

8.4 Regels die de bewijslast bepalen

Hij die meent een ander in rechte te kunnen aanspreken, moet de rechtshandelingen of feiten bewijzen die daaraan ten grondslag liggen.

Hij die beweert bevrijd te zijn, moet de rechtshandelingen of feiten bewijzen die zijn bewering ondersteunen.

Alle partijen zijn gehouden om mee te werken aan de bewijsvoering.

In geval van twijfel wordt hij die de door hem beweerde rechtshandelingen of feiten moet bewijzen, in het ongelijk gesteld, tenzij de wet anders bepaalt.

De rechter kan, bij een met bijzondere redenen omkleed vonnis, in het licht van uitzonderlijke omstandigheden, bepalen wie de bewijslast draagt wanneer de toepassing van de in de vorige leden opgelegde regels kennelijk onredelijk zou zijn. De rechter kan slechts gebruik maken van deze mogelijkheid wanneer hij alle nuttige onderzoeksmaatregelen heeft bevolen en erover gewaakt heeft dat de partijen meewerken aan de bewijsvoering, zonder op die manier voldoende bewijs te verkrijgen.

Celui qui veut faire valoir une prétention en justice doit prouver les actes juridiques ou faits qui la fondent.

Celui qui se prétend libéré doit prouver les actes juridiques ou faits qui soutiennent sa prétention.

Toutes les parties doivent collaborer à l'administration de la preuve.

En cas de doute, celui qui a la charge de prouver les actes juridiques ou faits allégués par lui succombe au procès, sauf si la loi en dispose autrement.

Le juge peut déterminer, par un jugement spécialement motivé, dans des circonstances exceptionnelles, qui supporte la charge de prouver lorsque l'application des règles énoncées aux alinéas précédents serait manifestement déraisonnable. Le juge ne peut faire usage de cette faculté que s'il a ordonné toutes les mesures d'instruction utiles et a veillé à ce que les parties collaborent à l'administration de la preuve, sans pour autant obtenir de preuve suffisante.

Commentaar bij art. 8.4

Auteur: W. VANDENBUSSCHE

13 september 2021

BELANGRIJKSTE RECHTSLEER

ALLEMEERSCH, B., Taakverdeling in het burgerlijk proces, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 325-470;

ALLEMEERSCH, B., SAMOY, I. en VANDENBUSSCHE, W., “Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht 2000-2013”, *TPR* 2016, 597-962;

ALLEMEERSCH, B. en VANDENBUSSCHE, W., “Stand van zaken en actuele ontwikkelingen op het stuk van het bewijsrecht” in VOET, S. en ALLEMEERSCH, B. (eds.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, die Keure, 2017, 33-65;

CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2013, 69-132;

CATTOIR, *Nieuw Burgerlijk Bewijsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 37-64;

GEENS, H., “De verdeling van de bewijslast over de partijen in het verzekeringsrecht en het gemeen verbintenissenrecht” in ALLEMEERSCH, B., LONDERS, P. en SOKA, S. (eds.), *Bewijsrecht*, Brussel, Larcier, 2007, 159-192;

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 Cass. 27 februari 1958), *RCJB* 1959, 46-64;

KIRKPATRICK, J., “Essai sur les règles régissant la charge de la preuve en droit belge” in X. (ed.), *Liber amicorum Lucien Simont*, Brussel, Bruylant, 2002, 105-124 ;

LAENENS, J., SCHEERS, D.; THIRIAR, P., RUTTEN, S. en VANLERBERGHE, B., *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 560-576;

MICHIELS, O., “L’article 1315 du Code civil: concours et alentours”, *Act.dr.* 1998, 363-383;

MOUGENOT, D., “La preuve: évolution et révolution” in WÉRY, P. (ed.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Brugge, die Keure, 2004, 121-188;

MOUGENOT, D., *La preuve*, Brussel, Larcier, 2012, 108-127;

MOUGENOT, D., “La charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle: la distinction entre l’obligation totalement ou partiellement inexécutée au secours du praticien” in WÉRY, P. en STIJNS, S. (eds.), *De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2014, 409-427;

RONNEAU, “La charge de la preuve en droit de la responsabilité civile” in B. DUBUISSON en N. SIMAR, *Responsabilité, indemnisation et recours*, Limel, Anthemis, 2017, 8-45.

RONNEAU, V., “Objet, charge et degré de preuve: une nouvelle partie de Stratego s'annonce” in MOUGENOT, D. (ed.), *La réforme du droit de la preuve*, Luik, Anthemis, 2019 15-46;

SAMYN, B., “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak”, *P&B* 2010, deel 1, 3-22, deel 2, 50-72;

SAMYN, B., *Privaatrechtelijk bewijs. Een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story Publishers, 2012, 123-190;

SIMONT, L., “La charge de la preuve. Jurisprudence récente de la Cour de cassation” in *Obligations, commentaire pratique*, Brussel, Kluwer, 2005, losbl.;

STORME, M., *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 475 p.

STORME, M.E., “Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding ?”, *TPR* 1990, 485-527;

VANLERBERGHE, B., *Het nieuwe burgerlijke bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 9-14.

VANLERBERGHE, B., “De verzachting van de regels inzake de bewijslast en de aangepaste bewijsstandaard in geval van bewijsnood: mogelijkheden en grenzen” in VANLERBERGHE, B., RUTTEN, S. en ROZIE, J. (eds.), *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 27-61;

VANDENBUSSCHE, W., “De bewijslast in het licht van de dynamiek van de burgerlijke procedure” in RUTTEN, S. en VANLERBERGHE, B. (eds.), *Het bewijs in het burgerlijk proces. La preuve dans le procès civil*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 31-68;

VANDENBUSSCHE, W., “Je t'aime ..., moi non plus - Over de loyale medewerking aan de bewijsvoering in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht” in VANSWEEVELT, T. en WEYTS, B. (eds.), *Actuele ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 81-122;

VANDENBUSSCHE, W., *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 19-99;

VANDENBUSSCHE, W. en DE LATHAUWER, N., “Het hervormde bewijsrecht. Capita Selecta” in VOET, S. en ALLEMEERSCH, B. (eds.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, die Keure, 2020, 71-95;

VANDENBUSSCHE, W., “Het nieuwe bewijsrecht. Gevolgen voor aansprakelijkheidsprocedures” in VANSWEEVELT, T. en WEYTS, B. (eds.), *Het nieuwe bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 35-62;

VANDENBUSSCHE, W., “L’obligation de collaborer à l’administration de la preuve : précisions sur la portée d’un principe particulier”, *RCJB* 2021, 251-280 ;

VAN RENTERGHEM, P., “La charge de la preuve”, *Ann.dr.Louvain* 2020, 367-427;. □

COMMENTAAR

Schema

I. Begripsbepaling

A. HET BEGRIP BEWIJSLAST

Het begrip bewijslast staat voor de last die op een partij rust om in een procedure ten aanzien van de rechter het bewijs van de door haar aangevoerde feiten te leveren.¹ De opsplitsing van het begrip in zijn twee componenten is richtinggevend. Eerst en vooral gaat het om “bewijs”. Een partij zal concrete bewijselementen (zoals bv. een foto, een document of een verklaring van een getuige) naar voren moeten brengen.² Loutere verklaringen van een partij in een eigen vormen geen bewijs. De aanvaarding van dergelijke eenzijdige beweringen, zonder dat deze

¹ E. DIRIX et al., *De Valks Juridisch Woordenboek*, Antwerpen, Intersentia, 2020, v° bewijslast; P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé. La procédure civile*, IV, Brussel, Bruylant, 1980, 10, nr. 2.

² B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 325-326, nr. 3.

gestaafd worden door andere gegevens of door vermoedens, miskent de regels van de bewijslast.³ Met die concrete elementen zal een partij de rechter proberen te overtuigen van het vaststaan van één of meer feiten.⁴ Feiten moeten in ruime zin worden begrepen. Het gaat om alle rechtens relevante en betwiste feiten (de zogenaamde rechtsfeiten *sensu lato*). Daarmee worden zowel rechtshandelingen, rechtsfeiten *sensu stricto* als louter materiële feiten bedoeld.⁵ Ze hoeven niet rechtstreeks een aanspraak te verantwoorden, maar kunnen ook behoren tot de context. Ten tweede gaat het om een processuele “last” van een partij die zich op bepaalde rechtsgevolgen of verweren wil beroepen.⁶ Strikt genomen betreft het dus geen verplichting of gebod, maar een processuele last of *Obliegenheit*. Een tekortkoming leidt niet tot aansprakelijkheid. De rechter zal de partij wel bij gebrek aan bewijs in het ongelijk stellen met betrekking tot het ter discussie staande feit.

Aangezien de rechtsleer de vraag wie het bewijs moet leveren koppelt aan wat moet worden bewezen, maakt men een tweeledig onderscheid tussen de subjectieve en de objectieve bewijslast.⁷

De subjectieve bewijslast of de bewijsvoeringslast geeft aan welke partij de last draagt om het noodzakelijke bewijs van een rechtsfeit *sensu lato* aan te brengen. Die partij zal via haar stukkenbundel concrete bewijselementen moeten aanbrengen om de rechter te overtuigen van de waarachtigheid van haar beweringen of om welbepaalde vermoedens te ontkrachten.

De objectieve bewijslast bepaalt wat nu juist door een partij bewezen moet worden opdat de rechter uitspraak zou doen ten voordele van die procespartij. Deze component hangt nauw samen met de theorie van het bewijsrisico. De wetgever heeft het bewijsrisico wettelijk verankerd in artikel 8.4, vierde lid BW luidens dewelke: “*In geval van twijfel wordt hij die de door hem beweerde rechtshandelingen of feiten moet bewijzen, in het ongelijk gesteld, tenzij de wet anders bepaalt*”. De regels inzake de bewijslast dienen dus als richtingaanwijzers voor de rechter om te bepalen wie hij bij gebrek aan bewijs op een welbepaald punt in het ongelijk moet stellen. Zij helpen de rechter om een beslissing over de zaak te nemen als hij op het einde van

³ Cass. 14 januari 2000, AR C.99.0031.F, *Arr.Cass.* 2000, 109, *Bull.* 2000, 107, *Huur* 2001, 35, *JLMB* 2002, 436 en *RW* 2002-03, 276; Cass. 17 april 1989, *Arr.Cass.* 1988-89, 947-949, *Pas.* 1989, I, 849, *RW* 1989-90, 401 en *FJF* 1989, 256; Cass. 11 maart 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 908, *Pas.* 1987, I, 823 en *JT* 1987, 330.

⁴ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 325-326, nr. 3; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Université de Liège, Luik, 1987, 349, nr. 468; D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not.*, IV, Les obligations, Brussel, Larcier, 2012, 69, nr. 2..

⁵ L. FRANKIGNOUL, “La répartition des tâches entre parties et juge en ce qui concerne la preuve” in S. RUTTEN EN B. VANLERBERGHE (eds.), *Het bewijs in het burgerlijk proces*, Brugge, die Keure, 2015, (1) 1, nr. 1; D. MOUGENOT, “Les incidents relatifs à la preuve” in *Droit Judiciaire. Commentaire pratique*, Waterloo, Kluwer, 2010, (VI.1-1) VI.1-2.2; B. SAMYN, “De bewijslast: Rechtsleer getoetst aan 10 jaar Cassatierechtspraak (Deel 1)”, P&B 2010, (3) 9, nr. 22; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht, II*, Brugge, die Keure, 2020, 160, nr. 214.

⁶ J. LAENENS et al., *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 571, nr. 1196.

⁷ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 353, nr. 41; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 7, nr. 19; J. LAENENS et al., *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 571, nr. 1197; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 124, nr. 113; M.E. STORME, “Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding?”, *TPR* 1990, (353) 511, nr. 114; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 47, nr. 31.

de bewijsvoering nog twijfelt.⁸ Anders gezegd, zij vormen een middel voor de rechter om een beslissing te nemen “*als de feiten zich in nevelen hullen*”.⁹ Indien een partij die de bewijslast draagt er niet in slaagt om de rechter te overtuigen van het (niet-)bestaan van een aangevoerd en betwist feit, zal die partij de procedure op dat punt verliezen of minstens een verzwakking van haar procespositie ervaren.

B. AFBAKENING TEN OPZICHTE VAN VERWANTE CONCEPTEN

1. Aanvoeringslast

1. In elk geding rust normaalgezien in eerste instantie een aanvoeringslast op de eiser. Die partij voert de feiten aan die haar vordering ondersteunen en de toepassing van de ingeroepen norm mogelijk maken.¹⁰ Hoewel de eiser in de meerderheid van de gevallen de aanvoeringslast draagt, is die regel toch niet absoluut geldend. Indien de verweerder een tegeneis instelt, verandert de rol van elk van de partijen. De verweerder op de hoofdeis wordt eiser op de tegeneis, terwijl het omgekeerde geldt voor de oorspronkelijke eiser.¹¹

De aanvoeringslast vormt een iets beperkter begrip dan de libelleringslast, die zowel gaat over het formuleren van het voorwerp van de eis als het aanbrengen van de gronden of middelen ervoor.¹² Die libelleringslast moet op zijn beurt worden onderscheiden van de libelleringsplicht, die een geldigheidsvoorwaarde vormt voor de gedinginleidende akte (art. 702, 3° Ger.W.). Op grond van die plicht moeten partijen het onderwerp en een korte samenvatting van hun middelen vermelden in de dagvaarding.¹³

2. De bewijslast komt niet aan de orde wanneer een partij onvoldoende feiten heeft gesteld die de toepassing van het beoogde rechtsgevolg mogelijk maken. Het aanvoeren van feiten vormt dus als het ware de toegangspoort tot het bewijzen van die feiten.¹⁴ Het is immers niet voldoende dat een partij zich in haar dagvaarding op een bepaald feit beroep. Zij draagt ook de

⁸ I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Het nieuw bewijsrecht” in S. STIJNS (ed.), *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, (117) 129, nr. 20; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht 2000-2013”, *TPR* 2016, (597) 682, nr. 86 e.v.; W. VANDENBUSSCHE, “Omgaan met bewijsnood bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad”, *RW* 2018-19, (323) 324, nr. 5.

⁹ B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van bewijs in rechte” in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, die Keure, 2010, (35) 37, nr. 5.

¹⁰ J. LAENENS et al., *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 572, nr. 1200; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs*, een diepgaand en praktisch overzicht, Gent, Story-Publishers, 2012, 5, nr. 8; S. STIJNS, “Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhoudingen met de bewijsvoering”, *RW* 1990, (1003) 1007; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 37.

¹¹ W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 25, nr. 39.

¹² B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 121, nr. 3. Hoewel die begrippen soms worden gelijkgeschakeld, zie B. SAMYN, “De bewijslast: Rechtsleer getoetst aan 10 jaar Cassatierechtspraak (Deel 1)”, *P&B* 2010, (3) 5, nr. 10.

¹³ M.E. STORME, “Algemene beginselen van bewijs in het vermogensrecht” in B. ALLEMEERSCH, P. LONDERS EN S. SROKA (eds.), *Bewijsrecht*, Brussel, Larcier, 2007, (1) 3, nr. 4; M.E. STORME, “Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding?”, *TPR* 1990, (353) 493, nr. 99.

¹⁴ M. AHSMANN, “Bewijs: verschuiving van 'bewijzen' naar 'stellen'?” in M. AHSMANN, Y. SCHUURMANS EN D. H. J. WIGBOLDUS (eds.), *Bewijsrecht*, Den Haag, BJU, 2009, (13) 13

aanvoeringslast van wat zij beweert.¹⁵ Slaagt een partij niet in haar aanvoeringslast, dan loopt zij het risico dat de rechter haar vordering als ongegrond afwijst.¹⁶

2. Betwistingslast

3. Tegenover de aanvoeringslast van de eisende partij staat de last van de tegenpartij om diens beweringen te bestrijden, de betwistingslast of verweerlast genoemd.¹⁷ In de meeste gevallen komt die betwistingslast erop neer dat de tegenpartij betoogt dat de aanspraken van de aanvoerende partij ongegrond zijn. Meer concreet zal zij de aangevoerde feiten ontkennen of de juistheid ervan betwisten.¹⁸ Mogelijk zal de tegenpartij met het oog op de versterking van haar eigen positie ook aangeven hoe de feiten wel in elkaar zitten. Aldus kan de betwisting zowel bestaan uit het ontkennen van de aangevoerde feiten als uit het aanbrengen van een andere versie van die feiten.¹⁹

4. Het verband tussen de betwistingslast en de bewijslast bestaat erin dat een partij haar aanvoeringen alleen maar moet bewijzen in zoverre zij betwist zijn.²⁰ Indien de tegenpartij geen stelling inneemt over de feiten die in het geding zijn, komt de bewijslast in principe niet aan de orde. De rechter zal die feiten als vaststaand beschouwen en kan desgevallend de vordering toekennen.²¹

Strikt genomen bestaat er een onderscheid tussen de erkenning en de niet-betwisting. Bij een uitdrukkelijke erkenning in rechte verklaart de tegenpartij aan de rechter dat zij die feiten voor

¹⁵ In een geschil voor de arrondissementsrechtbank stond de tegenwerpbaarheid van een forumbeding ter discussie. De arrondissementsrechtbank overwoog als volgt: “*Het is niet voldoende dat de eisende partij zich in de dagvaarding op een forumbeding beroept, zij draagt ook de aanvoeringslast van wat zij beweert*”. In casu lag er geen enkel stuk ter zake voor en verscheen de eisende partij evenmin ter zitting van de arrondissementsrechtbank om toelichting te geven. In die omstandigheden oordeelde de rechtbank dat de eisende partij faalde in haar aanvoeringslast (Arrondrb. West-Vlaanderen 21 oktober 2016, TGR-TWVR 2017, 280).

¹⁶ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 126, nr. 8; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 53, nr. 91; A. COLPAERT, “Het deskundigenonderzoek inzake afwikkeling van geschillen inzake de aansprakelijkheid bij producten, diensten en bouwwerken” in I. CLAEYS EN R. STEENNOT (eds.), *Aansprakelijkheid, veiligheid en kwaliteit*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (655) 670, nr. 9; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 42-43, nr. 23.

¹⁷ In het Belgisch recht voor het eerst geëxpliciteerd door: R. DE CORTE EN J. LAENENS, “De verstekprocedure en de taak van de rechter bij verstek”, *TPR* 1980, (447) 492, nr. 111; M.E. STORME, “Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding?”, *TPR* 1990, (353) 508, nr. 112.

¹⁸ B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 129, nr. 247; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 139, nr. 140).

¹⁹ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 397-398, nr. 84; B. CATTOIR, “Bewijs in burgerlijke zaken. Actuele vraagstukken in de cassatierechtspraak” in *XLle Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2014-15. Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Mechelen, Kluwer, 2016, (461) 491, nr. 31.

²⁰ Cass. 18 april 2008, Pas. 2008, 936. Zie o.m. L. FRANKIGNOUL, “La répartition des tâches entre parties et juge en ce qui concerne la preuve” in S. RUTTEN EN B. VANLERBERGHE (eds.), *Het bewijs in het burgerlijk proces*, Brugge, die Keure, 2015, (1) 3, nr. 4.

²¹ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 125, nr. 7; S. STIJNS, “Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhoudingen met de bewijsvoering”, *RW* 1990, (1003)1007; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 42, nr. 23. In een vonnis van 7 juni 2012 overweegt de rechtbank van koophandel te Dendermonde in navolging van ALLEMEERSCH zelfs dat “*wanneer geen enkele inhoudelijke betwisting wordt opgeworpen, de rechter ertoe gehouden is om de vordering toe te kennen*” (Kh. Dendermonde 7 juni 2012, P&B 2013, 130).

waar aanneemt. In het merendeel van de gevallen is er sprake van een stilzwijgende erkenning of niet-betwisting. De tegenpartij zal de aangevoerde feiten niet bevestigen, maar evenmin ontkennen.²² Geregeld duiken in rechterlijke uitspraken typeformuleringen op in de zin van: “Het is niet betwist dat (...)” of “Eiser stelt dat (...), wat door verweerder niet wordt betwist”.²³

5. Uit het voorgaande volgt ook dat de rechter bij de behandeling van een geschil niet voor iedere ingeroepen wetsbepaling moet vaststellen of alle voorwaarden voor de toepassing ervan zijn vervuld. Indien de tegenpartij niet betwist dat de aanvoerende partij voldoet aan de voorwaarde om van een welbepaald rechtsgevolg te genieten (bijvoorbeeld het zich bevinden in een staat van behoefte om een beroep te doen op maatschappelijke dienstverlening), moet de rechter de vervulling van die voorwaarde niet vaststellen.²⁴

6. Er bestaat discussie over de mate waarin de tegenpartij verplicht is om haar verweer op gemotiveerde wijze te onderbouwen. Een aantal auteurs argumenteren dat een loutere algemene ontkenning kan volstaan als betwisting. Volgens die opvatting zou de tegenpartij zich kunnen beperken tot een algemene ontkenning in de zin van “ik betwist alles wat de eiser beweert”. Zij zou dus niet moeten aangeven of en in welke mate zij de vordering betwist.²⁵

Andere auteurs verdedigen daarentegen het standpunt dat een betwisting redelijk en ernstig moet zijn.²⁶ Partijen zouden hun eisen of verweer minstens “met elementaire feiten moeten stofferen”.²⁷ Een tegenpartij moet preciseren welke feiten zij betwist en de motieven aangeven waarom zij die betwist.²⁸ De goede trouw zou haar daartoe brengen.²⁹ Bovendien zou een

²² B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 385, nr. 75 en 389, nr. 78; B. CATTOIR, “Bewijs in burgerlijke zaken. Actuele vraagstukken in de cassatierechtspraak” in *XLie Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2014-15. Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Mechelen, Kluwer, 2016, (461) 491, nr. 34.

²³ N. CLIJMANS, “Over bekennen in conclusies” (noot onder Antwerpen 13 maart 2013), *RABG* 2014, (1193) 1195. Zie o.m. Kh. Brussel 17 juni 2010, *TBH* 2013, 39.

²⁴ Cass. 20 januari 2014, AR S.13.0049.F, *Arr.Cass.* 2014, 176, *Pas.* 2014, 163 en *Soc.Kron.* 2015, 147, noot G. PIJCKE: “Een wetsbepaling is niet geschonden als de rechter die ze toepast, niet vaststelt dat alle voorwaarden voor de toepassing ervan vervuld zijn”.

²⁵ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 211, nr. 174; O. MICHIELS, “L'article 1315 du Code civil: contours et alentours”, *Act.dr.* 1998, (363) 365; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 147, nr. 143; B. SAMYN, “De bewijslast: Rechtsleer getoetst aan 10 jaar Cassatierechtspraak (Deel 2)”, *P&B* 2010, (50) 50, nr. 2 en 57, nr. 20.

²⁶ V. RONNEAU, “La charge de la preuve. Dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme” in F. GEORGE, B. HAVET en A. PUTZ, *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, (221) 225, nr. 4.

²⁷ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 376, nr. 67; J. VAN DEN HEUVEL, “De aanwending van stukken tijdens de burgerlijke procedure 'ter verdediging van het recht en van de waarheid’” in X (ed.), *Liber Amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, (587) 591.

²⁸ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 126, nr. 9 en 396-397, nr. 83; A. KOHL, “L'obligation de bonne foi en matière d'allégations et de réception des preuves dans le procès civil” in S. DAVID-CONSTANT (ed.), *La bonne foi*, Luik, Jeune barreau, 1990, (411) 418; M.E. STORME, “Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding?”, *TPR* 1990, (353) 502-503, nr. 107.

²⁹ A. KOHL, “L'obligation de bonne foi en matière d'allégations et de réception des preuves dans le procès civil” in S. DAVID-CONSTANT (ed.), *La bonne foi*, Luik, Jeune barreau, 1990, (411) 418; M.E. STORME, “Déontologie professionnelle et conduite loyale du procès” in M. STORME (ed.), *Rôle et organisation de magistrats et avocats dans les sociétés contemporaines*, Antwerpen, Kluwer, 1992, (38) 118, nr. 127.

onvoldoende gemotiveerde betwisting de bewijsvoeringslast van de aanvoerende partij op onredelijke wijze verzwaren.³⁰

De tweede zienswijze verdient navolging. Een betwisting vereist altijd een zekere mate van detaillering en substantiëring. Toch hoeft een betwisting niet steeds gemotiveerd te zijn. Vanuit rechtseconomisch oogpunt zou dat een aanzienlijke verzwaring van de procedure betekenen, zeker voor geschillen die ongecompliceerd van aard zijn. Bovendien heeft het Hof van Cassatie in een arrest van 14 november 2006 uitdrukkelijk aanvaard dat het verstek vanwege een partij die niet verschijnt, een manier van betwisting voeren is.³¹ Het zou wel bijzonder ambivalent zijn dat de loutere niet-verschijning voldoende is voor een partij die verstek geeft, terwijl een partij die wel verschijnt steeds gehouden is tot een gemotiveerde betwisting.

Twee beginselen kunnen daarom als leidraad dienen bij het nader inhoud geven aan de betwistingslast.³² Ten eerste geldt het principe van proportionaliteit. Dit betekent dat een partij haar betwisting kan spiegelen aan de mate van substantiëring van de aanvoeringen. Het zou onevenredig zijn om te verwachten dat een partij op het eerste gezicht ongeloofwaardige feiten gemotiveerd en gesubstantieerd moet betwisten. Naarmate de stellingen van eiser gedetailleerder zijn, kan de rechter ook aan de betwisting zwaardere eisen stellen. Een belangrijke nuancering op het voorgaande is dat dit natuurlijk de standaardsituatie betreft. Indien de aanvoerende partij met een informatiedeficit of bewijsnood te kampen heeft, zal de tegenpartij op basis van haar verplichting tot bewijsmedewerking gehouden zijn om aanknopingspunten te verschaffen en desgevallend zelfs met concrete bewijselementen naar voren te komen (zie *infra*, nr. 43).³³

Ten tweede geldt het beginsel van de redelijkheid. Dat houdt in dat een partij zich mag beperken tot een minder omstandige betwisting wanneer ze zelf slechts over een gering aantal gegevens beschikt.³⁴ Daarnaast is het ook mogelijk is dat een andere legitieme reden rechtvaardigt dat een procespartij karig omspringt met het delen van informatie. Voorbeelden vanuit Belgisch

³⁰ M.E. STORME, “Algemene beginselen van bewijs in het vermogensrecht” in B. ALLEMEERSCH, P. LONDERS EN S. SROKA (eds.), *Bewijsrecht*, Brussel, Larcier, 2007, (1) 11, nr. 15; M.E. STORME, “Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding?”, *TPR* 1990, (353) 503, nr. 107.

³¹ Cass. 14 november 2006, AR P.06.0896.N, *Arr.Cass.* 2006, 2299 en *Pas.* 2006, 2333. Door de wijziging van art. 806 Ger.W. is de verstekregeling momenteel volop in beweging, maar desondanks blijft deze uitspraak wel nog relevant inzake de betwistingslast.

³² W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 71-73, nr. 99.

³³ Vgl. ook VAN DONINCK die de gemotiveerde betwistingslast beschouwt als emanatie van de bewijsmedewerkingsplicht (J. VAN DONINCK, *Onrechtmatig verkregen bewijs*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 284, nr. 184). Zie in dat verband: W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 300-301, nr. 347 en W. VANDENBUSSCHE, “L’obligation de collaborer à l’administration de la preuve : précisions sur la portée d’un principe particulier” (noot onder Cass. 7 juni 2019), *RCJB* 2021, (251) 264, nr. 19.

³⁴ ALLEMEERSCH werkt het voorbeeld uit van een aannemer die beweert dat de vertraging van één dag in de uitvoering van zijn opdracht te wijten is aan overmacht, namelijk de ernstige ziekte van zijn kind die zijn aanwezigheid in het ziekenhuis vereist. In dat geval beschikt de opdrachtgever over onvoldoende gegevens om dat omstandig te betwisten (B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 398, nr. 84).

perspectief zijn de bescherming van het zakengeheim³⁵ of het bewijsrechtelijk vermoeden uit art. 2279 Oud BW (thans art. 3:24 BW).³⁶

7. Een laatste vraag is hoe de rechter moet omgaan een onvoldoende betwisting, *i.e.* een betwisting die niet voldoet aan de vereisten van redelijkheid en proportionaliteit. Het Belgische recht geeft daar geen duidelijk antwoord op. Dat is anders in het Nederlandse recht, waar art. 149 Rv. de bevoegdheid toekent aan de rechter om feiten die “*door de wederpartij niet of niet voldoende zijn betwist*” als vaststaand te beschouwen. Aangezien er in België geen analoge bepaling voorhanden is, zou het te verregaand zijn om gelijkaardige gevolgen als in Nederland aan een onvoldoende betwisting te koppelen. Bovendien zou dat te sterk afwijken van de gedachte dat de rechter de vordering slechts mag toewijzen wanneer het bestaan van het ingeroepen recht hem als voldoende bewezen voorkomt.³⁷ Daarom verdient het aanbeveling om de onvoldoende betwisting in eerste instantie mee te nemen in de bewijswaardering samen met de bewijselementen die de aanvoerende partij naar voren heeft gebracht.³⁸

Bij het voorgaande dienen nog twee kanttekeningen te worden geplaatst. Vooreerst is de grens tussen het ontbreken van enige inhoudelijke betwisting en een onvoldoende betwisting soms flinterdun. Nochtans kan de rechter in het eerste geval de feiten wel als vaststaand aannemen. Daarnaast kan een onvoldoende betwisting in bepaalde omstandigheden gepaard gaan met een inbreuk op de verplichting de medewerking aan de bewijsvoering (zie *infra*, nr. 44). In dat geval beschikt de rechter wel over juiste wapens om daartegen op te treden, ook al is de aanvoerende partij er zelf niet in geslaagd om voldoende overtuigingselementen aan te brengen.

II. Artikel 8.4, eerste lid

A. PRINCIPE

8. Artikel 8.4, eerste lid BW omschrijft de basisregel voor de bewijslastverdeling in het Belgische recht: “*hij die meent een ander in rechte te kunnen aanspreken, moet de rechtshandelingen of feiten bewijzen die daaraan ten grondslag liggen*”. Samen met artikel 870 Gerechtelijk Wetboek geeft deze bepaling uitdrukking aan het Latijnse adagium “*actori incumbit probatio*”. In wezen gaat dit beginsel terug op de procedurele positie van de partijen. Het komt dus in eerste instantie toe aan de eisende partij, zowel op hoofd- als op tegeneis, om het bewijs te leveren.³⁹

³⁵ B. ALLEMEERSCH en W. VANDENBUSSCHE, “Bewijs versus geheim in het aansprakelijkheidscontentieux”, *TBH* 2013, (1057) 1072, nr. 42.

³⁶ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 733-734, nr. 727; O. MICHIELS, “L'article 1315 du Code civil: contours et alentours”, *Act.dr.* 1998, (363) 372; D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not.*, IV, *Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 119, nr. 30.

³⁷ E. KRINGS, “Het ambt van de rechter bij de leiding van het rechtsgeding”, *RW* 1983, (338) 354, nr. 22.

³⁸ Vgl. Kh. Dendermonde 7 juni 2012, *P&B* 2013, 130: “*Indien verweerster de vordering ten gronde betwist, dan had zij de nodige initiatieven moeten nemen om deze betwisting ook uit te werken en te onderbouwen in haar conclusies. Verweerster kan zich niet verschuilen achter de exceptie, nu zij perfect in staat was – ondergeschikt – te concluderen omtrent de grond van de zaak*”. Na onderzoek door de eiseres beslist de rechter dat de vordering van eiseres gegrond voorkomt.

³⁹ D. MOUGENOT, “La détermination de la charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle: mission impossible?” (noot onder Luik 26 mei 2005), *DAOR* 2006, (310) 312, nr. 6.

Anders dan het vroegere artikel 1315, Oud BW verwijst artikel 8.4, eerste lid niet naar “*hij die de uitvoering van een verbintenis vordert*”. Hoewel dat vroeger reeds werd aangenomen, volgt uit de formulering van artikel 8.4, eerste lid dat deze bepaling een ruimer toepassingsgebied heeft dan enkel verbintenissen.⁴⁰ Daarnaast kan er ook geen twijfel meer bestaan dat deze bepaling zowel geldt bij contractuele als bij buitencontractuele vorderingen.⁴¹

9. Artikel 8.4, eerste lid duidt niet alleen aan “*wie*” het bewijs moet leveren, maar ook “*wat*” die partij juist moet bewijzen. Volgens de bewoordingen van wet gaat het om de rechtshandelingen en feiten die ten grondslag liggen aan de aanspraak van de eisende partij. Het Hof van Cassatie verduidelijkt dat “*het behoort aan de eiser aan te tonen dat alle voorwaarden die het recht waarop hij zich beroept doen ontstaan, voorhanden zijn*”.⁴² Vanzelfsprekend geldt daarbij het voorbehoud dat de andere partij een betwisting moet hebben opgeworpen tegen het inroepen van dat recht (zie *supra*, nr. 5).

Uit het voorgaande volgt ook dat een partij kan volstaan met het bewijzen van de ontstaansvoorwaarden van haar recht. Zij moet niet aantonen dat de tegenpartij opwerpt tegen haar aanvoeringen onjuist of ongegrond zijn.⁴³ Wanneer de RSZ in een sociaalrechtelijk geschil beweert dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst, terwijl de andere partij argumenteert dat het gaat om een ander soort contract, kan de RSZ volstaan met het bewijs te leveren van de feiten die zij aanvoert. Zij moet niet de onverenigbaarheid van de aangevoerde toestand met enig ander contract bewijzen.⁴⁴

B. VERHOUDING MET ARTIKEL 870 GER.W.

10. Artikel 8.4, eerste lid wordt vaak in één adem genoemd met artikel 870 van het Gerechtelijk Wetboek.⁴⁵ Volgens de parlementaire voorbereiding van het Gerechtelijk Wetboek was het de bedoeling om de inhoud van het toenmalige artikel 1315 Oud BW via een eenvoudige, soepele en algemene formule te bevestigen.⁴⁶

11. Toch heeft de rechtsleer zich kritisch uitgelaten over art. 870 Ger.W. De bepaling zou slecht zijn opgesteld en aanleiding geven tot foutieve gevolgtrekkingen. Eerst en vooral zou het

⁴⁰ MvT bij Wetsontwerp van 31 oktober 2018 houdende invoeging van Boek 8 “Bewijs” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* 2018-19, nr. 3349/001, 13.

⁴¹ Zie o.m. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, III*, Brussel, Bruylant, 1967, 731, nr. 726; J. KIRKPATRICK, “Essai sur les règles régissant la charge de la preuve en droit belge” in X. (ed.), *Liber amicorum Lucien Simont*, Brussel, Bruylant, 2002, (105), 105, nr. 1; B. SAMYN, “De bewijslast: Rechtsleer getoetst aan 10 jaar Cassatierechtspraak (Deel 1)”, *P&B* 2010, (3) 16, nr. 39; G. STEVIGNY, “De bewijslast in het burgerlijk proces”, *RW* 1957, (129) 133, nr. 12.

⁴² Cass. 21 januari 2016, AR C.14.0470.N, *RABG* 2017, 100, concl. C. VANDEWAL, *RW* 2017-18, 1419, *TBO* 2016, 432 en *P&B* 2017, 19. In dezelfde zin: Cass. 7 september 2020, AR C.19.0147.N, *TBH* 2020, 941.

⁴³ Vgl. “*Il ne se déduit pas de ces dispositions que la partie qui supporte la charge de la preuve d'un fait supporte celle de prouver que les éléments invoqués en sens contraire sont sans fondement*” (Cass. 1 april 2021, AR C.20.0205.F).

⁴⁴ Cass. 19 september 1983, *Arr.Cass.* 1983-84, nr. 35, 54 en *Pas.* 1984, I, 57

⁴⁵ Zie o.m. Cass. 2 april 2004, AR C.02.0030.F, *Arr.Cass.* 2004, 594 en *Pas.* 2004, 567, concl. X. DE RIEMAECKER; Cass. 18 januari 2002, AR C.00.0260.F, *Arr.Cass.* 2002, 212, concl. HENKES, *Pas.* 2002, 201 en *RCJB* 2003, 15, noot M. FONTAINE; Cass. 7 juni 2001, AR C.98.0478.F-C.98.0492.F, *Arr.Cass.* 2001, 1111, *Pas.* 2001, 1078, *RCJB* 2003, 5, noot M. FONTAINE en *RW* 2001-02, 890, noot G. JOCQUE.

⁴⁶ Verslag Van Reepinghen, *Parl. St. Senaat* 1963-64, nr. 60, 357.

de indruk wekken dat de aanvoerende partij alle feiten moet bewijzen, terwijl dat alleen voor de relevante en betwiste feiten het geval is. Daarnaast maakt het artikel enkel melding van feiten, terwijl ook het bewijs van rechtshandelingen vereist wordt.⁴⁷ De voorgaande punten van kritiek zijn te nuanceren. Binnen het ruimere kader van de bewijsvoering is het duidelijk dat enkel aangevoerde en betwiste feiten moeten worden bewezen. Voorts staat het ook niet ter discussie dat het voorwerp van bewijsvoering zowel rechtshandelingen als feiten betreft.

Een derde kritiekpunt is fundamenteeler. Artikel 870 Ger.W. zou afbreuk doen aan de bewijsregels uit artikel 8.4, eerste en tweede lid.⁴⁸ Op basis van art. 8.4, eerste lid moet een partij die een bepaald recht wil laten afdwingen, niet aantonen dat haar recht nog bestaat op het ogenblik van het inleiden van de eis.⁴⁹ Zo kan een partij door middel van een factuur aantonen dat zij recht heeft op betaling. Uit die factuur blijkt dat zij in het verleden goederen heeft geleverd of diensten heeft verstrekt. Hoewel die partij dat wel zal aanvoeren, hoeft zij niet te bewijzen dat zij geen betaling heeft ontvangen. Het bewijs van bevrijding door betaling rust op basis van artikel 8.4, tweede lid op tegenpartij. Op basis van een strikte lezing van art. 870 Ger.W. zou de aanvoerende partij de niet-betaling nochtans wel moeten bewijzen.⁵⁰ Aangezien het niet de bedoeling was van de wetgever om een tegenstrijdigheid in het leven te roepen, verdient het aanbeveling om in dat geval voorrang te geven aan de regeling uit artikel 8.4, eerst een tweede lid.

C. TOEPASSINGEN

12. Binnen het bestek van deze commentaar is het niet mogelijk om een omvattend overzicht te geven van alle toepassingen van artikel 8.4, eerste lid die de afgelopen decennia in de rechtspraak aan de oppervlakte zijn gekomen. De hiernavolgende bespreking is dan ook beperkt tot vorderingen binnen het kader van een aantal traditionele rechtsgebieden, met als onvermijdelijk gevolg dat zij noodzakelijkerwijze lacunair is.

1. Buitencontractuele aansprakelijkheid

13. Bij aansprakelijkheidsprocedures uit onrechtmatige daad, rusten de zwaarste lasten traditioneel op de schouders van de partij die de vordering op basis van art. 1382-1383 Oud BW heeft ingesteld. Dat geldt zowel voor vorderingen voor de burgerlijke rechter als bij een

⁴⁷ B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 72, nr. 123; JJ. LAENENS, “Rechtscultuur en bewijs in civiele zaken” in R. DE CORTE (ed.), *Hulde aan Prof. Dr. Jean Laenens, Antwerpen, Intersentia*, 2008, (289) 293 en M.E. STORME, “Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding?”, *TPR* 1990, (353) 506, nr. 111.

⁴⁸ B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 72, nr. 123; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 127, nr. 118.

⁴⁹ Eenmaal een feitelijke toestand is verworven, wordt die vermoed verder te bestaan. Degene die zich in die toestand bevindt, hoeft in principe niet te bewijzen dat deze nog voortduurt (W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 40-41, nr. 61).

⁵⁰ B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 71, nr. 120 en D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 108, nr. 26. Voor het voorbeeld van de niet-betaalde factuur, zie B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 127, nr. 119 en B. SAMYN, “De bewijslast: Rechtsleer getoetst aan 10 jaar Cassatierechtspraak (Deel 1)”, *P&B* 2010, (3) 17, nr. 40.

burgerlijke partijstelling voor de strafrechter.⁵¹ Bij betwisting door de tegenpartij, moet de eisende partij aantonen dat aan de voorwaarden voor de toekenning van een schadevergoeding is voldaan.⁵² In principe draagt zij op basis van art. 8.4, eerste lid BW en 870 Ger.W. de bewijslast van de fout⁵³, het oorzakelijk verband⁵⁴ en de schade.⁵⁵

Met betrekking tot de fout kan de tegenpartij kan zowel de aanwezigheid van het objectieve bestanddeel (de schending van een specifieke gedragsnorm of van de algemene zorgvuldigheidsnorm.) als van het subjectieve bestanddeel (de schuldbekwaamheid en de toerekenbaarheid) ter discussie stellen. Over het bewijs van de schuldbekwaamheid bestaat onenigheid. Volgens een eerste strekking moet de benadeelde de schuldbekwaamheid van de aangesprokene aantonen.⁵⁶ Het vormt immers een bestanddeel van de door hem aangevoerde fout.⁵⁷ Een andere strekking meent dat de aangesprokene het bewijs moet leveren van zijn schuldontbekwaamheid, aangezien iedereen geacht wordt bekwaam te zijn.⁵⁸ Eerder heb ik betoogd dat de tweede strekking navolging verdient. In het Belgische recht is er een quasi-wettelijk vermoeden van schuldbekwaamheid te ontwaren.⁵⁹ In normale omstandigheden mogen we dus uitgaan van de schuldbekwaamheid van de aangesprokene.⁶⁰

2. Verbintenissenrecht

⁵¹ Zie Cass. 12 september 2001, AR P.01.0609.F, *Arr.Cass.* 2001, 1433 en *Pas.* 2001, 138.

⁵² W. VANDENBUSSCHE, “Omgaan met bewijsnood bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad”, *RW* 2018-19, (323) 327-329, nr. 11-17.

⁵³ Zie bv. Brussel 25 juni 2013, *Jb. Marktpraktijken* 2013, 346

⁵⁴ Zie bv. Cass. 28 mei 2014, AR P.13.1014.F, *Arr.Cass.* 2014, 1355 en *Pas.* 2014, 1330.

⁵⁵ Zie bv. Cass. 1 maart 2017, AR P.2016.1061, concl. A.G. NOLET DE BRAUWERE : De eiser moet het bewijs leveren van de door hem aangevoerde schade (o.m. door de tegemoetkoming van het ziekenfonds in de aangevoerde facturen te becijferen). Vgl. Cass. 5 maart 2021, AR C.20.0166.N: “*De rechter die het bestaan aanneemt van schade, veroorzaakt door een fout in de zin van artikel 1382 Oud Burgerlijk Wetboek, kan de vordering tot vergoeding van die schade niet afwijzen op de enkele grond dat de benadeelde het gevorderde bedrag niet bewijst*”

⁵⁶ Een vrouw die in een psychiatrisch centrum verblijft, valt een opvoedster aan. De vraag rijst of ze bewust was van haar daden. De vrederechter overweegt dat het aan het slachtoffer toekomt die een vordering op basis van art. 1382 BW om het bewijs van de schuldbekwaamheid te leveren en oordeelt dat dit bewijs niet geleverd is (Vred. Luik 19 oktober 2004, *JLMB* 2005, 1248, noot M. MARCHANDISE).

⁵⁷ B. DUBUISSON et al., *La responsabilité civile: Chronique de jurisprudence 1996-2007: Le fait générateur et le lien causal*, Brussel, Larcier, 2009, 35, nr. 20; G. JOCQUÉ, “Bewustzijn en subjectieve verwijtbaarheid” in X (ed.), *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, Mechelen, Kluwer, 2007, (3) 9, nr. 6; T. LÉONARD, “Faute extra-contractuelle et juridictions commerciales: principes et plaidoyer pour un retour à une vision unitaire de la faute”, *TBH* 2013, (988) 969, nr. 20; R. VANDEPUTTE, *Het aquiliaans foutbegrip*, Antwerpen, Maklu, 1983, 89.

⁵⁸ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1964, 890, nr. 917; R. PIRSON EN A. DE VILLÉ, *Responsabilité civile extra-contractuelle*, I, Brussel, Bruylant, 1935, 176; RPDB, v° Responsabilité, nr. 1652 ; F. SWENNEN, “Aansprakelijkheid van en voor geestesgestoorden” in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. IV. Commentaar Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2003, (1) 18, nr. 19.

⁵⁹ W. VANDENBUSSCHE, “Omgaan met bewijsnood bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad”, *RW* 2018-19, (323) 327-328, nr. 13; W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 108-111, nr. 141-144

⁶⁰ Logischerwijze vindt het vermoeden geen toepassing wanneer de onrechtmatige daad gepleegd is door een geestesgestoorde (zie bv T.Vred. 8 oktober 1996, T.Vred. 1999, 124; Vred. Menen 29 januari 1986, T. Vred. 1989, 17). De verhouding met artikel 1386bis BW zorgt echter voor een bijkomende complexiteit: zie Cass. 14 september 2017 C.16.0273.N).

14. Wanneer een overeenkomst leidt tot een procedure voor de rechtbank (bijvoorbeeld bij een vordering tot uitvoering in natura), zal de aanvoerende partij overeenkomstig artikel 8.4, eerste lid het bestaan van die overeenkomst of de modaliteiten ervan moeten bewijzen.⁶¹ In bepaalde gevallen zal de bewijsvoering weinig problematisch zijn. Indien een specifieke verbintenis het voorwerp is van discussie, kan het voldoende zijn om de geschreven overeenkomst voor te leggen en de voorwaarden van de verbintenis zoals die in de overeenkomstig zijn vastgelegd.⁶² In andere gevallen is de situatie complexer. Bij de bijzondere overeenkomsten kunnen er naast het voldoen aan de algemene ontstaansvoorwaarden ook nog bijkomende modaliteiten ter discussie staan. Zo zal degene die zich op een handgift beroept de *animus donandi* moeten bewijzen.⁶³

De voorgaande redenering gaat ook op voor het invoeren van het bestaan van een quasi-contract. Wie de terugbetaling van een onverschuldigde betaling vordert, moet het bewijs leveren van de betaling en van haar onverschuldigd karakter.⁶⁴ Daarnaast komt het aan degene toe die zijn vordering tot terugbetaling steunt op het bestaan van een verrijking zonder oorzaak om de voorwaarde van afwezigheid van oorzaak tot verarming en verrijking aan te tonen.⁶⁵

3. Aannemingsrecht

15. Binnen het kader van een aannemingsovereenkomst rijst er vaak discussie of de aannemer welbepaalde prestaties al dan niet heeft uitgevoerd. Wanneer de aannemer betaling vordert voor de uitvoering van prestaties, moet hij overeenkomstig artikel 8.4, eerste lid aantonen dat hij die prestaties effectief heeft verricht.⁶⁶ Het Hof van Cassatie heeft bevestigd dat dit uitgangspunt ook geldt wanneer de opdrachtgever beweert dat de aannemer een gedeelte van de werken niet heeft uitgevoerd.⁶⁷ Voorts komt het ook toe aan de aannemer om het bewijs te leveren dat de opdrachtgever heeft ingestemd met de uitvoering van de werken.⁶⁸

⁶¹ VANLERBERGHE wijst er in dat verband op dat een aantal van ontstaansvoorwaarden, zoals de handelingsbekwaamheid en de oorzaak, worden vermoed (B. VANLERBERGHE, “Hoofdstuk III. De Bewijslast”, in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (1033) 1043, nr. 1413). Bij betwisting zal het in principe aan de tegenpartij toekomen om de afwezigheid hiervan aan te tonen.

⁶² P. VAN RENTERGHEM, “La charge de la preuve”, *Ann.dr.Louvain* 2018, (367) 378, nr. 13.

⁶³ De *animus donandi* wordt niet vermoed (Gent 26 mei 2016, *RW* 2018, 384).

⁶⁴ Arbh. Brussel 12 maart 2018, *JTT* 2018, afl. 1313, 296.

⁶⁵ Cass. 5 januari 2018, AR C.16.0183.F, *Rev.trim.dr.fam.* 2018, 990 en *P&B* 2018, 65; Cass. 11 juni 2021, AR 20.0322.N.

⁶⁶ W. GOOSSENS, *Aanneming van werk. Het gemeenrechtelijk dienstencontract*, Brugge, die Keure, 2003, 640, nr. 753. Een arrest van Hof van Cassatie kan van 14 april 2016 kan twijfel zaaien over dat uitgangspunt. In die uitspraak verwerpt het Hof de cassatievoorziening van de hoofdaannemer aan dat degene die betaling vordert van bepaalde prestaties, *in casu* de onderaannemer, de bewijslast draagt dat hij die prestaties effectief heeft verricht (Cass. 14 april 2016, AR C.15.0111.N, *RW* 2017-18, 1136 en *TBO* 2016, afl. 6, 554). Bij nader inzien is dat niet het geval. De hoofdaannemer roept een schending in van het toenmalige art. 1315 Oud BW en 870 Ger.W. Het Hof van Cassatie verwerpt het middel, omdat de appelrechters hadden besloten dat de onderaannemer het noodzakelijke bewijs had geleverd. De vraag wie de nadelige gevolgen van hun twijfel moet ondergaan, was dus niet langer relevant. De appelrechters hadden dus geen beslissing genomen op basis van het bewijsrisico (B. ALLEMEERSCH en W. VANDENBUSSCHE, “Stand van zaken en actuele ontwikkelingen op het stuk van het bewijsrecht” in S. VOET en B. ALLEMEERSCH (eds.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, die Keure, 2017, 33.

⁶⁷ Cass. 7 september 2020, AR C.19.0147.N, *TBH* 2020, 941; Cass. 21 januari 2016, AR C.14.0470.N., *RABG* 2017, 100 en *TBO* 2016, 432.

⁶⁸ Luik 21 december 2004, *TBH* 2006, 260; Brussel 26 oktober 1993, *Res.Jur.Imm.* 1993, 267.

16. Complexer is het geval waarin de opdrachtgever de gebrekkige uitvoering van de aannemingsovereenkomst inroept. Op dat vlak toont een deel van de rechtsleer zich voorstander van een nuancering van het bovenstaande uitgangspunt.⁶⁹ De aannemer zou zich kunnen beperken tot het aantonen dat hij zijn verbintenissen heeft uitgevoerd, maar hoeft niet te bewijzen dat zijn uitvoering op alle punten toereikend is. Indien de opdrachtgever meent dat de uitvoering gebrekkig is, komt het aan hem toe om de slechte uitvoering ervan te bewijzen. Een aantal gepubliceerde uitspraken van feitenrechters gaan ook in die richting. Ze leggen het bewijsrisico van de gebrekkige uitvoering op de opdrachtgever.⁷⁰ Zo'n benadering heeft een aantal voordelen. Het vermijdt dat de opdrachtgever de slechte uitvoering louter om dilatoire redenen inroept, zonder dat hij ook maar enig bewijs moet leveren. Daarnaast is die benadering in lijn met de gedachte van bewijsgeschiktheid. Dit betekent dat de bewijslast behoort te liggen bij degene die het meest geschikt is om het bewijs te leveren. Na de afronding van de werken is de opdrachtgever meestal het best geplaatst om het ontoereikende karakter van de uitvoering aan te tonen.⁷¹

De voorgaande theorie zou zich niet beperken tot aannemingsovereenkomsten, maar zou zich uitstrekken tot alle wederkerige overeenkomsten. Een verantwoording kan worden gevonden in de gedachte om de partij te beschermen die reeds gepresteerd heeft, maar nog geen tegensprestatie heeft ontvangen (in de meeste gevallen een betaling). Indien deze bijzondere bewijsregel niet wordt toegepast, zou de tegenpartij eenvoudigweg de gebrekkige uitvoering kunnen opwerpen. De correcte uitvoering zou daardoor deel uitmaken van de ontstaansvoorwaarden van het recht van de aanvoerende partij. Overeenkomstig artikel 8.4, eerste lid zou zij daar het bewijs van moeten leveren, wat haar in bepaalde zaken in een lastig parket kan brengen. Dat is in het bijzonder het geval wanneer de tegenpartij het meesterschap heeft over het voorwerp van de verbintenis.⁷² Bovendien garandeert deze theorie een gelijke behandeling op het vlak van bewijs met het geval waarin de tegenpartij enige tijd later – dus na de betaling – een contractuele aansprakelijkheidsvordering zou instellen. In dat geval komt het volgens de basisregels ook aan de tegenpartij toe om de gebrekkige uitvoering te bewijzen.⁷³

Daar staat wel tegenover dat die bijzondere bewijsregel geen enkele wettelijke grondslag heeft. Bovendien noemt het Hof van Cassatie de niet-uitvoering of slechte uitvoering soms in één adem.⁷⁴ Voorts rijst de vraag of dergelijke bijzondere bewijsregel nog nodig is in het licht van

⁶⁹ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Overzicht van rechtspraak: het burgerlijk bewijsrecht (2000-2013)”, *TPR* 2015, (597) 723, nr. 133; D. MOUGENOT, “La charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle” in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2014, (409) 416, nr. 8; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *CBR-jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (63) 77, nr. 18.

⁷⁰ Zie o.m. Orb. Leuven 14 januari 2021, *RABG* 2021, 856; Antwerpen 9 december 2009, *Limb.Rechtsl.* 2010, 112, noot H. VAN GOMPEL; Kh. Hasselt 25 januari 2006, *Limb. Rechtsl.* 2007, 148.

⁷¹ O. MICHIELS, “L’article 1315 du Code Civil: contours et alentours”, *Act.dr.* 1998, (363) 380; D. MOUGENOT, “La charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle: la distinction entre l’obligation totalement ou partiellement inexécutée au secours du praticien” in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *Le juge et le contrat - De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2014, 426-427, nr. 22.

⁷² Vgl. B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht 2000-2013”, *TPR* 2016, (597) 723, nr. 133.

⁷³ In die hypothese maakt de gebrekkige uitvoering overeenkomstig artikel 8.4, eerste lid deel uit van de ontstaansvoorwaarden van het recht op schadevergoeding van de tegenpartij.

⁷⁴ Cass. 15 juni 2000, AR C.97.0118.N, *Arr.Cass.* 2000, 111, *Bull.* 2000, 1094 en *RW* 2001-02, 916.

de verplichting van de partijen om mee te werken aan de bewijsvoering. Deze verplichting kan immers zo ver gaan dat de partij op wie de bewijslast niet rust, toch gehouden is om met concrete bewijselementen naar voren te komen (zie *infra*, nr. 45 e.v.).

4. Verzekeringsrecht

17. Wanneer de verzekeraar naar aanleiding van een schadegeval het voornemen heeft om verhaal in te stellen tegen de verzekeringsnemer, moet hij overeenkomstig artikel 152, tweede lid Verzekeringwet 2014 hiervan kennis geven aan de verzekeringsnemer. Indien de verzekeringsnemer beweert dat deze kennisgeving niet binnen een redelijke termijn is gebeurd⁷⁵ of aan een verkeerd arrest was gericht⁷⁶, komt het overeenkomstig artikel 8.4, eerste lid en artikel 870 Ger.W. toe aan de verzekeraar om te bewijzen dat hij voldoet aan alle voorwaarden om de regresvordering in te stellen.⁷⁷

D. BIJZONDERE LEERSTUKKEN

1. Schending van informatieplichten⁷⁸

18. Het koepelbegrip informatieplichten staat voor het geheel van contractuele of wettelijke plichten die op een partij – meestal een professioneel – rusten om een andere partij informatie, inlichtingen, waarschuwingen of advies te verschaffen.⁷⁹ Gedurende lange tijd bestond er in het Belgische recht discussie over de vraag wie de bewijslast draagt van de niet-naleving van een informatieverplichting.⁸⁰ Een onopgemerkt gebleven cassatiearrest buiten beschouwing

⁷⁵ Cass. 7 juni 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1468, *Pas.* 2002, 1319, *RGAR* 2004, nr. 13837, *RW* 2005-06, 742 en *TBH* 2005, 850, noot. Het Hof van Cassatie bevestigt dit oordeel in een arrest van 25 september 2014 (Cass. 25 september 2014, AR C.13.0389, *Arr.Cass* 2014, 1999, *Pas.* 2014, 1966, *JLMB* 2015, 1980, *RGAR* 2016, n° 15262 en *RW* 2016-17, 859.).

⁷⁶ Cass. 14 maart 2019, AR C.18.0056.F, *RGAR* 2019, n° 15514, noot, *T.Pol.* 2019, afl. 3, 132, noot D. VAN TRIMPONT.

⁷⁷ Het arrest van 14 maart 2019 verwijst in dat verband uitdrukkelijk naar het toenmalige artikel 1315, tweede lid Oud BW. Het gaat waarschijnlijk om een materiële vergissing. Het leveren van een bewijs dat voldaan is aan een wettelijke voorwaarde voor het uitoefenen van een recht (i.e. de betrokkene in kennis stellen van een voornemen om verhaal uit te oefenen), leent zich in de eerste plaats voor de aanwending van art. 8.4, eerste lid BW (W. VANDENBUSSCHE en N. DE LATHAUWER, “Het hervormde bewijsrecht. *Capita Selecta*” in S. VOET en B. ALLEMEERSCH (eds.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, die Keure, 2020, (71) 75-76, nr. 7).

⁷⁸ Dit deel is geïnspireerd op W. VANDENBUSSCHE, “(Andermaal) over de bewijsrisicoverdeling bij de schending van informatieplichten”, *P&B* 2020, (91) 91-92, nr. 1-3.

⁷⁹ Zie o.m. F. GLANSDORFF, “Introduction générale” in *Les obligations d’information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2006, 7-51.

⁸⁰ Cass. 16 december 2004, AR C.03.0407.N, *Arr.Cass.* 2004, 2081, *Pas.* 2004, 2022, *JLMB* 2006, 1168, *NJW* 2006, 316, *RGAR* 2006, n° 14161, noot, *RW* 2004-05, 1553, noot H. NYS en *T.Gez.* 2004-05, 299, noot S. LIERMAN; Cass. 16 december 2004, *T.Gez.* 2004-05, 298, noot S. LIERMAN.

gelaten⁸¹, gingen rechtspraak⁸² en rechtsleer⁸³ er gedurende meerdere decennia vanuit dat de informatiegerechtigde de tekortkoming aan een informatieplicht moest bewijzen. Nadat er eind jaren negentig onder invloed van de rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie⁸⁴ een zekere tendens ontstaan was om het bewijsrisico op de professioneel te laten rusten⁸⁵, bevestigde het Hof van Cassatie in 2004 het eerdere uitgangspunt. Het bewijsrisico rust op de partij die een tekortkoming aan een informatieplicht aanvoert.⁸⁶

19. Na een decennium windstille zorgde het cassatiearrest over de deontologische informatieverplichting van de advocaat in 2015 voor ophef. De eerste Franstalige kamer van het Hof oordeelde toen dat de advocaat moet bewijzen dat hij zich van zijn plicht heeft gekweten om zijn cliënt in te lichten. Het zou niet aan de cliënt toekomen om het negatieve feit aan te tonen dat de vereiste informatie niet werd gegeven.⁸⁷ Sinds het cassatiearrest van 25 juni 2015 ging de feitenrechtspraak in twee richtingen. Deze tegenstrijdige rechtspraak beperkte zich niet tot beslissingen over de informatieplicht van de advocaat. Zij strekte zich uit tot alle mogelijke professionelen (zoals de arts⁸⁸, de verzekeringstussenpersoon⁸⁹ of de aannemer⁹⁰).

20. Het wekt dan ook geen verbazing dat het Hof van Cassatie zich een kleine vier jaar later opnieuw heeft moeten uitspreken over de problematiek. In het arrest van 11 januari 2019 besliste het Hof dat de benadeelde niet alleen moet bewijzen dat de aangesprokene hem

⁸¹ In een arrest van 26 januari 1968 besliste het Hof van Cassatie dat “uit de regelen van de bewijslast, zoals die uit artikel 1315 van het Burgerlijk Wetboek voortvloeien, volgt dat het de gemeente behoort te bewijzen dat zij haar verplichting nagekomen is door aan de Nationale Kas bericht te geven en dat die Kas niet ertoe gehouden is het negatief feit te bewijzen dat het gemeentebestuur dat bericht niet gegeven heeft” (Cass. 26 januari 1968, Arr.Cass. 1967-68, 708 en Pas. 1968, I, 661).

⁸² Zie o.m. Antwerpen 15 juni 1994, *T.Gez.* 1996-97, 358, noot J. TER HEERDT; Brussel 3 februari 1989, *RGAR* 1991, nr. 11.817; Antwerpen 9 november 1987, *RW* 1987-88, 1336, noot VANSWEEVELT, Brussel 6 januari 1951, *RW* 1950-51, 944 en *JT* 1951, 234.

⁸³ R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile: Les causes de responsabilité, I*, Brussel, Larcier, 1967, 384, nr. 1094; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Antwerpen, Maklu, 1992, 307, nr. 396.

⁸⁴ Cass. (1re civ.) 25 februari 1997, n° 94-19.685, *Gaz.Pal.* 1997, 1274; de arts die gehouden is tot een bijzondere informatieplicht moet het bewijs leveren van de uitvoering van die verplichting.

⁸⁵ Zie o.m. voor de arts (Antwerpen 28 juni 2001, *T.Gez.* 2003-04, 181; Luik 10 mei 2001, *T.Gez.* 2001-02, 247, noot J. TER HEERDT; Rb. Namen 30 maart 2001, *T.Gez.* 2001-02, 34; Luik 4 januari 2001, *T.Gez.* 2002-03, 330; Antwerpen 20 september 1999, *T.Gez.* 2001-02, 159; Rb. Antwerpen 5 november 1999, *T.Gez.* 1999-00, 282; Luik 30 april 1998, *T.Gez.* 1998-99, 139, noot T. VANSWEEVELT en *Juristenkrant* 2002, afl. 42, 1) en voor de advocaat (Rb. Huy 8 november 2001, *JLMB* 2003, 1659).

⁸⁶ CASS. 16 december 2004, AR C.03.0407.N, Arr.Cass. 2004, 2081, Pas. 2004, 2022, *JLMB* 2006, 1168, *NJW* 2006, 316, *RGAR* 2006, nr. 14161, noot, *RW* 2004-05, 1553, noot H. NYS en *T.Gez.* 2004-05, 299, noot S. LIERMAN; Cass. 16 december 2004, *T.Gez.* 2004-05, 298, noot S. LIERMAN.

⁸⁷ Cass. 25 juni 2015, AR C.14.0382.F, Arr.Cass. 2015, 1763, Pas. 2015, 1753, *Juristenkrant* 2015, afl. 320, 1 en 16, *JT* 2016, 609, noot F.G., *RCJB* 2018, 113, noot D. MOUGENOT, *RGAR* 2015, n° 15219, noot F. GLANSDORFF, *RW* 2015-16, 1664, W. VANDENBUSSCHE, *TBH* 2016, 653, noot D. MOUGENOT, *T.Gez.* 2015-16, 368, noot C. LEMMENS.

⁸⁸ Bewijsrisico op de patiënt (Rb. Luik 6 november 2015, *RGAR* 2016, n° 15279, Rb. West-Vlaanderen 7 juni 2016, *T.Gez.* 2017-18, 54, noot C. CORNELIS) vs. bewijsrisico op de arts (Rb. Brussel 29 februari 2016, *T.Gez.* 2016, 370 en *JLMB* 2016, 1954, Rb. Brussel 5 april 2016, *JT* 2016, 408, Antwerpen 27 juni 2016, *Limb.Rechtsl.* 2018, 15).

⁸⁹ Bewijsrisico op de cliënt (Luik 1 juni 2016, *DAOR* 2016, 85, *TBH* 2016, 973 en *TBH* 2017, 433, noot W. VANDENBUSSCHE) vs. bewijsrisico op de verzekeringstussenpersoon (Luik 27 maart 2017, *RGAR* 2018, n° 15482).

⁹⁰ Bewijsrisico op de opdrachtgever (Brussel 19 september 2017, *RABG* 2018, 1805) vs. bewijsrisico op de aannemer (Rb. Antwerpen 22 februari 2018, *RABG* 2018, 1834).

welbepaalde informatie had moeten geven “*maar ook dat hij dat niet heeft gedaan*”. Volgens het Hof van Cassatie ligt het bewijsrisico van de niet-naleving van de informatieplicht dus bij de informatiegerechtigde.⁹¹ Hoewel de uitspraak betrekking had op de buitencontractuele informatieplicht van een verpleegkundige, was het de verwachting dat het Hof van Cassatie – gelet op de ruime bewoordingen die het Hof hanteerde – een principiële beslissing had genomen over de bewijslastverdeling bij de schending van informatieplichten.⁹² Deze voorspelling bleek correct te zijn. In een arrest van 18 juni 2020 herhaalde het Hof van Cassatie zijn standpunt in een zaak over de geïnformeerde, voorafgaandelijke en vrije toestemming van de patiënt met een ingreep die de arts had uitgevoerd (de zgn. “*informed consent*” uit artikel 8 van de Wet Patiëntenrechten). In dezelfde bewoordingen als in het arrest van 11 januari 2019 bevestigde het Hof dat de patiënt die aanvoert dat hij schade heeft geleden doordat de arts heeft nagelaten hem de in art. 8 van de Wet Patiëntenrechten bepaalde informatie te verschaffen, “*niet alleen moet bewijzen dat de arts hem de informatie daadwerkelijk had moeten geven, maar ook dat hij dat niet heeft gedaan*”.⁹³

De arresten van 11 januari 2019 en 18 juni 2020 verdienen navolging. Het Hof van Cassatie maakt in zijn overwegingen terecht abstractie van het contentieux van de informatieplichten.⁹⁴ Er is geen enkele reden waarom de feiten onderliggend aan een vordering voor schending van informatieplichten een andere behandeling zouden moeten krijgen dan ieder ander type aansprakelijkheidsvordering of zelfs iedere vordering in rechte. Bij iedere vordering die een partij instelt, draagt zij overeenkomstig artikel 8.4, eerste lid BW en artikel 870 Ger.W. het bewijsrisico van de feitelijke elementen die ten grondslag liggen aan de norm of het recht waarop zij haar vordering steunt. Het voorgaande sluit niet uit dat de rechter bij de schending van informatieplichten (of van plichten tot informatie-inwinning), net zoals bij andere soorten geschillen, in uitzonderlijke omstandigheden een omkering van de bewijslast toepast (zie *infra*, nr. 59). Niettemin schuilt er nog een gevaar in de Europeanisering van het proces- en bewijsrecht. Het Europese Hof van Justitie heeft reeds in twee arresten beslist dat een onderneming op basis van het doeltreffendheidsprincipe de bewijslast draagt dat welbepaalde informatie aan de consument is verstrekt.⁹⁵ Hoewel deze uitspraken zich beperken tot het consumentencontentieux, rijst de vraag in welke mate een verschil in behandeling met gevallen waarop geen Unierecht van toepassing is in de toekomst houdbaar zal blijven.

2. Resultaats- versus inspanningsverbintenissen

⁹¹ Cass. 11 januari 2019, AR C.18.0210.N, JT 2019, 724, noot R. JAFFERALI, RGAR 2019, nr. 15596, noot F. GLANSDORFF, RW 2019-20, 263 noot S. GUILIAMS; TBBR 2019, 557, noot E. VERJANS, TBH 2019, 685, T.Gez. 2018-19, 314, noot C. LEMMENS en T.Verz. 2020, 59

⁹² W. VANDENBUSSCHE, “(Andermaal) over de bewijsrisicoverdeling bij de schending van informatieplichten”, P&B 2020, (91) 92, nr. 3.

⁹³ Cass. 18 juni 2020, AR C.19.0343.N, Con.M. 2021, , 84, noot T. COPPEE, JLMB 2020, 1677, noot G. GENICOT en D. PHILIPPE, RW 2020-21, 1536, noot en T.Gez. 2020-21, afl. 2, 126, noot C. LEMMENS.

⁹⁴ In het arrest van 18 juni 2020 overweegt het dat “*bij een aansprakelijkheidsvordering de bewijslast van de tot aansprakelijkheid leidende gebeurtenis, de schade en het oorzakelijk verband tussen beide, behoudens wettelijke of contractuele afwijking, in de regel op de benadeelde rust*”. In het arrest van 11 januari 2019 beslist het dat “*bij een vordering op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid de bewijslast van de tot aansprakelijkheid leidende gebeurtenis, de schade en het oorzakelijk verband tussen beide in de regel op de benadeelde rust*”.

⁹⁵ HvJ 10 juni 2021, nr. C-776/19 t.e.m. C 782/19; ECLI:EU:C:2021:470, , nr. 86; HvJ 18 december 2014, nr. C-449/13, ECLI:EU:C:2014:2464, nr. 27 en 28.

21. Bij zowel resultaats- als inspanningsverbintenissen komt het aan de schuldeiser toe om overeenkomstig artikel 8.4, eerste lid BW en art. 870 Ger.W. het bewijs te leveren van zijn aanvoeringen. Het onderscheid tussen beide type verbintenissen heeft dus geen gevolgen voor de vraag “wie” het bewijs moet leveren.

22. Het onderscheid beïnvloedt daarentegen wel de vraag “wat” de schuldeiser moet bewijzen. Bij een resultaatsverbintenis is de bewijslast veel lichter.⁹⁶ In dat geval volstaat het voor de schuldeiser om het bestaan van de verbintenis en het uitblijven van het resultaat te bewijzen. Hij moet niet meer bewijzen dat dit het gevolg is van een contractuele fout vanwege de schuldenaar. Die fout wordt dan vermoed. Sommige auteurs laten uitschijnen dat het niet-bereiken van het beoogde resultaat eveneens wordt vermoed.⁹⁷ Aangezien dat niet in lijn is met de heersende cassatierechtspraak⁹⁸, verdient deze zienswijze geen navolging.⁹⁹

Bij een inbreuk op een middelenverbintenis moet de schuldeiser daarentegen wel de fout van zijn schuldenaar bewijzen door aan te tonen dat die laatste niet alle inspanningen heeft geleverd die daartoe noodzakelijk waren. Concreet doet hij dat door te beschrijven wat een zorgvuldig persoon in dezelfde omstandigheden zou hebben gedaan.¹⁰⁰ Aansluitend zal hij voldoende feitelijke elementen moeten naar voren brengen om de rechter te overtuigen dat het gedrag van de andere partij daar niet mee in overeenstemming was.¹⁰¹

III. Artikel 8.4, tweede lid

⁹⁶ J. BUYLE, “Les devoirs précontractuels du prêteur en matière de crédit à la consommation et la charge de la preuve du manquement à ces obligations”, *RCJB* 2005, 703; A. COLPAERT, “Het deskundigenonderzoek inzake afwikkeling van geschillen inzake de aansprakelijkheid bij producten, diensten en bouwwerken” in I. CLAEYS EN R. STEENNOT (eds.), *Aansprakelijkheid, veiligheid en kwaliteit*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (655) 660, nr. 4; F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT, *Handboek gezondheidsrecht*, I, Antwerpen, Intersentia, 2014, 1275, nr. 2676; J. KIRKPATRICK, “Réflexions sur la charge de la preuve en matière de responsabilité médicale et sur la distinction entre obligations de résultat et obligations de moyens” (noot onder Cass. 15 januari 2010), *RCJB* 2010, (513) 515, nr. 3; S. LIERMAN, “Het pleit beslecht: de patiënt draagt de bewijslast van de informatiemiskening door de arts”, *T.Gez.* 2004-05, 306; D. MOUGENOT, “La charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle: la distinction entre l'obligation totalement ou partiellement inexécutée au secours du praticien” in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *Le juge et le contrat - De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2014, 425, nr. 21.

⁹⁷ J.-P. BUYLE, “Les devoirs précontractuels du prêteur en matière de crédit à la consommation et la charge de la preuve du manquement à ces obligations” (noot onder Cass. 10 december 2004), *RCJB* 2005, (683) 712, nr. 26; F. DE PATOUL, “La charge de la preuve du devoir d'information et de conseil en matière de crédit à la consommation” (noot onder Cass. 10 december 2004), *Jb. Kredietrecht* 2005, (26) 26; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Brussel, Larcier, 1991, 78, nr. 130.

⁹⁸ Cass. 26 november 1954, *Arr.Cass.* 1955, 197 en *Pas.* 1955, I, 271; Cass. 10 december 1953, *Arr.Cass.* 1954, 244 en *Pas.* 1954, I, 290.

⁹⁹ Dat zou enkel het geval zijn bij de aansprakelijkheid van de vervoerder (art. 4 van de Vervoerwet van 25 augustus 1891 en art. 1784 BW) en van de bewaarnemer (M.-A. ORLANDO, “La charge de la preuve du devoir d'information du médecin: un revirement de jurisprudence?”, *RGAR* 2017, n° 15374, 1).

¹⁰⁰ B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 93-95; H. GEENS, “De verdeling van de bewijslast over de partijen in het verzekeringsrecht en het gemeen verbintenissenrecht” in B. ALLEMEERSCH, P. LONDERS en S. SROKA (eds.), *Bewijsrecht*, Brussel, Larcier, 2007, (159) 165; O. MICHIELS, “L'article 1315 du Code civil: contours et alentours”, *Act.dr.* 1998, (363) 365; F. MOURLON BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, Waterloo, Kluwer, 2011, 67-68; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 179; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, die Keure, 2020, 165-166; L. VAN VALCKENBORGH, “De kwalificatie van een verbintenis als resultaats- of middelenverbintenis” (noot onder Antwerpen 15 september 2008), *TBBR* 2011, (222), 222, nr. 2.

¹⁰¹ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 2, Responsabilité civile et quasi-contrats*, Paris, PUF, 2013, 93; J. SPIER et al., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer, Kluwer, 2015, 46, nr. 44.

A. PRINCIPE

23. Wanneer een partij als reactie op de eis en middelen van de aanvoerende partij een aantal feitelijke elementen inroept die haar bevrijding inhouden, werpt zij een verweer op in de zin van art. 8.4, tweede lid BW. Het vroegere artikel 1315, tweede lid Oud BW verwees in dat geval enkel naar de verplichting om de betaling of het feit van het tenietgaan van de verbintenissen te bewijzen. Artikel 8.4, tweede lid BW heeft die bewoordingen verruimd en luidt als volgt: “*Hij die beweert bevrijd te zijn, moet de rechtshandelingen of feiten bewijzen die zijn bewering ondersteunen*”. Op die manier heeft de wetgever de ruime invulling onderschreven die de rechtspraak reeds toekende aan deze regel.¹⁰²

24. Bij de toepassing van artikel 8.4, tweede lid BW moet een belangrijke kanttekening worden gemaakt. Het is niet omdat dat de tegenpartij een feit aanvoert dat de beweringen van de aanvoerende partij tegenspreekt, dat de bewijslast wordt omgekeerd.¹⁰³ Zo bevestigde het Hof van Cassatie reeds in 1970 dat het bewijsrisico zich in geval van ontkenning niet automatisch naar de betwistende partij verplaatst: “*de verweerder die voor de feitenrechter staande houdt dat de eiser het bewijs van de gegrondheid van zijn eis niet levert, [kan] niet als ‘eiser op exceptie’ worden beschouwd*”.¹⁰⁴

Het is pas wanneer een partij als reactie op de eis en middelen van de aanvoerende partij een aantal feitelijke elementen inroept die haar bevrijding inhouden, dat zij een verweer in de zin van 8.4, tweede lid BW opwerpt.¹⁰⁵ Enkel in dat geval verschuift het bewijsrisico voor wat betreft die specifieke elementen naar de partij die dat verweer heeft opgeworpen. De verwerende partij betwist de aangevoerde feiten dan niet ten gronde. In plaats daarvan voert zij een verweer aan dat minstens op hypothetische wijze het recht van de aanvoerende partij erkent. Toch brengt ze tegelijkertijd nieuwe feiten in het debat die haar bevrijding inhouden en het ingaan van het beoogde rechtsgevolg verhinderen.¹⁰⁶ Bijgevolg moet ze van de nieuwe feiten zelf de waarachtigheid aantonen.¹⁰⁷

¹⁰² I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Het nieuw bewijsrecht” in S. STIJNS (ed.), *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, (117) 127, nr. 18. De parlementaire voorbereiding wijst erop dat een andere mogelijkheid erin bestond om de algemene term “bevrijd” te vervangen door preciezere termen “gewijzigd, nietig of uitgedoofd recht”. Aangezien het niet zeker was of dergelijke formulering de bestaande cassatierechtspraak over artikel 1315, tweede lid BW volledig zou dekken, is de term bevrijd behouden. Deze zou vatbaarder zijn voor een extensieve interpretatie (MvT bij Wetsontwerp van 31 oktober 2018 houdende invoering van Boek 8 “Bewijs” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* 2018-19, nr. 3349/001, 13).

¹⁰³ P. VAN RENTERGHEM, “La charge de la preuve”, *Ann.dr.Louvain* 2018, (367) 374, nr. 8.

¹⁰⁴ Cass. 9 oktober 1970, *Arr.Cass.* 1971, 131.

¹⁰⁵ R.O. DALCQ, “Réflexions au sujet de la charge de la preuve” in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Brussel, Bruylant, 2000, (53) 54, nr. 2; S. VAN BREE, “De la preuve à l'expertise, le point de vue du juge en matière d'expertise amiable et judiciaire” in H. PREUMONT EN C. NASSAUT (eds.), *L'expertise*, Limal, Anthemis, 2016, (17) 30, nr. 20.

¹⁰⁶ Vgl. Hof van Cassatie: “Uit de beide leden van artikel 1315 Burgerlijk Wetboek volgt dat de eiser de bewijslast draagt en dat de verweerder, zodra dat bewijs is geleverd, moet worden veroordeeld tenzij hijzelf, tegen de toestand in zoals die uit het tegen hem geleverde bewijs volgt, een feit aanvoert waaruit moet worden afgeleid dat hij van zijn schuld is bevrijd” (Cass. 1 maart 2017, AR P.2016.1061.F, concl. M. NOLET DE BRAUWERE).

¹⁰⁷ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 731, nr. 726; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 45, nr. 26; W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 75, nr. 102.

Het voorgaande leidt tot een belangrijke vaststelling. De bewijslast gaat dus niet voortdurend over en weer naargelang de door de partijen aangevoerde feiten.¹⁰⁸ Het is slechts wanneer de betwistende partij een verweer in de zin van art. 8.4, tweede lid BW opwerpt dat het bewijsrisico zich verplaatst. Het aanvoeren van feiten om de stelling van de andere partij te ontkrachten, mag daar niet automatisch toe leiden.¹⁰⁹

B. TOEPASSINGEN

25. Het onderscheid tussen een betwisting of een ontkenning van de ontstaansvoorwaarden van het recht van de aanvoerende partij (art. 8.4, eerste lid BW) en het opwerpen van een verweer in de zin van art. 8.4, tweede lid BW is niet steeds eenvoudig te maken.¹¹⁰ Waar ligt de grens tussen “ongegrond” en “bevrijd”? Vanaf welk moment beperkt de tegenpartij zich niet langer tot het betwisten of ongegrond achten van de aanspraken van de aanvoerende partij en neemt zij een meer actieve houding aan die rechtvaardigt dat zij het bewijsrisico draagt?¹¹¹

Zoals hierboven reeds toegelicht, is artikel 8.4, tweede lid BW enkel van toepassing op situaties waarin de tegenpartij minstens op hypothetische wijze de aangevoerde feiten erkent, maar meteen ook andere feiten aanvoert die een grond van bevrijding inhouden. In de Nederlandse rechtsleer spreekt men over een “ja, maar”-verweer. Een procespartij spreekt de aanvoeringen van haar wederpartij niet volledig tegen (“ja”), maar brengt een nieuw element in het debat dat haar bevrijding inhoudt (“maar”).¹¹² DE PAGE drukte het in de volgende bewoordingen uit: “*C'est à celui qui prétend qu'elle n'existe plus (libération, cause d'exonération, prescription acquisitive, interversion du titre, etc.) à établir les éléments dont résulte l'interversion de la situation.*”¹¹³

26. Een analyse van de rechtspraak biedt verder inzicht in de verschillende toepassingen. Aangezien er in het vroegere artikel 1315, tweede lid Oud BW uitdrukkelijk werd verwezen naar de betaling, vormt de betaling het typevoorbeeld van een verweer in de zin van artikel 8.4, tweede lid BW. Zo komt het niet aan de verhuurder toe om te bewijzen dat er nog achterstallige huurgelden verschuldigd zijn, maar aan de huurder om aan te tonen welke bedragen hij betaald heeft.¹¹⁴ Wanneer de curatoren beweren dat een derde gelden van de failliete vennootschap

¹⁰⁸ Wat bepaalde auteurs laten uitschijnen, zie bv. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 212, nr. 175; O. MICHIELS, “L'article 1315 du Code civil: contours et alentours”, *Act.dr.* 1998, (363) 365; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *CBR-jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (63) 75, nr. 16. In zekere zin ook Verslag Van Reepinghen, Parl. St. Senaat 1963-64, nr. 60, 211.

¹⁰⁹ W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 68, nr. 96.

¹¹⁰ M. CLAVIE, “La charge de la preuve: questions choisies en matière contractuelle” in *La preuve*, Luik, CUP, 2002, (9)12; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Brussel, Larcier, 1991, 95, nr. 173; N. VERHEYDEN-JEANMART, “La charge de la preuve” in *La preuve, Colloque organisé les 12 et 13 mars 1987*, Louvain-la-Neuve, UCL, 1987, (1) 53, nr. 64.

¹¹¹ D. MOUGENOT, “La preuve: évolution et révolution” in P. WÉRY (ed.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Brussel, die Keure, 2004, (121)122, nr. 3.

¹¹² A.I.M. VAN MIERLO et al., *Burgerlijke rechtsvordering: tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2016, art. 149, nr. 2.b.; I. GIESEN, *Bewijs en aansprakelijkheid*, Den Haag, BJU, 2001, 82.

¹¹³ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, III*, Brussel, Bruylant, 1967, 731, nr. 726

¹¹⁴ Cass. 6 januari 2017, AR C.16.0071.N, RW 2018-19, 21. Zie ook Arbh. Brussel 23 december 2016, Or. 2017, 30: “Aangezien de werknemer in casu op onbetwistbare wijze het bestaan aantoont van de verplichting waarvan

heeft ontvangen om in strijd met artikel 7:227 WVV de aandelen van die vennootschap te kopen en die derde beweert dat de gelden reeds zijn terugbetaald, moet die laatste dat bewijzen. Hij zal dan ook het onderspit delven wanneer de rechter niet over de nodige boekhoudkundige documenten beschikt om die terugbetaling te beoordelen.¹¹⁵

27. Een tweede toepassing die vroeger eveneens in de wet was opgenomen, is het feit dat het tenietgaan van de verbintenis heeft teweeggebracht. Wanneer de tegenpartij zich beroept op de nietigheid van de overeenkomst wegens een wilsgebrek, moet zij daar overeenkomstig artikel 8.4, tweede lid het bewijs van leveren.¹¹⁶ Bijgevolg moet degene die beweert te hebben gedwaald de dwaling en het verschoonbaar karakter ervan bewijzen.¹¹⁷ Andere feitenconstellaties waarin het Hof van Cassatie de bewijslast heeft gelegd op de partij die het tenietgaan van haar verbintenis had opgeworpen, zijn de vernieling van een deel van de lading door brand¹¹⁸ of het niet ter beschikking stellen van de litigieuze goederen door de andere partij.¹¹⁹

28. Een volgend toepassingsgeval is het invoeren van de verjaring. Uit art. 8.4, tweede lid BW en art. 870 Ger.W. volgt dat degene die zich op bevrijdende verjaring beroept, daarvan het bewijs moet leveren.¹²⁰ Daar staat wel tegenover dat het aan de eiser toekomt om de feiten of handelingen aan te tonen waaraan krachtens de wet stuitende of schorsende werking toekomt.¹²¹ Aldus oordeelde het Hof van Cassatie dat de eiser die een conventioneel recht van overgang vordert op grond van een titel die ouder is dan dertig jaar, het bewijs moet leveren dat de verjaring in de periode van dertig jaar voorafgaand aan de vordering werd gestuit, hetzij door het uitoefenen van de erfdienstbaarheid, hetzij door de erkenning ervan.¹²²

29. Andere voorbeelden die de Belgische rechtspraak heeft geïdentificeerd als een verweer in de zin van artikel 8.4, tweede lid BW zijn de redenen aangevoerd ter beëindiging van de arbeidsovereenkomst¹²³, de zwaarigheden opgeworpen tegen een gedwongen tenuitvoerlegging¹²⁴, het verval van een verzekeringsdekking¹²⁵, de vrijstelling van een

hij de uitvoering vordert [de overhandiging van de maaltijdcheques gedurende de volledige tewerkstellingsperiode], moet de werkgever bewijzen dat hij, zoals hij beweert, zijn verplichting heeft uitgevoerd”.

¹¹⁵ Cass. 18 oktober 2018, AR C.18.0005.F, *JLMB* 2020, 79.

¹¹⁶ P. VAN RENTERGHEM, “La charge de la preuve”, *Ann.dr.Louvain* 2018, (367) 384, nr. 22.

¹¹⁷ Cass. 12 februari 2015, AR C.14.0330.F, *Arr.Cass.* 2015, 368, *Pas.* 2015, 338, *TBBR* 2018, 35, *TBO* 2016, 119.

¹¹⁸ Cass. 26 januari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 170; *Pas.* 2001, 171 en *RHA* 2001, 105.

¹¹⁹ Cass. 26 november 1982, *Arr.Cass.* 1982-83, 436 en *Pas.* 1983, I, 396.

¹²⁰ Cass. 15 januari 1999, *RW* 2001-02, 451.

¹²¹ I. CLAEYS, “Overzicht van rechtspraak bevrijdende verjaring (1992-2017)”, *TPR* 2018, (785) 787, nr. 79.

¹²² Cass. 12 januari 2015, AR C.13.0580.N, *Arr.Cass.* 2015, 106, *Pas.* 2015, 84, *TBO* 2016, 112 en *T.Not.* 2016, 223, noot H. GOEDGEBEUR. Het gaat dus niet om een omkering van de bewijslast, maar om een toepassing van de basisregels (Vgl. H. GOEDGEBEUR, “Niet zo bevrijdende verjaring bij erfdienstbaarheden” (noot onder Cass. 12 januari 2015), *T.Not.* 2016, (223) 228).

¹²³ Zie o.m. Cass. 22 oktober 2012, AR S.11.0087.F, *Pas.* 2012, 1969, concl. J. GENICOT, *JTT* 2013, 85, *RABG* 2013, 1077, noot V. DOOMS; Cass. 14 januari 2008, AR S.07.0049.N, *Pas.* 2008, 101, *RW* 2008-09, 113, noot I. VAN PUYVELDE; Cass. 6 maart 2006, AR S.05.0106.N, *Arr.Cass.* 2006, 537, *Pas.* 2006, 534.

¹²⁴ Cass. 11 januari 2021, AR C.20.0264.N.

¹²⁵ Zie o.m. Cass. 13 februari 2017, AR C.2016.0280.F, concl. G. GENICOT, *JLMB* 2017, 1990, noot E. DE SAINT MOULIN, *RW* 2018-19, 427, noot en *TBH* 2018, 178; Cass. 19 mei 2005, AR C.03.0103.F, *Pas.* 2005, 1065, *RGAR* 2006, 14124, noot O. DELOGNE, Cass. 2 april 2004, AR C.02.0030.F, *Arr.Cass.* 2004, 594, *Pas.* 2004, 567, concl. X. DE RIEMAECKER en *T.Verz.* 2004, 751, noot D. DE MAESENEIRE; Cass. 18 januari 2002, AR C.00.0260.F, *Arr.Cass.* 2002, 212, concl. HENKES, *Pas.* 2002, 201, *Eur.Vervoerr.* 2005, 831, noot M.

wettelijke verplichting¹²⁶ of de verzaking aan een recht.¹²⁷ Hetzelfde geldt voor het inroepen van het bestaan van een beding dat ertoe strekt de verbintenis van de partij te beperken¹²⁸ of het argument dat de aansprakelijkheid van aangesprokene uitgesloten was door de fout van de schadelijder.¹²⁹ Ten slotte geldt het principe eveneens bij het verweer van de bestemming dat de betekenende partij kennis had of behoorde te hebben van zijn woonplaats in België.¹³⁰

C. UITZONDERING

30. In het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht bestaat er bij de schending van specifieke gedragsnormen een pretoriaanse uitzonderingsregel op de normale bewijslastverdeling. Wanneer de aangesprokene normaal gezien een rechtvaardigingsgrond inroept, zou hij daar op basis van art. 8.4, tweede lid het bewijs van moeten leveren. Wanneer de geschonden norm echter een strafrechtelijke regel uitmaakt en de aangesprokene roept een rechtvaardigingsgrond in, dan rust het bewijs van het niet-bestaan van die grond¹³¹ ten gevolge van die pretoriaanse regel op de schadelijder. Hetzelfde geldt wanneer de tegenpartij omstandigheden aanvoert die van aard zijn het strafbare karakter van het begane feit weg te nemen.¹³² Voorwaarde is wel dat die ingeroepen grond niet elke geloofwaardigheid mist.¹³³

Hoewel die uitzondering uniek is in rechtsvergelijkend perspectief, duikt ze heel frequent op in het Belgisch recht. Ze komt het meest aan de oppervlakte in het verkeersrecht¹³⁴, maar er zijn ook toepassingen te vinden in het domein van de medische aansprakelijkheid.¹³⁵ De verantwoording ligt in de nauwe band tussen de burgerlijke procedure en de strafrechtspleging. In strafzaken primeert het vermoeden van onschuld. Wanneer de beklaagde zich op geloofwaardige wijze op een rechtvaardigingsgrond beroept, ligt het bewijsrisico niet bij de

FONTAINE; Cass. 7 juni 2001, AR C.98.0478.F-C.98.0492.F, *Arr.Cass.* 2001, 1111, *Pas.* 2001, 1073, *RCJB* 2003, 5, noot M. FONTAINE en *RW* 2001-02, 890, noot G. JOCQUÉ.

¹²⁶ Zie o.m. Cass. 18 februari 2013, AR S.12.0004.F, *JLMB* 2014, 1304 en *Pas.* 2013, 440, concl. J. GENICOT

¹²⁷ Zie o.m. Cass. 29 november 2013, AR C.12.0544.F, *RW* 2014-15, 939. Zie ook Brussel 23 december 2016, *DAOR* 2018, 119.

¹²⁸ Cass. 27 februari 1998, AR C.97.0038.F, *Arr.Cass.* 1998, 248, *Bull.* 1998, 267, *JLMB* 1998, 1841 en *Verkeersrecht* 1999, 91.

¹²⁹ Cass. 16 september 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, nr. 31, 62, *Pas.* 1989, I, 54 en *RW* 1989-90, 466.

¹³⁰ Cass. 15 juni 2012, AR C.11.0120.F, *Arr.Cass.* 2012, 1657, *Pas.* 2012, 1369, *RABG* 2012, 1234, noot BAETENS-SPETSCHINSKY en *RW* 2013-14, 171, noot B. VAN DEN BERGH.

¹³¹ In een arrest van 6 september 2019 beslist het Hof van Cassatie dat het inroepen van de eigen fout van het slachtoffer geen zo'n rechtvaardigingsgrond uitmaakt (Cass. 6 september 2019, AR C.19.0007.F, *RGAR* 2019, n° 15622).

¹³² Cass. 7 september 2018, AR C.2017.0694.N, *RW* 2018-19, 1501.

¹³³ B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 99, nr. 184; A. KOHL, "L'action en dommages-intérêts résultant d'une infraction. Charge de la preuve de la cause de justification et autorité de chose jugée de la décision répressive antérieure" (noot onder Cass. 7 september 1972), *RCJB* 1975, (370) 372; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 157, nr. 154.

¹³⁴ Zie o.m. Cass. 26 maart 2018, AR C.17.0442.N; Cass. 30 september 2004, AR C.03.0527.F, *Arr.Cass.* 2004, 1492, *Pas.* 2004, 1441, T.Verz. 2005, 497 en VAV 2005, 42. P. LENVAIN, "Het bewijs in verkeerszaken", VAV 2007, (319) 319, nr. 3. Toch is niet iedere fout in het verkeer een inbreuk op een strafwet (S. VERECKEN EN S. HEIRBRANT, "Bewijs in verkeerszaken" in X (ed.), *Bewijsrecht - Vormingsprogramma* 2013, Larcier, Gent, 2014, (53) 67).

¹³⁵ Zie o.m. Cass. 11 juni 2010, AR C.09.0178.F, *Pas.* 2010, 1844 en *JLMB* 2011, 311; Cass. 14 december 2001, AR C.98.0469.F, *Arr.Cass.* 2001, 2200 en *Pas.* 2001, 2129.

beklaagde zelf.¹³⁶ Om te vermijden dat het vermoeden van onschuld zou worden ondergraven in een eventueel navolgend burgerlijk geding, hanteert men hetzelfde uitgangspunt in burgerlijke zaken. Toch zijn er in de rechtsleer een aantal bedenkingen gerezen over deze uitzonderingsregel (zoals het risico voor een ongebreidelde toepassing).¹³⁷ Daarnaast heeft ook het Hof van Cassatie reeds laten uitschijnen dat het vermoeden van onschuld geen absoluut recht is in burgerlijke zaken.¹³⁸

D. DISCUSSIEGEVALLEN

31. Daarnaast zijn er een aantal gevallen waarover discussie blijft bestaan of zij al dan niet onder artikel 8.4, tweede lid BW vallen.

32. Waar het voor verval van dekking algemeen aanvaard is dat het bewijs op basis van art. 8.4, tweede lid BW op de verzekeraar rust (zie *supra*, nr. 29), blijft er discussie bestaan over de al dan niet toepasselijkheid van deze bepaling op een uitsluitingsbeding in een verzekeringsovereenkomst. Een uitsluiting van dekking gaat over een schadegeval dat zich normaal binnen de dekking van de polis zou bevinden, maar erdoor is uitgesloten.¹³⁹

Volgens een deel van de rechtsleer komt het ook voor de uitsluiting van dekking op basis van artikel 8.4, tweede lid BW aan de verzekeraar toe om het bestaan van de uitsluitingsgrond aan te tonen die hij inroept.¹⁴⁰ Voor die zienswijze is ook steun te vinden in het FSMA-standpunt (nr. 2020/01) van 3 juli 2020: “Zonder afbreuk te doen aan de mogelijke toepassing van meer specifieke wetgeving, ligt de bewijslast van uitsluitingsgronden op grond van het gemeen recht in principe bij de verzekeraar”.¹⁴¹ Een ander deel van de rechtsleer verzet zich halsstarrig daar halsstarrig tegen. Waar de verzekeraar geen verbintenis heeft om dekking te verlenen, kan hij *a fortiori* er niet van bevrijd zijn. Bovendien zouden art. 63, tweede lid W.Verz. en 164, § 1 W.Verz. die het bewijs van het oorlogsrisico en zelfmoord uitdrukkelijk bij de verzekeraar leggen, dan zonder voorwerp zijn.¹⁴²

¹³⁶ Zie o.m. R. DECLERCQ, *Beginnelen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2014, 836, nr. 1977.

¹³⁷ P.-H. DELVAUX EN G. SCHAMPS, “Unité ou dualité des fautes pénales et civiles: les enjeux d’une controverse”, *RGAR* 1991, n° 11795, nr. 2.

¹³⁸ Zo besliste het Hof van Cassatie in een arrest van 14 november 2012 dat het vermoeden van onschuld de wetgever niet verbiedt om een resultaatsverbintenis vast te stellen waaraan een resultaatsverbintenis gekoppeld is. Zo’n resultaatsverbintenis tast de essentie van het recht van het vermoeden van onschuld niet aan in zoverre ze het recht van verdediging vrijwaart. (Cass. 14 november 2012, AR P.11.1611.F., *RGAR* 2013, n° 15.009).

¹³⁹ Kenmerkend voor het verval van dekking is daarentegen dat het een tekortkoming van de verzekerde aan één van zijn verplichtingen sanctioneert (M. FONTAINE, “Déchéances, exclusions, définition du risque et charge de la preuve en droit des assurances” (noot onder Cass. 18 januari 2002 *RCJB* 2003, (20) 72, nr. 116; L. SCHUERMANS en C. VAN SCHOUBROECK, *Grondslagen van het Belgische verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 752, nr. 981).

¹⁴⁰ J. AMANKWAH en S. DECLERCQ, “De impact van het nieuwe bewijsrecht op de verzekeringssector” in C. VAN SCHOUBROECK en I. SAMOY, *Themis Aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht*, Brugge, die Keure, 2021, (99) 124, nr. 34; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Brussel, Larcier, 2016, 310, nr. 378; C. VAN SCHOUBROECK, “Bewijslast van ‘uitsluitingen in verzekeringen’: nieuwe ontwikkelingen” (noot onder Kh. Brugge 26 oktober 2004), *TBH* 2006, (774) 774-775.

e ontwikkelingen” (noot onder Kh. Brugge 26 oktober 2004), *TBH* 2006, (774) 774-775.

¹⁴¹ FSMA-standpunt (nr. 2020_01) van 3 juli 2020 betreffende de Bewijslast in verzekeringscontracten, www.fsma.be/nl/opinion/bewijslast-verzekeringscontracten-0 (raadpleging op 10 september 2021).

¹⁴² J.-L. FAGNART, *Droit privé des assurances terrestres. Principes généraux in Traité de droit commercial*, III, Waterloo, Kluwer, 2011, 327, nr. 659; G. HEIRMAN, “Hoofdstuk 5. De verplichtingen van de verzekeraar” in T.

Aangezien het juridisch-technisch inderdaad niet voor de hand ligt om een uitsluitingsbeding als een bevrijdingsgrond te kwalificeren,¹⁴³ blijft de feitenrechtspraak – in afwachting van een bevrijdend arrest van het Hof van Cassatie – twee kanten uitgaan.¹⁴⁴ Niettemin verdient het in licht van het streven naar een gelijke behandeling met situaties waarbij een vervalbeding ter discussie staat, de voorkeur om het bewijsrisico op de verzekeraar te laten rusten. Daarnaast zijn er ook nog andere gevallen die zich in een schemerzone bevinden, waarvoor het Hof van Cassatie de toepassing van artikel 8.4, tweede lid heeft aanvaard.

33. Een andere – weliswaar meer betwiste – theorie is om de uitvoering van een contractuele verbintenis onder het toepassingsgebied van artikel 8.4, tweede lid BW te laten vallen. Dit standpunt is aan de oppervlakte gekomen in de rechtsleer die geschillen over de (niet-)naleving van informatieplichten bespreekt.¹⁴⁵ Toch zou de toepasselijkheid van artikel 8.4, tweede lid BW niet beperkt blijven tot de uitvoering van informatieplichten.¹⁴⁶ Zij zou zich uitstrekken tot alle geschillen waarin een partij schadevergoeding of herstel in natura vordert voor een contractuele wanprestatie. In dat geval zou de aanvoerende partij overeenkomstig artikel 8.4, eerste lid BW moeten bewijzen dat er sprake is van een schade en een onmiddellijk en rechtstreeks verband.¹⁴⁷ Het zou echter aan de tegenpartij toekomen om de nakoming van de primaire verbintenis (i.e. de gemaakte contractuele afspraak) te bewijzen overeenkomstig artikel 8.4, tweede lid BW. Aldus zou men volgens deze zienswijze in contractuele context mogen uitgaan van een vermoeden van niet-nakoming van de centrale verbintenis.¹⁴⁸ Ter ondersteuning van deze theorie wordt verwezen naar (oude) cassatierechtspraak, die bij een vordering tot schadevergoeding het bewijsrisico van de nakoming van de contractuele verbintenis bij de schuldenaar heeft gelegd.¹⁴⁹

Vansweevelt en B. Weyts (eds.), *Handboek Verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, (485) 507, nr. 813; G. JOCQUÉ, *De verzekerde en de benadeelde in de aansprakelijkheidsverzekering*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 65-66, nr. 196.

¹⁴³ Vgl. evenwel FONTAINE: “À notre avis, cependant, la philosophie de l’article 1315 n’autorise pas une lecture aussi stricte. L’assureur qui se prévaut d’une exclusion conteste une apparence de couverture résultant de prime abord de la définition contractuelle du risque ; il assume une obligation de principe d’une certaine portée. L’exclusion qu’il invoque le dégagerait de cette obligation, bien que le sinistre se situe a priori dans le domaine couvert. C’est ce type de situation que régit le second alinéa de l’article 1315” (M. FONTAINE, “Réformes du droit de la preuve et droit des assurances”, *For.ass.* 2019, (113) 117, nr. 21).

¹⁴⁴ Leggen het bewijs van de toepasbaarheid van een uitsluitingsgrond bij de verzekeraar: Bergen 4 juni 2014, *RGAR* 2015, n° 15235: “Il convient de relever que la charge de la preuve de l’existence d’une cause d’exclusion [...] incombe à l’assureur” en Vred. Charleroi 21 september 2016, *T.Vred.* 2018, 52: “C’est donc à A. [de verzekeraar] de prouver l’existence de la cause d’exclusion qu’elle invoque et qui justifierait l’absence de couverture”. Leggen het bewijs op de verzekerde: Bergen 14 januari 2016, *T.Verz.* 2018, 394 : “c’est cependant à l’assuré demandeur qu’il revient de rapporter la preuve que le risque réalisé est celui prévu par le contrat et non exclu par lui” en Bergen 9 februari 2017, *T.Verz.* 2019, 212: “En application de l’article 1315 du Code civil, l’assuré qui fait valoir à l’égard de son assureur un droit au paiement doit, en règle, apporter la preuve non seulement du dommage mais aussi de l’évènement qui y a donné lieu et doit établir que le risque réalisé était prévu par le contrat et n’était pas exclu par celui-ci”.

¹⁴⁵ R. JAFFERALI, “La charge de la preuve de la fourniture d’informations. Tentative de conciliation des arrêts de la Cour de cassation des 25 juin 2015 et 11 janvier 2019”, *JT* 2019, (713) 715-716, nr. 6.

¹⁴⁶ Vgl. met betrekking tot de plicht van de lasthebber om rekenschap af te leggen: “Met toepassing van artikel 1315, tweede lid BW draagt M. D. de bewijslast van de beweerde uitvoering of het tenietgaan de deze verbintenis” (Gent 9 juni 2016, *Rev.trim.dr.fam.* 2017, 632; *T.Not.* 2016, 679).

¹⁴⁷ *Ibid.*, 717, nr. 8.

¹⁴⁸ *Ibid.*, 717, nr. 9.

¹⁴⁹ Een drankenleverancier vordert een vergoeding wegens de niet-teruggave van twee lege vaten. De klant beweert dat hij deze vaten wel degelijk heeft teruggebracht. De leverancier voert daartegen aan dat er normaal gezien een

Een veralgemeende toepassing van deze theorie zou een krachtig wapen zijn in handen van de partij die haar tegenpartij een contractuele wanprestatie verwijt. Toch moeten er ernstige vraagtekens worden geplaatst bij de assumptie dat men in contractuele context altijd mag uitgaan van een vermoeden van niet-nakoming van de primaire verbintenis. Dergelijke zienswijze is geenszins een *fait accompli* in het Belgische recht. Zij verhoudt zich bijzonder moeilijk met het foutbegrip en de eigenheid van resultaats- en inspanningsverbintenissen (zie *supra*, nr. 21). Voorts heeft het Hof van Cassatie in het domein van de informatieplichten de toepassing uitdrukkelijk van de hand gewezen.¹⁵⁰ Daar staat tegenover dat deze theorie het spiegelbeeld zou kunnen uitmaken van de bijzondere bewijsregel die bij wederkerige overeenkomsten een onderscheid maakt tussen de niet-uitvoering en de gebrekkige uitvoering (zie *supra*, nr. 16). De partij tegen wie een contractuele aansprakelijkheidsvordering wordt ingesteld wegens het totale gebrek aan uitvoering van haar verbintenis, zou in die hypothese moeten aantonen dat zij haar verbintenis wel degelijk heeft uitgevoerd.

IV. Artikel 8.4, derde lid

A. PRINCIPE

34. Het derde lid van artikel 8.4 BW stelt voorop dat de bewijsvoering een gedeelde verantwoordelijkheid betreft: “*Alle partijen zijn gehouden om mee te werken aan de bewijsvoering.*” Deze bepaling vormt de codificatie van een principe dat in de rechtspraak tot ontwikkeling is gekomen.

35. De bewoordingen ‘loyaal samenwerken in verband met de bewijsvoering’ duiken in 1995 voor het eerst op in de rechtspraak van het Hof van Cassatie.¹⁵¹ De wortels van dit beginsel liggen eigenlijk nog dieper. Reeds in 1967 is in de parlementaire voorbereiding van het Gerechtelijk Wetboek te vinden dat het ontwerp van wetboek erin voorziet dat de partijen “*loyaal aan de afwikkeling van het geding en dus ook aan de bewijsvoering meewerken*”.¹⁵² Volgens de oorspronkelijke opvatting ging het dus in de eerste plaats om een bewijsmedewerking op initiatief van de rechter (een bewijsmedewerking *sensu stricto*). Partijen zijn gehouden om gevolg te geven aan de maatregelen die de rechter heeft bevolen, zonder dat ze zich kunnen verschuilen achter het beginsel van “*nemo tenetur edere contra se*”.¹⁵³ In een

ontvangstbewijs wordt afgegeven aan klanten die hun lege vaten terugbrengen. Het feit dat de klant dit bewijs niet kan voorleggen, zou met andere woorden de juistheid aantonen van de stelling van de leverancier. De feitenrechter volgt het standpunt van de leverancier niet. Hij wijst de vordering tot vergoeding af op basis van artikel 1315, eerste lid OBW, omdat de leverancier het bewijs van zijn beweringen niet zou leveren. Het Hof van Cassatie verbreekt deze beslissing. Het Hof oordeelt dat de klant zijn verbintenissen tot teruggave van de betwiste vaten niet ontkent. “*Qu'à la demande en paiement de leur valeur il opposait seulement une exception déduite de sa libération et, par suite, devait justifier du fait dont il entendait la faire résulter*”. Aldus schendt de feitenrechter door zijn beslissing artikel 1315, tweede lid BW (Cass. 28 december 1911, *Pas.* 1912, I, 58).

¹⁵⁰ Zo oordeelde het Hof in een arrest van 16 december 2004 dat de bewijslast op de informatiegerechtigde rust, maar voegde het daaraan toe “*dat hieraan geen afbreuk wordt gedaan door artikel 1315, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek*” (Cass. 16 december 2004, AR C.03.0407.N, *Arr.Cass.* 2004, 2081, *JLMB* 2006, 1168, *NJW* 2006, 316, *Pas.* 2004, 2022, *RGAR* 2006, nr. 14161, noot, *RW* 2004-05, 1553, noot H. NYS en *T.Gez.* 2004-05, 299, noot S. LIERMAN).

¹⁵¹ Cass. 26 mei 1995, AR C.93.277.N, *Arr.Cass.* 1995, 515, *Pas.* 1995, I, 541 en *RW* 1995-96, 111.

¹⁵² Verslag van Reepinghen, *Parl.St.* Senaat 1963-64, nr. 60, 210.

¹⁵³ A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Université de Liège, Luik, 1987, 353-354, nr. 476; A. KOHL, “L’obligation de bonne foi en matière d’allégations et de réception des preuves dans le procès civil” in S. DAVID-

arrest van 25 september 2000 erkende het Hof van Cassatie deze vorm van bewijsmedewerking als algemeen rechtsbeginsel.¹⁵⁴

Los van het voorgaande argumenteerde een deel van de rechtsleer dat de verplichting tot bewijsmedewerking niet beperkt bleef tot het verlenen van medewerking aan de maatregelen die de rechter had bevolen. Er zou sprake zijn een algemene plicht tot bewijsmedewerking tussen partijen of zelfs bewijssamenwerking, ook zonder tussenkomst van de rechter (een bewijsmedewerking *sensu lato*).¹⁵⁵ Sinds 2004 zouden meerdere uitspraken van het Hof van Cassatie die richting zijn uitgegaan.¹⁵⁶ Een aantal auteurs bleven zich evenwel tegen een algemene plicht tot bewijsmedewerking (o.m. wegens het gebrek aan een wettelijke grondslag, de aanwezigheid van een opportuniteitsbeoordeling van de rechter bij een overlegging op grond van art. 871-877 Ger.W. en hun twijfel over de rol van de loyauteit tussen procespartijen).¹⁵⁷

CONSTANT (ed.), *La bonne foi*, Luik, Jeune barreau de Liège, 1990, (411) 422, R. PHILIPS, “Le juge dans l'action judiciaire”, *Ann. Dr. Louvain* 1968, (333), 351 nr. 31.

¹⁵⁴ Aanleiding is een appelrechter die weigert in te gaan op een vordering tot overlegging van een aantal boekhoudkundige stukken, op grond dat de verzoekende partij daardoor de bewijslast zou omkeren. Het Hof van Cassatie verbreekt die beslissing: “Overwegende dat het arrest, nu het de weigering om de door de eiseressen gevorderde onderzoeksmaatregel te bevelen hierop grondt dat zulks zou neerkomen op een omkering van de op hen rustende bewijslast, de in het onderdeel aangegeven wetbepalingen [i.e. art. 1315 BW, 870, 871 en 877 Ger.W., nvdr.] en het algemeen rechtsbeginsel [dat partijen moeten meewerken aan de bewijsvoering] schendt” (Cass. 25 september 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1424; *Bull.* 2000, 1394; *P&B* 2001, 114, noot K.WAGNER, en *RW* 2000-01, 1590)

¹⁵⁵ Zie o.m. B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van bewijs in rechte” in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, die Keure, 2010, 40, nr. 10; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 129, nr. 247; D. MOUGENOT, *La preuve* in *Rép.not.*, IV, *Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 121, nr. 31; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile - Chronique de Jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, (593) 596, nr. 10; W. VANDENBUSSCHE, “Je t'aime ..., moi non plus” - Over de loyale medewerking aan de bewijsvoering in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht” in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Actuele ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht & verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (87) 110, nr. 32.

¹⁵⁶ Cass. 10 december 2004, AR C.03.0143.N, *Arr.Cass.* 2004, 1998, *Jaarboek Kredietrecht* 2005, 19, noot F. DE PATOUL, *NJW* 2005, 951, *Pas.* 2004, 1962, *RCJB* 2005, 680, noot J. BUYLE en *T.Vred.* 2007, 392, noot R. STEENNOT: “onverminderd de verplichting van de kredietgever bij te dragen tot het bewijs binnen de wettelijk bepaalde grenzen”; Cass. 18 januari 2007, *Res.Jur.Imm.* 2007, 27: “cette partie, tenue à un devoir de collaboration à l'administration de la preuve, devait s'expliquer sur ce qu'elle avait fait pour prévenir la survenance du dommage”; Cass. 14 november 2013, AR C.13.0015.N, *Pas.* 2013, 2216, *Not.Fisc.M.* 2014, 47, *Rev.trim.dr.fam.* 2014, 915, noot J. RENCHON, *RW* 2014-15, 141, *T.Fam.* 2014, 208, noot C. DECLERCK en *T.Not.* 2014, 451, noot J. VERSTRAETE: “Uit het doelgebonden karakter van de bestuursbevoegdheden van de echtgenoten en uit het algemeen rechtsbeginsel dat procespartijen ertoe gehouden zijn loyaal mee te werken aan de bewijsvoering, volgt dat wanneer er aanwijzingen zijn dat een bestuurshandeling niet werd verricht in het belang van het gezin, elke echtgenoot op verzoek van de andere echtgenoot verplicht kan worden om informatie te verstrekken over de verrichte handeling”; Cass. 14 november 2014, AR C.14.0043.N., concl. A. VAN INGELGEM, *P&B* 2015, 4: “De enkele omstandigheid dat een procespartij tekort komt aan haar verplichting tot loyale medewerking aan de bewijsvoering, ontslaat de partij die een verzoek tot herroeping van het gewijsde indient niet van zorgvuldige bewijsvoering”; Cass. 4 juni 2015, AR C.14.0479.F, *Arr.Cass.* 2015, 1489, concl. A. Henkens, *JLMB* 2017, 296, *Pas.* 2015, 1442 en *TBH* 2015, 925: “de verplichting om mee te werken aan de bewijsvoering niet tot gevolg kan hebben dat de bewijslast wordt omgekeerd”; Cass. 12 februari 2016, AR F.14.0223: “Het vermoeden van artikel 440, tweede lid, Gerechtelijk Wetboek blijft van toepassing wanneer de rechtspersoon meewerkt aan de bewijslast.”

¹⁵⁷ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 214; . MOURLON BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, Waterloo, Kluwer, 2017, 47, nr. 39; F. MOURLON BEERNAERT, “Charge de la preuve” in X. (ed.), *Pratique des obligations*, Waterloo, Kluwer, 2006, (VI.1.3-1) VI.1.5; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs: een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story Publishers, 2012, 127, nr. 118; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs: een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story Publishers,

36. Thans kan er geen discussie meer bestaan over deze kwestie.¹⁵⁸ Artikel 8.4, derde lid stelt zonder enige beperking voorop dat alle partijen gehouden zijn om mee te werken aan de bewijsvoering. De parlementaire voorbereiding van Boek 8 bevestigt bovendien dat de wettelijke verankering tot doelstelling heeft om een einde te maken aan de controverse met betrekking tot het toepassingsgebied.¹⁵⁹

B. AFBAKENING

37. De verplichting tot medewerking aan de bewijsvoering, zoals voorzien door artikel 8.4, derde lid BW, heeft strikt genomen enkel betrekking op de partij op wie het bewijsrisico niet rust. Dat sluit niet uit dat ook van de partij die de bewijslast draagt een zorgvuldige bewijsvoering mag worden verwacht. Het Hof van Cassatie zet het onderscheid tussen beide principes in de verf in een arrest van 14 november 2014 over de herroeping van het gewijsde: *“De enkele omstandigheid dat een procespartij tekort komt aan haar verplichting tot loyale medewerking aan de bewijsvoering, ontslaat de partij die een verzoek tot herroeping van het gewijsde indient niet van een zorgvuldige bewijsvoering.”*¹⁶⁰

Er is sprake van een inbreuk op de zorgvuldige bewijsvoering wanneer de laattijdige reactie van die partij ervoor gezorgd heeft dat bepaalde bewijselementen verloren zijn gegaan.¹⁶¹ Vaak valt dit ook samen met het laattijdig instellen van de vordering, wat ervoor kan zorgen dat het voor de tegenpartij bijzonder zwaar is geworden om nog tegenbewijs te leveren.¹⁶² Naast de mogelijke afwijzing van de vordering loopt de eisende partij in het laatste geval ook het risico op een civiele boete wegens procesrechtsmisbruik.¹⁶³

C. TOEPASSINGEN

38. Artikel 8.4, derde lid geeft geen duidelijk antwoord op de vraag hoever de bewijsmedewerking precies reikt.¹⁶⁴ Een analyse van de rechtspraak en rechtsleer leert dat de verplichting tot medewerking aan de bewijsvoering eigenlijk een soort van paraplubegrip is dat kan worden opgesplitst in verschillende specifieke medewerkingsplichten. Naast de

2012, 135; B. SAMYN, “De bewijslast: Rechtsleer getoetst aan 10 jaar Cassatierechtspraak (Deel 2)”, *P&B* 2010, (50) 52, nr. 8-9.

¹⁵⁸ Zie ook F. GEORGE, “Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive !”, *JT* 2019, (637) 640, nr. 14; I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Het nieuw bewijsrecht” in S. STIJNS (ed.), *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, (117) 128, nr. 19.

¹⁵⁹ MvT bij Wetsontwerp van 31 oktober 2018 houdende invoeging van Boek 8 “Bewijs” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* 2018-19, nr. 3349/001, p. 13. Bovendien is het Hof van Cassatie ook na de goedkeuring van Boek 8 het ruime toepassingsgebied blijven bevestigen: Cass. 7 juni 2019, AR C.18.0523.N, *RCJB* 2021, 249, noot W. VANDENBUSSCHE, *TBH* 2019, 829, *T.Not.* 2021, 82 en *P&B* 2020, 187, noot W. VANDENBUSSCHE en N. DE LATHAUWER; Cass. 11 juni 2021, AR C.20.0322.N.

¹⁶⁰ Cass. 14 november 2014, AR C.14.0043.N., concl. A. VAN INGELGEM, *P&B* 2015, 49.

¹⁶¹ Antwerpen 15 februari 2016, *TBH* 2016, 592, noot J. STEVENS: “vooral en voornamelijk is er het element dat [de eigenaars] bijna een maand na het beweerde incident de schade hebben vastgesteld en gemeld aan het Vlaamse Gewest, zodat er geen afdoend bewijs voorligt”.

¹⁶² Antwerpen 13 september 2004, *TBBR* 2006, 306

¹⁶³ Voor een toepassing, zie Rb. Waals-Brabant 27 januari 2016, *Res Jur.Imm.* 2016, 119.

¹⁶⁴ Vgl. B. VANLERBERGHE, “Hoofdstuk III. De Bewijslast”, in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (1033) 1037, nr. 1403.

verplichting tot medewerking aan onderzoeksmaatregelen bestaan er dus nog een aantal andere deelcategorieën.

1. Overlegging van bewijzen ter ondersteuning van de eigen positie

39. De minimumdrempel waaraan een partij moet voldoen, bestaat erin dat zij een actieve houding aanneemt tijdens de bewijsvoering.¹⁶⁵ Meer bepaald wordt van die partij verwacht dat zij tijdens de ingereedheidbrenging van de zaak concrete bewijselementen naar voren brengt die haar eigen stelling ondersteunen.¹⁶⁶ Zij kan niet vasthouden aan één of andere bewijsrangorde. Een totaal passieve houding, waarbij zij afwacht totdat de aanvoerende partij al haar bewijs heeft geleverd alvorens zelf aan zet te komen, is niet geoorloofd.¹⁶⁷

40. Dit onderdeel van de bewijsmedewerking is het minst omstreden. Partijen zijn zich er immers van bewust dat het eenvoudiger is om te verhinderen dat de overtuiging van de rechter wordt gevormd dan dat zij een reeds gevormde overtuiging moeten terugschroeven.¹⁶⁸ De rechter baseert zijn oordeel dan niet alleen op het bewijs aangebracht door de partij die het bewijsrisico draagt, maar op alle elementen die beide partijen hebben overgelegd.¹⁶⁹ Niettemin duiken er in de gepubliceerde rechtspraak toch nog zaken op waarin de rechter vaststelt dat een partij “niets heeft bijgedragen aan de bewijsvoering”¹⁷⁰ of opmerkt dat zij “zich niet mag beperken tot een passieve houding”.¹⁷¹ Tevens wordt het gedrag aan de kaak gesteld waarbij de verweerder zich hulde in totaal stilzwijgen, ondanks verschillende herinneringen.¹⁷²

2. Verbod op bewijsobstructie

41. Daarnaast heeft de bewijsmedewerking ook een negatieve component. Dat betekent dat partijen zich ervan moeten onthouden om de bewijsvoering te bemoeilijken of zelfs te dwarsbomen (bijvoorbeeld door het wegmaken of vernietigen van bewijselementen). Het is niet aanvaardbaar dat een partij zich “*allerminst loyaal opstelt en veeleer tegenwerking dan medewerking verleent op punten waarop [de aanvoerende partij], strikt gezien, het bewijsrisico draagt*”.¹⁷³

¹⁶⁵ V. RONNEAU, “La charge de la preuve. Dix ans d’évolution (2009-2019) et une réforme” in F. GEORGE, B. HAVET en A. PUTZ, *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, (221) 225, nr. 4.

¹⁶⁶ F. GLANSDORFF, noot onder Cass. 25 juni 2015, *RGAR* 2015 4; D. MOUGENOT, “La charge de la preuve du devoir d’information du professionnel: procession d’Echternach ou clarification définitive?” (noot onder Cass. 25 juni 2015), *TBH* 2016, (655) 656, nr. 2.

¹⁶⁷ W. VANDENBUSSCHE, “De bewijslast in het licht van de dynamiek van de burgerlijke procedure” in S. RUTTEN en B. VANLERBERGHE (eds.), *Het bewijs in het burgerlijk proces. La preuve dans le procès civil*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (31) 62, nr. 48.

¹⁶⁸ B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in APR, Mechelen, Kluwer, 2013, 78, nr. 136; M.E. STORME, “Algemene beginselen van bewijs in het vermogensrecht” in B. ALLEMEERSCH, P. LONDERS en S. SROKA (eds.), *Bewijsrecht*, Brussel, Larcier, 2007, (1)10, nr. 14; N. VERHEYDEN-JEANMART, “La charge de la preuve” in *La preuve, Colloque organisé les 12 et 13 mars 1987*, Louvain-la-Neuve, UCL, 1987, (1) 9, nr. 12..

¹⁶⁹ Rb. Luik 23 december 1955, *RGAR* 1956, n° 5780.

¹⁷⁰ ArbH. Brussel 19 december 2006, *Soc.Kron.* 2008, 552. Zie ook ArbH. Antwerpen 19 januari 2009, *Limb.Rechtsl.* 2009, 129, noot S. RENETTE: “De initiële bewijslast ligt weliswaar bij het slachtoffer, doch op een bepaald ogenblik zijn beide partijen [...] gehouden (in dezelfde mate) mee te werken aan de bewijsplicht”.

¹⁷¹ ArbH. Brussel 1 juni 2018, *JTT* 2018, 372.

¹⁷² Brussel 13 februari 2012, *TBO* 2015, 136.

¹⁷³ Gent 27 juni 2019, *RW* 2020-21, 578.

42. Het verbod op bewijsobstructie geldt ook reeds vóór de start van de procedure. Ook dan moeten partijen redelijke inspanningen leveren om bewijsmateriaal te verzamelen en/of te bewaren.¹⁷⁴ Zo is het mogelijk dat de tegenpartij (bijvoorbeeld de verzekeraar van een schoolinstelling) als enige in staat is om de nodige maatregelen te nemen om bewijs te verzamelen. Indien zij dat niet doet, kunnen verdere onderzoeksmaatregelen daardoor irrelevant worden.¹⁷⁵

3. Een bijzondere mededelingsplicht

43. Een iets verregaandere invulling van de bewijsmedewerking bestaat erin dat de betwistende partij gehouden is om inlichtingen te verstrekken die nuttig zijn voor de oplossing van het geschil. Die bijzondere mededelingsplicht dringt zich op wanneer de aanvoerende partij zich in een toestand van informatiedeficit bevindt.¹⁷⁶ Dit betekent dat die partij over onvoldoende kennis of inzicht in de feitelijke omstandigheden beschikt om haar vordering te kunnen aankleden.¹⁷⁷ In die situatie is het mogelijk dat de andere partij over een veel betere kennis beschikt van de feitelijke omstandigheden van de zaak. Indien dat het geval is, zal die partij gehouden zijn om aanknopingspunten te verstrekken die van belang zijn voor de opheldering van het geschil.¹⁷⁸ Het is duidelijk dat deze mededelingsplicht *a fortiori* geldt wanneer de rechter de partijen uitnodigt om bijkomende informatie te geven, zonder daarom een onderzoeksmaatregel te bevelen.¹⁷⁹

De informatie die de tegenpartij moet verstrekken, hoeft niet noodzakelijk verband te houden met de feiten die zij zelf heeft aangevoerd. Daarmee onderscheidt de plicht zich van de eerste deelcategorie (zie *supra*, nr. 39). Daarnaast strekt de plicht zich niet noodzakelijk uit tot het voorleggen van concrete bewijselementen zoals de laatste deelcategorie (zie *infra*, nr. 45)

44. Hoewel de bijzondere mededelingsplicht als autonoom begrip nog geen ingang heeft gevonden in het Belgische recht, zijn er wel sporen van te vinden in de parlementaire voorbereiding van het Gerechtelijk Wetboek.¹⁸⁰ Daarnaast heeft het Hof van Cassatie uit de verplichting tot bewijsmedewerking de verwachting afgeleid dat een partij zich nader verklaart

¹⁷⁴ W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 334, nr. 384; W. VANDENBUSSCHE, “Omgaan met bewijsnood bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad”, *RW* 2018-19, (323) 336, nr. 36.

¹⁷⁵ Rb. Brussel 2 februari 2015, *RGAR* 2015, nr. 15207; Rb. Brussel 29 januari 2018, *For.ass.* 2019, 136, noot J. FAGNART, *T.Gez.* 2020-21, 68, noot M. VERHAEGEN.

¹⁷⁶ W. VANDENBUSSCHE, “Omgaan met bewijsnood bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad”, *RW* 2018-19, (323) 330, nr. 20.

¹⁷⁷ W. VANDENBUSSCHE, “Je t’aime..., moi non plus - Over de loyale medewerking aan de bewijsvoering in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht” in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Actuele ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht & verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (81) 83, nr. 3.

¹⁷⁸ W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 290-319.

¹⁷⁹ B. VANLERBERGHE, “De verzachting van de regels inzake de bewijslast en de aangepaste bewijsstandaard in geval van bewijsnood: mogelijkheden en grenzen” in J. ROZIE, S. RUTTEN en B. VANLERBERGHE (eds.), *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (27) 42, nr. 19.

¹⁸⁰ Zo vermeldt het Verslag van Reepinghen dat “een partij kan zich niet langer in stilzwijgen en onthouding terugtrekken”, wat er op kan wijzen dat het verslag in de eerste plaats het geven van informatie voor ogen had (Verslag Van Reepinghen, *Parl. St. Senaat* 1963-64, nr. 60, 357).

over genomen initiatieven (bijvoorbeeld om de veiligheid van de scheepvaart te garanderen)¹⁸¹ of dat zij informatie verschaft over verrichte handelingen (bijvoorbeeld de besteding van gelden uit het gemeenschappelijk vermogen).¹⁸² Ten slotte komt deze deelcategorie ook soms in de feitenrechtspraak aan bod. Zo wordt de verplichting tot bewijsmedewerking bestempeld als een leidende gedachte die betrekking heeft op alle nuttige informatie.¹⁸³

4. Het aanbrengen van concrete bewijselementen

45. Een laatste invulling van de bewijsmedewerking komt erop neer dat een partij die de bewijslast niet draagt, zonder daartoe een overleggingsbevel van de rechter te hebben ontvangen, concrete bewijselementen naar voren moet brengen die rechtstreeks verband houden met de feiten waarop de aanvoerende partij haar vordering steunt.¹⁸⁴ Volgens die gedachte is de bewijsvoering een gedeelde verantwoordelijkheid van de procespartijen. Beide partijen moeten binnen de grenzen van hun mogelijkheden bijdragen aan de opheldering van de feiten.

46. In de feitenrechtspraak zijn verschillende toepassingen te vinden van deze vorm van bewijsmedewerking. In een geschil tussen een VME en een aannemer beslist het hof van beroep te Brussel dat hoewel de aannemer de bewijslast niet draagt, hij toch zijn eigen verzekeringsdossier moet voorleggen.¹⁸⁵ Het hof van beroep te Antwerpen oordeelt dat een intercommunale die beweert dat er sprake is van een onrechtmatige energieafname op een bepaald verbruiksadres, dat moet bewijzen. Niettemin overweegt het hof dat dit bewijs zeer moeilijk is voor de intercommunale, terwijl het zeer eenvoudig is voor de bewoner om het bestaan van een geldig leveringscontract te bewijzen (bijvoorbeeld aan de hand van betalingsbewijzen).¹⁸⁶ Hoewel de patiënt moet aantonen dat de arts een fout heeft begaan, verwacht het hof van beroep van Brussel dat de arts meewerkt aan de bewijsvoering door onder meer het medisch dossier te communiceren dat toelaat om een aantal zaken na te gaan.¹⁸⁷ Ten slotte stelt het hof van beroep te Gent vast dat degene die een vermomde schenking inroept, de niet-betaling van de koopprijs moet aantonen. Niettemin is de tegenpartij volgens het hof verplicht de volgens haar weldegelijk betaalde prijs te stofferen.¹⁸⁸

¹⁸¹ Zie Cass. 18 januari 2007, *Res.Jur.Imm.* 2007, 27: “cette partie, tenue à un devoir de collaboration à l’administration de la preuve, devait s’expliquer sur ce qu’elle avait fait pour prévenir la survenance du dommage” elke echtgenoot op verzoek van de andere echtgenoot verplicht kan worden om informatie te verstrekken over de verrichte handeling”.

¹⁸² Cass. 14 november 2013, AR C.13.0015.N, *Pas.* 2013, 2216, *Not.Fisc.M.* 2014, 47, *Rev.trim.dr.fam.* 2014, 915, noot J. RENCHON, *RW* 2014-15, 141, *T.Fam.* 2014, 208, noot C. DECLERCK en *T.Not.* 2014, 451, noot J. VERSTRAETE.

¹⁸³ Aldus moet de verweerder die de versie van de feiten van de eiser betwist, duidelijk maken waarom hij die betwist alsook zijn eigen versie naar voren brengen. Hij mag er geen genoegen mee nemen zich te verschuilen achter de bewijslast van de eisende partij (Pol. Brussel 7 december 2011, *T.Pol.* 2012, 41).

¹⁸⁴ Waar de bijzondere mededelingsplicht gaat over informatie, gaat het hier over bewijselementen. Over het verschil tussen informatie en bewijs, zie W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 210, nr. 248.

¹⁸⁵ Brussel 25 maart 2014, *TBO* 2016, 54.

¹⁸⁶ Antwerpen 30 maart 2015, 2013/AR/536, onuitg., aangehaald door W. VANDENBUSSCHE, “Het nieuwe bewijsrecht: gevolgen voor aansprakelijkheidsprocedures” in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Het nieuwe bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (35) 45, nr. 14.

¹⁸⁷ Brussel 7 juni 2016, *RGAR* 2017, n° 153541.

¹⁸⁸ Gent 18 januari 2018, *Not.Fisc.M.* 2018, 91, noot

47. In een arrest van 7 juni 2019 lijkt ook het Hof van Cassatie het pad voor deze invulling te effenen. Ter discussie staat de overdracht van gelden uit het vermogen van een overleden dame naar de mantelzorger van die dame. De erfopvolger beweert dat er sprake is van een verrijking zonder oorzaak. Het Hof van Cassatie benadrukt weliswaar dat de bewijslast dat de voorwaarden voor het instellen van een vordering wegens verrijking zonder oorzaak vervuld zijn, rust op degene die zij instelt, *i.e.* de rechtsopvolger. Niettemin voegt het Hof daaraan toe: *“Het algemeen rechtsbeginsel dat procespartijen gehouden zijn om loyaal mee te werken aan de bewijsvoering heeft tot gevolg dat wanneer de eiser [i.e. de rechtsopvolger] voldoende aanwijzingen verstrekt dat iedere rechtsgrond ontbreekt, het aan de verweerder [i.e. de mantelzorger] op de verrijkingsvordering staat om het voorhanden zijn van een rechtsgrond aan te tonen. Aldus hebben de appelrechters hun beslissing naar recht verantwoord”*.¹⁸⁹ In een arrest van 11 juni 2021 herhaalde het Hof van Cassatie de voorgaande overweging in quasi identieke bewoordingen.¹⁹⁰ Deze arresten bevestigen dus de gedachte dat de bewijsmedewerking kan leiden tot een herverdeling van de bewijsvoeringslast (zie *supra*, nr. 0). Wanneer de aanvoerende partij *“voldoende aanwijzingen”* heeft verstrekt betreffende de ter discussie staande feiten, moet ook de tegenpartij naar redelijkheid haar bijdrage leveren aan de bewijsvoering.

D. GRENZEN

48. De verplichting tot medewerking aan de bewijsvoering is niet onbegrensd. Het Hof van Cassatie heeft de belangrijkste beperking benadrukt in een arrest 4 juni 2015. In deze uitspraak oordeelde het Hof dat: *“de verplichting om mee te werken aan de bewijsvoering niet tot gevolg kan hebben dat de bewijslast wordt omgekeerd”*.¹⁹¹ Deze zaak betrof een geschil tussen een vennootschap en één van de vennoten over inkomsten die niet op de gemeenschappelijke rekening zouden zijn gestort. De appelrechters hadden de vordering van de vennootschap toegekend, zonder evenwel vast te stellen dat het enige document dat de vennootschap naar voren had gebracht, de waarachtigheid van de beweerdde schuldvordering en de omvang ervan aantoonde. Zij overwogen enkel met verwijzing naar de bewijsmedewerking dat de vennoot het bewijs niet leverde dat hij reeds een bepaald (hoger) bedrag had overgemaakt, *“wat hij indertijd gemakkelijk had kunnen doen”*. De appelrechters hadden zo hun beslissing niet naar recht verantwoord, aldus het Hof van Cassatie.

De voornaamste les van deze uitspraak is dat het louter bestaan van een verplichting tot bewijsmedewerking niet voldoende is om de tegenpartij in het ongelijk te stellen wanneer er na afloop van de procedure nog steeds twijfel bestaat over de ter discussie staande feiten. Het heeft er alle schijn van dat dit er in dit concrete geval weinig werk was verricht door de aanvoerende partij. Aldus illustreert dit arrest dat de bewijsmedewerking niet zover gaat dat in het licht van

¹⁸⁹ Cass. 7 juni 2019, AR C.18.0523.N, *RCJB* 2021, 249, noot W. VANDENBUSSCHE, *TBH* 2019, 829, *T.Not.* 2021, 82 en *P&B* 2020, 187, noot W. VANDENBUSSCHE en N. DE LATHAUWER.

¹⁹⁰ Cass. 11 juni 2021, AR C.20.0322.N.

¹⁹¹ Cass. 4 juni 2015, AR C.14.0479.F, *Arr.Cass.* 2015, 1489, concl. A. HENKENS, *JLMB* 2017, 296 *Pas.* 2015, 1442 en *TBH* 2015, 925.

de loutere (zelfs duidelijke of omstandige) bewering van de aanvoerende partij de tegenpartij al het bewijswerk moet opknappen.¹⁹²

Ook in de feitenrechtspraak is diezelfde beperking te vinden. De bewijsmedewerking heeft niet als doelstelling om tegemoet te komen aan de tekortkomingen van een partij aan haar eigen bewijslast.¹⁹³ Voorts wordt ook terecht benadrukt dat de verplichting tot medewerking aan de bewijsvoering niet de plicht inhoudt tot erkenning van de betwiste feiten.¹⁹⁴

49. Daarnaast doet de verplichting tot bewijsmedewerking geen afbreuk aan het principe dat procespartijen in België vrij zijn om te kiezen welke bewijsstukken zij gebruiken. Ze zijn niet verplicht om op eigen initiatief stukken voor te leggen die mogelijk van belang zouden zijn voor de bewijsvoering van hun tegenstrever.¹⁹⁵ Die visie is ook terug te vinden in het verslag VAN REEPINGHEN: “*onder voorbehoud van de initiatieven die het openbaar ministerie en de rechter nemen, is het wenselijk dat de partij, in beginsel, oordeelt over haar eigen belang.*”¹⁹⁶ Er bestaat geen algemene mededelingsplicht in het Belgische recht. Aldus zou het vreemd zijn dat een partij wel bewijsstukken moet voorleggen waarvan de tegenpartij niet eens het bestaan kent. Daarnaast zou de volledigheid van de informatie onmogelijk te controleren te zijn. Noch de rechter, noch de partij die met een bewijsnood te kampen heeft, is op de hoogte van de feiten en bewijzen waarover de tegenpartij beschikt. Ten slotte zou zo’n vertrekpunt de bewijsvoering veel te omslachtig maken en de procedure nodeloos verzwaren.¹⁹⁷

E. SANCTIONERING VAN NIET-MEDEWERKING

50. De sanctionering van tekortkomingen aan de bewijsmedewerkingsplichten is tot nu toe grotendeels in de schaduw blijven staan in het Belgische recht. Nochtans vormt het leerstuk een sterk wapen in de handen van de rechter.

51. Aan de niet-medewerking aan onderzoeksmaatregelen (bewijsmedewerking *sensu stricto*) werd in het verleden wel al enige aandacht besteed. Ten eerste staan een aantal procesrechtelijke aansporingsmechanismen en sancties ter beschikking van de rechter (zoals de dwangsom, de

¹⁹² W. VANDENBUSSCHE en N. DE LATHAUWER, “De medewerking aan de bewijsvoering: Een aanvullende verantwoordelijkheid van procespartijen” (noot onder Cass. 7 juni 2019), *P&B* 2021, (188) 191, nr. 12.

¹⁹³ Vgl. Gent 29 september 2016, *T.Verz.* 2017, 199: “*Een gerechtelijke expertise heeft niet als finaliteit om tegemoet te komen aan de falende bewijslast van de patiënte*”. Zie ook Antwerpen 13 september 2004, *TBBR* 2006, 306. Zie ook Bergen 29 juni 2004, *T.Gez.* 2006-07, 34, noot N. COLETTE-BASECQZ.

¹⁹⁴ Bergen 19 maart 2010, *JLMB* 2011, 1301.

¹⁹⁵ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 401, nr. 86; B. CATTOIR, “Bewijs in burgerlijke zaken. Actuele vraagstukken in de cassatierechtspraak” in *XLIIe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2014-15. Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Mechelen, Kluwer, 2016, (461) 470, nr. 10; J. VAN DEN HEUVEL en J.D. MONGH, “De waarheidsplicht van de advocaat – bedenkingen bij art. 444, lid 1 Ger.W.” in *Liber Amicorum Jean-Pierre de Bandt*, Brussel, Bruylant, 2004, (233) 242, nr. 8; W. VANDENBUSSCHE, “Je t’aime..., moi non plus - Over de loyale medewerking aan de bewijsvoering in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht” in T. VANSWEEVELT EN B. WEYTS (eds.), *Actuele ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht & verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (81) 114, nr. 46.

¹⁹⁶ Verslag Van Reepinghen, *Parl. St.* Senaat 1963-64, nr. 60, 211.

¹⁹⁷ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 401-402, nr. 86.

civiele boete, de veroordeling tot gerechtskosten of de schadevergoeding).¹⁹⁸ Aan de niet-naleving van een overlegging van stukken kan hij zelfs een strafrechtelijke veroordeling koppelen (art. 495bis SW). Dat is het geval wanneer een partij een stuk op bedrieglijke wijze vernietigt, verandert of verbergt.¹⁹⁹ Verder heeft de Belgische wetgever bij de niet-medewerking aan een deskundigenonderzoek een sanctie op het niveau van de bewijswaardering in het leven geroepen. Art. 972bis Ger.W. bepaalt dat de rechter bij gebrek aan medewerking “*daaruit de conclusies kan trekken die hij geraden acht*”. Een groot deel van de Belgische doctrine toont zich voorstander om uit de weigering tot medewerking aan een deskundigenonderzoek een feitelijk vermoeden af te leiden.²⁰⁰ De rechtspraak is ook het Hof van Cassatie het aannemen van een feitelijk vermoeden genegen. In een arrest van 17 december 1998 besliste het Hof in het kader van een deskundigenonderzoek dat de rechter “*uit de weigering zonder rechtmatige reden een feitelijk vermoeden mag afleiden*.”²⁰¹

52. Voor inbreuken op de bewijsmedewerking *sensu lato* is er in de parlementaire voorbereiding van Boek 8 een spoor te vinden van een sanctie.²⁰² De memorie van toelichting vermeldt de foutieve weigering van één van de partijen om mee te werken aan de bewijsvoering als één van de mogelijke toepassingen van de omkering van de bewijslast uit artikel 8.4, vijfde lid heeft.²⁰³ Ook vóór de invoering van Boek 8 waren er reeds toepassingen in de rechtspraak te vinden waarbij de rechter de bewijslast omkeerde voor tekortkomingen aan de medewerking aan de bewijsvoering.²⁰⁴

53. Toch gaat het te ver om te argumenteren dat de bewijslastomkering de enige mogelijke sanctie is voor een tekortkoming aan de bewijsmedewerking (die zich kan uitstrekken van het weigeren om aanknopingspunten te verschaffen tot het wegmaken van bewijsmateriaal). Om de bewijslastomkering uit artikel 8.4, vijfde lid toe te passen, moeten de andere voorwaarden immers ook vervuld zijn.

¹⁹⁸ Zie o.m. D. MOUGENOT, “Les mesures d’instruction” in G. DE LEVAL (ed.), *Droit judiciaire, II, Manuel de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2015, (461) 491, nr. 5.21 ; V. RONNEAU, “Objet, charge et degré de preuve: une nouvelle partie de Stratego s’annonce” in D. MOUGENOT (ed.), *La réforme du droit de la preuve*, Luik, Anthemis, 2019, (15) 23, nr. 12.

¹⁹⁹ De vernietiging van een document op gelijk welk moment - vóór of achter het vonnis dat de overlegging beveelt - met de bedoeling om een latere overlegging onmogelijk te maken, is strafbaar (H. BOULARBAH en L. FRANKIGNOUL, “Preuve et vérité dans le procès civil en Belgique” in *La preuve, Journées Pays-Bas et Belgique, Tome LXIII, Travaux de l’Association Henri Capitant*, Brussel, Bruylant, 2015, (751) 759, nr. 16.c).

²⁰⁰ B. CATTOIR, “Bewijs in burgerlijke zaken. Actuele vraagstukken in de cassatierechtspraak” in *XLie Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2014-15. Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Mechelen, Kluwer, 2016, (461) 471, nr. 10; D. MOUGENOT, “Les mesures d’instruction” in G. DE LEVAL (ed.), *Droit judiciaire, II, Manuel de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2015, (461) 489, nr. 5.21; S. VAN BREE, “De la preuve à l’expertise, le point de vue du juge en matière d’expertise amiable et judiciaire” in H. PREUMONT EN C. NASSAUT (eds.), *L’expertise*, Limal, Anthemis, 2016, (17) 27, nr. 19; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Brussel, Larcier, 1991, 31, nr. 52.

²⁰¹ Cass. 17 december 1998, *Arr.Cass.* 1998, 1141 en 1144, *Bull.* 1998, 1233 en *RW* 1998-99, 1144, noot F. SWENNEN. Zie ook Antwerpen 10 november 2020, *RW* 2020-21, nr. 29, 1148-1150 : “De weigering mee te werken aan een DNA-onderzoek kan gekwalificeerd worden als een feitelijk vermoeden van het vaderschap van de vermeende vader”.

²⁰² Zie ook P. VAN RENTERGHEM, “La charge de la preuve”, *Ann.dr.Louvain* 2018, (367) 399, nr. 47.

²⁰³ MvT bij Wetsontwerp van 31 oktober 2018 houdende invoeging van Boek 8 “Bewijs” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* 2018-19, nr. 3349/001, 14.

²⁰⁴ Brussel 27 oktober 2017, AR n° F-20171027-1, www.stradex.be; Gent 28 maart 2012, *RABG* 2014, 294, noot W. VANDENBUSSCHE; Gent 16 maart 2009, 2007/AR/2192, onuitg., www.juridat.be.

In het verleden werden er, afhankelijk van het geval en de rechter die uitspraak deed, ook verschillende sancties toegepast. Zo maakten sommige hoven en rechtbanken gebruik van de figuur van het verlies van een kans op bewijs. Deze subcategorie van het verlies van een kans trad op de voorgrond wanneer een partij door het misgelopen bewijs de kans had verloren op een succesvolle afloop van haar vordering. Aangezien het niet zeker was dat het niet-aanwezige bewijs haar beweringen had kunnen staven, kende de rechter die partij geen volledige vergoeding toe. De benadeelde kan echter wel aanspraak maken op een gedeeltelijke vergoeding indien de rechter overtuigd was van het oorzakelijk verband tussen de gepleegde fout en de schade (i.e. het verloren gegane bewijs). Hoewel de benadeelde in de praktijk een percentage van de werkelijk geleden schade ontving, ging het strikt genomen om een schade die los stond van de schade die voortvloeide uit het ongeval.²⁰⁵ De meest frequente toepassingen betroffen medische geschillen²⁰⁶ en gevallen van vluchtmisdrijf.²⁰⁷

Een andere optie die vroeger ook reeds voorhanden was, is het afleiden van een feitelijk vermoeden uit de weigering tot medewerking.²⁰⁸ Deze maatregel steunt op de ervaringsregel dat een partij de bewijsvoering niet zou hebben tegengewerkt indien de te bewijzen feiten onwaar zouden zijn geweest.²⁰⁹ Dit vermoeden kan de rechter dan samen met de andere bewijselementen doen besluiten tot een bewezenverklaring van het ter discussie staande feit.

54. Na de verschillende sancties tegen elkaar te hebben afgewogen, dient te worden besloten dat een bewijslastomkering de voorkeur verdient wanneer de bewijsmedewerking de enige manier was voor de aanvoerende partij om haar aanspraken te kunnen bewijzen. Een bewijsrisico-omkering is dan het meest in overeenstemming met de processuele realiteit. De rechter kan niet meer achterhalen hoe de feiten in werkelijkheid zijn verlopen. Hij bevindt zich in een toestand van aanhoudende twijfel. De partij die verantwoordelijk is voor het ontbreken van het bewijsmateriaal moet daar de nadelige gevolgen van dragen.²¹⁰ Vanzelfsprekend dienen de andere voorwaarden van artikel 8.4, vijfde lid BW nog te worden afgetoetst.

Indien er naast de medewerking aan de bewijsvoering nog andere opties waren tot bewijsslevering, komt het aannemen van een feitelijk vermoeden in beeld.²¹¹ Ten slotte biedt het

²⁰⁵ A. CATALDO en A. PÜTZ, “La perte d’une chance... de prouver” in A. CATALDO en A. PÜTZ (eds.), *Trois conditions pour une responsabilité civile*, Limal, Anthemis, 2016, (145) 148; B. WEYTS en Q. DE RAEDT, “De verlies van een kans-theorie” in ORDE VAN VLAAMSE BALIES (ed.), *Justitie: Vraagstukken en perspectieven voor morgen*, Brugge, die Keure, 2013, (67) 78, nr. 16; W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 347, nr. 403; W. VANDENBUSSCHE, « Het nieuwe bewijsrecht: gevolgen voor aansprakelijkheidsprocedures », T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Het nieuwe bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (35) 39, nr. 18.

²⁰⁶ Rb. Antwerpen 11 maart 2011, *T.Gez.* 2012-13, 224, noot Q. DE RAEDT.

²⁰⁷ Pol. Veurne 11 april 2011, *TGR-TWVR* 2011, 288, noot en VAV 2012, 5. Zie ook Pol. Marche-en-Famenne 25 juli 2001, *Verkeersrecht* 2001, 367; Pol. Luik 4 november 1998, *Verkeersrecht* 1999, 328; Brussel 27 juni 1991, *RGAR* 1992, n° 12032.

²⁰⁸ Zie Vred. Hamme 6 juni 2019, *Huur* 2020, 57, waarin de rechter vaststelt dat de huurders enkel het onrechtmatig karakter van de stukken van de sociale verhuurder inroepen, maar zelf geen standpunt innemen of zij onroerend bezit in Turkije hebben: “Die houding schept het vermoeden dat de huurders inderdaad eigenaar zijn van onroerend goederen in het buitenland”.

²⁰⁹ M. STORME, De bewijslast in het Belgisch privaatrecht, Gent, Story-Scientia, 1962, 298, nr. 319.

²¹⁰ W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 355, nr. 410.

²¹¹ *Ibid.*, 370, nr. 429.

verlies van een kans op bewijs een rechtvaardige oplossing wanneer het bewijs verloren is gegaan door de schuld van een derde.²¹²

V. Artikel 8.4, vierde lid

A. PRINCIPE

55. In navolging van een aantal uitspraken van het Hof van Cassatie waarin Hof de theorie van het bewijsrisico omschreef en uitdrukkelijk hanteerde, codificeerde de wetgever het bewijsrisico in het vierde lid van artikel 8.4: “*In geval van twijfel wordt hij die de door hem beweerde rechtshandelingen of feiten moet bewijzen, in het ongelijk gesteld, tenzij de wet anders bepaalt*”. Zoals hoger toegelicht (zie *supra*, nr. 0), dienen bewijslastregels als richtingaanwijzers voor de rechter om te bepalen wie hij bij gebrek aan bewijs op een welbepaald punt in het ongelijk moet stellen.

Artikel 8.4, eerste en tweede lid BW en artikel 870 Ger.W zetten als dusdanig de bakens uit voor de theorie van het bewijsrisico in artikel 8.4, vierde lid.²¹³ Zo beseft de eisende partij dat wanneer zij er niet in zou slagen om de relevante feiten te bewijzen ter ondersteuning van haar beweringen, dat haar eis zal worden ongegrond verklaard. Het feit dat ook de verwerende partij de feiten en rechtshandelingen niet bewijst die zij ter betwisting opwerpt, zorgt er niet voor dat het bewijsrisico op de verwerende partij zou rusten. Dat is enkel het geval wanneer de verwerende partij een verweer in de zin van artikel 8.4, tweede lid heeft opgeworpen. Wanneer de eis niet bewezen wordt en de betwisting van de andere partij wordt evenmin aangetoond, zal de eis niet worden ingewilligd.²¹⁴

Wanneer de oplossing van het geschil daarentegen uit de debatten blijkt, moet de rechter niet meer nagaan welke partij het bewijsrisico draagt.²¹⁵ De rechter stelt dan gewoon vast dat de betwiste feiten zich al dan niet hebben voorgedaan. Het bewijsrisico speelt geen enkele rol meer. In dat verband verduidelijkt ASSER dat vele zaken op dezelfde manier eindigen. De rechter hakt één of meer feitelijke knopen door “*zonder dat daartoe gecompliceerde vragen over de verdeling van de bewijslast behoeven te worden opgelost.*”²¹⁶

B. TENZIJ DE WET ANDERS BEPAALT

²¹² Voor het verlies van een strafdossier door de politiediensten (Pol. Brussel 6 december 2005, VAV 2007, 260). Voor het verlies van een medisch dossier door het OCMW (Rb. Brussel 10 oktober 1996, RGAR 1998, n° 13.014). De berekening van de schade wordt terecht bekritiseerd (A. CATALDO EN A. PÜTZ, “La perte d'une chance... de prouver” in A. CATALDO EN A. PÜTZ (eds.), *Trois conditions pour une responsabilité civile*, Limal, Anthemis, 2016, (145) 151).

²¹³ W. VANDENBUSSCHE en N. DE LATHAUWER, “De medewerking aan de bewijsvoering: Een aanvullende verantwoordelijkheid van procespartijen” (noot onder Cass. 7 juni 2019), P&B 2021, (188) 192, nr. 14.

²¹⁴ J. LAENENS et al, *Handboek Gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 574, nr. 1204.

²¹⁵ D. MOUGENOT, *La preuve* in *Rép.not.*, IV, *Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 109, nr. 27; D. MOUGENOT, “La détermination de la charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle: mission impossible?” (noot onder Luik 26 mei 2005), DAOR 2006, (310) 311, nr. 4; L. SIMONT, “La charge de la preuve. Jurisprudence récente de la Cour de Cassation” in P. A. FORRIERS (ed.), *Actualité du droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2005, (23) 23; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Brussel, Larcier, 1991, 46, nr. 74.

²¹⁶ W.D.H. ASSER, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht 3. Bewijs*, Deventer, Kluwer, 2013, 306, nr. 277.

56. Het vierde lid van artikel 8.4 eindigt met de zinsnede “*tenzij de wet anders bepaalt*”. Daarmee maakt de wetgever duidelijk dat er uitzonderingen bestaan op het principe dat de aanvoerende partij het bewijs moet leveren en bij gebreke daarvan in het ongelijk moet worden gesteld.

57. Er bestaan een aantal situaties waarin de wetgever uitdrukkelijk heeft bepaald welke partij het bewijs moet leveren (“*Het komt aan de onderneming toe het bewijs te leveren*” of “*Elke onderneming heeft de plicht aan te tonen dat ...*”), ongeacht of die partij op grond van de basisregels de betwiste feiten had moeten aantonen. In de meeste gevallen komt zo’n bijzondere wetsbepaling erop neer dat de verwerende partij het bewijs moet leveren. Vaak zal dit de economisch sterkere partij zijn. In het Wetboek Economisch Recht is dat onder meer het geval in artikel III.78 WER betreffende de informatieplichten over de onderneming zelf, artikel VI.62 WER betreffende de informatieplichten bij buiten de verkoopruimten gesloten overeenkomsten of artikel VII.2, § 4, lid 2, in fine WER betreffende de verplichtingen van de kredietgever inzake de kredietwaardigheidsbeoordeling. Toch is dat niet steeds het geval. Zo moet op basis van artikel 110 § 4 van het KB van 25 november 1991 houdende de werkloosheidsreglementering de werknemer met gezinslast het bewijs leveren van de samenstelling van zijn gezin, ook al is het de RVA die beweert dat hij geen recht heeft op die de werkloosheidsuitkering die voorbehouden is aan werknemers met gezinslast.²¹⁷

58. In andere situaties is er geen sprake van een omkering of een verankering van de bewijslast, maar van een herverdeling. Deze hybride figuur is reeds aangeduid met verschillende benamingen: “*beperkte vrijstelling van de bewijslast*”²¹⁸, “*verschuiving van de bewijslast*”²¹⁹ en “*(her)verdeling van de bewijslast*”.²²⁰ De laatste term verdient de voorkeur, omdat dit het meest aansluit bij de betekenis ervan. De herverdeling heeft als doel om een zwakkere partij te beschermen door een lichtere bewijslast.²²¹

Vooreerst zijn er de gevallen waarbij het niet gaat om een automatisme, maar waarbij de toepassing van de bijzondere bewijslastregel afhangt van de vervulling van een aantal voorwaarden door de partij ten voordele van wie de regel is gevestigd.²²² Het typevoorbeeld is

²¹⁷ Cass. 14 maart 2005, *JTT* 2005, 221, concl. J.-F. LECLERCQ.

²¹⁸ H. MINJAUW EN J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken” in J. ROODHOOFT (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, VI.2-6, nr. 5113.

²¹⁹ B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 186, nr. 186; B. SAMYN, “De bewijslast: Rechtsleer getoetst aan 10 jaar Cassatierechtspraak (Deel 2)”, *P&B* 2010, (50) 68, nr. 55.

²²⁰ MvT bij Wetsontwerp ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, Parl.St. Kamer 2006-07, nr. 2722/001, 34; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY EN W. VANDENBUSSCHE., “Overzicht van rechtspraak: het burgerlijk bewijsrecht (2000-2013)”, *TPR* 2015, (597) 759, nr. 183. Zie ook: “le partage de la preuve” (‘basculement’ ou ‘glissement’) (J.-F. NEVEN et al., “Le partage du fardeau de la preuve en matière de harcèlement et de discrimination”, *TSR* 2014, (399) 409, nr. 12).

²²¹ B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 82, nr. 143; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 182, nr. 180; B. SAMYN, “De bewijslast: Rechtsleer getoetst aan 10 jaar Cassatierechtspraak (Deel 2)”, *P&B* 2010, (50) 67, nr. 54; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, die Keure, 82, nr. 143.

²²² D. DE PRINS et al., *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 546, nr. 1382; C. CAUFFMAN EN B. WEYTS, “Privaatrecht en rechtshandhaving” in VERENIGING VOOR DE VERGELIJKENDE STUDIE VAN HET RECHT VAN BELGIË EN NEDERLAND (ed.), *Preadviezen 2009*, Den Haag, BJU, 2009, (303) 347;

te vinden in de antidiscriminatie-wetgeving. Artikel 33, § 1 van de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen bepaalt: *“Wanneer een persoon die zich slachtoffer acht van een discriminatie, het Instituut of een van de belangenverenigingen voor het bevoegde rechtscollege feiten aanvoert die het bestaan van een discriminatie op grond van het geslacht kunnen doen vermoeden, dient de verweerder te bewijzen dat er geen discriminatie is geweest.”*²²³ Er is hier geen sprake van een omkering van het bewijsrisico. Indien de rechter op het einde van de procedure nog steeds twijfelt over de feiten die werden aangevoerd om het bestaan van een discriminatie te doen vermoeden, zal de persoon die zich slachtoffer acht van discriminatie nog steeds het onderspit delven.

Daarnaast zijn er wettelijke regels op grond waarvan de rechter kan beslissen om in de loop van de procedure een partij met het bewijs van de betwiste feiten te belasten. Art. 5,2 a van de eenvormige Beneluxwet inzake de warenmerken bepaalt: *“Het recht op een merk wordt vervallen verklaard voor zover na de datum van inschrijving gedurende een ononderbroken tijdvak van vijf jaren zonder geldige reden geen normaal gebruik van het merk is gemaakt binnen het Benelux-gebied voor de waren waarvoor het merk is ingeschreven.”* In fine voegt dat artikel daaraan toe: *“In een geding kan de rechter de merkhouders geheel of gedeeltelijk met het bewijs van het gebruik belasten”*. Volgens de Memorie van Toelichting zal in het algemeen de blote bewering van niet-gebruik onvoldoende zijn om de merkhouders met het bewijs van gebruik te belasten. Het is pas wanneer het niet-gebruik de rechter waarschijnlijk voorkomt, dat de merkhouders de bewijslast draagt van het gebruik.²²⁴

Verder zijn er nog gevallen waarin de aanvoerende partij weliswaar is vrijgesteld van het leveren van het bewijs, maar de andere partij evenmin verplicht wordt om het tegendeel aan te tonen. Wanneer de minister of een andere partij een vordering tot staking instelt wegens een misleidende handelspraktijk, is de onderneming er op grond van artikel XVII.13 WER toe gehouden *“de bewijzen te leveren betreffende de materiële juistheid van de feitelijke gegevens die zij meedeelt in het kader van een handelspraktijk”*. De bewijslast die op de onderneming rust, betreft niet als zodanig het (niet-)misleidende karakter van de reclame, maar enkel de juistheid van bepaalde feitelijke elementen. Slaagt de onderneming niet in het bewijs dat de gegevens juist zijn, dan kan de rechter nog steeds oordelen dat de reclame de consument niet misleidt.²²⁵

Ten slotte zijn er situaties waarin de wetgever de bewijslastverdeling heeft losgekoppeld van de aanvoeringen van de partijen, maar laat afhangen van andere factoren. Artikel 10 van CAO nr. 109 is daar een voorbeeld van, dat zowel voor arbeiders als bedienden voorzien in een

J.-F. NEVEN et al., “Le partage du fardeau de la preuve en matière de harcèlement et de discrimination”, *TSR* 2014, (399) 409, nr. 12

²²³ In dezelfde zin: art. 28, § 1 Wet 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie; art. 36, § 1 Decreet 10 juli 2008 houdende een kader voor het Vlaamse gelijkheids- en gelijkebehandelingsbeleid

²²⁴ Cass. 3 april 2009, AR C.07.0447.N, Arr.Cass. 2009, 965; Pas. 2009, 883. Zie ook Kh. Gent 22 oktober 2015, TBH 2018, 592 : “De rechter is niet verplicht de merkhouders het bewijs van gebruik op te leggen; de wet staat hem dit zonder meer toe”.

²²⁵ J. STUYCK en B. KEIRSILCK, *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht. XIII: handels- en economisch recht: deel 2: mededingingsrecht: A: handelspraktijken en contracten met consumenten*, Mechelen, Kluwer, 2019, 450, nr. 449.

evenwichtige verdeling van de bewijslast.²²⁶ Indien de werkgever de redenen van het ontslag heeft meegedeeld, draagt de partij die iets aanvoert daarvan de bewijslast. De werkgever moet het bewijs leveren van de voor het ontslag ingeroepen redenen die hij niet aan de werknemer heeft meegedeeld. Wanneer de werknemer daarentegen de reden voor het ontslag niet heeft opgevraagd bij de werkgever, moet hij de kennelijke onredelijkheid van het ontslag bewijzen.

VI. Artikel 8.4, vijfde lid

A. PRINCIPE

59. Artikel 8.4 BW eindigt in zijn vijfde lid met een rechterlijke bevoegdheid tot omkering van de bewijslast: *“De rechter kan, bij een met bijzondere redenen omkleed vonnis, in het licht van uitzonderlijke omstandigheden, bepalen wie de bewijslast draagt wanneer de toepassing van de in de vorige leden opgelegde regels kennelijk onredelijk zou zijn. De rechter kan slechts gebruik maken van deze mogelijkheid wanneer hij alle nuttige onderzoeksmaatregelen heeft bevolen en erover gewaakt heeft dat de partijen meewerken aan de bewijsvoering, zonder op die manier voldoende bewijs te verkrijgen”*.

De opsteller van Memorie van Toelichting van Boek 8 duidde dit zelf aan als een punt *“waar het ontwerp een breuk teweegbrengt in vergelijking met het huidige recht”*.²²⁷ Dat is niet echt verwonderlijk. De bewijsrisico-omkering krijgt dan ook regelmatig de stempel van minst subtiele slijpsteen²²⁸ of scherpste wapen.²²⁹ Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat er twee beweegredenen ten grondslag lagen aan de mogelijkheid voor de rechter tot omkering van de bewijslast. Ten eerste was er de vaststelling dat de regels inzake de bewijslast in de praktijk in sommige situaties tot zeer onbillijke gevolgen kon leiden.²³⁰ Het gaat dan om situaties die wij kunnen aanduiden als bewijsnood. De gedachte dat de regels inzake de bewijslast de (materiële) waarheidsvinding niet helemaal onderuit mogen halen, is reeds enige tijd in het Belgische recht terug te vinden.²³¹ Een andere belangrijke beweegreden was de vaststelling dat de omkering van de bewijslast in de praktijk reeds toegepast werd, maar dan op verdoken wijze.²³² Meer specifiek ging het dan over het oneigenlijk toepassen van het vroegere artikel 1315, tweede lid Oud BW, het inroepen van de verplichting tot medewerking aan de bewijsvoering of het oordelen dat de tegenpartij de aanvoeringen onvoldoende betwist heeft.²³³ De parlementaire voorbereiding wijst erop dat door deze uitzonderlijke maatregel beter te

²²⁶ I. VAN HIEL, “Nieuwe cao verplicht werkgever ontslag te motiveren”, *Juristenkrant* 2014, afl. 285, 4-5

²²⁷ MvT bij Wetsontwerp van 31 oktober 2018 houdende invoeging van Boek 8 “Bewijs” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* 2018-19, nr. 3349/001, 5.

²²⁸ H. SNIJDERS, “Bewijsvermoedens nader beschouwd”, *NJB* 2015, (2664) 2672, nr. 4.

²²⁹ C. KATZENMEIER, *Arzhaftung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, 468.

²³⁰ MvT bij Wetsontwerp van 31 oktober 2018 houdende invoeging van Boek 8 “Bewijs” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* 2018-19, nr. 3349/001, 14.

²³¹ B. ALLEMEERSCH en A.-S. HOUTMEYERS, “Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht”, *TBH* 2019, (624) 629-630, nr. 19; B. ALLEMEERSCH en A.-S. HOUTMEYERS, “De onderzoeksmaatregelen en het nieuwe burgerlijk bewijsrecht” in P. Taelman en B. ALLEMEERSCH (eds.), *Het burgerlijk proces opnieuw hervormd*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (97) 103, nr. 16.

²³² MvT bij Wetsontwerp van 31 oktober 2018 houdende invoeging van Boek 8 “Bewijs” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* 2018-19, nr. 3349/001, 15.

²³³ Voor de praktische uitwerking van deze voorbeelden, zie W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 710-712, nrs. 826-829.

kaderen en aan strikte voorwaarden te onderwerpen, de toepassing van de figuur beperkt kan blijven. Bovendien kan misbruik op die manier sterk worden bemoeilijkt, omdat restrictieve criteria ondubbelzinnig aanwezig zijn.²³⁴

B. CRITERIA

60. Aangezien de wetgever geen doos van Pandora wilde openen, heeft hij de mogelijkheid tot bewijslastomkering aan strikte voorwaarden gekoppeld. Deze moeten duidelijk maken dat het om een *ultimum remedium* gaat, of zoals de Memorie van toelichting het omschrijft, een veiligheidsklep.²³⁵

61. Ten eerste zijn er twee inhoudelijke criteria. Er moet sprake zijn van “*uitzonderlijke omstandigheden*” en de toepassing van de basisregels moet “*kennelijk onredelijk*” zijn. Met dat laatste zou niet zozeer worden bedoeld dat het resultaat van de bewijsvoering niet kennelijk onredelijk mag zijn²³⁶, maar wel dat er bij de bewijsgaring geen onredelijke last gelegd mag worden op de schouders van de partij die de bewijslast draagt.²³⁷

Dat zou het geval zijn wanneer de medewerking aan de bewijsvoering onwerkzaam is geworden omdat de tegenpartij niet meer in staat is om het bewijs dat ze in handen had, te leveren, ongeacht of de verdwijning van dat bewijs al dan niet te wijten is aan een fout van haar kant.²³⁸ Deze illustratie uit de parlementaire voorbereiding wordt terecht op de korrel genomen in de rechtsleer.²³⁹ Er wordt daarbij vooral aanstoot genomen aan de vermelding “*ongeacht of de verdwijning al dan niet te wijten is aan een fout*”.²⁴⁰ Daarom verdient het aanbeveling om deze zinsnede te lezen in die zin dat er geen intentionele fout vereist is, maar minstens wel een nalatigheid aanwezig dient te zijn.

²³⁴ MvT bij Wetsontwerp van 31 oktober 2018 houdende invoeging van Boek 8 “Bewijs” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* 2018-19, nr. 3349/001, 15.

²³⁵ MvT bij Wetsontwerp van 31 oktober 2018 houdende invoeging van Boek 8 “Bewijs” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* 2018-19, nr. 3349/001, 14.

²³⁶ Vgl. RONNEAU: “*où l'application des règles de base mènerait à une situation d'injustice flagrante*” (V. RONNEAU, “Objet, charge et degré de preuve: une nouvelle partie de Stratego s'annonce” in D. MOUGENOT (ed.), *La réforme du droit de la preuve*, Luik, Anthemis, 2019, (15) 27, nr. 15).

²³⁷ B. VANLERBERGHE, “De verzachting van de regels inzake de bewijslast en de aangepaste bewijsstandaard in geval van bewijsnood: mogelijkheden en grenzen” in J. ROZIE, S. RUTTEN en B. VANLERBERGHE (eds.), *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (27) 49, nr. 27.

²³⁸ Ibid., 14. Voor een bestaande toepassing die daarnaar neigt, zie Rb. Brussel 2 februari 2015, RGAR 2015, n° 15207: “*Or elle était la seule à pouvoir prendre de telles mesures d'investigation [...] Les mesures d'instruction [...] ne sont plus pertinentes, eu égard au temps écoulé [...] Cependant, dès lors que cette situation lui est imputable, la s.a. AXA Belgium ne peut invoquer les incertitudes qu'elle estime subsister quant aux circonstances de l'accident pour considérer que la preuve de la responsabilité de son assurée n'est pas suffisamment rapportée*”.

²³⁹ P. VAN RENTERGHEM, “La charge de la preuve”, *Ann.dr.Louvain* 2018, (367) 403, nr. 53: “*Le législateur précise qu'il est indifférent que la disparition de la preuve soit ou non fautive. Il nous semble qu'il faudra se garder d'une application automatique du renversement de la charge de la preuve à cette hypothèse*”.

²⁴⁰ B. VANLERBERGHE, “De verzachting van de regels inzake de bewijslast en de aangepaste bewijsstandaard in geval van bewijsnood: mogelijkheden en grenzen” in J. ROZIE, S. RUTTEN en B. VANLERBERGHE (eds.), *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (27) 49, nr. 27: “*Mijns inziens gaat de wetgever zeer ver door te oordelen dat de bewijslast bij de verweerder kan worden gelegd wanneer bewijsstukken verloren gegaan zijn door het tijdsverloop en buiten enige fout van de verweerder*”.

Een andere voorbeeld is de toestand waarbij er geen bewijs voorhanden is, omdat één van de partijen op foutieve wijze weigert om mee te werken aan de bewijsvoering.²⁴¹ Wanneer er daarentegen sprake is van een bewijsonmogelijkheid voor beide partijen,²⁴² kan de bewijslast niet worden omgekeerd. Verder zou de rechter ook rekening kunnen houden met aanzienlijke onevenwichten in bewijsgeschiktheid. Dat is het geval wanneer het opstellen, bijhouden of leveren van bewijs buitensporig zwaar of duur is voor één van de partijen. Het louter bestaan van een economisch onevenwicht tussen de partijen, zoals een particulier tegenover een groot bedrijf, is logischerwijs geen reden om het bewijsrisico om te keren.²⁴³ Integendeel, in sommige uitzonderlijke situaties is het niet uitgesloten dat de rechter op basis van de toepassingsvoorwaarden van artikel 8.4, vijfde lid BW tot de vaststelling komt dat het kennelijk onredelijk zou zijn om het bewijsrisico op de grote onderneming te laten rusten.²⁴⁴

62. Voorts geldt er een subsidariteitsvereiste. De rechter kan slechts gebruik maken van de mogelijkheid tot omkering wanneer hij of zij alle nuttige onderzoeksmaatregelen heeft bevolen en erover gewaakt heeft dat de partijen meewerken aan de bewijsvoering, zonder op die manier voldoende bewijs te verkrijgen. Het spreekt voor zich dat de term onderzoeksmaatregel zowel de maatregelen omvat uit het hoofdstuk “Bewijs” van het Gerechtelijk Wetboek als de onderzoeksmaatregelen die in andere wetten te vinden zijn (zoals de overlegging van de boekhouding uit art. 8.11, § 3 BW of de inzageplicht uit art. X.14, derde lid WER).²⁴⁵

Wanneer de rechter de tegenpartij nog kan verplichten om het beslissende bewijselement over te leggen overeenkomstig artikel 871 Ger.W., is het de rechter niet toegelaten te bepalen dat de bewijslast wordt omgekeerd.²⁴⁶ Ook het subsidariteitsprincipe is aan kritiek onderhevig, in het bijzonder de vermelding dat de rechter alle nuttige onderzoeksmaatregelen bevolen heeft.²⁴⁷ Het begrip “overwogen” was hier beter op zijn plaats geweest dan “bevolen”.

63. Ten laatste geldt als vormvereiste dat de omkering moet gebeuren bij een met bijzondere redenen omkleed vonnis. Dat kan via een tussenvonnis, wanneer de rechter een partij nog

²⁴¹ MvT bij Wetsontwerp van 31 oktober 2018 houdende invoeging van Boek 8 “Bewijs” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* 2018-19, nr. 3349/001, 14.

²⁴² VANLERBERGHE denkt aan het voorbeeld van een ongeval dat zich heeft voorgedaan vanwege de staat van de weg, waarbij het bewijs erg moeilijk te leveren is, zeker wanneer er geen getuigen van dit ongeval waren (B. VANLERBERGHE, “Hoofdstuk III. De Bewijslast”, in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (1033) 1041, nr. 1409).

²⁴³ MvT bij Wetsontwerp van 31 oktober 2018 houdende invoeging van Boek 8 “Bewijs” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* 2018-19, nr. 3349/001, 14.

²⁴⁴ W. VANDENBUSSCHE, “Het nieuwe bewijsrecht: gevolgen voor aansprakelijkheidsprocedures” in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Het nieuwe bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (35) 47, nr. 16.

²⁴⁵ Hetzelfde geldt voor het begrip onderzoeksmaatregel uit artikel 1068, tweede lid Ger.W., zie C. DANIELS, “Hoger beroep tegen een bevel tot overlegging van stukken na de beëindiging van een agentuurovereenkomst : welke rechter krijgt het laatste woord?” (noot onder Antwerpen 18 oktober 2018), *RABG* 2019, (1556) 1558 en B. VAN DEN BERGH, “Bevestiging van de onderzoeksmaatregel, zoals bedoeld in artikel 1068, tweede lid, Ger.W.: wanneer geldt deze uitzondering op de (verruimde) devolutieve werking van het hoger beroep?”, *TBBR* 2012, (107) 110).

²⁴⁶ MvT bij Wetsontwerp van 31 oktober 2018 houdende invoeging van Boek 8 “Bewijs” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* 2018-19, nr. 3349/001, 14.

²⁴⁷ B. VANLERBERGHE, “De verzachting van de regels inzake de bewijslast en de aangepaste bewijsstandaard in geval van bewijsnood: mogelijkheden en grenzen” in J. ROZIE, S. RUTTEN en B. VANLERBERGHE (eds.), *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (27) 53-54, nr. 34.

uitdrukkelijk wil aansporen en een laatste kans wil bieden om met bepaalde gegevens voor de dag te komen.²⁴⁸ Het is echter ook denkbaar dat dit in een eindvonnis gebeurt, op voorwaarde dat de partijen de mogelijkheid hebben gekregen om daar tegenspraak over te voeren. Een eindvonnis komt in beeld wanneer de rechter bijvoorbeeld op een eerder moment een overlegging van stukken heeft bevolen of wanneer vast is komen te staan dat het relevante bewijs door de verantwoordelijkheid van één van de partijen niet meer beschikbaar is.

In dat vonnis zal de rechter zijn toetsing van de drie voorgaande criteria moeten toelichten (nl. in welke mate de toepassing van de basisregels zou leiden tot een kennelijk onredelijk resultaat, welke uitzonderlijke omstandigheden voorhanden zijn en waarom het bewijs niet kan worden verkregen via bewijsmedewerking of een andere onderzoeksmaatregel).

C. TOEPASSINGEN

64. Op het moment van het schrijven van deze commentaar waren er nog geen toepassingen van artikel 8.4, vijfde lid beschikbaar. Waar sommige auteurs zich licht positief uitdrukken over dit mechanisme,²⁴⁹ vrezen andere auteurs dat dergelijke mogelijkheid aan de rechter een te grote beoordelingsbevoegdheid geeft. Dit zou kunnen leiden tot een mindere voorspelbaarheid en een mogelijke toename van het aantal rechtsgedingen.²⁵⁰ In ieder geval is de wetbepaling zelf met de nodige waarborgen omkleed en biedt de parlementaire voorbereiding een omstandige toelichting.

65. Anders dan artikel 8.11, § 3 BW over het bevel tot overlegging van een boekhouding, bepaalt artikel 8.4, vijfde lid niet uitdrukkelijk dat de omkering van de bewijslast “*op verzoek of ambtshalve*” kan. Toch ligt het in de lijn der verwachtingen dat de rechter ook de regel uit artikel 8.4, vijfde lid ambtshalve *kan*, maar niet *moet* toepassen.²⁵¹ Net zoals bij het ambtshalve opwerpen van iedere andere (bewijs)regel, moet hij er dan wel over waken dat hij de rechten

²⁴⁸ In dat verband merkt CLIJMANS terecht op dat dergelijk tussenvonnis te kwalificeren is als maatregel alvorens recht te doen en daarom slechts appellabel is onder de voorwaarden van artikel 1050, lid 2 Ger.W. (N. CLIJMANS, “Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke en ondernemingszaken. Een kennismaking middels artikelsgewijze commentaar” in M-C. VAN DEN BOSSCHE, C. DE BACKERE en VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP BIJ DE BALIE VAN BRUSSEL (eds.), *Proces- en bewijsrecht: capita selecta*, Mechelen, Kluwer, 2019, (83) 94).

²⁴⁹ “De omkering van de bewijslast kan dan soelaas bieden, doch uiteraard mits duidelijke omkadering. Wat opvalt is dat de toepassing van deze regel aan stringente voorwaarden gebonden is hetgeen toch enigszins aangeeft dat wetgever wil dat met de omkering van de bewijslast zeer bewust en zorgvuldig wordt omgegaan” (N. CLIJMANS, “Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke en ondernemingszaken. Een kennismaking middels artikelsgewijze commentaar” in M-C. VAN DEN BOSSCHE, C. DE BACKERE en VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP BIJ DE BALIE VAN BRUSSEL (eds.), *Proces- en bewijsrecht: capita selecta*, Mechelen, Kluwer, 2019, (83) 93).

²⁵⁰ B. VANLERBERGHE, “Hoofdstuk III. De Bewijslast”, in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (1033) 1039-1040, nr. 1407.

²⁵¹ B. VANLERBERGHE, “De verzachting van de regels inzake de bewijslast en de aangepaste bewijsstandaard in geval van bewijsnood: mogelijkheden en grenzen” in J. ROZIE, S. RUTTEN en B. VANLERBERGHE (eds.), *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (27) 54, nr. 36. Contra: Een procespartij (nl. diegene die de bewijslast draagt) zou bijgevolg in de regel om toepassing van artikel 8.4, § 5 N.B.W. moeten zoeken (N. CLIJMANS, “Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke en ondernemingszaken. Een kennismaking middels artikelsgewijze commentaar” in M-C. VAN DEN BOSSCHE, C. DE BACKERE en VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP BIJ DE BALIE VAN BRUSSEL (eds.), *Proces- en bewijsrecht: capita selecta*, Mechelen, Kluwer, 2019, (83) 94).

van verdediging niet schendt.²⁵² Dit betekent dat de rechter de omkering van de bewijslast aan de tegenspraak van de partijen moet onderwerpen. Toch is het niet noodzakelijk om hiervoor iedere keer de debatten te heropenen.²⁵³ Volgens vaste cassatierechtspraak wordt het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging wordt niet miskend wanneer de rechter zijn beslissing steunt op elementen waarvan de partijen, gelet op het verloop van het debat, mochten verwachten dat de rechter ze in zijn oordeel zou betrekken en waarover zij tegenspraak hebben kunnen voeren.²⁵⁴

²⁵² Zie o.m. Cass. 2 juni 2016, AR C.14.0029.N, *RW* 2017-18, 175, noot B. VAN DEN BERGH; *TBO* 2016, 564 en *P&B* 2016, 190.

²⁵³ B. VANLERBERGHE, “De verzachting van de regels inzake de bewijslast en de aangepaste bewijsstandaard in geval van bewijsnood: mogelijkheden en grenzen” in J. ROZIE, S. RUTTEN en B. VANLERBERGHE (eds.), *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (27) 54, nr. 36.

²⁵⁴ Cass. 4 juni 2020, AR C.19.0079.N, *Huur* 2021, 16, *TBO* 2020, 423 en *T.Vred.* 2021, 41; Cass. 7 mei 2020, AR C.19.0109.N, *APT* 2021, 155, *RW* 2020-21, 985, noot, *P&B* 2020, 103 en *VAV* 2020, 23; Cass. 27 september 2018, AR C.16.0138.F-C.16.0375.F, *JT* 2019, 232, *Rev.not.b.* 2019, 566, noot en *P&B* 2019, 29.