgaat, kon deze laatste worden omschreven als zijnde de partijwerkzaamheid van diegene die het bewijsrisico draagt.

Hoewel dikwijls en te recht een onderscheid werd gemaakt tussen de objectieve of materiële bewijslast (bewijsrisico : welke feiten moeten bewezen worden, wil men het proces niet verliezen?) en de subjectieve of formele bewijslast (wie moet bewijzen?), werd de voorkeur gegeven aan een bepaling die beide elementen inhoudt en daarenboven beter weergeeft dat het hier toch meestal gaat om twee aspecten van eenzelfde probleem.

Aan de hand van de bestaande wetteksten, en meer speciaal van artikel 1315 van het burgerlijk wetboek, waarvan mag aangenomen worden dat het een algemene draagwijdte heeft, is gebleken, hoe weinig de wetgever zich bekommerd heeft om een uitvoerige en nauwkeurige regeling en verdeling van de bewijslast en hoe slordig hij dikwijls te werk is gegaan bij het opstellen van de bewijsrechtelijke principes. Alleszins staat vast dat, hoewel het beginsel zelf van de verdeling van de bewijslast tussen de beide gedingvoerende partijen bevestigd werd, nergens uitdrukkelijk in een algemeen principe geformuleerd wordt wat door de eiser en wat door de verweerder moet worden bewezen.

470. — Om in die leemte te voorzien, hebben de rechtsleer en rechtspraak zich beijverd om verschillende theorieën uit te werken, die elk een bijdrage geleverd hebben tot de oplossing van het probleem der bewijslastverdeling.

Afgezien van de bloot-affirmatieve bewijslasttheorie, die *qua* theorie verouderd is doch te recht de aandacht wist te vestigen op de moeilijkheden die met een negatief bewijs gepaard gaan, kan men hoofdzakelijk twee grote strekkingen onderscheiden. Volgens de enen moet de bewijslastregeling uit de wet afgelezen worden (objectiefrechtelijke en ten dele ook subjectiefrechtelijke theorie), terwijl anderen voorhouden dat aan de rechter een ruime bevoegdheid toekomt om de bewijslast naar billijkheid te verdelen of dat hem zelfs *de lege ferenda* een verregaande onderzoeksbevoegdheid moet worden toegekend (billijkheidstheorie, logisch-juridische theorie en publiekrechtelijke theorie).

Hoewel de laatste opvatting de bewijslastverdeling laat afhangen van het wisselend subjectief inzicht van de rechter, en als dusdanig moeilijk kan aanvaard worden, mag er toch even aan herinnerd worden dat deze opvatting niet alleen verschillende interessante elementen voor de bewijswaardering heeft aangebracht (waarschijnlijkheid, gewone gang van zaken, bewijsgeschiktheid,...), maar daarenboven ook de noodzakelijkheid heeft doen inzien van de versoepeling ener al te strakke bewijslastverdeling.

Een dergelijke versoepeling maakt meteen de objectiefrechtelijke theorie gemakkelijker aanvaardbaar. Deze theorie houdt voor, dat de rechtsnormen kunnen ingedeeld worden in positief- en negatief-werkende; dit op grond van de verhouding regel-uitzondering. De eiser zal alle feitelijke elementen nodig voor de toepassing van de positiefwerkende norm (met inbegrip van de accessoire, suppletoire en contradictoire) moeten bewijzen; terwijl de verweerder hetzelfde zal moeten doen voor de negatief-werkende normen; aan dit principe kan niet getornd worden, ook niet zo de te bewijzen feiten moeilijk

bewijsbaar zijn of zo één der partijen door haar houding de bewijslast van de tegenpartij tracht te verzwaren. De negatief-werkende voorschriften worden dan meestal nog ingedeeld in rechtsverhinderende en rechtsvernietigende normen. Dat deze theorie nochtans niet altijd een pasklare oplossing geeft voor de verschillende bewijslastproblemen, kan, gezien de vele interpretatiemoeilijkheden, weliswaar worden toegeven; toch moet men besluiten dat zij de meest gefundeerde theorie is, die een vrij grote rechtszekerheid biedt.

De voorstanders van de objectiefrechtelijke theorie hebben zelf reeds een mildering voorgesteld, dank zij de aanvaarding van de bewijswaardering door de feitenrechter. In dit proefschrift wordt aangetoond dat een dergelijke mildering nog verder moet doorgevoerd worden dank zij de medewerking van de gedingvoerende partijen, de herwaardering van de taak van de rechter en de tussenkomst van de wetgever.

471. — Neemt men de stelling van de objectiefrechtelijk theorie aan, dan betekent dit meteen een b i j k o m e n d a r g u m e n t ten gunste van sommige opvattingen, die reeds vroeger aan de hand van — nochtans andere argumenten en beschouwingen — uitvoerig werden belicht en verdedigd.

Inderdaad, de redenen waarom de bewijslast tot het materiële recht behoort met alle gevolgen van dien, waarom de bewijslast eerst op de eiser rust en waarom een bewijslastverdeling gerechtvaardigd is, kunnen ook elders teruggevonden worden (zie respectievelijk nr. 39 e.v., nr. 90 e.v. en nr. 100 e.v.). Toch heeft de objectiefrechtelijke theorie de bijkomende verdienste dat zij de gevolgde redenering nogmaals bevestigt.

Het is aangewezen de bewijslast bij het materiële recht onder te brengen, vermits men ingevolge de objectiefrechtelijke theorie de bewijslast heeft laten bepalen door de materieelrechtelijke inhoud van de rechtsverhouding, die het voorwerp van het geschil uitmaakt. Eveneens volgt uit deze theorie dat normalerwijze de eiser eerst de bewijslast draagt, omdat hij ook de eerste is om zich op een rechtsvoorschrift te beroepen. Tenslotte moet men wel de verdeling van de bewijslast tussen de twee gedingvoerende partijen verdedigen, eens dat men aangenomen heeft dat het recht bestaat uit een samenstel van voorschriften die onderling een positieve en een negatieve werking vertonen en dus in de verhouding staan van regel en uitzon-

dering. De indeling in positief- en negatief-werkende voorschriften brengt een noodzakelijke verdeling van de bewijslast mee.

472. — Zoals gezegd, moet bij de toepassing van de door de objectiefrechtelijke theorie aanvaarde stellingen, rekening gehouden worden met de concrete aanwending ervan in een geding dat zich tussen twee partijen vóór de rechter afspeelt. Meer speciaal was het nodig de t a a k v a n d e p a r t i j e n bij de bewijsvoering nader toe te lichten, om aldus tot de vaststelling te komen dat de medewerking der gedingvoerende partijen een essentieel vereiste is van elk proces.

Deze medewerking moet niet alleen aanvaard worden op grond van de algemeen geldende regel van het *fair play,* maar tevens op grond van verschillende wetteksten die zo niet uitdrukkelijk, dan toch minstens impliciet, de samenwerking van de partijen sanctioneren.

Een zeer belangrijke illustratie wordt verstrekt door de vordering tot overlegging (*actio ad exhibendum*), die, zoals uitvoerig betoogd werd, principieel naar Belgisch recht toelaatbaar moet worden geacht zowel tussen de partijen onderling als tegenover derden.

Hier is dus reeds een belangrijke versoepeling merkbaar, vermits niet alleen het bewijsobject kan worden verplaatst en de bewijslast wordt verdeeld, doch ook op een effectieve samenwerking van de partijen wordt aangestuurd. Daarenboven heeft de bewijswaardering door de feitenrechter een onmiskenbare invloed op de partijwerkzaamheid.

473. — Bij het onderzoek naar de werkelijke b e v o e g d h e d e n v a n d e r e c h t e r is immers overduidelijk gebleken, dat de klassieke doctrine ten onrechte het begrip *lijdelijkheid* heeft doen ingang vinden, dan wanneer veeleer van neutraliteit zou moeten gesproken worden.

Inderdaad, niet alleen heeft de rechter een uitgebreide bevoegdheid, vermits hij het bewijs controleert en waardeert en zelf onderzoeksmaatregelen kan bevelen, doch daarenboven staan hem belangrijke hulpmiddelen ter beschikking zoals de kennis van het recht, van de ervaringsregelen en van sommige feiten die geen nader bewijs meer behoeven.

Hieruit mag dan ook afgeleid worden, dat de taak van de rechter erin bestaat zoveel mogelijk de materiële waarheid op te sporen; daar dit dient te geschieden in samenwerking met de gedingvoerende partijen, moet het contradictoire karakter van het proces hierbij nochtans geëerbiedigd blijven. De rechter en de partijen moeten samen

streven naar een rechtvaardige beslissing, een beslissing namelijk die de werkelijk tussen partijen bestaande rechtsverhouding bekrachtigt.

474. — Dat ook de wetgever er moet naar streven, door een vereenvoudigende bewijsreglementering, de partijen die in bewijsnood verkeren te helpen, is een vereiste dat de formele uitvoerbaarheid van het recht moet ten goede komen. Een dergelijke vereenvoudiging blijkt ook geboden ten aanzien van de bewijslast op zichzelf beschouwd, o.m. door het formuleren van eigenlijke bewijslastregelen en ook van vermoedens.

Zo brengen de feitelijke vermoedens een verlichting van de taak der partijen, vermits deze laatste slechts indiciën moeten bewijzen waaruit de rechter, dank zij zijn bewijswaardering, het te bewijzen feit zelf mag afleiden.

De wettelijke vermoedens, waarvan de gevolgtrekking bij wijze van redenering niet door de rechter maar door de wetgever wordt gemaakt, brengen geen omkering doch een verlichting van de bewijslast doordat niet de last zelf, doch wel het voorwerp van het bewijs verplaatst wordt. Daarbij wordt nochtans voor de tegenpartij de bewijslevering aanzienlijk verzwaard, vermits bij de onwederlegbare vermoedens — die uitzonderlijk moeten blijven — slechts tegenbewijs kan geleverd worden tegen de intermediaire feiten (1), terwijl bij de wederlegbare vermoedens weliswaar tegenbewijs mogelijk is tegen de intermediaire feiten, doch ten aanzien van het vermoede feit het bewijs van het tegendeel zal moeten aangebracht worden.

475. — Voorgaande samenvatting mag in geen geval het blijvende belang van de bewijslast doen onderschatten. Zelfs wanneer de partijen en de rechter samenwerken om de materiële waarheid te ontdekken en zelfs zo de wetgever soms de bewijslast aanzienlijk heeft verlicht, toch blijft het een feit dat, mede ingevolge de menselijke beperktheid van de kennismiddelen, er nog twijfel over het al dan niet aanwezig zijn van de feitelijke toepassingsvoorwaarden der ingeroepen rechtsvoorschriften kan overblijven. Ook in dat geval moet de rechter uitspreken, en zal hij het doen ten nadele van diegene die de bewijslast van deze feitelijke elementen moest dragen.

(1) Behoudens natuurlijk de mogelijkheid om de eed op te dragen of de bekentenis in te roepen.

RÉSUMÉ FRANÇAIS

RÉSUMÉ FRANÇAIS

Ce bref aperçu résume les principaux éléments des problèmes qui ont été examinés dans la présente thèse, ainsi que les solutions envisagées. Les numéros du résumé correspondent aux titres de l'ouvrage.

1. — Après avoir rappelé l'importance de la charge de la preuve (*bewijslast; Beweislast*) en droit privé, l'auteur met en lumière la distinction entre la charge de l'allégation des faits (*aanvoeringslast; Behauptungslast*) et la charge de leur preuve. Sur beaucoup de points, les principes qui régissent ces deux notions se rejoignent, mais leur distinction est importante à certains égards et elle a été peu souvent mise en relief.

La question de l'allégation des faits concerne la recevabilité de l'action. Cette notion signifie que — sauf exceptions résultant de la nature des choses ou de la loi — toutes les circonstances de fait conditionnant l'application de la règle de droit, doivent être affirmées devant le juge.

La doctrine allemande a fait ressortir que la charge de la preuve peut être examinée à deux points de vue : on peut en effet distinguer la charge objective ou matérielle (*objectieve of materiële bewijslast; objektive oder materielle Beweislast, Feststellungslast*) de la charge subjective ou formelle (*subjectieve of formele bewijslast; subjektive oder formelle Beweislast, Beweisführungslast*). Dans l'aspect objectif de la charge de la preuve, il s'agit de déterminer *quels faits* doivent être prouvés pour que la norme jurididique puisse être appliquée (1). En considérant l'aspect subjectif de la charge, le juriste se préoccupe de savoir *laquelle des deux parties* en litige doit apporter la preuve des faits contestés. Ces deux aspects se retrouvent dans la notion de la charge de la preuve. Celle-ci peut être définie, globalement, comme l'initiative imposée à la partie qui supporte le risque de la preuve.

---

(1) Raymond Legeais est un des seuls auteurs français qui ait fait cette distinction, lorsqu'il traite de *l'imputation légale du risque de la preuve* et de la charge de la preuve.

Il existe incontestablement une relation intime entre la charge de la preuve et le droit judiciaire privé; il n'en reste pas moins que la répartition de la charge de la preuve est commandée par des règles relevant du fond du droit. L'intérêt de cette constatation n'est pas purement théorique. En effet, si la charge de la preuve est règlée par les règles de fond du droit, ce fait influencera la recherche de la loi qui doit régir la charge de la preuve en droit international privé et il permettra de régler en droit interne les conflits des lois dans le temps. C'est lui aussi qui donne un fondement à la validité des conventions sur la charge de la preuve.

2. — L'article 1315 du code civil règlemente la charge de la preuve : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le payement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ». Il importe toutefois de dégager les intentions qui ont poussé le législateur à établir ce texte. Cet examen montre que les rédacteurs du code civil ont voulu décréter le principe de la répartition du fardeau de la preuve, tout en omettant de dire selon quels critères cette répartition devrait s'opérer. Aucun texte ne fournit la moindre précision explicite quant à ce problème capital.

Bien que l'article 1315 fasse partie du chapitre intitulé *De la preuve des obligations,* il est certain que la théorie de la charge de la preuve qui s'en dégage, s'applique non seulement aux obligations mais à tous les faits susceptibles de produire des conséquences juridiques. Et ces règles valent non seulement devant la juridiction contentieuse de droit commun, mais également devant arbitres ou en matière de juridiction gracieuse.

Il est frappant de constater que, selon la plupart des législations, le fardeau de la preuve incombe initialement au demandeur. Plusieurs arguments justifient cette règle. Il paraît évident que le demandeur, étant le premier à invoquer l'application d'une norme juridique, doit établir les circonstances de fait qui répondent aux éléments constitutifs de cette norme.

Le problème central de la charge de la preuve est celui de la répartition de cette charge entre les parties en litige. Le principe même de la répartition n'est pas contesté, mais la controverse commence lorsqu'il s'agit d'établir les éléments de fait qui doivent être prouvés par le demandeur ou par le défendeur.

C'est surtout en Allemagne et aux Pays-Bas que la doctrine s'est

efforcée d'établir les critères de cette répartition. Avant d'examiner ces différentes doctrines, l'auteur analyse la théorie de la charge de la preuve purement affirmative (*theorie van de bloot-affirmatieve bewijslast; Theorie von der blosz-affirmativen Beweislast*), selon laquelle les faits négatifs ne devraient pas être prouvés; cette théorie est dépassée, mais elle a eu le mérite d'attirer l'attention sur les difficultés qui peuvent surgir lors de la preuve de faits négatifs.

D'une manière générale, on peut distinguer deux grands systèmes. D'une part, la théorie dite de droit objectif (*objectiefrechtelijk theorie; objektiv-rechtliche Theorie*) (1) enseigne que la charge de la preuve doit se déduire essentiellement des textes légaux qui régissent la matière formant l'objet du litige. D'autres auteurs déclarent, au contraire, que le juge a le pouvoir de répartir cette charge sur la base de considérations d'équité (théorie dite d'équité : *billijkheidsleer; Billigkeitslehre*) (2) et qu'il faudrait même, *de lege ferenda,* lui attribuer à cet égard, un large pouvoir d'investigation (théorie dite de droit public : *publiekrechtelijke theorie; öffentlich-rechtliche Theorie*) (3).

La théorie dite de droit objectif peut se résumer comme suit : la charge de la preuve est déterminée *in abstracto* par le droit objectif et a pour objet les circonstances de fait, qui servent de base à la norme juridique invoquée et dont la réunion rend cette norme applicable. Parmi ces normes juridiques, on peut distinguer des règles positives, génératrices de droits (*positieve of rechtscheppende normen; positive oder rechtsbegründende Normen*) (4); lorsqu'une demande est basée sur de telles règles, leurs éléments de fait doivent être prouvés par le demandeur. Au contraire, il peut s'agir de normes négatives (*negatieve of rechtsverhinderende en rechtsvernietigende normen; negative oder rechtshindernde und rechtsvernichtende Normen*), établies en faveur du défendeur, et qui font obstacle à l'application d'une norme juridique positive ou qui modifient, restreignent ou éteignent les conséquences normales de cette règle positive; c'est alors au défendeur à prouver les éléments de fait conditionnant l'application de ces règles négatives (par exemple les articles 272,

(1) Cette théorie a été élaborée en Allemagne par Fitting, Betzinger, Leonhard et Rosenberg et aux Pays-bas par Grünebaum, Scheltema et Suyling. Certains auteurs français tels que Aubry et Rau, et Motulsky pourraient également être considérés comme appartenant à la même école.

(2) C'est aux Pays-bas que cette théorie compte actuellement un grand nombre de partisans : Asser-Anema-Verdam, Pitlo, Eggens, Haardt,...

(3) Cfr. Moltzer aux Pays-bas et Legeais en France.

(4) Par exemple les articles 229-232, 1443, 1603, 1650, 1719 et 1728 C.c.

1109, 1124, 1128 et 1234 C.c.). Une telle répartition de la charge de la preuve ne peut être modifiée, même si l'administration de la preuve s'avère difficile. Selon cette théorie, le droit objectif, et spécialement la loi, se compose de normes positives et négatives, qui se trouvent entre elles dans le rapport de règle et d'exception. La distinction entre les règles positives et négatives peut être malaisée et nécessiter l'interprétation des textes légaux.

Dans la théorie dite d'équité, au contraire, c'est au juge qu'il appartient de répartir équitablement la charge de la preuve entre les parties en litige. Dans cette conception, la charge de la preuve dépendra essentiellement des vues subjectives et souvent divergentes des magistrats, sans que ces magistrats soient conduits par un principe directeur ou par une formule généralement valable à cet égard. Cette théorie a eu, en dépit du défaut signalé, le mérite de dégager des notions intéressantes pour l'étude des preuves, telles que par exemple, la notion de probabilité, de cours normal des choses, d'aptitude à la preuve, etc. Elle a en outre fait ressortir la nécessité d'assouplir la répartition, jusque là par trop rigide, de la charge de la preuve.

Il est incontestable que la théorie dite de droit objectif donne le plus de garanties pour la sécurité des relations juridiques; il faudrait toutefois y apporter certains tempéraments. Les partisans de cette théorie avaient d'ailleurs déjà souligné eux-mêmes que le juge conserve de toute façon l'important pouvoir d'apprécier les preuves (*bewijswaardering; Beweiswürdigung*), qui lui permet, grâce au principe de l'intime conviction, de considérer un fait allégué comme prouvé, sans qu'il y ait, pour autant, une interversion de la charge de la preuve. L'auteur de la présente thèse démontre que la collaboration des plaideurs à l'administration de la preuve, la revalorisation de la tâche du juge et l'intervention du législateur peuvent apporter les tempéraments jugés nécessaires à la théorie dite de droit objectif.

3. — En examinant le rôle des parties dans l'administration de la preuve (*bewijsvoering; Beweisführung*), on remarque immédiatement que cette administration est souvent allégée grâce à la répartition de la charge de la preuve (cfr. supra, n° 2), et grâce, aussi, au déplacement de l'objet de la preuve. Le principe du déplacement de l'objet de la preuve permet aux parties d'apporter la preuve de faits voisins et connexes, de la réalité desquels on demande au juge de déduire la réalité d'autres faits, qu'on aurait voulu, mais qu'on n'a pas pu, prouver directement.

Les parties doivent, par ailleurs, être loyales dans le débat judiciaire (*fair play*) et sont même obligées de collaborer activement à l'administration de la preuve. Plusieurs arguments peuvent être invoqués à ce propos, soit sur la base des principes généraux du droit, soit sur la base de certains articles du Code civil (par exemple les articles 1134 et 1358 C.c.) et du code de procédure civile (par exemple les articles 119, 324, 336, 428, 480, 1036 C. pr. civ.).

Le droit de fournir une preuve peut être considéré comme un droit de la personnalité (von Jhering, Gény). Ce droit n'est pourtant pas absolu; il est soumis à certaines restrictions. Notamment l'offre de preuve ne peut être retenue que lorsque les faits probatoires sont pertinents, concluants et admissibles.

Un chapitre de la présente thèse a été consacré spécialement à l'action *ad exhibendum*; il s'agit de la question de la recevabilité d'une demande qui a pour objet de faire produire par l'adversaire ou par un tiers des titres ou des choses, dont la partie demanderesse pourra tirer une preuve en sa faveur. Une telle action n'est pas expressément prévue en droit belge, contrairement aux droits néerlandais, allemand, anglais et italien. Cependant, même en droit belge, elle doit être jugée recevable.

L'auteur examine enfin quelques circonstances qui sont de nature à entraver l'exercice du droit à la preuve, telles que, par exemple, le droit au secret des lettres missives, le droit au secret professionnel, le droit à l'intégrité corporelle. De cet examen, il ressort que le juge apprécie souverainement ces sortes de conflits d'intérêts et décide si le droit à la preuve doit ou non prévaloir.

4. — Bien que la doctrine traditionnelle enseigne que le juge doit rester passif dans le débat judiciaire, elle lui reconnaît néanmoins d'importantes prérogatives.

Le juge doit tout d'abord veiller à ce que les exigences légales du régime des preuves soient respectées; il devra donc contrôler la pertinence des faits dont la preuve est offerte et la régularité de la preuve administrée. Le juge doit ensuite interpréter la preuve, qui a été administrée et apprécier, grâce au principe de l'intime conviction, la valeur des preuves produites devant lui. Il est important de faire remarquer que les règles strictes de la charge de la preuve reprennent tout leur intérêt à partir du moment où le juge ne parviendrait plus à se former une intime conviction en appréciant les éléments produits. Le juge peut enfin ordonner, même d'office, des mesures d'instruction;

ce pouvoir s'est considérablement étendu grâce au progrès de la science (par exemple l'examen du sang et l'emploi de bandes magnétiques).

Le juge doit-il vraiment assister passivement au débat judiciaire qui se déroule devant lui? Est-il un *juge aux mains liées* (Désiry) ou, comme le disaient les allemands, un *Rechtsprechungsautomat*? On enseigne, le plus souvent sans nuance, qu'il ne peut faire état de ses connaissances personnelles sur l'affaire plaidée devant lui. Mais que signifie cette interdiction et quels sont les arguments invoqués à ce propos?

On ne peut dire que l'intervention du juge mette en péril le caractère contradictoire du débat aussi longtemps qu'il communique aux parties ses constatations et qu'il leur permet d'en débattre contradictoirement devant lui. On ne peut davantage invoquer la légalité du régime des preuves en faveur de la passivité du juge, puisque la loi elle-même laisse au juge des pouvoirs étendus (cfr. par exemple les articles 1348 et 1353 C.c.). Sans doute, il peut arriver que les prétentions des parties auxquelles seraient opposés ces nouveaux éléments de preuve dus à l'intervention du juge, s'en trouvent modifiées et transformées (Bartin), mais la question se pose précisément de savoir si ce n'est pas le devoir de la justice de faire triompher la vérité matérielle (G. Böhmer) et de s'opposer à ce que l'emporte la négligence, voire la réticence intentionnelle des parties ou de l'une d'elles.

N'y a-t-il pas d'ailleurs quelque hypocrisie à laisser, d'une part, le juge apprécier selon son intime conviction, et à lui défendre, d'autre part, de tenir compte de certaines circonstances de fait qui sont parvenues à sa connaissance? La sanction de la violation de cette défense par le juge — le recours pour excès de pouvoir — ne sera d'ailleurs pas toujours efficace, pour une double raison. D'abord parce qu'il est possible aux parties d'y renoncer et ensuite parce que la Cour de Cassation ne peut exercer aucune censure à l'égard du juge qui aurait pris la précaution de ne pas indiquer dans son jugement la provenance des renseignements dont il fait état et qui n'y seraient apparus que grâce à son intervention active.

De plus, lorsqu'on sait de quels moyens accessoires le juge dispose pour apprécier les preuves, moyens grâce auxquels il ne dépend plus uniquement de la diligence des parties, on comprend aisément qu'il soit erroné de dire que le juge doive rester passif. Comme moyens accessoires peuvent être mentionnés : la connaissance du droit objectif, la connaissance des règles de l'expérience de la vie

et la connaissance de certains faits dont la preuve ne devra plus être apportée.

Les règles de l'expérience (*ervaringsregelen; Erfahrungssätze*) sont des critères généraux ayant un caractère strictement empirique, qui servent à apprécier les données de fait du litige et les preuves administrées. La connaissance de ces règles découle du fait que le juge, comme tout homme cultivé, est au courant de ce qui se passe normalement dans la société dans laquelle il vit; ces règles allègent sensiblement la charge de la preuve, puisqu'il suffit que chacune des parties allègue des circonstances de fait, qui suivant l'expérience de la vie et le cours normal des choses justifient la véracité des faits à prouver.

Enfin, il est évident que certains faits ne requièrent aucune preuve de la part des parties, soit parce que le juge en a déjà connaissance (faits processuels et faits notoires : *processuele feiten en algemeenbekende feiten; gerichtskundige Tatsachen und offenkundige Tatsachen*), soit parce que l'administration de la preuve est devenue superflue par suite d'un aveu, d'un serment, ou de la non-contestation.

Le rôle du juge dans l'administration des preuves est donc considérable, puisqu'il les apprécie, peut ordonner des mesures d'instruction et dispose d'importants moyens accessoires pour rechercher la vérité matérielle plutôt que la vérité formelle. Le droit de ne rechercher que la vérité formelle signifie que le juge se contente des assertions des parties et de la manière dont elles sont faites. En recherchant la vérité matérielle au contraire, le juge se laissera guider par l'idée qu'il devra rassembler les éléments nécessaires pour une décision équitable, c.à.d. une décision qui se rapproche autant que possible des relations existant réellement entre les parties. C'est pourquoi aussi, il est plus exact de parler de la neutralité du juge que de sa passivité.

La charge de la preuve garde néanmoins toute son importance, puisque les connaissances du juge et son pouvoir d'investigation sont humainement limités; le pouvoir du juge est également limité par le cadre des allégations dont les parties, *domini litis,* font état. Le juge doit, même en cas de doute, prononcer un jugement et il le fera au détriment de la partie à laquelle incombait la charge de la preuve des faits contestés.

5. — Il faut enfin souligner que, si la théorie dite de droit objectif peut être notablement assouplie par la collaboration des plaideurs à

l'administration de la preuve et par l'intervention du juge, en outre, le législateur peut et doit, de son côté, jouer un rôle important à cet égard.

On peut, entre autres, attendre du législateur qu'il applique certains procédés techniques pour augmenter la praticabilité du droit (Dabin), spécialement dans le domaine de la preuve. Ce sera, par exemple, le cas lorsqu'il simplifie les moyens de preuve ou étend les pouvoirs du juge. En vue d'une règlementation adéquate de la charge de la preuve, le législateur peut énoncer des règles spécifiques (par exemple art. 1315 C.c.) ou rédiger les textes légaux de telle façon qu'on puisse en déduire exactement, sur la base de la théorie dite de droit objectif, la répartition de la charge de la preuve (par exemple art. 201, 1145 et 1147 C.c.). Il peut finalement établir des présomptions, qui — abstraction faite de leur signification pour la technique juridique — acquièrent une importance spécifique quant à la charge de la preuve. C'est pourquoi, après avoir fait la distinction entre les présomptions d'une part, et, d'autre part, les règles de droit matériel, les règles interpretatives et supplétives, et les fictions, un exposé détaillé a été consacré aux différentes catégories de présomptions.

Les présomptions de l'homme ne peuvent être considérées comme des moyens de preuve, puisque le raisonnement grâce auquel on passe du *factum probans* au *factum probandum,* est l'œuvre du juge et non des parties. En prévoyant explicitement les présomptions de l'homme, le législateur a assoupli considérablement les règles rigides de la charge de la preuve. Il a ainsi non seulement affirmé une fois de plus que le juge peut réellement apprécier les preuves, mais il a également allégé considérablement la tâche des parties, puisqu'il leur suffit de prouver des faits voisins et connexes d'où le juge pourra déduire les faits allégués qui n'ont pu être prouvés directement (cfr. supra, n° 3).

Les présomptions légales (irréfragables et réfragables) sont basées, elles aussi, sur un raisonnement, mais ce raisonnement n'est plus fait par le juge mais bien par le législateur. Ces présomptions légales n'apportent pas un déplacement ou un renversement de la charge de la preuve, puisque ce n'est pas la charge qui est déplacée mais bien l'objet de la preuve. Les présomptions irréfragables, qui doivent rester exceptionnelles, sont fondées sur des préférences légales (Dabin); elles ressortissent au domaine de la preuve précisément parce que cette préférence légale trouve son expression dans la simplification de la preuve. Les présomptions réfragables ne sont pas des règles

spécifiques concernant la charge de la preuve, puisqu'elles n'apportent pas une répartition de cette charge qui dérogerait aux principes normaux; ce sont plutôt des règles légales qui peuvent alléger considérablement la charge de la preuve grâce à un déplacement de son objet.

6. — Les thèses qui précèdent ont été illustrées dans la dernière partie de cet ouvrage, où le problème de la charge de la preuve est examiné à propos de quelques cas concrets, tels que la bonne foi dans le mariage putatif, la formation et le contenu des actes juridiques, la responsabilité contractuelle (entre autres le problème de la conformité des marchandises livrées et celui de la responsabilité du médecin) et les contrats d'assurance.

Finalement la présente thèse peut se résumer de la façon suivante. La charge de la preuve doit se déterminer en partant de la règle de droit objectif dont les parties se prévalent pour en faire déduire les conséquences juridiques qu'elles souhaitent; chacune des parties devra alléguer et prouver les circonstances de fait que suppose l'application de la règle de droit invoquée. Toutefois, afin d'assouplir la rigueur des principes concernant la charge de la preuve, le juge et les parties doivent collaborer à la recherche de la vérité matérielle. De son côté, le législateur doit veiller à ce que la preuve des faits conditionnant l'application de la règle de droit, soit simplifiée.

DEUTSCHE ZUSAMMENFASSUNG

DEUTSCHE ZUSAMMENFASSUNG

Es ist schlechterdings ausgeschlossen, in dieser kurzen Zusammenfassung der Habilitationsschrift alle in ihr vertretenen Stellungnahmen im einzelnen wiederzugeben. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass einige der in ihr verwendeten Begriffe nur im Rechtskreis des *Code Napoléon* verwandt werden. Es ist daher schwierig, sie mit deutschen Rechtsbegriffen zu vergleichen.

In dieser Zusammenfassung sollen lediglich einige der in der Habilitationsschrift entwickelten Grundgedanken wiedergegeben werden. Es erscheint dabei auch überflüssig, eingehend auf Begriffe und Gedankengänge einzugehen, die in Deutschland bereits bekannt sind; denn der Verfasser hat die rechtsvergleichende Methode angewandt und die deutsche Rechtslehre weitgehend berücksichtigt.

1. — In der Habilitationsschrift ist zunächst dargestellt worden, welche Bedeutung der Beweis und die Beweislast für das Privatrecht haben. Hiervon ausgehend, hat sich der Verfasser darum bemüht, ein System der Beweislastverteilung auszuarbeiten.

Hierfür bestand in Belgien ein grosses Bedürfnis. Es sind hier zwar Beweislastprobleme bereits wiederholt untersucht worden. Dies ist jedoch lediglich bezüglich einiger konkreter Fälle (1) geschehen, ohne dass dabei in der Rechtslehre ein ins einzelne gehendes theoretisches System ausgearbeitet worden ist.

Der Grund für eine derartige Lücke liegt auf der Hand : im *Code Napoléon* und infolgedessen auch im belgischen Bürgerlichen Gesetzbuch (B.W.) befindet sich nur *eine* Vorschrift, die sich mit der Beweislast ausdrücklich befasst, die jedoch unzureichend ist, nämlich der Artikel 1315 : « Wer die Erfüllung einer Verbindlichkeit fordert, muss ihr Bestehen beweisen. Andererseits muss derjenige, der behauptet, die Verbindlichkeit erfüllt zu haben, die Zahlung oder aber diejenige Tatsache beweisen, durch die seine Verbindlichkeit erloschen ist » (2).

---

(1) So zum Beispiel anlässlich von Prozessen über die Identität der gelieferten Ware, bei Haftungsprozessen sowie bei Prozessen in Versicherungsangelegenheiten.

(2) « Hij die de uitvoering van een verbintenis vordert, moet het bestaan daarvan bewijzen. Omgekeerd moet hij die beweert bevrijd te zijn, het bewijs leveren van de

Es wird jedoch angenommen, dass diese Bestimmung das Prinzip der Beweislastverteilung enthält, und dass sie — obwohl sie sich in dem Kapitel *Der Beweis der Verbindlichkeiten* befindet — für das gesamte Privatrecht gilt.

Der Gesetzgeber hat es jedoch unterlassen, *allgemein* zu bestimmen, nach welchen Kriterien die Beweislast verteilt werden muss sowie welche Tatsachen vom Kläger oder vom Beklagten bewiesen werden müssen.

2. — Ueber die Verteilung der Beweislast gibt es in Deutschland und in den Niederlanden zahlreiche Theorien, so insbesondere : die Theorie von der bloss-affirmativen Beweislast, die objektiv-rechtliche Theorie, die öffentlich-rechtliche Theorie und die Billigkeitstheorie.

Obwohl die Theorie von der bloss-affirmativen Beweislast (*theorie van de bloot-affirmatieve bewijslast*), nach der lediglich positive Tatsachen bewiesen werden müssen, heute überholt ist und daher nicht mehr vertreten wird, hat sie jedoch mit Recht die Aufmerksamkeit auf die Schwierigkeiten gelenkt, die hinsichtlich des Beweises negativer Tatsachen bestehen.

Es ist das Verdienst der objektiv-rechtlichen Theorie (*objectief-rechtelijke bewijslasttheorie*), die Kriterien der Verteilung der Beweislast ins einzelne gehend aufgestellt zu haben. Da diese Theorie ursprünglich von der deutschen Rechtswissenschaft entwickelt worden ist (1), erscheint es nicht nötig, an dieser Stelle weiter auf sie einzugehen. Es sei lediglich daran erinnert, dass die Grundregel dieser Theorie wie folgt zusammengefasst wird : « Diejenige Partei, deren Prozessbegehr ohne die Anwendung eines bestimmten Rechtssatzes keinen Erfolg haben kann, trägt die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass die Merkmale des Rechtssatzes im tatsächlichen Geschehen verwirklicht sind » (2). Da das objektive Recht aus positiven, d.h. rechtsbegründenden Normen, und aus negativen, d.h. rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Normen besteht, müssen die Tatsachen, die unter die erstgenannten Normen subsumiert werden sollen, vom

betaling of van het feit dat het tenietgaan van zijn verbintenis heeft teweeggebracht ».
« Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le payement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

(1) Vgl. u.a. Fitting, Betzinger, Leonhard und Rosenberg. Sie ist von verschiedenen niederländischen Autoren übernommen worden, insbesondere von Grünebaum, Scheltema und Suyling. Obwohl in Frankreich diesbezüglich keine eigene Theorie entwickelt worden ist, können Aubry et Rau und Motulsky ihr doch teilweise zugerechnet werden.

(2) Rosenberg, *Die Beweislast,* 3. Auflage, Berlin, 1953, § 9, S. 98.

Kläger, diejenigen, die unter die zweitgenannten Normen subsumiert werden sollen, vom Beklagten bewiesen werden. Auf Grund einer Auslegung der bestehenden Gesetzestexte wird es möglich sein, beide Arten von Rechtsnormen von einander zu unterscheiden.

Gemäss der öffenlich-rechtlichen Theorie (*publiekrechtelijke bewijslasttheorie*) (1) soll dem Richter *de lege ferenda* eine sehr umfangreiche und weitgehende Untersuchungsbefugnis verliehen werden. Darüber hinaus sollen die Parteien, die in einem Zivilrechtsstreit der Wahrheit zuwider Tatsachen vortragen, sogar strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden.

Nach der Billigkeitstheorie (*procesrechtelijke bewijslasttheorie of billijkheidsleer*) (2) hat der Richter die Befugnis, die Beweislast in jedem konkreten Fall nach Billigkeitsgesichtspunkten zu verteilen. Diese Theorie ist kaum vertretbar; denn sie macht die Verteilung der Beweislast von der wechselnden subjektiven Einsicht des Richters abhängig. Gleichwohl darf jedoch daran erinnert werden, dass diese Theorie nicht nur mehrere wertvolle Beiträge für die Lösung des Problems der Beweiswürdigung geliefert hat (so zum Beispiel die Begriffe der Wahrscheinlichkeit, des gewöhnlichen Verlaufs der Dinge,...), sondern dass sie darüber hinaus auch die Notwendigkeit einräumt, eine allzu straffe Verteilung der Beweislast aufzulockern.

Der Verfasser gibt der objektiv-rechtlichen Theorie den Vorzug; denn seines Erachtens bietet sie am meisten die Gewähr der Rechtssicherheit. Sie müsste jedoch seines Erachtens noch etwas aufgelockert werden. Allerdings haben auch schon die Vertreter der objektiv-rechtlichen Theorie selbst eine solche Auflockerung vorgeschlagen. Sie haben nämlich das Recht zuerkannt, die Beweise zu würdigen, d.h. der Richter muss auf Grund einer persönlichen Ueberzeugung beurteilen, ob eine behauptete Tatsache bewiesen worden ist oder nicht. Der Verfasser vertritt jedoch die Auffassung — und er hat dies in der Habilitationsschrift im einzelnen ausgeführt —, dass die Beweislastverteilung nach der objektiv-rechtlichen Theorie noch weitergehender aufgelockert werden sollte, und zwar durch eine gegenseitige Hilfe der Prozesspartein, dadurch dass der Richter von den ihm eingeräumten Möglichkeiten einen noch weitergehenden Gebrauch macht und schliesslich durch den Eingriff des Gesetzgebers.

(1) Sie wird in den Niederlanden von Moltzer und in Frankreich von Legeais vertreten.

(2) Diese Lehre hat viele Anhänger vor allen Dingen in den Niederlanden, so zum Beispiel Asser-Anema-Verdam, Pitlo, Eggens, Haardt,...

3. — Die Parteien eines Rechtsstreits sind nicht nur verpflichtet, Treu und Glauben zu beachten. Sie sind darüber hinaus auch gehalten, bei der Beweisführung zusammenzuarbeiten. Diese Mitwirkungspflicht ergibt sich sowohl aus allgemeinen Rechtserwägungen als auch aus einigen besonderen Vorschriften. Sie kann mitunter sehr weit gehen; denn die Parteien sind sogar verpflichtet, Sachen vorzulegen, die der Beweisführung der Gegenpartei dienen können. Obwohl die *actio ad exhibendum* (*vordering tot overlegging*) — anders als zum Beispiel in den Niederlanden, in Deutschland, in England und in Italien — nicht ausdrücklich in das belgische Recht übernommen worden ist, meint der Verfasser, dass sie auch in Belgien zugelassen werden muss, und zwar sowohl zwischen Parteien als auch im Verhältnis zu Dritten.

4. — Zu einer Auflockerung der Beweisführungslast und damit mittelbar auch der Beweislast hat schliesslich beigetragen, dass die Befugnisse des Richters erweitert worden sind. Der Richter ist kein *Rechtsprechungsautomat*; denn er würdigt nicht nur die von den Parteien angetretenen Beweise, sondern kann darüber hinaus auch von Amts wegen Untersuchungsmassnahmen anordnen.

Dabei verfügt der Richter über bedeutende Hilfsmittel : er kennt das objektive Recht und kann darüber hinaus Erfahrungssätze (*ervaringsregelen*) sowie offenkundige und gerichtskundige Tatsachen (*algemeen-bekende en processuele feiten*) verwenden, die keines Beweises mehr bedürfen.

Die Parteien und der Richter müssen also zusammenarbeiten mit dem Ziele, die *materielle Wahrheit* (G. Böhmer) zu finden. Da allerdings das Erkenntnisvermögen und die Untersuchungsbefugnis des Richters beschränkt sind und die Parteien als *domini litis* häufig nicht alle notwendigen Tatsachen beibringen, ist est möglich, dass weiterhin Zweifel bestehen. Gleichwohl aber muss der Richter entscheiden, und er wird dies zum Nachteil derjenigen Partei tun, die das Risiko der Beweislosigkeit trägt. Da, wo das Reich der freien Beweiswürdigung des Richters und der Beweisführung der Parteien aufhört, beginnt die Herrschaft der Beweislast.

5. — Es braucht hier nicht weiter darauf hingewiesen zu werden, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit hat, die Beweislastverteilung zu verdeutlichen und aufzulockern. Er kann insbesondere Beweislastregelungen treffen (so zum Beispiel in Artikel 1315 des belgischen Bürgerlichen Gesetzbuches) oder aber die Rechtsnormen so abfassen,

dass man aus ihnen auf Grund der objektiv-rechtlichen Theorie die Beweislastverteilung eindeutig ersehen kann. Er kann schliesslich Vermutungen aufstellen, die — abgesehen von ihrer Bedeutung für die juristische Technik — eine besondere Bedeutung im Hinblick auf die Beweislast haben.

Derartige Vermutungen haben keine Umkehrung, sondern eine Auflockerung der Beweislast zur Folge, weil nicht die Last selbst, sondern der Beweisgegenstand von einer Partei auf die andere übertragen wird.

ZAKENREGISTER

ZAKENREGISTER

De cijfers verwijzen naar de nummers van het proefschrift. Soms wordt ook een voetnoot (= n) aangehaald.

Aannemingsprocedure.
— taak rechter, 33.

Aansprakelijkheid (uit onrechtmatige daad).
— aanvoeringslast, 18, 224.
— beroven van bewijsmiddelen, 200, 265, 270, 271.
— bewijslast, 121, 451.
— vermoeden, 386.

Aansprakelijkheid (uit overeenkomst).
— bewijslast, 118, 416 e.v.
— vermoeden, 122 n, 383, 418, 420, 422.
Zie ook : Conformiteit geleverde koopwaar, Geneesheer, Middelverbintenis, Uitslagverbintenis, Verbintenis niet te doen, Vervoerovereenkomst.

Aanvoeringslast.
— begrip, 17, 18, 19, 23, 130.
— belang, 1, 23, 26.
— onderscheid bewijslast : 23 e.v.
— terminologie, 16.
— verbod, 224.
— vermoedens, 374, 388.
— vrijstellingen, 20, 21, 22.

Aanwijzingen.
Zie : Indiciën.

Accessoire rechtsvoorschriften, 131, 148.

Accusatoir stelsel, 183.

Actio ad exhibendum.
Zie : Overlegging stukken.

Actio de edendo.
Zie : Romeins recht.

Administratief recht.
Zie : Bewijs in administratief recht.

Adoptie.
Zie : Aannemingsprocedure.

Advocaat, 203, 281.

Afpaling, 59.

Afstamming, 225.
Zie ook : Vaderschap.

Afwezigheid, 85, 113.

Algemeen-bekende feiten.
— begrip, 325 e.v.
— kennis rechter, 325, 326, 327.
— onderscheid ervaringsregel, 325.
— vermoeden, 371.
— voorbeelden, 326.

Algemene bekendheid, 328.

Arbeidsongeval, 85.

Arbitrage.
Zie : Scheidsgerecht.

Aufklärungsplicht, 205.

Aval.
Zie : Wisselbrief.

Bedrog, 138, 393, 400.
Zie ook : Rekwest civiel.

Begroting *ex aequo et bono.*
— bewijswaardering, 200, 301.

Bekentenis.
— begrip, 330, 333.
— buitengerechtelijke —, 56, 62, 71, 72.
— geen vermoeden, 366, 381.
— invloed bewijs, 330, 336, 344.
— onderscheid bewijslastovereenkomt, 56, 62, 71.
— onderscheid niet-betwisten, 333.
— onsplitsbaarheid, 351.
— processueel feit, 323.
— tegen onwederlegbaar vermoeden, 66, 381.
Zie ook : Duits recht, Verstek.

Bekwaamheid.
— aanvoeringslast, 22.
— bewijslast, 75, 126, 128, 133, 135, 137, 138, 400.

Belangenwaardering, 11, 226, 251, 260, 261, 265, 269, 278, 282.

Beroepsgeheim.
Zie : Geheimhouding.

Betaling.
— bewijslast, 125, 126, 130, 134, 140, 148, 162.
Zie ook : Onverschuldigde betaling.

Bevrijding schuldenaar.
Zie : Schuldenaar.

Beweisabstraktheit, 71.

Beweislosigkeit, 6, 107, 164.

Bewijs (juridisch).
— afdoend, 221, 223, 227, 269, 288.
— bekentenis, 4, 28, 220.
— belang, 7.
— buiten het geding, 8.
— gebonden, 4, 76, 289.
— intrinsiek, 188.
— overbodig, 222, 329 e.v., 388.
— ter zake dienend, 188, 200, 220 e.v., 227, 269, 288.
— toelaatbaar, 221, 224 e.v., 227, 275 e.v., 288.
— versoepeling, 58, 182.
— vrij, 4, 76, 289.
Zie ook : Bewijsvoering, Partijen, Voorafgemaakt bewijs, Wettelijkheid bewijsregeling.

Bewijs (middellijk).
— begrip, 185 e.v., 222.
— vermoeden, 364, 365, 370.
Zie ook : Vermoedens.

Bewijs (onmiddellijk), 185 e.v.

Bewijs (tegen —).
Zie : Tegenbewijs.

Bewijs (wetenschappelijk), 3, 4, 220.

Bewijsaanbod.
— toezicht rechter, 220 e.v., 288, 291.
Zie ook : Hof van Cassatie.

Bewijs door geschriften.
Zie : Schriftelijk bewijs.

Bewijs door getuigen.
Zie : Getuigenbewijs.

Bewijsgeschiktheid.
— bewijswaardering, 421.
— rechtvaardiging bewijslast, 97, 98.
— verdeling bewijslast, 164, 169, 172, 191, 207.

Bewijs in administratief recht, 83 n, 294.

Bewijs in fiscaal recht, 83 n.

Bewijs in handelszaken.
— bevoegdheid rechter, 342.
— vermoedens, 369.
— vrijheid bewijsmiddelen, 76, 290.
— wettelijke regeling, 39.
Zie ook : Handelsboeken.

Bewijs in strafrecht, 76, 83 n, 294.

Bewijslast.
— begrip, 30 e.v., 46 e.v., 171, 172, 176, 181, 218, 245, 469.
— belang, 1, 6, 7, 9, 10, 11, 13, 14, 271, 285, 467.
— formele —, 30, 31, 33, 34, 35.
— — eiser, 90 e.v., 100, 114, 117, 171.
— gebrek aan tegenspraak, 332.
— invloed bekentenis, 330.
— invloed ervaringsregel, 316 e.v.
— invloed taak rechter, 338 e.v., 345.
— karakter, 39 e.v.
— materiële —, 30, 32, 33, 34, 35.
— objectieve —, 30, 32, 33, 34, 35, 42, 140, 176, 347, 469.
— omkering, 67, 114, 115, 116 e.v., 123, 127, 139, 141, 142, 143, 151, 162, 190, 191, 207, 215, 271, 318, 319, 330, 339.
— onderscheid aanvoeringslast, 23 e.v.
— subjectieve —, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 42, 103, 140, 166, 176, 347, 469.
— toepassingsgebied, 80 e.v.
— verdeling, 76, 96, 100 e.v., 117, 134, 141, 144, 149, 166, 168, 169, 173, 175, 181, 189.
— verlichting, 182, 316.
— vermoedens, 145, 374, 383, 384, 385, 388, 392, 394.
— voorwerp, 36, 37.
— vrijstellingen, 25, 147.
Zie ook : Bewijsvoering, Bewijswaardering, Hof van Cassatie, Partijen, Rechter (taak), Waarschijnlijkheid, Wetgever, Wettelijkheid bewijsregeling.

Bewijslastovereenkomst, 49, 55, 86, 88, 422.
— begrip, 56 e.v., 59, 60, 62.
— belang, 69 e.v.
— geldigheid, 59 e.v.
— vereisten, 63 e.v.
Zie ook : Verzaking bewijslastprincipes, Verzekering (algemeen).

Bewijslasttheorie.
— billijkheidsleer, 152, 161 e.v., 172, 176, 177, 181, 470.
— bloot-affirmatieve —, 109 e.v., 115, 123, 164, 470.
— logisch-juridische, 171 e.v., 470.
— objectiefrechtelijke —, 47, 106,

113, 129 e.v., 147 e.v., 167, 168, 176, 177, 180, 181, 182, 348, 467, 470.
— procesrechtelijke —, zie billijkheidsleer.
— publiekrechtelijke —, 153 e.v., 184, 470.
— subjectiefrechtelijke — ,124 e.v., 147, 150, 177, 470.
Zie ook : Indicatie, Negatiefwerkend voorschrift, Positiefwerkend voorschrift, Rechtscheppende normen, Rechtsverhinderende normen, Rechtsvernietigende normen.

Bewijsmiddelen.
— algemeen, 28, 76, 87, 96, 154, 184, 185, 189, 220.
— beroven van —, 200, 215, 265, 270, 271.
— bewijskracht, 290, 370.
— onvolledige —, 370.
— tegen vermoeden, 391.
— toezicht rechter, 288 e.v., 301.
Zie ook : Bekentenis, Bewijs in handelszaken, Eed, Getuigenbewijs, Schriftelijk bewijs, Vermoedens.

Bewijsnood, 191 n, 205, 351.
Zie ook : Bekentenis, Eed.

Bewijs op het eerste gezicht, 118, 179,314.

Bewijsovereenkomst, 57 e.v.

Bewijs *prima facie.*
Zie : Bewijs op het eerste gezicht.

Bewijsrisico, 30, 32, 34, 35, 158, 161, 164, 171, 172, 176, 206, 207.
Zie ook : *Beweislosigkeit,* Bewijslast (objectieve).

Bewijsstukken.
— algemeen, 196, 206.
— mededeling —, 230, 239, 242.
Zie ook : Handelsboeken, Huiselijke registers en papieren, Overlegging stukken.

Bewijs van het tegendeel.
— algemeen, 319.
— begrip, 140.
— vermoedens, 374, 389, 390.
Zie ook : Tegenbewijs.

Bewijsvoering.
— begrip, 35, 181.
— bemoeilijken —, 97, 133, 143, 200, 213, 215, 271, 319.
— onderscheid bewijslast, 35, 166, 207.
Zie ook : Partijen.

Bewijsvoorwerp.
— verplaatsing —, 115, 116, 122 e.v., 187 e.v., 222, 314, 315.
Zie ook : Feiten, Subjectief recht.

Bewijswaardering.
— begrip, 10, 11, 13, 289, 292.
— door rechter, 57, 76, 115, 116, 133, 139 e.v., 151, 166, 168, 176, 178, 181, 276, 289 e.v., 301, 303, 319, 333, 338, 370, 470.
— ervaringsregel, 313, 315.
— invloed op bewijslast, 95, 98, 122, 168, 191, 289, 293, 321.
— middelen —, 165, 293, 313 e.v.
— onderscheid bewijslast, 138, 143,

164, 166, 318, 339, 421.
Zie ook : Bewijslast, Tegenbewijs.

Bezit.
— stoornis, 134.
— vermoeden, 384, 386.

Bibliotheek.
— bewijs teruggave boek, 143, 320.

Billijkheid, 94, 96, 98, 133, 143, 161 e.v., 242, 259, 260.
Zie ook : Bewijslasttheorie (billijkheidsleer) .

Bloedonderzoek.
— ambtshalve, 156, 294.
— samenwerking partijen, 214.
— toezicht rechter, 156, 284, 288.

Brevet, 133.

Briefgeheim, 225, 243, 260, 269, 272 e.v.

Bruidschat, 72, 121.

Buitenlands recht.
— bewijslast, 33, 308 e.v.
— kennis — door rechter, 308 e.v.
— toezicht Cassatiehof, 308.
Zie ook : Duits recht, Engels recht, Internationaal privaatrecht, Italiaans recht, Nederlands recht, Zwitsers recht.

Burgerlijk procesrecht.
Zie : Procesrecht.

Canoniek recht.
— lijdelijkheid rechter, 75, 286.

Cassatie.
Zie : Hof van Cassatie.

Causaal verband.
Zie : Oorzakelijk verband.

Conformiteit geleverde koopwaar.
— bewarende maatregelen, 430, 438.
— bewijslast, 35, 424 e.v.
— vermoedens, 429.
Zie ook : Uitslagverbintenis.

Contract.
Zie : Overeenkomst.

Contradictoire voorschriften, 131, 132, 140, 148.

Dading, 8, 234.

Decisoria litis, 43.

Deskundig onderzoek.
— algemeen, 39, 268.
— ambtshalve, 294.
— processueel feit, 324.
— toezicht Cassatiehof, 304.
— toezicht rechter, 288, 291, 303, 326.

Duits recht.
— algemeen-bekend feit, 325.
— bekentenis, 335.
— ervaringsregel, 313.
— formulering bewijslast, 22, 77, 79, 81.
— objectiefrechtelijke bewijslasttheorie, 129 e.v., 148.
— subjectiefrechtelijke bewijslasttheorie, 124 e.v.
— toepassing vreemd recht, 309.
— vermoedens, 361, 367.
— verstekprocedure, 335.
— vordering, 40.
— vordering tot overlegging, 250 e.v.

Dwaling, 138, 400.

Dwang, 137.

Dwangsom, 270.

Dwanguitgifte, 230, 239, 263, 264.

Dwingend recht.
Zie : Openbare orde.

Echtheid geschrift.
— onderzoek —, 240, 263.

Echtscheiding, 65, 87, 138, 195, 275, 276.

Eed.
— algemeen, 96, 351.
— geen vermoeden, 366, 381.
— samenwerking partijen, 208.
— tegen onwederlegbaar vermoeden, 66, 381.

Eed (aanvullende).
— ambtshalve, 294.
— beoordeling rechter, 291, 339.
— evolutie, 342.
— invloed bewijslast, 339.
— toezicht Cassatiehof, 304.

Eed (gedingbeslissende).
— evolutie, 96, 342.
— invloed bewijslast, 331.
— rechtskarakter, 331 n.
— toezicht rechter, 288, 331 n, 344.

Eigendomsvoorbehoud, 412.

Eis en verweer.
— nieuwe eis, 199.
— tegeneis, 414, 415.
— verweer, 26, 140.
Zie ook : Ontkenning, Ontvankelijkheid eis, Tegenspraak, Verstek.

Engels recht.
— algemeen-bekend feit, 325.
— bewijslastverdeling, 149, 178.
— negatief feit, 118.
— vordering tot overlegging, 254.

Erfdienstbaarheid, 118, 137.

Ervaringsregel.
— algemeen, 21, 168, 313 e.v.
— begrip, 142, 313, 314.
— belang, 315.
— feitelijk vermoeden, 314, 315, 369, 371.
— invloed bewijslast, 143, 316 e.v.
— taak rechter, 313.
— toepassing, 315, 316, 319.
— wettelijk vermoeden, 317.
Zie ook : Algemeen-bekende feiten, Gewone gang van zaken.

Ex aequo et bono, zie Begroting *ex aequo et bono.*

Exceptio non adimpleti contractus.
— bewijslast, 406, 414, 415, 431 n.

Exceptio obscuri libelli, 19.

Expertise.
Zie : Deskundig onderzoek.

Factuur, 73.

Faillissement, 201, 206, 237.

Fair play **in het geding,** 192 e.v., 211, 215, 297, 302 e.v.
Zie ook : Goede trouw.

Feiten.
— bewijs van —, 36, 37.
— interpretatie rechter, 371.
— kennis rechter, 322 e.v.
— taak partijen, 322.

Feiten (algemeen-bekende).
Zie : Algemeen-bekende feiten.

Feiten en vraagpunten.
Zie : Verhoor op feiten en vraagpunten.

Feiten (notoire).
Zie : Algemeen-bekende feiten.

Feiten (processuele).
Zie : Processuele feiten.

Fictie.
— onderscheid vermoeden, 357, 376.

Formeel recht.
— begrip, 45.
— karakter bewijslast, 45 e.v.
Zie ook : Materieel recht.

Gebruiken.
— begrip, 312.
— bewijslast, 312.
— onderscheid gewoonterecht, 312.
— toezicht Cassatiehof, 312.
Zie ook : Gewoonterecht.

Geheimhouding, 225, 243, 254, 260, 264, 265, 269, 272, 283.
Zie ook : Briefgeheim.

Geluidsband (opname).
— gebruik — door rechter, 294.

Gemeenheid.
— gracht, 383.
— haag, 383.
— muur, 383, 386.

Geneesheer.
— aansprakelijkheid, 442 e.v.
— bewijslast aansprakelijkheid, 121, 446 e.v.
— bewijslast overeenkomst —, 443.
— verbintenissen, 444 e.v.

Gerechtelijk contract, 259.

Gerechtskosten, 194, 198.

Geschrift.
Zie : Echtheid geschrift, Schriftelijk bewijs.

Getuigenbewijs.
— algemeen, 39, 186, 226, 233, 263, 264, 280, 368.
— algemene bekendheid, 328.
— ambtshalve, 294.
— processueel feit, 323, 324.
— toezicht rechter, 222, 283, 288, 291, 303, 342, 368.
Zie ook : Italiaans recht, Nederlands recht.

Geweld, 137, 138, 400.

Gewone gang van zaken.
— algemeen, 21, 95, 99, 142, 165, 166, 276, 355, 369, 371.
— ervaringsregel, 167, 314, 318.

Gewoonterecht,
— bewijslast, 311.
— kennis — door rechter, 311, 312.
Zie ook : Gebruiken.

Gezag van gewijsde.
— geen vermoeden, 366, 382.
— samenwerking partijen, 208.

Goede trouw.
— aanvoeringslast, 22.
— algemeen, 113.
— bij procesvoering, 67, 202, 206, 242, 259, 260, 261, 268, 338.
— vermeend huwelijk, 13, 396 e.v.
— vermoeden, 383, 385, 386, 397.

Handelsboeken.
— mededeling —, 237, 238, 239, 244, 245.
— openlegging —, 237, 239, 243, 244, 245, 294.

Handelsrecht.
Zie : Bewijs in handelszaken.

Hof van Cassatie.
— bewijslasttheorie, 180.
— bewijswaardering, 143, 318.
— toezicht bewijsaanbod, 222, 304.
— toezicht bewijslast, 54, 143, 147 n, 318.
— toezicht lijdelijkheid rechter, 304.
— toezicht vermoedens, 304, 374.
Zie ook : Buitenlands recht, Deskundig onderzoek, Eed, Gebruiken.

Huiselijke registers en papieren, 236, 244, 245.

Huurprijs.
Zie : Vergoeding.

Huurschade, 419.

Huwelijk.
— lasten huisgezin, 233.
Zie ook : Levensonderhoud.

Huwelijk (vermeend).
— bewijslast goede trouw, 13, 396 e.v.

Huwelijkscontract, 72, 121.

Huwelijksgoederenrecht.
Zie : Bruidschat, Huwelijkscontract, Wettelijke gemeenschap.

Indicatie, 172, 174, 175, 176.

Indiciën, 364, 365, 370, 371.

Indirect bewijs.
Zie : Bewijs (middellijk).

Innerlijke overtuiging rechter.
Zie : Rechter (innerlijke overtuiging).

Inquisitoriaal stelsel, 183.

Interlocutoir vonnis, 53, 268.

Internationaal privaatrecht.
— Belgisch systeem, 308.
— bewijslast, 49, 50.
— vermoedens, 50, 374, 394.

Interpretatieve regel.
— onderscheid vermoeden, 356.
Zie ook : Suppletieve regel, Uitleggingsregel.

Intertemporaal recht.
Zie : Terugwerkende kracht wet.

Intrinsiek bewijs.
Zie : Bewijs (juridisch).

Italiaans recht.
— bewijslast, 79, 81.
— bewijslastovereenkomst, 64, 67.
— getuigenbewijs, 301.
— rekwest civiel, 197.
— schuldbekentenis zonder rechtsgrond, 71.
— vermoedens, 361, 366.
— vermogensverschuiving zonder oorzaak, 18.
— vordering, 40.
— vordering tot overlegging, 255.

Kennelijk karakter, 328.

Konijnenschade (raming).
— processueel feit, 324.

Koopmansboeken.
Zie : Handelsboeken.

Koop-verkoop.
— — op monster, 206.
— — op proef, 411.
— nietigheid —, 136.
— vrijwaring verbroken gebreken, 138, 431.
Zie ook : Conformiteit geleverde koopwaar, Overeenkomst.

Kosten.
Zie : Gerechtskosten.

Landpacht, 51.

Levenservaring.
Zie : Ervaringsregel.

Levensonderhoud : 138.

Lex causae, 50, 394.

Lex fori, 50.

Lijdelijkheid rechter.
— algemeen, 58, 75, 76, 103, 160, 286, 294 e.v., 307, 343, 344, 473.
— redenen, 297 e.v.
— sancties, 304.

Loyaliteit.
Zie : *Fair play* in het geding.

Mandaat, 413.

Materieel recht.
— karakter bewijslastregeling, 39 e.v., 61, 85.
— onderscheid vermoedens, 355, 376, 377, 383.
Zie ook : Bewijslasttheorie (objectiefrechtelijke), Formeel recht.

Materiële waarheid.
Zie : Waarheid (materiële).

Middellijk bewijs.
Zie : Bewijs (middellijk).

Middelverbintenis.
— begrip, 416.
— bewijslast, 417, 419, 420, 441 e.v., 450, 452.
Zie ook : Geneesheer.

Nederlands recht.
— algemeen bekend feit, 327.
— bewijslastovereenkomst, 64, 68.
— bewijsrecht, 78, 79, 81, 98.
— billijkheidsleer, 161 e.v.
— ervaringsregel, 313.
— gerechtskosten, 198.
— getuigenbewijs, 291, 301.
— logisch-juridische theorie, 171 e.v.
— objectiefrechtelijke theorie, 129 e.v.
— persoonlijke verschijning partijen, 210.
— procesrechtelijke theorie, 161 e.v.
— publiekrechtelijke theorie, 153 e.v.
— rekwest civiel, 195.
— subjectiefrechtelijke theorie, 124 e.v.
— taak rechter, 342.
— tegenbewijs, 226.
— toepassing vreemd recht, 309.
— vermoedens, 361, 367.
— verstekprocedure, 335.
— vordering tot overlegging, 246 e.v.

Negatief feit.
— begrip, 111 e.v.

— invloed bewijslast, 97, 109 e.v., 144, 191.
— verplaatsing bewijsvoorwerp, 122 e.v., 187.
— voorbeelden, 113, 118, 121, 133, 421, 451, 452, 464.
Zie ook : Bewijslasttheorie (bloot-affirmatieve).

Negatief-werkend voorschrift, 129, 130, 132, 133, 134, 136, 137, 148, 171, 173.
Zie ook : Bewijslasttheorie (objectiefrechtelijke), Rechtsverhinderende normen, Rechtsvernietigende normen.

Neutraliteit rechter, 10, 23, 61, 66, 160, 187, 286, 305, 343, 344, 345.

Niet-betwisten.
Zie : Tegenspraak.

Nietigheid proceshandeling : 19, 201.

Normale gang van zaken.
Zie : Gewone gang van zaken.

Notoire feiten.
Zie : Algemeen-bekende feiten.

Objectief recht.
— bewijs, 36 n.
— kennis — door rechter, 307 e.v.
Zie ook : Buitenlands Recht, Gewoonterecht.

Objectieve bewijslast.
Zie : Bewijslast.

Onderhoudsgeld.
Zie : Levensonderhoud.

Onmiddellijk bewijs.
Zie : Bewijs (onmiddellijk).

Onpartijdigheid rechter.
Zie : Neutraliteit rechter.

Onrechtstreeks bewijs.
Zie : Bewijs (middellijk).

Onschendbaarheid persoon, 264, 272, 284.

Ontkenning.
— invloed bewijslast, 110, 140, 178, 181, 332.

Ontvankelijkheid eis, 18, 21, 23.

Onverschuldigde betaling, 113, 130.

Oorzaak, 71.
Zie ook : Vermogensverschuiving zonder oorzaak.

Oorzakelijk verband : 314.
Zie ook : Aansprakelijkheid (uit onrechtmatige daad).

Openbare orde.
— algemeen, 65, 66, 68.
— bewijsrecht, 57 e.v., 61.
— taak rechter, 23.
— territoriale internationale — —, 50.
— verstek, 23.

Openlegging handelsboeken.
Zie : Handelsboeken.

Ordinatoria litis, 43.

Overeenkomst.
— aanvoeringslast, 20, 22.
— bewijslast, 125, 126.
— uitlegging — door rechter, 307.
— wederzijdse —, 432.

Zie ook : Aansprakelijkheid (uit overeenkomst), Rechtshandeling.

Overlegging stukken.
— ambtshalve door rechter, 269, 294, 296.
— in geval van verstek, 334.
— processueel feit, 324.
— vordering tot —, 157, 212, 229 e.v., 262 e.v., 267 e.v., 282 e.v., 472.
Zie ook : Bewijsstukken.

Pachtovereenkomst.
Zie : Landpacht.

Parère, 312.

Partijen.
— gelijkheid, 105, 168, 194, 271, 275.
— medewerking — bewijsvoering, 157 e.v., 164, 168, 175, 182, 184, 191, 205 e.v., 256, 259, 319.
— recht op bewijs, 217 e.v., 231, 273, 279, 281, 285.
— taak —, 4, 24, 33, 154, 157, 158, 160, 182, 183 e.v., 472.
— — — vermoedens, 372, 387, 388.
— werkzaamheid, 152.
Zie ook : Bewijsgeschiktheid, Bewijslastovereenkomst, Bewijsvoering, Eis en verweer, *Fair play* in het geding, Feiten, Overlegging stukken, Persoonlijke verschijning partijen.

Pathologische aanleg, 118, 133.

Persoonlijke kennis rechter.
Zie : Rechter (persoonlijke kennis).

Persoonlijke verschijning partijen.
— ambtshalve, 294.
— begin schriftelijk bewijs, 347 n.
— evolutie, 342.
— processueel feit, 323.
— toezicht rechter, 210, 288.

Physische integriteit.
Zie : Onschendbaarheid persoon.

Plaatsbezoek.
— algemeen, 39, 186, 240.
— ambtshalve, 294.
— processueel feit, 324.

Positief-werkend voorschrift, 129, 130, 132, 134, 135, 136, 137, 148, 171, 173.
Zie ook : Bewijslasttheorie (objectiefrechtelijke), Rechtscheppende normen.

Prejudicieel geschil, 339.

Prijs.
Zie : Vergoeding.

***Prima facie* bewijs.**
Zie : Bewijs op het eerste gezicht.

Procesrecht.
— begrip, 40.
— bewijsrechtelijke bepalingen, 37, 57.
— karakter bewijslast, 39, 41 e.v., 85.
— spelelementen, 192 e.v.
— techniek, 99, 174.
Zie ook : Bewijslasttheorie (procesrechtelijke), Eis en verweer, *Fair play* in het geding, Gerechtskosten, Goede trouw, Nietigheid proceshandeling, Ontvankelijk-

heid eis, Rechter, Rechtsmisbruik, Scheidsgerecht, Tegensprekelijkheid geding, Willige rechtsmacht.

Processuele feiten.
— algemeen, 322 e.v.
— begrip, 323.
— vermoeden, 270, 371.
— voorbeelden, 324.

Putatief huwelijk.
Zie : Huwelijk (vermeend).

Recht (buitenlands).
Zie : Buitenlands recht.

Recht (gewoonte —).
Zie : Gewoonterecht.

Recht (objectief).
Zie : Objectief recht.

Recht (subjectief).
Zie : Subjectief recht.

Rechter (innerlijke overtuiging), 142, 289, 303, 369.

Rechter (persoonlijke kennis).
— begrip, 296 e.v.
— gevaren, 66, 297 e.v., 344.
— onderscheid algemeen-bekend feit, 327.
Zie ook : Algemeen-bekende feiten, Feiten.

Rechter (taak).
— algemeen, 1, 2, 4, 5, 23, 33, 57, 61, 123, 140, 150, 154, 155, 156, 160, 167, 168, 182, 183, 184, 188, 192, 209, 259, 264, 269, 286 e.v., 307, 313, 338 e.v., 347, 369, 389, 473.
— *de lege ferenda,* 342, 344, 347.
— invloed bewijslast, 139, 161 e.v., 191, 338 e.v., 345.
— kennis feiten, 322 e.v., 371.
— kennis recht, 307 e.v.
— onderzoeksmaatregelen, 294 e.v.
— verstek, 334.
Zie ook : Belangenwaardering, Bewijsaanbod, Bewijsmiddelen, Bewijswaardering, Bloedonderzoek, Deskundig onderzoek, Lijdelijkheid rechter, Neutraliteit rechter, Persoonlijke verschijning partijen, Plaatsbezoek, Verhoor op feiten en vraagpunten, Vermoedens (feitelijke), Waarheid, Wettelijkheid bewijsregeling.

Rechtscheppende normen, 133, 134, 136, 138, 144, 145, 146, 149, 181, 184.
Zie ook : Bewijslasttheorie (objectiefrechtelijke), Positief-werkend voorschrift.

Rechtsfeit.
— algemeen, 100, 122, 222.
— begrip, 20 n.

Rechtshandeling.
— inhoud, 401.
— omvang, 401 e.v.
— ontstaan, 400.
— — in naam van derden, 413.
— — met modaliteiten, 408 e.v.
— wezen, 401 e.v.
Zie ook : Mandaat, Oorzaak, Tijdsbepaling, Toestemming, Vergoeding, Voorwaarde.

Rechtsmisbruik, 194, 201, 260.

Rechtsschijn, 93, 95, 165, 166.

Rechtsverfijning, 149, 347.

Rechtsverhinderende normen, 135, 136, 137, 144, 145, 146, 149, 181.
Zie ook : Bewijslasttheorie (objectiefrechtelijke), Negatief-werkend voorschrift.

Rechtsvernietigende normen, 134, 136, 138, 146, 149, 181.
Zie ook : Bewijslasttheorie (objectiefrechtelijke), Negatief-werkend voorschrift.

Rechtsvinding, 149, 169, 170, 194.

Rechtsvordering, 40.

Rechtsweigering, 5, 9, 11.

Rechtszekerheid, 59, 92, 94.

Rekwest civiel.
— evolutie, 342.
— *fair play* partijen, 195 e.v., 204.
— neutraliteit rechter, 344.
— vordering tot overlegging, 258, 269.

Romeins recht.
— *actio ad exhibendum,* 229 n, 266.
— *actio de edendo,* 230.
— negatief feit, 109, 110.

Satzbaulehre, 138.

Scheidsgerecht.
— toepasselijkheid bewijslastprincipes, 52, 86.

Schriftelijk bewijs.
— begin van —, 270, 301, 303.
— brief, 273.
— onmogelijkheid —, 303.
Zie ook : Voorafgemaakt bewijs.

Schuldbekentenis zonder rechtsgrond, 71, 120, 386.

Schuldenaar.
— bevrijding —, 226, 385, 386, 387, 390.
Zie ook : Onverschuldigde betaling.

Schuldvergelijking, 130, 162.

Stelplicht.
Zie : Aanvoeringslast.

Stilzwijgen.
— bekentenis, 333.
— omstandig —, 69, 110, 333.
— rekwest civiel, 196.

Strafbeding, 412.

Strafdossier.
— mededeling —, 230.

Strafrecht.
Zie : Bewijs in strafrecht.

Subjectief recht.
— begrip, 128, 147.
— bewijs, 36, 37, 362.
— vordering, 40.
Zie ook : Bewijslasttheorie (subjectiefrechtelijke).

Subjectieve bewijslast.
Zie : Bewijslast.

Successietheorie : 137.

Suppletieve regel.
— bewijslast, 404, 407.
— onderscheid vermoeden, 356.
Zie ook : Interpretatieve regel, Uitleggingsregel.

Suppletoire rechtsvoorschriften, 131, 148.

Tegenbewijs.
— begrip, 140, 181.
— bewijswaardering, 318, 319, 321.
— — aansprakelijkheid, 452.
— uitsluiting —, 67, 226.
— vermoedens, 226, 373, 375, 376, 379, 380, 381, 386, 389, 390.
— vervroegd —, 141.
Zie ook : Bewijs van het tegendeel.

Tegeneis.
Zie : Eis en verweer.

Tegenspraak.
— gebrek aan —, 332 e.v.
— — — — en bekentenis, 333.
Zie ook : Tegensprekelijkheid geding, Verstek.

Tegensprekelijkheid geding.
— algemeen, 85, 269, 304.
— belang, 297, 300.
Zie ook : Tegenspraak, Verstek.

Terugwerkende kracht wet, 49, 51.

Testament, 138, 188, 240.

Tijdsbepaling.
— bewijslast bestaan —, 409.
— bewijslast verwezenlijking —, 408.

Toestemming.
— algemeen, 126, 128, 400.
— wilsgebreken, 134, 135.
Zie ook : Bedrog, Dwaling, Geweld.

Toetredingsovereenkomst, 68.

Uitleggingsregel.
— bewijslast, 405.
— onderscheid vermoeden, 356.
Zie ook : Interpretatieve regel, Suppletieve regel.

Uitslagverbintenis.
— begrip, 416.
— bewijslast, 417, 418, 419, 420, 423 e.v., 450, 452.
Zie ook : Conformiteit geleverde koopwaar.

Untersuchungsmaxime, 33 n, 183.

Vaderschap.
— ontkenning, 22, 113, 138, 225, 226, 275.

Vaststellingsovereenkomst, 59.

Vaststellingsrisico, 171, 172.

Verbintenis met tijdsbepaling.
Zie : Tijdsbepaling.

Verbintenis onder voorwaarde.
Zie : Voorwaarde.

Verbintenis niet te doen, 118, 449.

Verborgen gebrek.
Zie : Koop-verkoop.

Verbreking.
Zie : Hof van Cassatie.

Vergoeding, 403.

Verhandlungsmaxime, 33 n, 183.

Verhoor op feiten en vraagpunten.
— algemeen, 39, 210, 268.
— evolutie, 342.
— niet-verschijning, 210, 270, 324.
— toezicht rechter, 288, 294.

Verjaring.
— aanvoeringslast, 22.
— algemeen, 382.
— bewijslast, 118, 125, 126, 130, 132, 134, 137, 138, 141.

Verkoop.
Zie : Koop-verkoop.

Vermeend huwelijk.
Zie : Huwelijk (vermeend).

Vermoedens (algemeen).
— begrip, 82, 186, 187, 353 e.v., 474.
— bevoegdheid tot instellen van —, 393.
— bewijskracht, 358.
— gemengde —, 360.
— indeling, 360, 366.
— invloed bewijslast, 145, 387 e.v.
— juridische techniek, 353.
— materieelrechtelijk karakter, 394.
— onderscheid fictie, 357, 376.
— onderscheid grondregel materieel recht, 355, 376, 377, 383.
— onderscheid uitleggingsregel, 356.
— rechtsvermoedens, 362.
— terminologie, 359.
Zie ook : Duits recht, Indiciën, Italiaans recht, Nederlands recht, Tegenbewijs, Wetgever, Zwitsers recht.

Vermoedens (feitelijke).
— aantal, 371.
— begripsverwarring, 128, 133, 370.
— beoordeling rechter, 291, 303, 364, 365, 367, 368, 370, 371, 372, 374.
— geen bewijsmiddel, 364 e.v., 392.
— onderscheid wettelijke vermoedens, 374.
— taak partijen, 372.
— tegenbewijs, 373.
— toelaatbaarheid, 368.
— toezicht Cassatiehof, 304, 374.
Zie ook : Ervaringsregel, Processuele feiten.

Vermoedens (wettelijke).
— begrip, 82, 374, 392.
— gemengde —, 360, 386, 391.
— onderscheid feitelijke vermoedens, 374.
— soorten, 375.
— onwederlegbare —, 376 e.v.
— — — tegenbewijs, 66, 380, 381, 392.
— — — uitzonderlijk, 375, 380, 393.
— — — voorbeelden, 226, 377, 380, 381, 382.
— wederlegbare —, 383 e.v.
— — — onderscheid bewijslastregel, 383, 384, 385.
— — — tegenbewijs, 386, 389, 390, 391, 392.
— — — voorbeelden, 71, 72, 133, 383, 385, 386, 387.
— — — werking, 387 e.v.
Zie ook : Bekentenis, Eed (algemeen), Ervaringsregel, Tegenbewijs.

Vermogensverschuiving zonder oorzaak.
— aanvoeringslast, 18.
— bewijslast, 149.

Verstek.
— aanvoeringslast, 23.
— algemeen, 110.

— geen bekentenis, 334.
— invloed bewijslast, 334 e.v.
— principe van tegensprekelijkheid, 85, 297.
Zie ook : Tegenspraak, Tegensprekelijkheid geding.

Vervoerovereenkomst, 68, 422.

Verweer.
Zie : Eis en verweer.

Verzaking bewijslastprincipes, 56, 62.

Verzekering (algemeen).
— bewijslast, 453 e.v.
— bewijslastovereenkomst, 70, 461, 462, 466.
— niet-verzekering, 134, 455.
— uitgesloten risico's, 457, 459, 460.
— vervallenverklaring, 134, 456.

Verzekering (brand).
— bewijslast, 454, 462.

Verzekering (diefstal).
— bewijslast, 463.

Verzekering (leven).
— zelfmoord, 70, 458, 464, 465.

Verzekering (ongevallen).
— bewijslast, 121, 464.
— zelfmoord, 464.

Vollständigkeitspflicht, 23.

Voorafgemaakt bewijs.
— algemeen, 8.
— basis bewijsrecht, 226, 368.
— gebonden bewijs, 289.

Voorwaarde (ontbindende).
— aanvoeringslast, 22.
— begrip, 410.
— bewijslast bestaan —, 409.
— bewijslast verwezenlijking —, 408, 411.

Voorwaarde (schorsende).
— aanvoeringlast, 22.
— begrip, 410.
— bewijslast bestaan —, 409.
— bewijslast verwezenlijking —, 408, 411.

Vordering.
Zie : Rechtsvordering.

Vordering tot overlegging.
Zie : Overlegging stukken.

Vrijwillige rechtsmacht.
Zie : Willige rechtsmacht.

Waarheid.
— algemeen, 3, 4, 141, 157, 159, 160, 187, 196, 208, 242, 266, 284.
— formele — 341.
— materiële — ,340, 341.
— — —, taak rechter, 184, 261, 268, 270, 285, 302, 305, 332, 338, 340 e.v., 344, 345, 347, 473.
Zie ook : *Vollständigkeitspflicht, Wahrheitspflicht.*

Waarschijnlijkheid.
— algemeen, 4, 69, 95, 141, 142, 187.
— bewijslastverdeling, 163, 172.
— ervaringsregel, 314, 315.
— rechterlijk oordeel, 115, 313, 371.
— wetgever, 355, 357.

Wahrheitspflicht, 12, 23.

Wedereis.
Zie : Eis en verweer.

Wederinkoop, 412.

Wetenschappelijk bewijs.
Zie : Bewijs (wetenschappelijk).

Wetgever (taak).
— bevoegdheden rechter, 156.
— bewijslastregeling, 74 e.v., 130, 138, 148, 149, 169, 182, 349, 350, 351, 352.
— uitvoerbaarheid recht, 349.
— vermoedens, 353 e.v., 364 e.v., 372, 374 e.v., 385, 392, 474.
Zie ook : Bewijslasttheorie (objectiefrechtelijke), Rechter (taak), Vermoedens, Waarschijnlijkheid, Wettelijkheid bewijsregeling.

Wettelijke gemeenschap.
— suppletieve regel, 356.

Wettelijkheid bewijsregeling.
— lijdelijkheid rechter, 75, 298, 301.
— toezicht rechter, 220, 288 e.v.
— versoepeling, 58.
— wettelijke bepalingen, 74 e.v.
Zie ook : Wetgever (taak).

Willige rechtsmacht.
— toepasselijkheid bewijslastprincipes, 52, 84, 85.

Wilsgebreken.
Zie : Toestemming.

Wisselbrief.
— aval, 356.
— provisie, 121.

Zelfmoord, 70, 458, 464, 465.

Zwakzinnigheid, 188, 393.

Zwijgen.
Zie : Stilzwijgen.

Zwitsers recht.
— bewijslast, 79, 81.
— goede trouw, 397.
— negatief feit, 118.
— rekwest civiel, 197.
— vermoedens, 361.